

MARIANE ROMAGNOLLO MENEZES DA SILVA

A DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO SEMIÓTICO

Tese de Doutorado

Orientadora: Professora Associada Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

Coorientador: Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

MARIANE ROMAGNOLLO MENEZES DA SILVA

A DECISÃO JUDICIAL NO PROCESSO SEMIÓTICO

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, como exigência parcial à obtenção do título de Doutora em Direito, sob orientação da Professora Associada Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux e coorientação do Professor Doutor Willis Santiago Guerra Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019

Ficha Catalográfica

Silva, Mariane Romagnollo Menezes da
A decisão judicial no processo semiótico / Mariane Romagnollo
Menezes da Silva. -- São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2019.
135f. + anexo.

Orientadora: Profª. Associada Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux;
Coorientador: Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-
Graduação em Direito – área de concentração, Filosofia e Teoria Geral do
Direito, 2019.

1. Direito. 2. Linguagem. 3. Semiótica. 4. Decisão Judicial. 5. Valores. I.
Boiteux, Elza Antonia Pereira Cunha. II. Título.

CDU

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Mariane Romagnollo Menezes da Silva

Título: A decisão judicial no processo semiótico

Natureza: Tese de Doutorado

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Orientadora: Professora Associada Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux

Coorientador: Professor Dr. Willis Santiago Guerra Filho (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Área de Concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Data da Banca: _____

Banca Examinadora

Profa. Associada Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux (Orientadora)

*Aos meus pais, Mário e Magda, à minha irmã, Giulia
e ao meu namorado, Vinícius.*

SILVA, Mariane Romagnollo Menezes da. *A decisão judicial no processo semiótico*. 2019. 135f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

A partir de uma investigação zetética jurídica de abordagem epistemológica, pautada no estudo do Direito como linguagem, na teoria semiótica e no embate entre a Hermenêutica e a Argumentação jurídicas, buscamos demonstrar o processo de tomada de decisão judicial e a própria decisão judicial como um processo semiótico. Tal análise configura uma tentativa de compreender melhor o Direito materializado pelas decisões, uma vez que o enquadramento da decisão judicial como um processo semiótico nos possibilita visualizar melhor como os valores e demais influências externas influenciam cognitivamente o magistrado no processo de tomada de decisão.

Palavras-chave: Direito. Linguagem. Semiótica. Decisão Judicial. Processo Semiótico. Valores. Influências Cognitivas do Magistrado. Tomada de Decisão.

SILVA, Mariane Romagnollo Menezes da. *The judicial decision in the semiotic process*. 2019. 135p. PhD Thesis, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

ABSTRACT

From the juridical research with an epistemological approach, based on the study of Law as a language, on the semiotic theory and on the clash between legal hermeneutics and legal argumentation, we seek to demonstrate the judicial decision-making process and the judicial decision itself as a semiotic process. This analysis constitutes an attempt to better understand the law materialized in the decisions, since the framing of the judicial decision as a semiotic process enables us to better visualize how values and other external influences influence the magistrate cognitively in the decision-making process.

Keywords: Law. Language. Semiotics. Judicial decision. Semiotic Process. Values. Cognitive Influences of the Magistrate. Decision Making.

SILVA, Mariane Romagnollo Menezes da. *La décision judiciaire dans le processus sémiotique*. 2019. 135p. Thèse (Doctorat). Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2019.

RÉSUMÉ

Sur la base d'une recherche juridique, basée sur l'étude du droit en tant que langage, sur la théorie sémiotique et sur le conflit entre l'herméneutique juridique et l'argumentation, nous cherchons à démontrer le processus décisionnel judiciaire et la décision judiciaire elle-même en tant que processus sémiotique. Cette analyse constitue une tentative de mieux comprendre le droit matérialisé par les décisions, puisque la formulation de la décision judiciaire en tant que processus sémiotique nous permet de mieux visualiser comment des valeurs et d'autres influences externes influencent cognitivement le magistrat dans le processus décisionnel.

Mots-Clé: Droit. Langue. Sémiotique. Décision judiciaire. Processus sémiotique. Valeurs. Influences cognitives du magistrat. Prise de décision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 POSICIONAMENTO METODOLÓGICO	16
1.1 Abordagem epistemológica.....	16
1.2 Hermenêutica x argumentação.....	27
1.3 Linguagem, discurso e semiótica.....	41
1.4 O Direito como linguagem e a semiótica jurídica	54
2 A DECISÃO JUDICIAL	61
2.1 O que é uma decisão?	62
2.2 A tomada de decisão.....	66
2.3 O juízo no processo judicial	72
3 O PROCESSO SEMIÓTICO	80
3.1 Teoria semiótica.....	80
3.1.1 Fenomenologia.....	82
3.1.2 Categorias fenomenológicas	83
3.1.3 Elementos da Semiótica	87
3.1.3.1 Acaso	87
3.1.3.2 Geral	88
3.1.3.3 Indefinição.....	89
3.1.4 Relação triádica: semiose, contexto e repertório	90
3.2 Operação de seleção na decisão	97
3.3 Argumento, interpretação, cognição, juízo e valores	102
3.4 Processo semiótico e decisão judicial.....	107
4 ANÁLISE DE DECISÃO JUDICIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	114
4.1 Critérios de escolha da decisão a ser analisada.....	114
4.2 Descrição do caso prático.....	115
4.3 Análise da decisão judicial escolhida e aplicação da teoria ao caso concreto	116
CONCLUSÃO	123
REFERÊNCIAS	129
ANEXO	135

INTRODUÇÃO

É um trabalho árduo definir o conceito de Direito, não só como uma ciência, mas também como uma palavra que possui significado. Não só a palavra direito, mas também a ciência do direito, fazem parte do cotidiano de todos; seja de maneira técnica, seja de forma vulgar, este é um vocábulo usado nos mais diversos sentidos: um ideal de justiça; crenças de uma determinada sociedade; filosofias de obediência; sustentação moral; entre outros.

Ademais, a palavra direito não é apenas um signo com múltiplos significados, mas também pode representar um instrumento “que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas”¹.

Uma tentativa de definição do Direito, como fenômeno jurídico, considera a origem da palavra para tentar atribuir o seu significado, o que também se torna difícil; uma vez que encontramos no latim clássico, tanto a palavra *jus* quanto a palavra *derectum*. Em decorrência disso, nos deparamos com o problema da polissemia da palavra direito e de seus inúmeros conceitos.

Reinhart Koselleck² nos ensina que nem toda palavra existente tem a possibilidade de se transformar num conceito, ou ter uma história; para ele “cada palavra remete a um sentido, que por sua vez indica um conteúdo”. Ademais, um conceito “relaciona-se sempre àquilo que se quer compreender, sendo portanto a relação entre o conceito e o conteúdo a ser compreendido, ou tomado inteligível, uma relação necessariamente tensa.”³

O conceito de uma palavra existe diante de um certo contexto e é isso que o torna compreensível; é o que podemos notar ao analisar alguns símbolos relacionados ao Direito, que antecedem a própria palavra: o mais importante deles, na cultura ocidental, é a balança. Por exemplo, na Grécia Antiga, a balança aparece nas mãos da deusa da justiça – Diké –, representando a igualdade por meio do equilíbrio entre os pratos, o que justifica o fato de Direito (justo) significar igualdade para os gregos.

¹FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10.

²KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 135, jul. 1992. ISSN 2178-1494. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1945>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

³Id. *Ibid.*, p. 136.

Enquanto que na sociedade romana a balança é o instrumento de distribuição de justiça carregado pela deusa *Iustitia*, a qual declarava o Direito (*jus*) quando o fiel da balança estivesse totalmente na vertical; ou seja, perfeitamente reto (*rectum*).

Dessa maneira, pela simbologia das suas deusas da justiça e seus respectivos contextos, as sociedades ocidentais acabavam por indicar o que representava o conceito de Direito para elas; seja como prudência ou como um saber agir. O fato é que, com a passar dos tempos, a expressão *jus* foi sendo substituída pela expressão *derectum*, a qual foi adotada também pelos juristas.

Em português, no entanto, a palavra direito é concebida tanto no sentido de *jus*, como uma virtude moral (justiça), quanto no sentido de *derectum*, como um ato de justiça, de retidão. Sendo assim, como um fenômeno de grande amplitude, não se pode desprezar as diferenças de sentido e conceituações do Direito, pois só assim será possível compreendê-lo.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁴ postula a importância da concepção da língua para a efetiva compreensão do que é o Direito, no geral, e das suas inúmeras definições (direito como ciência, direito como sinônimo de conjunto de normas, direito como sinônimo de ordenamento jurídico, direito subjetivo ou objetivo, direito como ciência, etc.).

Segundo o supracitado autor:

A língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente pelos homens. Dado esse arbítrio, o que deve ser levado em conta é o *uso* (social ou técnico) dos conceitos, que podem variar de comunidade para comunidade. Desse modo, a caracterização de um conceito desloca-se da pretensão de buscar a natureza ou essência de alguma coisa (que é a mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra (como se emprega 'mesa?'). Se nos atemos ao uso, toda e qualquer definição é *nominal* (e não real), isto é, definir um conceito não é a mesma coisa que descrever uma realidade, pois a definição da realidade depende de como definimos o conceito e não o contrário.⁵

Diante dessa preocupação, ao tentar definir um conceito, deve-se ater também aos diferentes ângulos de uma análise linguística; que pode ser sintática (relação entre o vocábulo e os demais vocábulos), semântica (relação entre o vocábulo e o objeto que ele representa), ou pragmática (relação entre o vocábulo e o indivíduo que o interpreta).

⁴FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, cit., p. 12.

⁵Id., loc. cit.

No entanto, o termo direito pode ser utilizado das mais variadas maneiras no plano sintático (conectado com verbos, com substantivos, com adjetivos e advérbios); no plano semântico, pode ser usado com sentido denotativo ou conotativo; e, por fim, no plano pragmático, direito apresenta uma forte carga emotiva, demonstrando mais uma vez a complexidade de definição dessa palavra.

Para Marcelo Jasmin e João Feres Júnior⁶ um conceito ligado a uma palavra é mais que esta palavra; uma palavra pode ser não ambígua, mas um conceito não. Dessa forma, a relação entre o conceito e o quadro linguístico mais abrangente que os contém. Os significados de um conceito e suas mudanças seriam inapreensíveis se fora de um contexto abrangente. Dessa forma, os conceitos não mudam no tempo, estão sempre relacionados a suas experiências, são os leitores posteriores que dão a esses conceitos significados distintos, mais ou menos associados aos anteriores.

Assim, resta-nos a tentativa de redefinir o termo direito, mantendo o seu valor emotivo, salientando que existem outras opções e deixando clara a nossa opção valorativa e, conseqüentemente, ideológica. Redefinir um conceito, no entanto, “envolve o seu conhecimento, mas este conhecimento tem sempre repercussão na vida jurídica”⁷.

Sob esta ótica, o objeto de estudo do jurista só se realiza por meio de uma prática interpretativa; uma vez que a teoria jurídica evolui e se transforma à medida em que é estudada e interpretada. Dessa forma, a concepção da língua, para o jurista, não possui apenas o aspecto informativo, mas também o diretivo – “a ciência jurídica não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, faz parte dele”⁸; assim, um conceito jurídico, assim como o próprio conceito de direito, não é apenas o que é socialmente, mas também como é interpretado.

Posto isso, concluímos que o Direito, como objeto de estudo, seja como palavra ou como ciência, pode e deve ser estudado de diferentes ângulos: pode ser um enfoque que busca saber o que é uma coisa – o zetético (problema especulativo), ou um enfoque que busca possibilitar uma decisão e dirigir uma ação – o dogmático (problemas de ação).

É justamente no enfoque zetético que predomina a função informativa da linguagem; dessa forma, assim como em nossa linguagem comum fazemos constatações nas nossas comunicações, no plano da zetética, também buscamos transmitir informações

⁶JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (Orgs.). **História dos conceitos**: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: PUC-RJ; São Paulo: Loyola, 2006. p. 125-126.

⁷FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, cit., p. 16.

⁸Id. Ibid., p. 17.

por meio de um conjunto de enunciados. Partimos de evidências, para verificar hipóteses ou leis.

Dessa forma,

O campo das investigações zetéticas do fenômeno jurídico é bastante amplo. Zetéticas são, por exemplo, as investigações que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico.⁹

Da mesma maneira, encontramos no campo das investigações da zetética jurídica, o estudo da linguagem relacionado ao direito; relação esta abordada tanto no questionamento sobre o significado do direito como palavra, quanto na investigação do conceito de direito como uma ciência, como um fenômeno social, deixando clara a interdependências dessas duas ciências que representam a linha de pesquisa desta pesquisa.

O discurso jurídico, de forma geral, se caracteriza como uma linguagem técnica; constrói-se com base em experiências de vida; é dotado de ideologia; ocorre intraculturalmente; exerce poder; possui caráter performativo; e por fim, sua apresentação se dá por meio de pressupostos lógico-deônticos¹⁰.

Cabe-nos afirmar ainda, que:

Os textos jurídicos são molas propulsoras da ação. A linguagem jurídica funciona como ponto de partida para as ações sociais e o movimento das relações humanas. Negocia-se, patenteia-se, registra-se, autoriza-se e pactua-se, tudo com base em textos e signos jurídicos. São eles que informam ou regulamentam ações humanas juridicamente relevantes. No entanto, signos e textos jurídicos (normativos) não movimentam ação fortuitamente, e não contam com o livre-arbítrio, com a capacidade de argumentação, de sedução do locutor discursivo, ou com a paixão ética ou o interesse do receptor discursivo. [...] Signos e textos jurídicos são molas propulsoras da ação porque movimentam condutas, regendo-as de forma quase que onipotente (*omnipotens*) e onipresente (*ominpresens*). E mais, acompanham-se da força bruta, no dizer de Peirce. Sua existência e seu reconhecimento em meio às práticas sociais e intersubjetivas condicionam o comportamento humano.¹¹

⁹FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, cit., p. 21.

¹⁰BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 557.

¹¹Id. Ibid., p. 564.

É exatamente sob esse enfoque, conectando o Direito e a linguagem ao chamado discurso jurídico, que se pretende estudar o tema da decisão judicial no processo semiótico.

Trata-se aqui da decisão judicial como uma categoria do Direito, não pretendemos explorar a dogmática processual envolvendo o conceito de decisão judicial e os tipos de decisão judicial no direito processual brasileiro. Apresentamos, então, a decisão judicial como derivada do “termo *decisão* [...] ligado aos processos deliberativos” constituídos por “estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis”, aparecendo então a decisão como “um ato final, em que uma possibilidade é escolhida”, conforme afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹².

Diante disso, de acordo com o que será estudado no segundo capítulo, o termo decisão judicial utilizado nessa tese se refere à decisão de um conflito jurídico. Considerando-se que os “conflitos jurídicos têm a ver com a possibilidade de exigência da emissão ou recepção de mensagens”¹³, ocorrendo uma situação comunicativa estruturada, a qual se submete a uma coordenação objetiva de um terceiro comunicador (juiz) e que esta vincula as ações dos receptores (partes), a decisão judicial é aquele capaz de impedir a continuação de um conflito jurídico, por meio de uma resposta, impondo-o um fim.

O problema maior enfrentado nesse âmbito da decisão judicial é que no contexto pluralista e aberto do sistema jurídico atual há um grande campo para o chamado terceiro comunicador – o intérprete/juiz, “que deve ‘reconstruir’ o Direito do caso mediante um processo de seleção de leis, costumes, normas administrativas, normas constitucionais, princípio e valores”¹⁴. Ou seja, apresenta-se, a decisão judicial, como um “problema de construção do juízo deliberativo pelo juiz”¹⁵.

Diante desse prisma, a análise da decisão judicial no processo semiótico configura a tentativa de enquadrar o próprio processo de construção da chamada decisão judicial como um processo semiótico. Ou seja, considerando semiótica como a ciência que estuda os signos e considerando o próprio Direito como uma linguagem expressada pelo discurso jurídico que se materializa na decisão judicial, o processo semiótico vem a ser o processo pelo qual o juiz toma sua decisão e constrói a decisão judicial.

¹²FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 286.

¹³Id. Ibid., p. 288.

¹⁴LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

¹⁵FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 290.

Isso porque, nesse processo de confeccionar a decisão judicial, o intérprete – juiz, terceiro comunicador – como foi visto, enfrenta subjetividades, colocando em sua “resposta” toda a sua carga de valoração pessoal, o que é estudado pelo nível pragmático da linguagem e, portanto, pela semiótica.

Entendemos o processo semiótico como o próprio processo de desenvolvimento da decisão judicial, no qual acontecem sucessivas semioses na mente do intérprete até que ele solucione o conflito colocado à sua frente. Decorre daí o fato de abordarmos o tema da decisão judicial como sendo um processo semiótico; uma vez que como foi visto, a decisão judicial trata de um problema de valoração e construção do juízo deliberativo pelo intérprete/terceiro comunicador/juiz.

Dessa forma, devemos deixar claro que, nesta tese, a semiótica não é utilizada como um método de interpretação da decisão judicial: a própria decisão judicial será analisada como sendo um processo semiótico em si.

Há de se ressaltar que, no entanto, não se trata de uma abordagem que descarte as outras formas de interpretação da decisão judicial, como a hermenêutica; pretende-se aqui, apenas mostrar uma outra forma de análise, sob o enfoque de um paradigma diferente. Ou seja, busca-se apenas tentar compreender o direito materializado pela decisão judicial de uma forma diversa das já existentes; acreditando-se que essa inovação poderá ser capaz de compreendermos melhor o próprio Direito.

Posto isso, o termo Direito nesta tese não se reduz ao direito brasileiro, aplicado em face das normas constitucionais e processuais do ordenamento jurídico pátrio; mas sim o direito em geral; ou seja, à Teoria Geral do Direito, que engloba a Ciência do Direito, como veremos no primeiro capítulo.

Seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja no ordenamento jurídico de qualquer outro país, existe decisão judicial e ela pode ser analisada sob o enfoque pretendido nesse trabalho, a fim de se compreender o direito como a ciência que é.

Por fim, embora tenha havido uma opção pela abordagem filosófica, não há como se preterir totalmente a dogmática, visto que, de certa forma, elas caminham juntas e são interdependentes. Em que pese a intenção empírica de demonstração da teoria diante da análise de um acórdão do direito pátrio, não se está limitando o tema tratado aqui ao direito processual brasileiro, justamente com o intuito de que a presente pesquisa possa ser, de certa forma, universal, no campo da epistemologia jurídica.

Para tanto, as principais questões a serem analisadas nesta tese são as seguintes: Como se dá o processo de construção da decisão judicial? Como o juiz processa as informações ao decidir uma causa e dizer qual das partes tem razão? Quais atalhos cognitivos¹⁶ influenciam esse processo? Poderíamos analisar a decisão judicial de forma filosófica, como sendo um processo semiótico, a fim de desenvolver uma melhor compreensão do seu papel no Direito?

Diante dessa análise, veremos que a decisão judicial como um processo semiótico, uma vez que o seu processo de construção se dá por meio da semiose, poderá nos ajudar a compreender melhor o Direito na prática.

Em virtude disso, o intuito da presente pesquisa é realizar uma análise filosófica sobre o processo de tomada de decisão e de construção da decisão judicial, com base na teoria semiótica; de modo a demonstrar o processo de tomada de decisão e da construção da decisão judicial como um processo semiótico, como veremos no terceiro capítulo.

Diante dessa preocupação, buscamos tentar entender o funcionamento semiótico do processo de tomada de decisão no âmbito jurídico; ou seja, antes de buscar uma alternativa para melhoria do sistema, pretende-se entender os seus alicerces, para então poder transformá-lo.

Ademais, acreditamos que o estudo da Semiótica ligado ao Direito, embora crescente, ainda é incipiente no direito brasileiro; uma vez que é necessário um grande esforço racional para unir um ramo científico “recente” a outro tão tradicional e tradicionalista quanto o jurídico.

Sendo assim, a análise do processo de tomada de decisão como um processo semiótico pode vir a representar um grande avanço da virada linguística da filosofia pós-moderna; podendo gerar uma mudança de paradigmas no campo da ciência jurídica brasileira; trazendo originalidade.

Dessa maneira, pretende-se realizar uma investigação zetética jurídica de abordagem epistemológica, pautada no embate entre a Hermenêutica e a Argumentação

¹⁶Atalhos cognitivos são caminhos mais rápidos e fáceis acessados pela mente durante o processo de tomada de decisão e julgamento. Geralmente são formados por lembranças e experiências que ficaram gravadas em nossa memória e que são acionadas rapidamente diante de determinadas situações, por força do hábito ou dos costumes/crenças da pessoa, de forma até mesmo inconsciente; sem que haja um grande exame de raciocínio prévio acerca da questão sobre a qual se está decidindo. Então, de certa forma, atalhos cognitivos são repostas pré-determinadas de uma pessoa diante de um caso concreto que se lhe apresenta. Assim, esse condicionamento, acaba por influenciar no processo de tomada de decisão e varia de indivíduo para indivíduo.

jurídicas, buscando-se realizar uma análise do processo de tomada de decisão judicial e da própria decisão judicial como um processo semiótico.

Para abordar toda a problemática desenvolvida nesta tese em seus primeiros capítulos e demonstrar o funcionamento da decisão judicial como um processo semiótico, bem como deixar claras as influências externas do magistrado durante o processo de tomada de decisão, no quarto e último capítulo realizaremos a análise de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a competência da Vara da Família e Sucessões para decidir sobre ações referentes à posse e regularização de visitas de um animal de estimação.

1 POSICIONAMENTO METODOLÓGICO

No presente capítulo demonstraremos o posicionamento metodológico desta tese, o qual tratará de uma abordagem epistemológica do direito, conectando a dogmática jurídica da decisão judicial à semiótica; como veremos a seguir.

1.1 Abordagem epistemológica

A teoria geral do direito, originariamente, era concebida como um apanhado de categorias do direito romano, generalizando a validade delas e as aplicando para o entendimento de qualquer ordenamento jurídico. Essa expressão surgiu no final do século XX sob a influência do empirismo e do positivismo, como forma de reação à filosofia do direito praticada até então, a qual era criticada por seu caráter meramente especulativo.

A filosofia, ligada ao jusnaturalismo, tinha como objeto o direito ideal, enquanto a chamada teoria geral do direito, relacionada ao positivismo, almejava tratar apenas do direito em si, positivo. Após a segunda guerra mundial, principalmente na Alemanha, as doutrinas jusnaturalistas entraram novamente em voga, diante da expectativa de reestabelecimento de um direito justo, que fosse capaz de determinar limites do poder do Estado sobre os indivíduos, e isso ocasionou o retorno da expressão filosofia do direito.

Conforme Michel Troper¹⁷, entretanto, na década de 50, com o desenvolvimento da filosofia analítica nos Estados Unidos e na Inglaterra, ocorreu um aumento no interesse pelo positivismo jurídico e, conseqüentemente, pelo uso da expressão teoria geral do direito.

A filosofia do direito e a teoria geral do direito são apresentadas como disciplinas distintas ainda hoje e de acordo com o mesmo autor:

- A primeira seria especulativa e normativa e compreenderia:
- uma ontologia jurídica, que pesquisa a essência do direito e de certos conceitos como a democracia, o Estado ou o indivíduo;
 - uma epistemologia jurídica, concebida como exame das possibilidades de alcançar o conhecimento dessas essências;
 - uma teologia jurídica, que tem como finalidade determinar os fins do direito;
 - uma lógica jurídica, que procura analisar a argumentação jurídica.¹⁸

¹⁷TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 15.

¹⁸Id. Ibid., p. 15-16.

A teoria geral do direito, portanto, teria como objetivo descrever e analisar o direito em si, de maneira isenta a qualquer julgamento de valor; enquanto que a filosofia do direito abrangeria maior nível de abstração. Afirma-se, entretanto, que:

Essa distinção é razoável, mas não corresponde ao emprego efetivo das expressões ‘filosofia do direito’ e ‘teoria geral do direito’. Na prática, é impossível estabelecer correlação entre o título de uma obra e as questões por ela abordadas, o nível de abstração em que se posiciona, o método que emprega ou a corrente doutrinária à qual pertence. Com mais frequência, ‘teoria geral do direito’ tem conotação positivista, mas pode acontecer de determinada obra, assim intitulada, ser especulativa e ter como autor um jusnaturalista, enquanto outra, de maneira inversa, ainda que redigida por um positivista, tenha o título ‘filosofia do direito’. Portanto, o bom senso manda que tomemos ambas as expressões como sinônimas.¹⁹

Atualmente, a teoria do geral do direito não abarca apenas as normas jurídicas e as fontes do direito, mas também todas as demais formas/métodos/possibilidades de estudo e compreensão do direito; como a lógica, a teoria dos sistemas e a própria semiótica, tema de estudo da presente tese.

Isso porque, podemos afirmar que o estado atual da teoria geral do direito resulta da forma como ela reagiu à teoria pura e aos seus pressupostos decorrentes das normas do direito – os quais acabavam limitando o direito ao estudo apenas do que é dado –, transpondo a reflexão meramente técnica-científica até se chegar a uma “ ‘coexistência pacífica’ de diversos enfoques do direito, o que gera o florescimento concomitante de diversas ‘teorias’ ”²⁰.

Assim, a teoria geral do direito, passada a primeira década do século XXI, “precisa se aproximar de novas feições assimiladas pela dogmática jurídica para se tornar um espaço de observação e de reflexão construtiva. A dogmática ainda se organiza a partir da ênfase analítica da ‘resposta’ ao invés de acentuar a ‘pergunta’”, conforme preceitua Leonel Severo Rocha²¹.

Compõem a chamada teoria geral do direito, como já ressaltado anteriormente: uma teoria analítica; uma teoria crítica; uma teoria hermenêutica; uma teoria sistêmica; uma

¹⁹TROPER, Michel. op. cit., p. 16.

²⁰GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. **Teoria poética do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015 p. 6.

²¹ROCHA, Leonel Severo. Teoria do direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, p. 194, jul. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

teoria da semiótica entre tantas outras capazes de gerar uma “teoria verdadeiramente geral do direito” e “unitária do direito”, conforme nos fazem refletir Paola Cantarini e Willis Santiago Guerra Filho²².

No âmbito da citada teoria semiótica, podemos afirmar que com a “institucionalização da linguagem como paradigma dominante, a Semiótica foi adotada como uma das matrizes teóricas privilegiadas para a investigação jurídica e, conseqüentemente, para a análise do sentido jurídico”²³.

No entanto, vale ressaltar, que antes de podermos denominar tal teoria de geral, devemos explorar mais a própria teoria do direito, não só por meio do estudo da epistemologia jurídica, mas também da hermenêutica; além de assimilar a esse estudo as demais formas de conhecimento filosófico, científico e até mesmo artístico²⁴.

Nesse contexto da pós-modernidade – de crescente procedimentalização e tecnicidade do direito –, aparecem como um rompimento de paradigmas as investigações sobre o inconsciente, objetivando-se conhecer e compreender melhor o sujeito que interpreta e aplica o direito.

Falamos em procedimentalização e tecnicidade do direito, no sentido de que:

Isso significa que a natureza dos problemas que se colocam para serem resolvidos pela regulamentação jurídica seriam de ineditismo e complexidade tais que o modo principal de resolver problemas jurídicos na modernidade, através da legislação, com suas normas gerais e abstratas, feitas a partir de espécies de fatos ocorridos no passado para regular toda uma série indeterminada de fatos semelhantes a ocorrerem no futuro, se mostra como disfuncional. Daí a necessidade crescente de se desenvolver a **dimensão processual** do direito, em que se tem normas para permitir, em toda e qualquer hipótese, a aplicação de outras normas, para a solução de problemas jurídicos, ainda que se tenha de lançar mão de normas sem referência direta a espécies de fatos, mas sim de valores, nelas positivados (logo, também relativizados e sem uma hierarquia previamente estabelecida entre eles, como ocorre com os valores no plano meta-positivo, integrando religiões, ideologias e diferentes concepções éticas), como é o caso das normas constitucionais consagrando direitos fundamentais, invocando para tanto o princípio constitucional da proporcionalidade.²⁵

Diante desse panorama, faz-se primordial ainda, discorrermos melhor sobre o citado período em que nos encontramos. Para Eduardo Carlos Bianca Bittar:

²²GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. **Teoria poética do direito**, cit., p. 7.

²³ROCHA, Leonel Severo. Teoria do direito no século XXI: da semiótica à autopoiese, cit., p. 194-195.

²⁴GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. **Teoria poética do direito**, cit., p. 8.

²⁵Id. Ibid., p. 9-10.

A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho etc.).²⁶

Dessa forma,

num contexto de transformações, de emergência do pragmatismo, de dominância das consciências pelo imediatismo, de subserviência das mentalidades em relação aos imperativos de consumo, de decréscimo de poder-de-dizer-a-verdade pelas ciências, pela intensificação da presença das leis do mercado na construção das políticas públicas, deve se reafirmar o destaque da atividade do pensar filosófico, como uma prática de saber profundamente comprometida com as aflições humanas.²⁷

A pós-modernidade consiste então, conforme Lyotard²⁸ nos ensina, numa era de transformação na forma de produção do saber e da ciência; cujo caráter informatizante nas sociedades mais desenvolvidas “permite iluminar” aspectos de formação do saber e de seus respectivos efeitos sobre as instituições civis e o poder político. Nesse viés, o autor afirma ainda que a pós-modernidade se caracteriza numa condição de cultura, a qual caracteriza-se pela “incredulidade perante o metadiscurso filosófico-metafísico, com suas pretensões atemporais e universalizantes”.

Sendo assim, Marshall Berman²⁹ nos faz entender tal período como um contraste em relação a modernidade, na medida em que:

²⁶BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 116.

²⁷Id. *Ibid.*, p. 22.

²⁸LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. viii e 11.

²⁹BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

O cenário pós-moderno é essencialmente cibernético-informático e informacional. Nele, expandem-se cada vez mais os estudos e as pesquisas sobre a linguagem, com o objetivo de conhecer a mecânica da sua produção e de estabelecer compatibilidades entre linguagem e máquina informática. Incrementam-se também os estudos sobre a ‘inteligência artificial’ e o esforço sistemático no sentido de conhecer a estrutura e o funcionamento do cérebro bem como o mecanismo da vida. Neste cenário, predominam os esforços (científicos, tecnológicos e políticos) no sentido de informatizar a sociedade. Se, por um lado, o avanço e a cotidianização da tecnologia informática já nos impõem sérias reflexões, por outro lado, seu impacto sobre a ciência vem se revelando considerável.³⁰

Então, podemos concluir que a pós-modernidade abalou a compreensão de todo tipo de fenômenos sociais – gerando reflexos tanto para os valores e práticas morais e culturais, quanto para os modos de compreensão de conceitos e instituições – inclusive no âmbito jurídico.

Dessa forma, sem um exercício reflexivo – filosófico-zetético-analítico – e de novas atitudes por parte dos juristas, o direito pode acabar se tornando uma vítima de tais fenômenos; ainda mais diante de um momento histórico de transição e de indefinição – marcado “pelas alterações profundas nos modos tradicionais de se conceber o ferramental jurídico para a construção de regras sociais”³¹.

Diante desse contexto, nota-se que o direito deixou de ser, massivamente, a busca pelas garantias individuais, tornando-se, principalmente, a busca pelas garantias coletivas/transindividuais; como um instrumento de controle social – representando uma luta pela justiça e igualdade diante dos conflitos sociais (gênero, raça, religião etc.). Ou seja, o direito atual precisa lidar com sociedades pluralistas, marcadas pela diversidade de grupos sociais, com ideologias, necessidades e interesses diferentes.

Assim, o paradigma do Estado de Direito deixa de ser a universalidade da lei e a igualdade perante a lei; o mundo não é mais binário e o direito não se divide mais entre as dicotomias do certo e do errado, do justo e do injusto, do homem e da mulher – como então lidar com um sistema jurídico elástico e pluridimensional? Como abranger a todos e se adaptar numa sociedade complexa – formada por diversidades e contradições – diante de uma coexistência de valores e princípios?

³⁰LYOTARD, Jean-François. op. cit., p. viii.

³¹BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**, cit., p. 6.

Gustavo Zagrebelsky³² nos faz crer que é necessária a existência de uma dogmática jurídica “líquida” ou “fluída”, capaz de conter todos os elementos constitucionais de nossa época, mesmo que heterogêneos, agrupando-os em uma construção não rígida em que sejam possíveis diversos tipos de combinações e de acordo com ele, o que ocorre é o seguinte:

Se trata de que podría llamarse de la inestabilidad de relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta. La dogmática constitucional debe ser como el líquido donde las sustancias que se viertem – los conceptos – mantienen su individualidad y coexistem sin choques destructivos, aunque con ciertos movimientos de oscilación, y, en todo caso, sin que jamás un sólo componente pueda imponerse o eliminar a los demás. Puesto que no puede haber superación em una síntesis conceptual que fije de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza, la formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional.

Sendo assim, lidar com a instabilidade entre as relações e os conceitos, a diversidade e as contradições da sociedade, bem como a pluralidade de valores e princípios de um direito que tem se mecanizado e se tornado mais técnico é o desafio do direito na pós-modernidade – o contexto diante do qual desenvolveremos a presente tese.

Posto isso, para exercer sua função – resgatando “a verdadeira tarefa do direito na sociedade”³³ –, é preciso que a filosofia do direito se socorra de outros recursos técnicos e científicos capazes de auxiliá-la na análise do direito e no desenvolvimento de sua realidade social. Essa tarefa de gerar conhecimento e compreender o direito, a sua filosofia, a sua ciência e a sua teoria, de toda e qualquer forma, é a preocupação maior da epistemologia jurídica.

O tratamento do direito como um fenômeno de linguagem, o qual abordaremos melhor ao final deste capítulo, unido a uma postura crítica do direito como transformador da sociedade a que ele pertence é a postura com a qual pretendemos realizar essa pesquisa; ou seja, nossa abordagem será epistemológica.

A abertura de um diálogo filosófico, visando atingir as práticas sociais do direito, pode ajudar a compreendê-lo melhor. Corroborando a importância desse tipo de estudo,

³²ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traductor: Marina Gascon. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 17.

³³BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**, cit., p. 31.

Willis Santiago Guerra Filho³⁴ afirma que:

Nesse ponto, tocamos em problemas cruciais, colocados para o pensamento filosófico sobre o Direito e o Estado, na medida em que a forma judicial de atuar o Direito passa a ter mais importância, diante da forma legislativa, exigindo maior reflexão sobre aspectos processuais do direito, a ponto de se propor o desenvolvimento de uma *filosofia do processo*.

Retomamos, assim, o dilema da decisão judicial e da norma como a principal manifestação prática do direito. O destaque assumido pela função judicial e decisória do direito faz parte da crescente preocupação com o raciocínio jurídico; o qual será também a nossa preocupação.

Nesse panorama, podemos dizer que a epistemologia

é a disciplina voltada ao estudo e ao controle das condições de possibilidade e validade do conhecimento científico. Não se confunde, portanto, quer com a gnosiologia (*Erkenntnistheorie* ou *-lehre*), cujo objeto é o conhecimento em geral, quer com a filosofia da ciência (*Wissenschaftstheorie* ou *-lehre*), enquanto especulação em torno das hipóteses e resultados fornecidos pelas ciências particulares. A etimologia da palavra, como de costume, é esclarecedora: do grego, *epistasthai*, *epi-histamai*: ‘sich in der erforderten Haltung etwas gegenüberstellen’. Associada a *logos*, tem-se como significado possível o seguinte: ‘estudo da posição adequada exigida em relação a algo para estudá-lo’.³⁵ (grifo nosso)

Dessa maneira, os estudos recentes de epistemologia jurídica apontam para a cientificidade do direito, diferente das ciências naturais, mas também como uma ciência – conforme veremos no próximo subcapítulo –; cujo aperfeiçoamento depende cada vez mais das disciplinas formais que tratam do fenômeno da comunicação, como a semiótica, conforme nos ensina Willis Santiago Guerra Filho³⁶.

O debate epistemológico do direito atual é relacionado, portanto, à experiência dos indivíduos que vivem numa sociedade e estão envoltos pela práxis social do seu ordenamento jurídico; o que está totalmente relacionado à teoria da comunicação e os seus jogos de linguagem.

Então, “mesmo enquanto teoria, a epistemologia é práxis. Ela é práxis na medida em que ela é trabalho (*Leistung*), fator de atuação, conteúdo comunicativo, na medida em

³⁴GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

³⁵Id. Ibid., p. 29.

³⁶Id. Ibid., p. 104.

que ela é trabalho na companhia de membros concretos do gênero humano”³⁷.

A epistemologia irá, dessa forma, criticar os critérios objetivos dos juízos de valor e regras da lógica formal utilizados pelos dogmáticos no desenvolvimento da teoria geral do direito. Questões e problemas jurídicos não podem ser simplesmente enquadrados numa fórmula estática sem ao menos se considerar as valorações racionais, ideológicas e emotivas envolvidas na análise do processo de tomada de decisão e na aplicação do direito.

Não obstante, devemos destacar que:

A base empírica para testar resultados em ciência jurídica é fornecida por fatos coletados por ciências sociais como a antropologia e a sociologia do direito, a ciência política etc., enquanto outras disciplinas fornecem dados sobre a ordem jurídica de outras perspectivas: a pesquisa *diacrônica* é feita pela história do direito, enquanto a *sincrônica*, num eixo horizontal, *paradigmático*, pelo direito comparado, e, no plano vertical, *hic et nunc*, *sintagmático*, pela **dogmática jurídica**, à qual cumpre sistematizar o corpo de regras e decisões judiciais de uma dada ordem jurídica, a fim de aperfeiçoá-la. Essa última é a ciência jurídica por excelência, e nossa tese é de que quanto mais se empregarem resultados das diversas disciplinas aqui mencionadas, consciente de suas funções, maior será a cientificidade do estudo do direito.³⁸ (grifo nosso)

Diante disso, Warat³⁹ afirma que:

É verdade que se pode obter um raciocínio jurídico baseado em regras da lógica escrita. O que resulta duvidoso é se este tipo de raciocínio é eficaz, recomendável ou alcançável em um discurso prático de Direito. A história da dogmática jurídica demonstra o contrário, ou seja, que o pensamento dogmático devia integrar-se com conhecimentos auxiliares, tomados de outros domínios científicos, afins com o jurídico, e interromper o método dedutivo de seu raciocínio para completá-lo com o pensamento tópico que, inadvertidamente, sempre esteve presente no Direito.

Assim, de acordo com o mesmo autor, enquanto a dogmática se preocupa com o saber fazer, consagrando a argumentação como forma de legitimar, justificar, apoiar ou sugerir uma solução ou decisão para um conflito, a epistemologia se preocupa com os porquês relativos a essa decisão⁴⁰.

³⁷MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência**: elementos de uma teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 15.

³⁸GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**, cit., p. 104.

³⁹WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 38-39.

⁴⁰Id. Ibid., p. 39.

A dogmática jurídica é, então, uma atividade cuja pretensão é estudar o direito positivo vigente - sem emitir juízos de valor – com a finalidade de organizar o direito de forma sistemática, de modo que se compreenda, a partir dos textos e do discurso jurídico, qual a regra aplicável a um caso específico.

Essa é a atividade do jurista, que para elaborar um sistema de conceitos, princípios e noções jurídicas, utiliza a dogmática por meio de uma estrutura lógico-formal do pensamento jurídico. Dessa forma, a dogmática jurídica

A dogmática jurídica requer um trabalho de lógica e de técnica jurídica, através do qual se realizariam operações de análise e síntese, de dedução e indução que dariam como resultado uma série de conceitos e princípios por meio dos quais se obteria uma interpretação clara das regras legais integrantes do direito positivo.⁴¹

Ademais, afirma-se que:

Se a atividade é chamada de ‘dogmática’, é porque pressupõe a adesão a certo número de ideias, que não são postas em questão: que o legislador é racional; que os enunciados têm sentido; que esse sentido pode ser descoberto; que o sistema é completo, ou que o direito positivo não comporta lacunas nem contradições, ou então que estas últimas podem ser eliminadas por meio de certos métodos; enfim, que se pode, por intermédio do raciocínio lógico, conhecer a norma aplicável a não importa qual seja o caso particular.⁴²

Ou seja, por meio da atividade dogmática acredita-se produzir um conhecimento neutro, desvinculado de qualquer ideologia e de qualquer preocupação no âmbito político, econômico, sociológico e antropológico; o que produziria uma ciência formal. É exatamente o que afirma Warat⁴³ no excerto a seguir:

É uma atividade pretendidamente objetiva e rigorosa que, através de uma elaboração racional das normas vigentes, explicita sua coerência, busca organizar, mostrar a estrutura lógica inerente ao direito positivo. Assume-se que, mediante a elaboração de um método adequado, se poderá descrever, sem nenhuma referência ideológica, a ordem legal, a margem de suas, às vezes, aparentes incoerências e compromissos políticos. Aceita-se, geralmente, estar frente a uma atividade mediante a qual se pôde separar nitidamente o plano das explicações do das justificações.

⁴¹WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade, cit., p. 16.

⁴²TROPER, Michel. op. cit., p. 75.

⁴³WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade, cit., p. 41.

Complementando a explicação sobre a dogmática jurídica, segundo Robert Alexy⁴⁴, por dogmática jurídica, considerada como uma disciplina pluridimensional, “deve-se entender a Ciência do Direito em sentido mais estrito e próprio”; ou seja, uma mistura de pelo menos três atividades: (a) descrição do direito vigente – dimensão empírico-descritiva –, (b) análise sistemática e conceitual desse direito – dimensão analítico-lógica – e (c) elaboração de propostas para a solução dos problemas jurídicos – dimensão prático-normativa.

Perante esse enfoque, a dimensão empírico-descritiva consiste na descrição do direito vigente, como as práticas dos tribunais e a vontade do legislador; na dimensão analítico-lógica estão presentes a análise de conceitos jurídicos e a investigação das relações entre os princípios e as normas; por fim, a dimensão prático-normativa é constituída pela crítica, interpretação e fundamentação de normas e decisões judiciais.

Para tanto, Warat⁴⁵ afirma que:

O pensamento dogmático se baseia na identificação da significação verbalmente veiculada com o conceito referencial, o que leva a conceber a possibilidade de um raciocínio silogístico com os enunciados jurídicos. Se, ao contrário, partimos da premissa ou pressuposto metodológico que a significação é constituída no ato de conhecimento pelo sentido comum teórico, fica óbvio que se integra não apenas com o âmbito conceitual e referencial, como também com o âmbito ideológico se, sob a concepção de ideologia incluímos os demais efeitos cognoscitivos e significativos de sentido comum teórico.

Então, resumindo são três as tarefas da dogmática: “(1) a análise lógica dos conceitos jurídicos, (2) a recondução desta análise a um sistema, e (3) a aplicação dos resultados dessa análise na fundamentação das decisões jurídicas”⁴⁶. Assim, a dogmática jurídica, segundo Robert Alexy⁴⁷, é um instrumento racional capaz de gerar resultados que não seriam obtidos apenas com por meio do discurso prático.

No entanto, os juristas – em especial os juízes – são incapazes de realizar sua atividade de maneira satisfatória sem realizar escolhas e julgamentos de valor; ou seja, sem

⁴⁴ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e apresentação à edição brasileira: Cláudia Toledo 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 247-248.

⁴⁵WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade, cit., p. 37.

⁴⁶ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 249.

⁴⁷Id. Ibid., p. 266.

exercitar suas vontades e expressar suas preferências subjetivas. É o que afirma Michel Troper⁴⁸, corroborado por Warat⁴⁹, no trecho a seguir:

A tarefa teórica no campo jurídico deve partir da ideia de que tanto a idealização conceitual, produzida alheia à história, como uma participação operativa, uma inserção na história, sem um esquema teórico, não servem para controlar os fetichismos, as representações imaginárias que condicionam a interação social. Sem um controle epistemológico, crítico com relação à articulação teoria-prática, não poderá superar-se a esfera do saber exclusivamente ideológico. Se a produção epistemológica se limita à reconstituição crítica de um sistema proporcional, mas acrítica em relação à realidade social, os limites entre a opinião e a teoria desaparecem por completo. Na epistemologia ninguém pode, se deseja acompanhar os processos de transformação social, esquecer-se de dialetizar explicação e realidade.

É a partir dessa concepção epistemológica que optamos realizar a presente tese, abordando a decisão judicial – nos moldes da dogmática jurídica – por meio do enfoque da semiótica, como já mencionado anteriormente.

Nesse patamar,

considerando-se que a fórmula do Estado Democrático de Direito destina-se, justamente, para instrumentalizar o Direito como um *campo privilegiado na concretização dos direitos sociais* mediante o deslocamento do foco de decisão do Poder Executivo e do Legislativo para o Judiciário, e levando-se em com que a maioria dos direitos previstos na Constituição ainda não se realizou, é possível afirmar que a dogmática jurídica tem obstaculizado a efetivação/realização desse direitos. Este obstáculo está encravado sobre dois pilares: *o primeiro, denominado nos limites destas reflexões como paradigma do modelo (ou modo de produção) liberal-individualista do Direito, e o segundo, pela permanência no plano do imaginário gnosiológico dos juristas do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, pela qual a linguagem ainda é vista como uma terceira coisa que se interpõe/opõe entre/o sujeito e/ao objeto, e que se encontra instrumentalizado por uma hermenêutica jurídico-normativa, de matriz Bettiana.*⁵⁰

Por isso a dogmática jurídica deve ser repensada, devendo ser trabalhada em uma perspectiva criativa/criadora. Ainda assim, resta uma dúvida: Qual rumo o jurista deve seguir? O mundo da insegurança, representado pela barbárie dos textos jurídicos cheios de significado que pedem por sentidos ou o mundo da segurança hermenêutica?

⁴⁸TROPER, Michel. op. cit., p. 75.

⁴⁹WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade, cit., p. 45.

⁵⁰STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto alegre: Livr. do Advogado, 2005. p. 235-236.

Willis Santiago Guerra Filho⁵¹ nos ensina que “é imperativo que o labor científico culmine com o estabelecimento de definições precisas, informadas por dados fornecidos pela experiência, e significativas dentro de um sistema coerente [...]” – é o que buscamos na presente tese, por meio da tentativa de demonstrar a decisão judicial como um processo semiótico por meio da análise de um julgado – “[...] para que seja atendido o pré-requisito da comunicação intersubjetiva unívoca e rigorosa dos resultados alcançados”.

Isso porque, para se ter o direito como experiência, são necessárias a interpretação – que será estudada adiante, quando falarmos da hermenêutica e também no capítulo sobre o processo semiótico – e a aplicação jurisprudencial; nos fornecendo o instrumento capaz de nos ajudar a compreender melhor o direito e a sua aplicação pelos tribunais.

Por fim, acreditamos que, diante dessa abordagem, será possível entender a estrutura cognitiva da decisão judicial no ordenamento jurídico – como um sistema que é mutável, mas que para garantir a sua integridade, realizar sua função social e gerar as transformações necessárias, deve cumprir sua função normativa sem extrapolar totalmente os seus limites legais.

Afinal, “o direito não é dado, mas construído pela teoria que dele trata”⁵²; ou seja, depende de uma opção epistemológica e aqui apresentamos a nossa.

Visto isso, partiremos agora para o estudo mais específico sobre a hermenêutica e a argumentação jurídicas.

1.2 Hermenêutica x argumentação

As normas jurídicas disciplinam a conduta humana por meio de palavras, ou seja, por meio de “signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser”⁵³; sendo que tal uso pode designar um fato (aspecto onomasiológico) ou uma significação normativa (aspecto semasiológico).

Em decorrência disso, ao produzir as normas, o legislador usa termos do nosso vocabulário cotidiano, mas constantemente atribuindo-lhes significado específico, de sentido técnico e mais adequado ao direito. Dessa imbricação de sentidos – uso comum e uso técnico do vocábulo – podem emergir muitas dúvidas, sendo de extrema importância a

⁵¹GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**, cit., p. 116-117.

⁵²TROPER, Michel. op. cit., p. 154.

⁵³FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 220.

compreensão do sentido das palavras utilizadas no discurso jurídico para que não haja confusão na interpretação das normas e tomada de decisão.

Segundo Michel Pêcheux⁵⁴, o sentido de uma palavra, expressão ou proposição não existe em si mesmo. Ele é determinado pelas posições ideológicas de quem as utiliza, o que faz com que se altere de sujeito para sujeito; ou seja, uma palavra recebe seu sentido da formação discursiva na qual é produzida.

Nesse diapasão, conforme Benveniste⁵⁵, o “sentido de uma forma linguística se define pela totalidade dos seus empregos, pela sua distribuição e pelos tipos de ligações resultantes”. Ademais, de acordo com ele:

Na apreciação dos diferentes sentidos que intervêm entre os membros de um conjunto formalmente ligado o linguista é sempre inclinado a guiar-se inconscientemente pelas categorias de sua própria língua. Daí os problemas semânticos que se reduzem, com as devidas considerações, a problemas de tradução.⁵⁶

Dessa maneira, sob a perspectiva de teoria dos sistemas, podemos dizer que produzir sentido implica produzir instabilidade, na medida em que sentido é a constante reelaboração de diferenças e que cada atualização de sentido altera o horizonte de possibilidades do sistema. Isso porque, “cada sentido resulta da conexão e da necessidade de escolha imposta pelo mundo complexo”.⁵⁷

Assim, para Campilongo⁵⁸, “sentido não pressupõe consenso ou harmonia de comportamento. Ao contrário, sempre envolve inúmeras possibilidades de comunicação e escolha. Esse excesso de possibilidades impõe seleções”; uma vez que “cada interpretação, cada decisão, cada sentença é evento que repercute em todo sistema e modifica constantemente seu estado anterior”.

Diante de um cenário do discurso como um ato de linguagem, do qual trataremos no subcapítulo 1.3, afirma-se que por sentido, entende-se a conexão entre uma ação e seu

⁵⁴PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso: uma crítica à formação do óbvio**. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi. 4. ed. Campinas: UNICAMP, 2009. p. 146 e ss.

⁵⁵BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral I**. Trad. Maria da Glória Novak e Maria Luisa Neri. 5. ed. São Paulo: Pontes, 2005. p. 320.

⁵⁶Id. Ibid., p. 321.

⁵⁷CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 139.

⁵⁸Id. Ibid., p. 138 e 140.

resultado social; pois a compreensão de um sentido direciona a o intérprete na compreensão do valor nele embutido. Então, Zagrebelsky⁵⁹ afirma que:

Se comprende, en fin, que una vez que a los casos específicos e concretos les sean atribuidas pretenciones de sentido y valor anteriormente desconocidas, presionem sobre el derecho para que se imponga la solución adecuada, no sólo mediante reformas legislativas, sino también mediante continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente. Para ciertos casos valdrán ciertas reglas. Pero al cambiar los casos, es decir, la categorización de sentido y de valor, se tenderá a buscar nuevas reglas, aunque las formulaciones externas del derecho positivo permanezcan inalteradas.

Portanto, a atividade dos juristas realizada por meio da interpretação, pressupõe a compreensão não só do caso, mas que se entenda o sentido e se atribua um valor à norma que será aplicada.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁶⁰ a “determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista **a decidibilidade de conflitos constitui a tarefa da dogmática hermenêutica**” (grifo nosso).

Ademais, a descoberta do sentido e a sua aplicação fazem parte do processo de compreensão de sentido do qual faz parte o sujeito compreendente, sem o qual o texto nem poderia ser concretizado e completado. Essa compreensão constitui um ponto de vista central da hermenêutica filosófica, de acordo com Friedrich Müller⁶¹.

O objetivo do jurista, então, não é apenas conhecer/interpretar o texto normativo, mas sim confrontá-lo ao problema, determinando sua força e alcance para solucionar a questão; ou seja, cabe ao jurista conhecer o texto normativo “tendo em vista as condições de decidibilidade de conflitos com base na norma enquanto diretivo para o comportamento”⁶².

Não obstante a isso, se faz necessário fixar o sentido básico do direito interpretado; criando assim

“condições para tornar decidível o conflito significativo, ao trabalhá-lo como relação entre regras e situações potencialmente conflitivas. Aqui é preciso distinguir a atividade argumentativa de advogados, diante de juízes, quando buscam uma decisão favorável ao seu cliente, da tarefa

⁵⁹ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 138.

⁶⁰FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 221.

⁶¹MÜLLER, Friedrich. op. cit., p. 40.

⁶²FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 221.

posta ao jurista, quando busca uma significação que possa ser válida para todos os envolvidos no processo comunicativo normativo. **É o que se chama de interpretação doutrinária.** É nesse contexto que se procura identificar o papel organizador do valor justiça num conjunto normativo a ser interpretado juridicamente⁶³. (grifo nosso)

Em razão disso, na interpretação jurídica se busca não apenas um sentido válido para o texto normativo, mas sim para a comunicação normativa; captando-se a mensagem normativa de todo o sistema jurídico, “como um dever-ser vinculante para o agir humano”⁶⁴.

Mas o que se entende por interpretação? Sendo o discurso um ato de fala, ou seja, um ato de comunicação – assunto que será melhor discutido no item 1.3 deste capítulo – interpretar é entender a mensagem transmitida pelo outro; ou no caso do direito é “selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”⁶⁵, pois:

A interpretação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Envolve o direito como um fenômeno complexo, na perspectiva da decidibilidade de conflitos. O jurista não interpreta como o faz o ser humano, ordinariamente, quando procura entender a mensagem de alguém numa simples conversa. Neste caso, o que se busca é entender o que foi comunicado, captando o sentido a partir de um esquema de compreensão próprio de quem ouve, a fim de orientar suas reações e subseqüentes ações. Já o jurista pressupõe que, no discurso normativo, são fornecidas razões para agir de certo modo e não de outro. Essas razões, portanto, se destinam a uma tomada de posição diante de diferentes possibilidades de ação nem sempre congruentes, ou seja, conflitivas. Pressupõe, assim, que o ser humano age significativamente, isto é, atribui significação à sua ação. Como essa significação conhece variações subjetivas, a interpretação jurídica cria condições para tornar decidível esse conflito significativo. O que se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um **sentido válido** de uma comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade. Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa como um dever-ser para o agir humano.⁶⁶

Posto isso, a hermenêutica não explica apenas o sentido do direito – não é zetética – ao contrário, ela explica um “dever-ser” como foi mencionado o excerto acima; sendo, portanto, uma teoria dogmática. As regras hermenêuticas são deduzidas a partir de conceitos e princípios que se formulam como orientações para a interpretação.

⁶³FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 221.

⁶⁴Id. Ibid., p. 222.

⁶⁵Id. Ibid., p. 226.

⁶⁶Id., loc. cit.

Dessa forma, interpretar pode assumir a mais variadas formas no universo jurídico, de concepções normativas a descritivas, do objeto ao método, da sua natureza à sua consequência para a compreensão do sistema jurídico.

Perante esse viés, a interpretação é descrita enquanto operação comunicativa do sistema do direito e, nesse caso, quem constrói sentido, promove seleções e governa a interpretação do sistema é o próprio sistema. Nesse sentido:

A interpretação do direito possui múltiplas plataformas de observação: (i) a interpretação autodescreve o sistema jurídico; (ii) mas também realiza interpretação jurídica dos demais sistemas sociais e das formas de interpretação operacionalizadas fora do direito (portanto, o direito interpreta a interpretação dos demais sistemas, ou seja, efetua ‘heterointerpretação’); (iii) por fim, o direito desenvolve função para o conjunto da sociedade, o que implica reconhecer que a própria sociedade se autodescreve, se auto-observa e constrói sentido por meio de escolhas interpretativas construídas pelo sistema jurídico.⁶⁷

Campilongo⁶⁸ afirma então, que “interpretação jurídica é interpretação do direito da sociedade na sociedade”, pois:

Se o lugar do direito, como forma de comunicação e sistema parcial, é na sociedade, só pode existir interpretação do direito na sociedade. E mais: observar a interpretação jurídica e descrever a interpretação feita pelo direito da sociedade é algo inafastável e constitutivo da teoria do direito e da teoria da interpretação. A interpretação jurídica é modo de observação da sociedade. Ela confere e extrai sentido da sociedade. Alimenta-se de redundância e é fermento de variações no sentido do direito.

Ademais, a hermenêutica pode ser considerada como um desdobramento de método, ou seja, um problema epistemológico. Interpretar, então, significa compreender (conhecer o sentido de algo), caracterizando-se como modalidade de conhecimento. Nesse prisma, Willis Santiago Guerra Filho⁶⁹ ensina que no direito a questão hermenêutica e a questão epistemológica são em grande parte coincidentes; visto que há uma forte conexão entre o conhecimento e a interpretação.

Em virtude disso, há quem considere a interpretação como um ato científico e quem a considere como uma mera aplicação do direito; uma vez que não se sabe ao certo sobre quando termina a interpretação e quando inicia a simples aplicação do direito. No entanto,

⁶⁷CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**, cit., p. 1.

⁶⁸Id. Ibid., p. 139.

⁶⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos jurídicos: teoria do direito civil**. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985. p. 59.

a importância do estudo da interpretação para o estudioso do direito não diz respeito ao seu *savoir-faire*, mas sim a compreensão de como ela acontece.

De acordo com Michel Troper⁷⁰, “a palavra ‘interpretação’ designa ao mesmo tempo a operação por meio da qual uma significação é atribuída a uma coisa – que pode ser um objeto material ou um enunciado – e o produto dessa interpretação”; cuja natureza está o ponto de vista descritivo; o qual trata de “determinar as funções mentais utilizadas nas operações efetivas de interpretação jurídica”.

Existem duas concepções com relação à função da interpretação: (i) a concepção tradicional – função do conhecimento e (ii) a concepção realista – função da vontade. De acordo com a concepção tradicional:

A interpretação tem por objeto enunciados dotados de significação; essa significação seria única, em razão do relacionamento necessário entre as palavras e suas significações; desse modo, cada enunciado teria significação própria, a qual importaria unicamente formular; não obstante, essa formulação não seria uma interpretação verdadeira. É apenas quando a significação está oculta, em virtude das características de certos enunciados vagos e ambíguos, que seria preciso interpretá-la; a interpretação não é, portanto, necessária quando o enunciado é claro.⁷¹

Assim, quando o enunciado não é claro é a interpretação que traz à tona o significado oculto. Sendo função do conhecimento, essa operação pode ser bem-sucedida ou não e seu produto ser verdadeiro ou falso. No entanto, para cada enunciado existe apenas uma interpretação correta e para tanto, basta que a pessoa que a faz tenha a competência técnica necessária. Nessa concepção, portanto, está presente o poder a quem interpreta.

Já para a concepção realista, a interpretação é vista como uma função da vontade. Os enunciados são dotados de variadas significações a ser escolhida por aquele que o interpreta. Essa interpretação não é realizada de forma objetiva, mas sim de forma subjetiva; na medida em que expressa a preferência/escolha subjetiva de alguém.

Sobre a utilização da interpretação no direito, Willis Santiago Guerra Filho⁷² afirma que:

O que caracteriza o emprego da interpretação no Direito é a sua finalidade eminentemente prática, onde o intérprete deseja compreender não aquilo que o autor do texto normativo **lato sensu** disse ou quis dizer – donde o despropósito de polêmicas do tipo daquela entre subjetivistas e

⁷⁰TROPER, Michel. op. cit., p. 123-124.

⁷¹Id. Ibid., p. 124.

⁷²GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos jurídicos**: teoria do direito civil, cit., p. 61.

objetivistas, a ser considerada oportunamente –, mas sim quer saber como ele deverá se comportar diante da prescrição normativa, como deverá julgar concretamente em face dela, se for um juiz; como orientará o comportamento de outros para entendê-la ou cumpri-la, caso seja professor, jurista ou advogado.

Pode-se dizer, assim, que o objetivo de quem interpreta o direito não é apenas conhecer o seu sentido, mas sim saber o seu sentido para poder decidir os conflitos aplicando o direito de forma concreta – é a questão da decidibilidade de que tratamos anteriormente, uma questão pragmática. A interpretação, portanto, não é uma atividade ética ou política, mas sim uma questão de responsabilidade.

Para Lênio Streck⁷³:

Tanto a pragmática como a hermenêutica, ao romperem com os dualismos metafísico-essencialistas (essência e acidente, substância e propriedade e aparência e realidade), contribuem para a construção de uma hermenêutica jurídica que problematiza as recíprocas implicações entre discurso e realidade, além de desmi(s)tificar a tese, prevalecente no âmbito do sentido comum teórico dos juristas, da possibilidade da separação dos processos de produção, de interpretação e da aplicação do texto normativo, mostrando, enfim, como contraponto, que existe, no devir da inserção do ser-no-mundo, um processo de produção, circulação e consumo do discurso jurídico, em que, *somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto – é possível ter acesso ao mundo (do Direito e da vida).*

A aplicação do direito, nesse contexto, deverá se voltar à lei e à realidade, observar só um desses elementos da interpretação pode gerar defeitos opostos: se só observar a realidade – casuística – e se só observar a lei – ciência teórica, inútil para a finalidade do direito. Em consequência disso, para Zagrebelsky⁷⁴:

Según la concepción práctica del derecho, em cambio, la interpretación jurídica es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento. En esta definición se pone de relieve el carácter ‘bipolar’ de la interpretación y se indica su vocación para conjugar ambas vertientes hasta hacerlas coincidir em um resultado satisfactorio para ambas. El intérprete no está al servicio exclusivo ni de una ni de otra, sino, en todo caso, de las dos a la vez, manifestando así una cierta autonomía frente a cada una de ellas que deriva del vínculo que lo hace depender de la otra.

[...]

⁷³STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, cit., p. 178-179.

⁷⁴ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 133.

En el proceso de interpretación del derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección.

Cabe-nos ressaltar, ainda, que a hermenêutica jurídica pode ser dividida em interpretação doutrinária (no âmbito da política do direito e da filosofia jurídica) – na qual se estuda os valores e ideologias envolvidos na interpretação, descrevendo as possíveis significações – e em interpretação operativa (no âmbito da prática jurídica). “A interpretação operativa assume uma estrutura dogmática, ao elaborar um conhecimento em função de uma tomada de decisão que põe fim a conflitos [...]”⁷⁵.

Não obstante, é na interpretação operativa que se configura a importância da semiótica no auxílio da atividade hermenêutica; a qual resta clara

quando se considera que as duas principais funções semióticas da linguagem, a comunicação e a significação, se acham presentes ali, pois interpretar é atribuir um certo sentido ou significado a um signo, o qual provém de um emissor (no caso da lei, do legislador) e dirige-se aos receptores (os indivíduos subordinados ao ordenamento jurídico), veiculando uma informação, isto é, fazendo uma comunicação.⁷⁶

Dito isso, se faz mister dizer que a hermenêutica sempre terá como finalidade a lei e isso só é possível devido ao fato de que ela é elaborada pelo legislador de forma racional, sendo passível, portanto, de compreensão por meio da razão; mas não só isso, pois de acordo com Zagrebelsky⁷⁷ a interpretação deve funcionar como uma atividade intermediadora entre a lei e a realidade, segundo a qual:

Partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener una respuesta. A partir del caso, el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular (el llamado ‘circulo interpretativo’) de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas.

Dessa maneira,

a interpretação jurídica é capaz de reduzir a complexidade do direito, produzir seleções e reenviar o sentido do direito para os demais sentidos do direito e da sociedade. A cada interpretação, novo sentido é produzido, novos horizontes de possibilidades se ativam e torna-se possível a interpretação de novas diferenças.⁷⁸

⁷⁵GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos jurídicos: teoria do direito civil**, cit., p. 62.

⁷⁶Id. Ibid., p. 63.

⁷⁷ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 134.

⁷⁸CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**, cit., p. 141.

Então, os métodos de interpretação hermenêutica não passam de regras técnicas cujo objetivo é auxiliar na obtenção de resultado diante dos chamados e já citados problemas de decidibilidade enfrentados pelos juristas. Esses problemas de decidibilidade podem ser de ordem sintática, semântica ou pragmática.

De ordem sintática são os problemas relacionados à conexão das palavras em uma frase; envolvem tanto questões lexicais, quanto lógicas. De ordem semântica são os problemas relacionados ao significado das palavras em si mesmas ou numa prescrição (problemas de ambiguidade ou vagueza); e, por fim, problemas de ordem pragmática são aqueles que dizem respeito à carga emocional ligada ao uso da palavra ou expressão (relação entre o emissor e o sentido da palavra escolhida por ele para expressar algo).

É importante para este trabalho ressaltar que:

A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais. A partir da análise pragmática pode ser levantada a tese no sentido que em um discurso normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica. Por esta razão, a análise pragmática é um bom instrumento para a formação dos juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade.⁷⁹

Para cada um desses problemas a hermenêutica se utiliza de um método diferente para conseguir superá-los: as interpretações gramatical, lógica e sistemática são utilizadas em caso de problemas sintáticos, enquanto que as interpretações histórica, sociológica e evolutiva são utilizadas diante de problemas semânticos, e as interpretações axiológica e teleológicas são ferramentas para enfrentar os problemas pragmáticos.

Nesse aspecto:

A interpretação do direito pelos tribunais – que os juristas chamam de ‘interpretação autêntica’, é dizer, interpretação que pressupõe autoridade competente, procedimento adequado e norma válida – não se confunde com teoria da interpretação. Porém, ambas estão inevitavelmente expostas às referências cognitivas do ambiente social e não podem ser formuladas de outro modo que não comunicativamente. Interpretar significa interpretar a sociedade na sociedade. E a sociedade não é texto a ser interpretado nem objeto de conhecimento do sujeito. Quem interpreta a sociedade é a sociedade. Interpretação é autodescrição da sociedade.⁸⁰

⁷⁹WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade, cit., p. 47.

⁸⁰CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**, cit., p. 132.

Como ocorrem então as divergências interpretativas? Elas ocorrem em decorrência da diferente valorização da palavra por aquele que a está interpretando; uma vez que fatores sociológicos, culturais, ideológicos e até psicológicos influenciam na interpretação dos signos. Assim, podemos conceber que há uma dependência dos signos com relação ao seu intérprete; mas, apesar disso, a interpretação não pode ser totalmente discricionária – devem haver limites.

Diz-se que o discurso jurídico é ideológico na medida em que pressupõe decisões, nas quais estão contidos fatores mencionados acima. Portanto:

Não se pode deixar de denunciar o fato de que o discurso jurídico é um discurso carregado de opções, e que, portanto, agrega valores, impõe condutas, conduz instituições, movimenta riquezas, opta por visões de mundo, que, portanto, sustenta uma ideologia.⁸¹

Sobre a ideologia, Michel Pêcheux⁸² afirma que:

As contradições ideológicas que se desenvolvem através da unidade da língua são constituídas pelas relações contraditórias que mantém, necessariamente, entre si os ‘processos discursivos, na medida em que se inscrevem em relações ideológicas de classes.

Ademais, de acordo com o citado autor, a ideologia não se dá no âmbito do aparelho ideológico do Estado, mas sim na categoria do sujeito; ela aparece na relação entre homens, na identidade do sujeito do discurso – por isso, pode-se afirmar que todo discurso é ideológico.

É a ideologia que fornece as evidências pelas quais “todo mundo sabe” o que uma palavra ou enunciado querem dizer. Afinal, a linguagem como fato do mundo se exprime por meio de proposições, isto é, afirmações de que algo é algo, asserções sobre as propriedades de algum objeto. Tais estruturas de linguagem são suscetíveis de valores.⁸³

Vale ressaltar ainda, que a ideologia pode ser objeto de conhecimento da ciência, retirando o enfoque dos conceitos e se voltando mais para a significação⁸⁴; preocupação da semiótica – área de estudo da decisão no presente trabalho.

⁸¹BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**, cit., p. 560.

⁸²PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso: uma crítica à formação do óbvio**, cit., p. 83-84.

⁸³VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 3.

⁸⁴WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade**, cit., p. 39.

A ideologia é, portanto, uma visão de mundo; ou por outro lado, uma forma de dominação. Para Warat⁸⁵, ademais:

A ideologia impede a constituição de critérios de significação precisos, logicamente manipuláveis, envolvendo os conceitos e seus referenciais em uma auréola de incerteza e vagueza, racionalmente ingovernáveis. Os critérios de significação racionais são substituídos por outros, ideologicamente determinados, que se expressam em ‘slogans’, estereótipos, aforismos e princípios não racionalmente conformados, senão emotivamente constituídos.

As significações, portanto, projetam a realidade jurídica e social, não podendo ser condicionadas ou determinadas totalmente pelo sentido comum teórico; isso as tornaria despojadas da mutante e dinâmica vinculação humana e social.

O sentido comum teórico é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do direito. Ele

traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.⁸⁶

Dessa forma, o sentido comum teórico “não só compreende a ideologia senão que, também, abarca todos os demais componentes do conhecimento, derivado das diversas disciplinas sociais” e “surge do saber acumulado e da experiência histórica, mas não como produto de uma atividade cognoscitiva deliberada”.⁸⁷

Ainda sobre o sentido comum teórico, Lênio Streck⁸⁸ afirma que:

Traduz um complexo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica.

[...]

O sentido comum teórico ‘coisifica’ o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas

⁸⁵WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade, cit., p. 37-38.

⁸⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, cit., p. 69.

⁸⁷WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade, cit., p. 35.

⁸⁸STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, cit., p. 69.

acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à ‘consumação’ das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito. Traduz-se em uma ‘para-linguagem’, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a ‘realidade’ jurídica dominante.

Diante desse problema da ideologia no sistema jurídico e da sua interpretação, considera-se que

o ato interpretativo é um ato de **violência simbólica**, ou seja, uma imposição forçada de significações como legítimas através de símbolos que dissimulam as razões de força que a fundamentam. Trata-se, portanto, de um ato que reproduz o ato originário que convencionou socialmente o significado, necessariamente arbitrário, das palavras. Para tanto, pressupõe uma certa colaboração e confiança da parte de quem sofre a ação, cuja vontade não é eliminada, mas apenas neutralizada, para que se tornem indiferentes e irrelevantes possíveis reações contrárias aos desígnios do intérprete. Eis os limites naturais da atividade hermenêutica, na própria relação entre intérprete e destinatários da interpretação ao nível pragmático de relacionamento entre os signos.⁸⁹

É válido mencionar, no entanto, que os intérpretes em situação comunicativa utilizam o mesmo código e por isso se entendem. Enquanto o código forte possui um conteúdo claro e regras precisas, na tentativa de limitar ao máximo a atuação discricionária do intérprete, o código fraco amplia as possibilidades de interpretação; uma vez que apresenta maior vagueza e ambiguidade.

Posto isso, segundo Willis Santiago Guerra Filho⁹⁰

cada momento interpretativo particular, com sua relação interpretativa peculiar, é que determina a estratégia a ser utilizada, saindo vitoriosa aquela que melhor souber jogar com os códigos, fortes e fracos. Quando o emissor normativo, que está em posição de superioridade, vale-se de um código forte, o receptor da mensagem vai procurar ganhar espaço para exercer sua atividade interpretativa, substituindo-o por um código fraco, enquanto o primeiro, em não se convencendo, reafirmará o código forte e assim por diante. Se, ao invés, a autoridade emite prescrições em um código fraco, o que pode mascarar a intenção de praticar arbitrariedades, exercendo a força disfarçadamente, o destinatário vai então pedir maior clareza e precisão, pois o espaço foi tão aberto que ele necessita do código forte para encontrar sua posição, situar-se e defender-se.

Concluindo, diante de tudo que foi dito sobre a hermenêutica, podemos perceber que a interpretação é a ferramenta capaz de dar sentido ao texto normativo;

⁸⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos jurídicos**: teoria do direito civil, cit., p. 74.

⁹⁰Id. Ibid., p. 77.

compatibilizando-o ao problema enfrentado e à realidade social da sua época. Só assim será possível buscar a melhor interpretação e vencer as arbitrariedades do sistema.

Enquanto a hermenêutica trata não apenas do sentido jurídico, mas também de um “dever-ser”, como vimos, a argumentação cuida de uma ferramenta racional desse sentido, capaz de fornecer a justificativa da escolha de uma melhor decisão. Para entendermos melhor, o saber dogmático

não cuida da decisão em termos de sua descrição como realidade social, mas de regras para a tomada de decisão. [...] A doutrina dogmática, assim, tradicionalmente, preocupa-se com os requisitos técnicos que constituem os instrumentos de que serve o decisor, aparentemente para adaptar sua ação à natureza mesma dos conflitos, mas, na verdade, para encontrar a decisão que prevalecentemente se imponha e os conforme juridicamente.⁹¹

Ademais, Robert Alexy⁹² afirma que

A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até a as regras de ônus da prova do processo. Finalmente, para a fundamentação das premissas que não são enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que pode designar ‘**argumentação jurídica**’. (grifo nosso)

Então, de acordo com esse autor, a chamada argumentação jurídica “pode ser importância decisiva não só na interpretação de uma norma válida, mas também no estabelecimento de validade dessa norma”⁹³; ou seja, a argumentação jurídica pode, de certa forma, estabelecer não só a aplicação da norma, mas também determinar a sua validade.

Isso porque, o que se estuda não é apenas um conjunto de normas, mas sim os processos de raciocínio dos juristas, em particular aqueles pelos quais eles justificam as suas decisões. Segundo Michel Troper⁹⁴:

Esses raciocínios dependem e são da alçada não da lógica formal, mas de uma lógica de argumentação, a qual não tem por objetivo a dedução a partir de premissas, mas de preferência e, antes de tudo, a escolha das próprias premissas. Não busca estabelecer as condições de verdade das

⁹¹FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 285.

⁹²ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**, cit., p. 228.

⁹³Id. Ibid., p. 229.

⁹⁴TROPER, Michel. op. cit., p. 151.

proposições, nem mesmo de validade das normas, mas descrever os meios empregados para persuadir.

Portanto, sendo a decisão um ato de comunicação, temos presente um discurso racional de uma pessoa para outra pessoa, com intuito de que o que está sendo comunicado seja compreendido e atendido. Dessa maneira, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁹⁵, o próprio ato de decidir se trata de um discurso racional pois exige uma fundamentação; devendo o fato ser não apenas provado, mas também comprovado.

Em decorrência disso, o supracitado autor afirma que a regra basilar do discurso da decisão jurídica é o dever de provar; uma vez que para ser considerado um discurso racional ele deve ser passível de questionamento. É exatamente dessa atividade de provar que advém a teoria da argumentação jurídica.

Essa técnica, conhecida desde a Antiguidade, servia para dar credibilidade aos pontos de vista expressados nas decisões jurídicas e fazia parte da chamada arte da retórica. A retórica foi se especializando no âmbito jurídico e atualmente é conhecida como argumentação, configurando-se numa espécie de raciocínio jurídico, não mais apenas na ideia de apresentação de provas e evidências para gerar o convencimento.

Sendo assim, a argumentação jurídica se apresenta como uma forma operacionalizada do discurso jurídico que visa discutir os problemas por meio do raciocínio, sendo capaz de fornecer os motivos e as razões – aduzindo raciocínios – a uma determinada decisão.

Para Tércio Sampaio Ferraz⁹⁶

todo problema trazido à deliberação jurídica tem o caráter de um conflito, isto é, alternativas incompatíveis que pedem decisão, o **procedimento argumentativo começa, em geral, por questionar a consistência do conflito enquanto jurídico**. Trata-se de um questionamento prévio, condicionante mesmo da argumentação subsequente, que lhe determina o caráter. Tem a finalidade de verificar se há mesmo um conflito e, sobretudo, se ele é jurídico. (grifo nosso)

Nesse viés, a argumentação é o instrumento do jurista para que ele apresente sua convicção numa decisão jurídica; ou seja “caracteriza-se pela pretensão de validade

⁹⁵FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 299.

⁹⁶Id. Ibid., p. 307.

persuasiva de suas asserções”⁹⁷, demonstrando a tentativa do jurista de comprovar ou refutar uma tese, convencendo o destinatário de sua validade.

Posto isso, “argumentar juridicamente significa, na verdade, tomar o direito como imposição normativa de uma ordem de distribuição, conforme princípios de justiça (...)”⁹⁸, de modo que o discurso dogmático da decisão judicial não pretende apenas informar ou fundamentar uma decisão, mas também persuadir e motivar condutas; tratando-se de um discurso ideológico e valorativo.

Dessa maneira, Michel Troper⁹⁹ afirma que:

Os juízes não podem, na verdade, estatuir em conformidade com a teoria do silogismo judiciário, nem se contentar em procurar uma solução equitativa, mas devem encontrar uma solução razoável, isto é, em concordância, ao mesmo tempo, com a lei e a equidade. A argumentação parte de determinado número de acordo: por um lado, os lugares-comuns, que servirão de premissas, como os fatos ou valores que convém preservar, e, por outro as técnicas argumentativas. Entretanto, essas premissas não apresentam nenhum caráter objetivo, e o raciocínio não é constrangedor ou modesto. Permite apenas chegar a uma decisão socialmente aceitável. Assim, o razoável não se confunde com o racional, e é possível que existam várias soluções razoáveis. É, diga-se de passagem, o que se verifica quando um tribunal colegiado toma uma decisão por maioria.

Conclui-se, então, que a lógica jurídica acaba por se confundir com o processo de raciocínio e de argumentação dos juízes e juristas em geral. Tal processo de raciocínio dos juristas consiste, para essa tese, justamente no processo semiótico da decisão judicial.

Partimos agora para a compreensão detalhada da conexão entre a linguagem, o discurso e a semiótica.

1.3 Linguagem, discurso e semiótica

O universo, a nossa realidade, a própria verdade e até mesmo o conhecimento são aspectos linguísticos¹⁰⁰. Isso porque, é por meio da língua que somos capazes de expressar os nossos sentidos e assim, tornar a nossa realidade real.

⁹⁷FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 310.

⁹⁸Id. Ibid., p. 319.

⁹⁹TROPER, Michel. op. cit., p. 151-152.

¹⁰⁰FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. São Paulo: Annablume, 2004.

Para Warat¹⁰¹, os significados socialmente padronizados possuem sentidos incompletos; são expressões em aberto, que apenas se tornam relativamente plenas em um contexto determinado. Assim, é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere, ou seja, seu significado contextual. Dessa forma, ao transmitir uma mensagem, o homem não só reflete seus propósitos, como também reproduz uma concepção de mundo.

Sendo assim, é no contexto da língua que os nossos pensamentos, nossas ações e o conhecimento se materializam e passam a existir no mundo em que vivemos; ou seja, como afirmou Wittgenstein¹⁰², a linguagem é o veículo do pensamento.

Não obstante, além de possibilitar o intercâmbio de informações e de saber, a linguagem acaba se apresentando como forma de controle de tais conhecimentos; uma vez que o conhecimento, ou melhor, a transmissão do conhecimento pode ser obscurecida por falhas da própria linguagem, conforme nos ensina Warat¹⁰³.

De acordo com Lourival Vilanova¹⁰⁴, o conhecimento – formado pelos seguintes componentes: “a) o sujeito cognoscente; b) os atos de percepção e de julgar; c) o objeto do conhecimento (coisa, propriedade, situação objetiva); d) a proposição (onde diversas relações formam estruturas)” – apresenta a linguagem como um requisito, uma vez que é por meio dela que se fixam as significações e se transmite os conceitos, comunicando o conhecimento; o qual ocorre dentro de um universo de linguagem e de uma comunidade do discurso.

Manfredo Araújo de Oliveira¹⁰⁵ afirma, então, que a linguagem, no âmbito da cultura ocidental, tem uma função “designativo-instrumentalista-comunicativa”, conforme veremos mais detalhadamente a seguir:

O Ocidente entende a linguagem a partir do *dualismo originário* que caracteriza a metafísica ocidental: a linguagem é vista, em última análise, como *expressão*, isto é, trata-se da efetivação de uma essência ideal (razão, sentido), que ocorre na medida em que a razão humana se utiliza de uma matéria (no caso de um som) e a articula e transforma de tal maneira que ela possa ser veículo de sua manifestação. Linguagem, nessa perspectiva, é *exteriorização da razão*, do sentido. Algo sensível se faz

¹⁰¹WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 65 e 67.

¹⁰²WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**: investigações filosóficas. Trad. e pref. M. S. Lourenço. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 371.

¹⁰³WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, cit., p. 37.

¹⁰⁴VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 1-2.

¹⁰⁵OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 95.

manifestação, exteriorização, objetivação do inteligível. Ora, o que faz, portanto, o som produzido pela homem linguagem é que ele é expressão do pensamento, da razão, da consciência. É a espiritualização do som que a torna linguagem humana, essencialmente distinta da linguagem animal. A linguagem é, então, a expressão na vida humana em que o pensamento se exterioriza.¹⁰⁶

Diante disso, fica claro que a linguagem funciona de diversas maneiras, uma vez que:

Ora expressa estados interiores do sujeito, ora expressa situações e objetos que compõem a textura do mundo externo. Nem sempre funciona com fim cognoscitivo, como linguagem-de-objetos. Às vezes é veículo de ordens, no sentido genérico, pretendendo alterar o estado das coisas; outras vezes, faltando a suficiente parcela de experiência dos objetos, é transmissora de *perguntas*. Outras vezes, ainda, nem é instrumento do conhecimento nem de ordens ou imperativos, nem de perguntas, mas meramente *expressional* da alteração emocional que o trato com os objetos provoca no sujeito.¹⁰⁷

Antes de se chegar a essa definição, no entanto, o conceito de linguagem e a importância dada a ela, passaram por diversas transformações, originando a chamada “reviravolta linguístico-pragmática”¹⁰⁸ e/ou “giro linguístico”¹⁰⁹.

Na época de Platão, a linguagem era vista como um mero instrumento, uma condição de possibilidade da comunicação. Assim, a chamada concepção instrumentalista enquadrava a função da linguagem como designativa; ou seja, as palavras possuem um sentido – um conceito – na medida em que designam algo e para que saibamos o seu significado, precisamos conhecer o que é designado.

Dessa forma, a linguagem não passava de um reflexo do mundo¹¹⁰. Refutando essa abordagem, surgiu a concepção de espírito e atos espirituais afirmando que a compreensão seria a condição de possibilidade de uso das palavras e considerando, portanto, que “a significação das palavras provém de um ato subjetivo e interior ao espírito”¹¹¹. Ou seja, tal concepção considerava a linguagem como um ato individual e subjetivo da compreensão do sujeito falante.

¹⁰⁶OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 202-203.

¹⁰⁷VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 3.

¹⁰⁸OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit.

¹⁰⁹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, cit., p. 161 e ss.

¹¹⁰OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 121.

¹¹¹Id. Ibid., p. 123.

Afinal, a linguagem está na natureza do homem, enquadrá-la como um mero instrumento de comunicação seria colocá-la sob um ponto de vista muito simplista da linguagem. “É um homem falando que encontramos no mundo, um homem falando com outro homem, e a linguagem ensina a própria definição do homem”; então, o conteúdo simbólico, a natureza imaterial e a organização articulada não são passíveis de reduzir a linguagem a um mero instrumento e o homem não pode ser dissociado da sua própria linguagem, como afirma Benveniste¹¹².

Tivemos então a presença de uma teoria subjetivista em oposição à teoria objetivista que tratava a linguagem como mero instrumento; no entanto, percebeu-se que a linguagem também não se tratava de um mero ato de consciência individual, mas sim de uma ação humana – um ato social.

Conforme Manfredo Araújo de Oliveira¹¹³, “essa atividade se realiza sempre em contextos de ação bem diversos e só pode ser compreendida justamente a partir do horizonte contextual em que está inserida”; pois, de acordo com Wittgenstein¹¹⁴, “a linguagem é um labirinto de caminhos. Vindo de *um* lado, conheces o caminho; vindo de outro lado, mas para o mesmo ponto, já não conheces o caminho”.

Diante desse novo panorama de compreensão da linguagem houve uma transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, tornando a linguagem justamente o foco do conhecimento, como abordado anteriormente.

De acordo com Lênio Streck¹¹⁵, esse giro linguístico ocorreu três frentes: o neopositivismo (ou empirismo) lógico, que buscava a construção de linguagens ideais; a segunda fase da filosofia de Wittgenstein, criticando a filosofia da subjetividade e enquadrando a linguagem como condição de possibilidade para constituição de conhecimento; e a filosofia da linguagem ordinária, diante da qual a linguagem passou a ser vista como ação de uma filosofia pragmática da linguagem.

No entanto, o giro linguístico apenas finalizou com o encontro entre a tradição analítica, a tradição continental – ligada à fenomenologia de Heidegger – e a reviravolta

¹¹²BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral I**, cit., p. 285.

¹¹³OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 138.

¹¹⁴WITTGENSTEIN, Ludwig. op. cit., p. 322.

¹¹⁵STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, cit., p. 161 e ss.

pragmática – representada pela semiótica de Peirce – originando a chamada transformação da filosofia transcendental, por Karl-Otto Apel¹¹⁶.

Segundo esse autor, a nova filosofia “pragmático-transcendental” foi a responsável por superar o solipsismo metódico e o dogmatismo ao transformar a filosofia da consciência em uma filosofia pautada na linguagem como meio de todo tipo de entendimento. Para tanto, Karl-Otto Apel¹¹⁷ considera que o pensamento de Heidegger e Gadamer, diante de uma dimensão hermenêutica de compreensão da linguagem, e o pensamento lógico de investigação na dimensão dos signos de Peirce foram fundamentais.

De acordo com Reginaldo da Costa¹¹⁸, Apel sustenta que, diferentemente de Heidegger, que a pré-compreensão do mundo não está condicionada à interpretação do ser, vinculando a filosofia transcendental não apenas à problemática da verdade, mas também da validade de uma pré-compreensão.

Nessa mesma esteira, Karl-Otto Apel¹¹⁹ questiona sobre a possibilidade de compreensão, mencionada por Gadamer, está condicionada à validade; sendo assim, seria necessária uma hermenêutica normativa pautada na compreensão e nas suas possibilidades de validade. Afinal, “o autor do sentido que há de ser compreendido, melhor do que este se compreende a si mesmo”¹²⁰, é que toda compreensão deve abranger; pois para compreender, é necessário que se compreenda mais o interpretante do que o próprio ser.

É nesse horizonte que se dá a importância da semiótica para a transformação total da filosofia no giro pragmático-semiótico; pois a relação triádica de Peirce é essencial para a compreensão de que a interpretação de algo como algo é o resultado da interpretação de alguém, por meio dos signos.

Para Karl-Otto Apel¹²¹:

Uma interpretação mais exata do pragmatismo semiótico de Peirce mostra que ele se adapta à lógica normativa da mediatização de teoria e praxis, fundada já em 1968, com vistas ao objetivo transcendental-filosoficamente postulado de um consenso de verdade em uma comunidade ilimitada de cientistas. Esse processo de pesquisa teleológico transcendental-filosoficamente postulado, no entanto, será tratado pelo Peirce do *pragmaticismo* como caminho para uma consumação prática da racionalização do universo por meio da formulação autocontrolada de

¹¹⁶APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica**. Tradução de Paulo Astar Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

¹¹⁷Id. Ibid.

¹¹⁸COSTA, Reginaldo da. **Ética e Discurso em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 37.

¹¹⁹APEL, Karl-Otto. op. cit., p. 52.

¹²⁰COSTA, Reginaldo da. op. cit., p. 43.

¹²¹APEL, Karl-Otto. op. cit., p. 225.

'habits' enquanto *'logical interpretants'* não deve ser reduzido a um objeto empírico das ciências sociais; e ele também não é uma consciência pura em geral, como na filosofia transcendental clássica de Kant (e ainda na de Hesserl), mas sim uma *comunidade real* de experimentação e de interpretação, na qual se pressupõe ao mesmo tempo, como *'telos'*, uma *comunidade ideal ilimitada*. Tal como seus signos e ações, essa comunidade é *experienciável*, mas não como um objeto da experiência, e sim como um *meio intersubjetivo* de acordo mútuo quanto às condições de possibilidade e de validade conceituais próprios às descrições de possibilidade e de validade conceituais próprios às descrições e elucidações dos dados de observação.

Dessa forma, a relação triádica de Peirce possibilita não apenas a interpretação do mundo e da ciência, mas também o pensamento e a pretensão de verdade de qualquer compreensão. Os signos realizam a mediação entre o ser e a coisa, o homem e o objeto, tornando possível que o homem descreva e interprete algo que é de seu conhecimento de forma válida.

A linguagem se torna, então, um meio para o homem alcançar um outro homem e transmitir-lhe e receber dele uma mensagem ou um conhecimento, o que exige e pressupõe a existência do outro. A sociedade é dada com a linguagem e só se sustenta pelo uso comum de signos de comunicação.¹²²

Assim sendo, sem a linguagem além de ser impossível nos comunicarmos uns com os outros, não poderíamos construir estradas e máquinas e não seríamos capazes de influenciar as pessoas.¹²³ E mais, retomando algumas afirmações já realizadas nos parágrafos acima, é por meio da linguagem que o homem se constitui como um sujeito, um indivíduo da sociedade, porque é a linguagem que fundamenta a realidade do ser.

É o conceito de ego que fundamenta a subjetividade existente na fala de cada um, uma vez que é pela linguagem que o indivíduo se define como tal e expressa seus sentimentos, suas experiências e sua consciência. Benveniste¹²⁴ afirma que:

A consciência de si mesmo só é possível se experimentada por contraste. Eu não emprego *eu* a não ser dirigindo-me a alguém, que será minha alocação em *tu*. Essa condição de diálogo é que é constitutiva da *pessoa*, pois implica a reciprocidade – que eu me torne *tu* na alocação daquele que por sua vez se designa por *eu*. Vemos aí um princípio cujas consequências é preciso desenvolver em todas as direções. A linguagem só é possível porque cada locutor se apresenta como *sujeito*, remetendo a ele mesmo como *eu* no seu discurso. Por isso, eu propõe outra pessoa,

¹²²BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral II**. Trad. Eduardo Guimarães. 2. ed. São Paulo: Pontes, 2006. p. 93.

¹²³WITTGENSTEIN, Ludwig. op. cit., p. 431.

¹²⁴BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral I**, cit., p. 286.

aquela que, sendo embora exterior a ‘mim’, torna-se o meu eco – ao qual digo *tu* e que me diz *tu*. A polaridade das pessoas é na linguagem a condição fundamental, cujo processo de comunicação, de que partimos, é apenas uma consequência totalmente pragmática.

Dessa forma, pode-se concluir que é numa relação dialética do sujeito, englobando o *eu* – ato do discurso individual – e o *tu* numa relação mútua que se descobre o fundamento da subjetividade. Consequentemente, Benveniste¹²⁵ nos apresenta uma versão da linguagem que retoma a subjetividade do sujeito falante, mas que ao mesmo tempo a enquadra como uma ação social, ao demonstrar a importância do outro sujeito na relação, conectando-a ao discurso. Como podemos depreender diante da sua fala a seguir:

A linguagem é, pois, a possibilidade da subjetividade, pelo fato de conter sempre as formas linguísticas apropriadas à sua expressão; e o discurso provoca a emergência da subjetividade, pelo fato de consistir de instâncias discretas. A linguagem, de algum modo propõe formas ‘vazias’ das quais cada locutor em exercício de discurso se apropria e as quais refere à sua ‘pessoa’, definindo-se ao mesmo tempo a si mesmo como *eu* e a um parceiro como *tu*.

Para ele, então, a subjetividade é o elemento da linguagem capaz de produzir a categoria da pessoa e assim, tem o poder de introduzir uma mudança de perspectiva até mesmo no discurso de um indivíduo.

Para Michel Foucault¹²⁶, a noção de discurso é empregada como:

Um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, em uma dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou linguística, as condições de exercício da função enunciativa.

Nesse sentido, o discurso se caracteriza como uma prática do campo social, servindo de espelho para uma sociedade de uma determinada época; é por isso que segundo Michel Pêcheux¹²⁷, “todo discurso é discurso de um sujeito”, uma vez que todo indivíduo (“sujeito pragmático”) é responsável pelos seus próprios atos.

O discurso, então, é uma ação linguística que ocorre entre os sujeitos e para que ela de fato exista é necessário o entendimento da mensagem por aquele a quem ela foi

¹²⁵BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral I**, cit., p. 289.

¹²⁶FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 43.

¹²⁷PÊCHEUX, Michel. **Semântica e discurso: uma crítica à formação do óbvio**, cit., p. 198 e 33.

encaminhada, tornando completa a relação entre o emissor e o receptor. Sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz¹²⁸ esclarece que:

Entendemos por discurso uma ação linguística dirigida a outrem, donde seu caráter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito. Além disso, dissemos que a ação linguística não se dirige apenas a outrem, mas apela ao seu entendimento, sendo assim considerada apenas aquela que pode ser entendida, isto é, ensinada e aprendida. A essa situação de aprender e ensinar, na qual a compreensibilidade das ações deve ser manifesta, atribuímos a expressão *situação comunicativa*. Todo discurso, nesse sentido, revela uma situação dessa natureza. A situação comunicativa não deve ser entendida como uma relação de partes físicas, seres humanos biologicamente concebidos e sinais, mas de ações e resultados de ações (acontecimentos), não tendo uma estrutura à parte do seu funcionamento. Por isso, o discurso não é, em princípio, uma sequência preestabelecida de determinadas ações, não se confundindo o seu agir com um mero ritual, embora uma ritualização não o exclua.

Dessa maneira, de acordo com o mesmo autor, podemos dizer que o discurso só ocorre em virtude de um comportamento seletivo dos sujeitos que dele participam – os quais “ensinam, aprendem ou se recusam a aprender, determinam alternativas, escolhem caminhos, absorvem incertezas, transformam questões complexas em problemas claros etc.”¹²⁹.

É exatamente o que afirma Warat¹³⁰ quando alega que o discurso constitui um “ato de argumentação, cujo principal problema teórico é configurado pela sua relação com os seus interlocutores; e por isso que para Alexy¹³¹ as “regras do discurso racional se referem não só, como as regras da lógica, a enunciados, mas também, além disso, ao comportamento do falante”.

Isso acontece porque:

Todo discurso é o índice potencial de uma agitação nas filiações sócio-históricas de identificação, na medida em que ele constitui ao mesmo tempo um efeito dessas filiações e um trabalho (mais ou menos consciente, deliberado, construído ou não, mas de todo modo atravessado pelas determinações inconscientes) de deslocamento no seu espaço: não há identificação plenamente bem sucedida, isto é, ligação sócio-histórica que não seja afetada, de uma maneira ou de outra, por uma ‘infelicidade’

¹²⁸FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 79-80.

¹²⁹Id. Ibid., p. 80.

¹³⁰WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, cit., p. 85.

¹³¹ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 40.

no sentido performativo do termo – isto é, no caso, por um ‘erro de pessoa’, isto é, sobre o *outro*, objeto de identificação.¹³²

A situação comunicativa então, além de ser bilateral, exige que haja o mútuo entendimento e para tanto, há necessidade de que os envolvidos estejam sob a influência do mesmo contexto em que ela se insere. Tal contexto acaba por se apresentar como uma condição de possibilidade do próprio discurso, na medida que em determinado momento histórico, sociedade ou grupo, as palavras utilizadas pelos falantes envolvidos numa determinada situação comunicativa tenham a mesma significação para todos.

Nesse sentido:

A enunciação (como um ato individual de utilização da língua) supõe a conversão individual da língua em discurso. Aqui a questão – muito difícil e pouco estudada ainda – é ver como o ‘sentido’ se forma em ‘palavras’, em que medida se pode distinguir entre as duas noções e em que termos descrever sua interação.¹³³

Um enunciado, segundo Friedrich Müller¹³⁴, possui inúmeras funções; portanto, compreender um enunciado significa compreender o que ele realiza, a função que tem e que operação ele executa; ademais não se pode falar do significado em si de uma palavra, mas sim compreender o significado de uma palavra “no âmbito de um determinado jogo de palavras”, pois o “significado de uma palavra é o seu uso na linguagem”.

De acordo com Michel Foucault¹³⁵, “um enunciado pertence a uma formação discursiva, como uma frase pertence a um texto, e uma proposição a um conjunto dedutivo”. Sendo assim, para ele, o discurso nada mais é do que um conjunto de enunciados que ocorrem na função enunciativa como uma performance verbal; uma vez que tais enunciados são oriundos da mesma formação discursiva.

Para Diana Luz Pessoa de Barros¹³⁶ é sobretudo no nível das estruturas discursivas que a enunciação mais se revela, nas projeções de sintaxe do discurso, nos procedimentos de argumentação e na escolha dos temas e figuras, sustentadas por formações ideológicas. Esses elementos, apreendidos na análise interna do texto demonstram as escolhas feitas na busca da obtenção de sentido, o qual não é obra do acaso, mas sim efeito da enunciação.

¹³²PÊCHEUX, Michel. **O Discurso**: estrutura ou acontecimento. Tradução: Eni Pucellini Orlandi. 6. ed. Campinas: Pontes, 2012. p. 56-57.

¹³³BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral II**, cit., p. 83.

¹³⁴MÜLLER, Friedrich. op. cit., p. 36-37.

¹³⁵FOUCAULT, Michel. op. cit., p. 135.

¹³⁶BARROS, Diana Luz Pessoa de. **Teoria semiótica do texto**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008. p. 82-83.

“Ressalta-se o caráter manipulador do discurso, revela-se sua inserção ideológica e afasta-se qualquer ideia de neutralidade ou de imparcialidade do texto.” Só isso, no entanto, não é suficiente para determinar os valores expressos no texto. É necessário também que se compreenda o contexto gerador de todo aquele sentido.

Então, ao analisarmos o discurso como um ato de linguagem baseado nas seleções dos falantes envolvidos, o qual expressa o pensamento de um indivíduo, temos que admitir que há sim algo de abstrato e de subjetivo no discurso de cada ser humano; na medida em que podemos dizer que os limites da linguagem de um sujeito acabam por ser o limites do seu próprio mundo, parafraseando Wittgenstein¹³⁷.

Hodiernamente, a linguagem é reduzida à informação, por meio da técnica e, segundo Manfredo Araújo de Oliveira¹³⁸, a experiência da linguagem como informação tem como paradigma a subjetividade da consciência na atual fase da nossa civilização. Como então analisar esses atos de linguagem e compreendê-los, na medida em que são um processo mental?

Willis Santiago Guerra Filho¹³⁹ afirma que estudar o nível pragmático da linguagem é o caminho, uma vez que:

O discurso (*parole*) é o objeto da análise linguística semiótica ou semiológica, podendo ser definido como um corpo coerente de proposições abstratas, com a capacidade de desenvolver-se e reproduzir-se segundo regras que lhe são inerentes, conquanto transcendentem (*langue*). É a forma de organização do pensamento humano, posto que o permite livrar-se da carga do concreto e elevar-se a um nível onde se pode dominar, intelectualmente, pelo menos, os acontecimentos e os fenômenos nos quais se está imerso.

[...]

A comunicação depende de um contexto, composto de fatos não-linguísticos, uma vez que se dá em uma situação vital material. Portanto, também neste momento de máxima concreção se observa uma série de abstrações, posto que se há de desconsiderar as peculiaridades individuais, considerando o ato de discurso numa situação comunicativa padrão (**Standard**) e excluindo aspectos não-linguísticos (não confundir com não-verbais) isto é, aspectos físicos, psicológicos, etc. Este é o momento da PRAGMÁTICA.

Sendo assim, a resposta para a nossa pergunta é a semiótica, mais especificamente no seu nível pragmático, a qual, segundo Lúcia Santaella¹⁴⁰

¹³⁷WITTGENSTEIN, Ludwig. op. cit., p. 114.

¹³⁸OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 203 e 205.

¹³⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos jurídicos**: teoria do direito civil, cit., p. 57.

¹⁴⁰SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?** São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 19.

é a ciência que tem por objeto de investigação todas as linguagens possíveis, ou seja, que tem por objeto o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno como fenômeno de produção de significado e de sentido.

Nesse aspecto:

Representar o real e atuar sobre ele no futuro, quando a ocasião permitir são para Peirce dois aspectos inseparáveis do conhecimento e do pensamento. Por isso mesmo, o proceder intelectual encontra seu sentido na medida em que cria um hábito de conduta que facilite a interação com o objeto que se quer conhecer.¹⁴¹

Sob esse prisma, para Warat¹⁴², a semiótica seria então “uma teoria geral dos signos, reconhecida como disciplina na medida em que o processo de abstração produzisse juízos necessários, que deveriam ser caracteres lógicos dos signos utilizados pelas práticas científicas”.

Dando ainda mais importância para o tema Morris¹⁴³ destaca que “a semiótica não é uma simples ciência entre as ciências, mas um *organum* ou instrumento de todas as ciências”, uma vez que “fornece uma base para a compreensão das formas principais da atividade humana e da interrelação pois todas essas atividades e relações estão refletidas nos signos que medeiam essas atividades”.

Ainda sobre a teoria semiótica, Diana Luz Pessoa de Barros¹⁴⁴ afirma que:

A teoria semiótica examina a enunciação enquanto instância pressuposta pelo discurso, em que deixa marcas ou pistas que permitem recuperá-la. Chega-se ao sujeito pelo caminho do discurso, reconstrói-se a enunciação por meio da análise interna do texto: certos procedimentos do texto marcam, nos diferentes patamares do percurso gerativo, a relação entre o discurso e a enunciação pressuposta. Podem-se citar, entre outros, a determinação axiológica, no nível das estruturas fundamentais, o conflito ideológico instalado na narrativa entre os destinadores do sujeito, os valores que o sujeito assume e suas paixões.

Em outras palavras, a semiótica é capaz de analisar os discursos, sejam eles de qualquer natureza (históricos, políticos, religiosos, etc.), compreendendo os seus sentidos

¹⁴¹SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 23.

¹⁴²WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, cit., p. 13-14.

¹⁴³MORRIS, Charles W. **Fundamentos da Teoria dos Signos**. Tradução de Milton José Pinto. Rio de Janeiro: Eldorado; São Paulo: EDUSP, 1976. p. 87 e 89.

¹⁴⁴BARROS, Diana Luz Pessoa de. op. cit., p. 82.

diante do contexto em que se apresentam; ou seja, a semiótica “procura hoje determinar o que o texto diz, como diz e para que o faz”¹⁴⁵.

Como sabido, o objeto da semiótica é a linguagem (de todos os tipos) e está dividida em três tipos de relação ou níveis: sintática – relação entre os signos; semântica – relação entre os signos e os objetos; e pragmática – relação entre os signos e os usuários (e/ou intérpretes).

Nesse sentido:

A pragmática, terceira parte da semiótica, trata dos modos de significar, dos usos e das funções da linguagem. Parte-se da ideia de que os fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões. Isto porque, quando se utiliza uma expressão em um contexto comunicacional, esse emprego provoca uma alteração na estrutura conceitual.¹⁴⁶

Não obstante, podemos afirmar que a pragmática é capaz de demonstrar a função dos discursos em uma determinada sociedade, visto que parte da ideia de que “fatores intencionais dos usuários provocam alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões” e que a ideologia “pode ser também considerada uma dimensão pragmática da linguagem”.¹⁴⁷

Em virtude disso, Winfried Nöth¹⁴⁸ afirma que “a semiótica é a ciência dos signos e dos processos significativos (semiose) na natureza e na cultura”. Há, no entanto, diversas escolas da semiótica, tanto as que acreditam que a semiótica se ocupe apenas da comunicação humana, quanto as que definem a semiótica como teoria da significação e não dos signos.

Charles Sanders Peirce é conhecido como um dos principais fundadores da semiótica moderna. Para ele, “o ponto de partida da teoria peirceana dos signos é o axioma de que as cognições, as ideias e até mesmo o homem são entidades essencialmente semióticas”¹⁴⁹.

Sendo assim, a semiótica peirceana é revestida de um “caráter universal”, uma “visão pansemiótica do universo”, uma vez que para ele o mundo é permeado por signos e,

¹⁴⁵BARROS, Diana Luz Pessoa de. op. cit., p. 83.

¹⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito, cit., p. 163.

¹⁴⁷WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, cit., p. 46.

¹⁴⁸NÖTH, Winfried. **Panorama da semiótica**: de Platão a Peirce. 2. ed. São Paulo: Annablume, 1998. p. 17.

¹⁴⁹Id. Ibid., p. 61.

talvez, até composto exclusivamente por eles¹⁵⁰. Não se trata, portanto, de uma interpretação na qual os signos são apenas uma classe de fenômeno; pode-se dizer que todos os fenômenos são signos.

Para Peirce¹⁵¹, a semiótica se assemelha à lógica, mas não uma lógica matemática, uma lógica *sui generis*, a qual existe no contexto da experiência; conforme podemos depreender do trecho a seguir:

Em seu sentido geral, a lógica é, como acredito ter mostrado, apenas um outro nome para semiótica (shmeiwtkh), a quasi-necessária, ou formal, doutrina dos signos. Descrevendo a doutrina como quasi-necessária ou formal, quero dizer que observamos os caracteres de tais signos e, a partir dessa observação, por um processo que não objetarei denominar Abstração, somos levados a afirmações, eminentemente falíveis e por isso, num certo sentido, de modo algum necessárias, a respeito do que devem ser os caracteres de todos os signos utilizados por uma inteligência científica, isto é, por uma inteligência capaz de aprender através da experiência.

Diante disso, Lauro Frederico Barbosa Silveira¹⁵² conclui que a semiótica é uma ciência rigorosa, construtora de formas ideais – os chamados signos, manifestados pelo pensamento – pelas quais, a modo de necessidade e por vias dedutivas, demonstrará suas conclusões. E mais:

A Semiótica, muito mais claramente, fará distinguir as exigências formais de sua construção e, portanto, a necessidade com que produz suas conclusões, da falibilidade de sua representação do real. Com efeito, seu objeto – os signos – pertence ao universo fenomênico e só é alcançado em suas manifestações empíricas. É necessário observá-lo onde quer que se manifeste e tal manifestação, distinguindo-se da pura produção da razão, dela independe, esconde-se e dissimula-se. Jamais, pois, a Lógica o terá totalmente exposto à sua explicação, mas precisará buscá-lo no universo da experiência e construir sobre ele hipóteses que o expliquem.

Ademais, para o supracitado autor:

Na procura de como devem ser os signos, o que caberá à Semiótica investigar são os elementos básicos essenciais que os caracterizam e não as particularidades que desse ou daquele conjunto de signos, próprios de um determinado modo de pensar. (...) À Semiótica que Peirce nesse momento se propõe elaborar, preocupam os caracteres comuns de todos os signos, determinando os traços gerais da conduta dos seres inteligentes

¹⁵⁰NÖTH, Winfried. **Panorama da semiótica**: de Platão a Peirce, cit., p. 62.

¹⁵¹PEIRCE, Charles Sanders. **Collected papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1958. v. 2, p. 227.

¹⁵²SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**, cit., p. 21.

que são capazes de aprender com a experiência. Seu objeto será, portanto, como deve ser toda *semiose* (...).¹⁵³

Observa-se assim, a grande importância da semiótica desenvolvida por Peirce para a já mencionada viragem linguística; uma vez que para ele “todo pensamento é signo; a palavra ou o signo que utiliza o homem é o homem mesmo; o pensamento é de natureza linguística; não se pensa sem signos (...)”¹⁵⁴.

Um outro expoente clássico da semiótica, Charles William Morris, cujas raízes foram retiradas da teoria peirceana, também desenvolveu a semiótica como uma teoria geral dos signos; com a diferença de que constituiu sua teoria num campo um pouco mais abrangente que o Peirce, apresentando-a como uma ciência não só dos homens, mas também dos animais em geral e por qualquer tipo de organismo vivo. Foi Morris quem dividiu as já mencionadas dimensões da semiótica em sintática, semântica e pragmática e por isso a sua importância para este trabalho.

Sendo assim, é com base na teoria semiótica desses dois autores (Peirce e Morris) que desenvolveremos o capítulo 3 deste trabalho. E dito isso, no próximo subcapítulo abordaremos o direito como linguagem e a sua relação com a semiótica jurídica.

1.4 O Direito como linguagem e a semiótica jurídica

Vivemos sob o “império do direito”, realizando atos jurídicos corriqueiros o tempo todo; no entanto, apesar de termos consciência dessa onipresença do direito, ainda temos dificuldades em defini-lo. A definição é o questionamento sobre a natureza ou essência de algo, no caso o direito; sendo essa definição importante também para o trabalho dos juristas.

Há inúmeras definições de direito, “porque não existe no mundo empírico nenhuma realidade diretamente observável à qual poderíamos justapor a palavra ‘direito’”.

¹⁵⁵Existem inúmeras realidades, concepções e pontos de vista.

Um juiz toma suas decisões de acordo com a sua “concepção da natureza de direito”, trata-se de escolhas filosóficas. Assim sendo, “para exercer seu trabalho, os

¹⁵³SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**, cit., p. 22.

¹⁵⁴STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, cit., p. 153.

¹⁵⁵TROPER, Michel. op. cit., p. 55.

juristas não dependem apenas de uma definição do direito, mas de definições dos conceitos fundamentais empregados na formulação das regras”.¹⁵⁶

O Direito não é apenas um aglomerado de normas e regras de conduta, ele é, antes de tudo, um fenômeno social, uma vez que não existe fora de uma sociedade (*ubi societas, ibi jus*), conforme os ensinamentos de Miguel Reale¹⁵⁷.

Para esse autor, o Direito trata-se de um fenômeno – uma experiência – na medida em que ele é “uma realidade histórico-cultural que se constitui e se desenvolve em função de exigências inelimináveis da vida humana”; e, assim sendo, o jurista não pode deixar de considerar essa realidade, essencialmente histórica, como a de qualquer outra estrutura social, ao analisar as normas¹⁵⁸.

Assim, a superação da interpretação mecanicista e formal do Direito ocorrida com a evolução das concepções teóricas sobre o Direito como fenômeno começou a ocorrer a partir do momento em que o Direito deixou de ser encarado como ciência isolada e passou a se inter-relacionar com demais formas de se conhecer o homem que vive em sociedade.

Sob essa perspectiva, Warat¹⁵⁹ afirma que “ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem”, ou seja, a compreensão do mundo se realiza por meio da linguagem. Além disso, a importância fundamental da linguagem para a ciência do direito, a qual constrói seu objeto sobre dados que são expressos pela linguagem, ou seja, a linguagem da ciência jurídica fala sobre algo que já é linguagem antes dessa fala.

Desde então, o Direito passou a ser tratado como um fenômeno que possui a linguagem como seu principal determinante; afinal de contas, não há Direito sem o discurso e sem a comunicação, visto que ele é uma ciência que rege os comportamentos humanos.

De acordo com Michel Troper¹⁶⁰:

Podemos caracterizar a ciência do direito como metalinguagem, pois tem como objeto o direito, que é, em si, uma linguagem. Essa apresentação permite compreender como, quando o direito é apenas um conjunto de prescrições que não podem ser nem falsas nem verdadeiras, é possível construir uma ciência do direito, feita de proposições. A linguagem sobre o direito apresenta características diferentes daquelas da linguagem do próprio direito.

¹⁵⁶TROPER, Michel. op. cit., p. 10.

¹⁵⁷REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-2.

¹⁵⁸Id. Ibid., p. 12-13, 31, 53, 119 e 201.

¹⁵⁹WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, cit., p. 38.

¹⁶⁰TROPER, Michel. op. cit., p. 41.

Se a ciência do direito consiste em uma metalinguagem do Direito, a linguagem sobre a própria ciência do direito também consiste numa metalinguagem, a qual é chamada, como discutimos no subcapítulo 1.1, de epistemologia jurídica ou “metaciência”.

A linguagem, então, como exploramos melhor no subcapítulo anterior, surgiu da necessidade do homem se comunicar na sociedade e o Direito surgiu da necessidade do homem se organizar em sociedade; mas para que o Direito pudesse exercer o seu papel ele teria de ser exposto, o que não aconteceria sem que houvesse primeiro a própria linguagem.

Podemos então, considerar o Direito não só como um fenômeno social, mas também como um fenômeno de linguagem; uma vez que, sem a linguagem, o Direito também não existiria. É através da linguagem que o Direito é disseminado em uma sociedade, da mesma maneira que a cultura; afinal de contas, tudo não passaria de pensamentos se não houvesse um sistema de signos e significados a ser expressado.

O Direito posto é linguagem, assim como o é o Direito aplicado ao caso concreto; então, dissociar o Direito da linguagem seria privá-lo da própria existência. Lourival Vilanova¹⁶¹ afirma ainda, que o Direito, como um sistema estrutural, é um fato cultural cujo um dos componentes é a linguagem e que linguagem jurídica se refere à linguagem da ciência do direito e também à linguagem do direito positivo.

Podemos concluir, então, que o Direito Positivo, como produtor de um fenômeno que gera significado, é uma forma de linguagem. Para se firmar como um fenômeno social e se manifestar o Direito depende da linguagem, uma vez que todo ato da atividade jurídica envolve atos de linguagem.

Dessa maneira, afirma-se que:

O sistema jurídico está determinado pelas próprias estruturas. Assim, opera limitado, em termos comunicativos, pelas possibilidades de engate entre comunicações jurídicas. A linguagem jurídica se reproduz por meio de linguagem jurídica: além de estruturas particulares, as comunicações do sistema jurídico estão conectadas pela função e pelo código exclusivo.¹⁶²

¹⁶¹VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 39.

¹⁶²CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 176.

Ademais, de acordo com Lúcia Santaella¹⁶³, todos os sistemas e formas de linguagem tendem a se comportar como sistemas vivos, que se reproduzem, se readaptam, se transformam e se regeneram.

É exatamente o que ocorre com o Direito, pois as leis evoluem e se adaptam às necessidades da sociedade, a qual está em constante evolução. O papel do ordenamento jurídico é acompanhar a sociedade nessa evolução, para que ele não perca sua aplicabilidade; uma vez que o sistema social é a rede de comunicações na qual o Direito está inserido, conforme nos ensina Celso Campilongo¹⁶⁴.

Dessa forma, é correta a afirmação de Friedrich Müller¹⁶⁵ de que “o ordenamento jurídico pode ser visto como um sistema de comunicação”, cuja técnica da comunicação pode ser compreendida “como uma ajuda imperativa de raciocínio para o ordenamento do convívio futuro do membros de um grupo social”, na medida em que o Direito “nunca funciona sem a mediação da linguagem”.

Uma vez que o Direito se traduz em linguagem e que o próprio ordenamento jurídico se configura num sistema comunicacional, podemos afirmar ainda, que o Direito é produzido por meio de um discurso – nos mesmos moldes que o discurso apresentado no subcapítulo anterior.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz¹⁶⁶, o que caracteriza uma situação comunicativa discursiva jurídica é o elemento da exigibilidade, que obriga e confere poderes a um determinado comunicador; além de acrescentar um terceiro comunicador (relação triádica), ampliando a situação comunicativa ao juiz, árbitro, legislador e até mesmo à norma.

As regras do discurso jurídico – vinculação à lei, aos precedentes e à dogmática – nem sempre são suficientes, no entanto, para definir qual é a solução mais racional de um problema dentro do sistema jurídico; devendo os juristas, se voltar ao discurso prático geral, o qual não depende de regras institucionais, mas sim de razões éticas, morais e pragmáticas.¹⁶⁷

¹⁶³SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 20.

¹⁶⁴CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**, cit., p. 14.

¹⁶⁵MÜLLER, Friedrich. op. cit., p. 39 e 41.

¹⁶⁶FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**, cit., p. 83-84.

¹⁶⁷ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**, cit., p. 88-89 e 98.

Sendo assim, os discursos jurídicos, de acordo com Robert Alexy¹⁶⁸, tratam da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões judiciais. No entanto, o Direito Positivo, assim como a teoria peirceana (apresentada no subcapítulo anterior), apresenta seu grau de falibilidade; pois de acordo com Clarice von Oertzen de Araújo¹⁶⁹:

Muitas vezes há contradição entre a previsão e a utilização dos critérios sintáticos prescritos para a produção normativa. Quando ocorre um questionamento concreto da legalidade das relações jurídicas assim estabelecidas, decisões judiciais frequentemente são proferidas em prestígio aos valores políticos, fazendo com que a imperatividade de uma ou várias normas ocorra segundo um critério semântico/pragmático, cuja sintaxe não corresponde à previsão genérica da ordem jurídica. Estes fenômenos provocam a dúvida e forçam a elaboração de reflexões sobre o sistema. Muitas vezes o resultado produzido é a reformulação ou a proposta de novas definições, considerando a possibilidade de falhas ou desvios dos critérios previamente estabelecidos para o estabelecimento das relações jurídicas.

Advinda dessa problemática, de discutir a função da linguagem dentro do Direito, surgiu a Semiótica, apresentando um estudo interdisciplinar sobre o Direito, o qual, segundo Friedrich Müller¹⁷⁰,

(...) tem funções de diferenciação, de orientação e de estabilização; ele tem necessariamente as funções de dominação e de legitimação. Toda práxis jurídica é uma *técnica decisória* politicamente funcional. A metódica jurídica é a *técnica de atribuição* da ciência prática no âmbito desses processos decisórios: a saber, a técnica da recondução, regular e aceita no caso normal, de normas decisórias a jurídicas. O significado diretamente político de uma *metódica jurídica* racional resulta do fato do estado constitucional liberal pretender funcionar tão amplamente quanto possível com o recurso à ‘violência constitucional’ vazada na forma do direito e conseqüentemente veiculada pela linguagem.

A Semiótica Jurídica irá analisar o Direito sob o ponto de vista da juridicidade, ou seja, da sua produção textual. Tratando-se, nesse caso, de um *savoir-faire*; um método voltado para a construção da significação jurídica pelos aplicadores do Direito – profissionais do direito, como magistrados, advogados, defensores, promotores, entre outros.

Afinal, de acordo com Celso Campilongo¹⁷¹:

¹⁶⁸ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 219.

¹⁶⁹ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 16.

¹⁷⁰MÜLLER, Friedrich. op. cit., p. 7-8.

¹⁷¹CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**, cit., p. 163.

O direito moderno se traduz em textos. O texto materializa e exprime o direito. Mas o conjunto de operações próprias do sistema jurídico – dentre elas, a interpretação jurídica – não se confunde com o texto. O texto é a base para a diferença entre sentido e texto. A partir do texto multiplicam-se as possibilidades evolutivas do direito e desdobram-se horizontes infinitos para a interpretação do direito. Quanto mais textos, mais interpretação. Quanto mais direito positivo, mais direito pretoriano. Quanto mais complexa a sociedade, maior a necessidade de redução da complexidade pelos sistemas de funções e, naquilo que interessa a este trabalho, seletividade das interpretações do direito. O texto fixa o sentido, e por isso se expõe à contínua reconstrução do sentido pela via interpretativa.

Diante disso, a Semiótica Jurídica pode ser considerada a ciência que tem por objeto de investigação o próprio Direito como linguagem; ou melhor, o fenômeno jurídico como um produtor de textos com significado e sentido.

A Semiótica, já estudada no subcapítulo anterior, é uma disciplina geral, que ao incorporar as preocupações com o estudo do fenômeno do Direito, incorporou-se às investigações zetéticas jurídicas sob o nome de Semiótica Jurídica.

Nesse sentido:

A Semiótica Jurídica não pode prescindir, diga-se desde já, de lançar sua metodologia adequadamente. Sua direção não deve ser outra senão a do universo do sistema cultural humano, portada por meio da qual se adentra ao universo dos valores deônticos. O Direito, frequentemente, embate-se não só com sua estrutura mutante, mas também com o fato de que a realidade é por si *pluri-discursiva* e polissêmica. A culturalidade, em uma análise de cunho jurídico, é e será sempre o supedâneo de toda a abordagem, visto que se trate aqui de perceber o fenômeno jurídico em sua produção, em sua estrutura regular de apresentação entre os fatos culturais. Esses encontram-se, portanto, subjacentes ao universo jurídico, que não só aflora sob o influxo sógnico, mas expressa-se por meio da positividade textualizada e estruturada num convencionalismo linguístico-formal de apresentação, de acordo com todas as regras comungadas pela comunidade linguística, em termos *sintáticos*, *pragmáticos* e *semânticos*. O participar humano na comunidade de valores e demais relações e implicações jurídico-sociais é um participante sógnico e discursivo não destacado das demais instituições sociais.¹⁷²

Ademais, podemos dizer que o papel da Semiótica Jurídica, mais do que analisar os signos, é analisar a significação do sistema jurídico. O que torna possível entender o Direito como um todo, um fenômeno jurídico em sua completude e visualizar a dinâmica do discurso jurídico e a sua interação social – sociedade, cultura e discurso.

¹⁷²BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**, cit., p. 476.

Vale ressaltar ainda, que é a partir dos aportes da semiótica, em sua matriz pragmática, que se inicia o rompimento da filosofia da consciência, cujo modelo de interpretação do Direito era objetivista e reprodutivo. Não obstante,

A pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas normas gerais. A partir da análise pragmática pode ser levantada a tese no sentido que em um discurso normativo, para que exista o efeito de uma univocidade significativa, deve haver uma prévia coincidência ideológica. Por esta razão, a análise pragmática é um bom instrumento para a formação dos juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade.¹⁷³

Nesse sentido, segundo Lênio Streck¹⁷⁴, a semiótica jurídica, “trata-se de uma ciência empírica do Direito, que vai estudar as relações entre os enunciados jurídicos e os seres humanos que os criam, interpretam-nos e os aplicam. O Direito é visto como Direito em ação, fenômeno social.”

Para Leonel Severo Rocha¹⁷⁵, no Brasil a semiótica jurídica é quase inexistente, no entanto a problemática jurídico-hermenêutica teria muito a ganhar se adotasse como padrão metodológico a semiótica, “pois somente assim poder-se-ia aprofundar todo arsenal linguístico do discurso jurídico.”

Isso posto, a linguagem deixa de ser tratada como um instrumento do Direito e se corporifica no próprio Direito que é feito pelos tribunais, magistrados e até mesmo pela doutrina; detectando as ideologias, valorações, dados culturais e interesses inerentes ao discurso jurídico criado por meio da interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto; os quais podem ser estudados mais profundamente pela semiótica.

Antes de adentrarmos no universo do processo semiótico, precisamos, no entanto, precisamos estudar mais detalhadamente a decisão judicial, para que então possamos mostrá-la pelo olhar da semiótica.

¹⁷³WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, cit., p. 47.

¹⁷⁴STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, cit., p. 180.

¹⁷⁵ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 26.

2. A DECISÃO JUDICIAL

Willis Santiago Guerra Filho¹⁷⁶ afirma que a teoria do direito contemporânea avança e se difunde cada vez mais “com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”. Tal superação se dá com a distinção entre as normas jurídicas: regras (descrição de hipótese fática e consequência jurídica) e princípios (prescrição de um valor).

Apesar disso, de acordo com Miguel Reale¹⁷⁷:

A Ciência do Direito, especialmente no Brasil, ainda está muito imbuída de ‘racionalidade abstrata’, no sentido de que a experiência jurídica possa toda ela ser reduzida a uma sucessão de silogismos ou de atos atribuíveis a uma entidade abstrata, ao ‘*homo juridicus*’. A técnica jurídica, operando com meros dados lógico-formais, vai, aos poucos, firmando a convicção errônea de que o juiz deve ser a encarnação desse mundo abstrato de normas, prolatando sentenças como puros *atos de razão*. Na realidade, sabemos que **o juiz, antes de ser juiz, é um homem partícipe de todas as reservas afetivas, das inclinações e das tendências do meio social**, e que nós não podemos prescindir do exame dessas circunstâncias, numa visão concreta de experiência jurídica, por maior que deva ser necessariamente a nossa aspiração de certeza e de objetividade. (grifo nosso)

Assim, o desenvolvimento de uma nova teoria do direito é resultado da aproximação da interpretação de textos constitucionais no exercício da jurisdição constitucional quando se trata dos *hard cases* ou casos difíceis, os quais necessitam da utilização de princípios por não serem satisfatoriamente resolvidos apenas com a aplicação das normas jurídicas.

O resultado da interpretação e uso de normas legais e princípios nos ensina que o ato de sentenciar não se trata, portanto, de um ato puramente racional e controlado/controlável. Existe uma atitude de estimativa do juiz diante da prova; o que não quer dizer que o direito possa prescindir de estruturas racionais, mas o mesmo também não pode ser simplificado em uma sucessão de silogismos¹⁷⁸.

¹⁷⁶GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 172.

¹⁷⁷REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

¹⁷⁸Id. Ibid., p. 113.

É diante desse prisma – sem nos esquecermos de tudo que foi apresentado no capítulo anterior – que daremos seguimento ao estudo da decisão judicial nesse capítulo.

2.1 O que é uma decisão?

O direito atual é o direito positivado, posto e válido por meio de uma decisão judicial.

A decisão judicial é, basicamente, a atividade dos magistrados, na qual eles devem encontrar soluções para os conflitos apresentados; “o termo *decisão* está ligado aos processos deliberativos”¹⁷⁹, aparecendo como ato que se encerra com a possibilidade escolhida.

Hodiernamente, a decisão tem sido considerada como um ato mais complexo – parte de um processo de aprendizagem – que se encerra com a resposta. O processo decisório busca a satisfação mediata ou imediata de um conflito, podendo-se dizer que o termo *decisão* é correlato ao termo *conflito*, o qual se entende como um conjunto de alternativas advindo da diversidade de interesses¹⁸⁰.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁸¹:

É nos termos desse quadro teórico que devemos localizar a dogmática da decisão. A doutrina revela-se nesse sentido como uma investigação prática das regras de decisão e de configuração de conflitos. O fenômeno jurídico é captado, neste modelo, como um sistema de controle de comportamento, e decisão e conflito são dois termos correlatos que se centralizam na noção de controle: poder de decisão de conflitos institucionalizados.

Assim, podemos dizer que as decisões nascem dos conflitos, na medida em que é diante da presença de incompatibilidades que se espera uma escolha fundamentada, mas não uma eliminação; muito embora possibilite que o conflito seja solucionado. Como já afirmamos no capítulo anterior, quando se fala sob a perspectiva do discurso, a decisão é uma “ação linguística”¹⁸² ou uma comunicação jurídica; na medida em que o ato de decidir é desempenhado por uma ação humana.

¹⁷⁹FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, cit., p. 286.

¹⁸⁰Id. Ibid., p. 287.

¹⁸¹Id. Ibid., p. 289.

¹⁸²Id. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico, cit., p. 61.

Nesses termos, afirma-se que:

A decisão, portanto, é ato de comunicação. É ação de alguém para alguém. Na decisão jurídica temos um discurso racional. Quem decide ou quem colabora para a tomada de decisão apela para o entendimento de outrem. O fato de decidir juridicamente é um discurso racional, pois dele se exige fundamentação. Não deve apenas ser provado, mas *comprovado*. Essa comprovação não significa necessariamente consenso, acordo, mas sim que são obedecidas regras sobre a obtenção do consenso que aliás nem precisa ocorrer. Por isso, uma decisão que não conquiste a adesão dos destinatários pode ser, apesar do desacordo, um discurso fundamentante (racional).¹⁸³

Dessa forma, uma vez que a decisão judicial exige uma fundamentação, originando a necessidade de termos um discurso racional, Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁸⁴ afirma que:

A regra suprema do discurso decisório jurídico é a do dever da prova: quem fala e afirma responde pelo que diz. Para ser racional, o discurso decisório tem de estar aberto à possibilidade de questionamento. Se, num momento final, a decisão jurídica termina as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isso não quer dizer que, durante todo o processo, ela não seja argumentada. Da argumentação para a obtenção das decisões cuida a teoria da argumentação jurídica.

Por conseguinte, Antônio Castanheira Neves¹⁸⁵ aduz que a decisão judicial pode ser considerada como o resultado de uma técnica jurídica, a qual procura fundamentos e razões para um caso concreto.

O caráter institucionalizado do conflito jurídico demonstra que as incompatibilidades ocorrem no âmbito de uma situação comunicativa estruturada, diante da qual os conflitos serão qualificados por normas jurídicas, dentro do código lícito/ilícito. Assim, a decisão jurídica é capaz de colocar um fim ao conflito na medida em que impede sua continuação.

Ademais, considera-se que a “decisão jurídica desempenha um papel essencial para esse modelo. O fechamento operativo do sistema jurídico é fornecido pela alocação de valores do seu código comunicativo (lícito/ilícito)”¹⁸⁶.

A decisão judicial – influenciada pelos relatos, provas e argumentos apresentados no decorrer do processo –, portanto, é o resultado final do processo de julgamento e se trata de um ato prudencial de ponderação do juiz. A argumentação de uma decisão,

¹⁸³FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, cit., p. 299.

¹⁸⁴Id., loc. cit.

¹⁸⁵NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 147.

¹⁸⁶CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, cit., p. 22-23.

enquadrando o caso concreto juridicamente e logicamente às regras de determinado sistema jurídico, por ser a expressão legítima de um órgão investido de poder para tanto, coloca fim aos demais argumentos apresentados pelas partes.

Diante de uma concepção idealista de decisão, acredita-se que ela busca alcançar um equilíbrio, por meio de compensações, consenso e cooperação entre as possibilidades de solução alcançadas por ela. No entanto, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁸⁷, essa não é a finalidade, tampouco a condição da decisão, pois “colocar decisão e consenso numa relação imediata significa transformar a decisão ‘racional’ num modelo ideal”; o que também só seria possível diante de uma situação discursiva ideal, na qual todos os dados importantes e alternativas fossem expressos desde o início e se pudesse optar seguramente por apenas uma opção.

Ricardo Luís Lorenzetti¹⁸⁸ também aponta como um dos problemas do direito, relacionados às decisões, o processo de materialização, segundo o qual as decisões judiciais têm sido determinadas por vários tipos de critérios e concepções diferentes ao mesmo tempo; o que gera tensão e contradição. Isso ocorre pelo fato de não haver uma linguagem comum para a resolução de todos os tipos de conflitos, gerando uma verdadeira guerra de posições diante das quais o que interessa é ganhar ou perder.

No entanto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹⁸⁹ afirma que:

A nosso ver, a finalidade imediata da decisão está na *absorção de insegurança*, no sentido de que, a partir das alternativas incompatíveis, enquanto premissas relativamente inseguras da decisão, novas alternativas são obtidas, sem a necessidade, em princípio, de retorno constante às incompatibilidades primárias, tendo em vista decisões subsequentes. A função da fundamentação do ato decisório, enquanto discurso racional, é constituir, então, um elemento de ligação e de controle de uma discussão superveniente, isto é, a fundamentação da decisão fornece aos partícipes da discussão as indicações para o seu comportamento (por exemplo, numa discussão judicial, se desta deve ser recorrida ou não).

Essa absorção de inseguranças não assegura, no entanto, a existência ou não de um consenso diante da escolha das alternativas, pois:

¹⁸⁷FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico, cit., p. 62.

¹⁸⁸LORENZETTI, Ricardo Luís. op. cit., p. 33.

¹⁸⁹FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico, cit., p. 63.

Sua função específica não é a diminuição ou a eliminação de incompatibilidades, no sentido de que certas alternativas em conflito ou partes dela sejam reduzidas a ações linguísticas não significativas, pois isso, justamente, tomaria, eventualmente, a incompatibilidade ainda mais aguda.¹⁹⁰

É o processo de seleção que transforma, na decisão, as incompatibilidades em alternativas mais seguras e claras; ou seja, apesar de não solucionar/eliminar o conflito – uma vez que o caráter da dúvida é inerente a qualquer questão –, a decisão tem a capacidade de colocar um fim nesse conflito; ou seja, de torná-lo decidível. É isso que as normas fazem! Mas e quando não há uma norma válida vigente aplicável ao caso apresentado? Como distinguir o legal do ilegal?

A resposta está no que também estudamos no primeiro capítulo: hermenêutica, dogmática, bem como os princípios (a razoabilidade, o bom senso ou senso comum). No entanto, há sempre um problema a ser enfrentado pelo discurso racional: a subjetividade e a parcialidade do sujeito que interpreta e decide; ou seja, as influências externas ao direito, mas internas de qualquer ser humano. Afinal, toda decisão implica “*motivos decisórios, premissas de valor que se referem a condições sociais e nelas se realizam*”¹⁹¹.

Diante dessa premissa de que o juiz não é mais considerado meramente *la bouche de la loi*, Sálvio Teixeira¹⁹² afirma que mesmo em países do *civil law*, como o nosso, é frequente que a criação do direito se dê pelas decisões judiciais do que pela produção legislativa. Isso ocorre pois, nas sociedades atuais (ditas pós-modernas), em constante desenvolvimento, o legislador não é capaz de acompanhar todas as necessidades legais e o texto da lei acaba se socorrendo do intérprete para poder se modernizar e suprir suas deficiências.

Os adeptos dessa corrente, oposta ao positivismo jurídico, acreditam que a decisão judicial possui o papel de recriar a norma e que nela devem sempre estar presentes os princípios e valores incorporados pelos avanços da ciência e da sociedade; bem como as preocupações com a equidade e a justiça.

¹⁹⁰FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico, cit., p. 63.

¹⁹¹Id. Ibid., p. 211.

¹⁹²TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 7.

Por outro lado, isso nos faz questionar o seguinte: Onde está a racionalidade ou a “razoabilidade”¹⁹³ tão importante para a sobrevivência de um discurso jurídico?

Felix Cohen¹⁹⁴ responde a essa pergunta afirmando que:

Una teoría verdaderamente realista de las decisiones judiciales tiene que concebir cada decisión como algo más que una expresión de personalidad individual. Tiene que concebirla como algo que es al mismo tiempo, y ello es más importante, una función de fuerzas sociales, es decir, un producto de determinantes sociales y un índice de consecuencias sociales. Una decisión judicial es un acontecimiento social.

Podemos concluir então, que a decisão jurídica, antes de mais nada, se apresenta como um problema de juízo deliberativo do juiz. Tanto é assim que Eduardo Juan Couture¹⁹⁵ entende que a origem da palavra sentença, que é uma forma de decisão judicial, é relacionada ao ato de sentir, sendo o sentimento o seu conteúdo, uma vez que “originariamente é algo que foi sentido, daí seu nome sentença”.

Se opondo a essa famigerada subjetividade, Lenio Streck¹⁹⁶ afirma que uma decisão na qual houve uma interpretação correta da lei não deve violar a integridade do sistema jurídico; ela deve se adequar à Constituição e não à consciência do seu intérprete/juiz.

Posto isso, o problema mor envolvendo o tema da decisão judicial é a subjetividade envolvendo o processo de tomada de decisão, uma vez que este se trata de um ato humano de comunicação, sendo influenciado das mais diversas maneiras pelo seu prolator; o que coloca em jogo a racionalidade e a conseqüente segurança jurídica esperada diante de um discurso jurídico baseado num sistema legal. Essas são questões que estudaremos a seguir.

2.2 A tomada de decisão

A decisão judicial, pelo caráter seletivo, institucionalizado, legalizado e variável que possui, é regulada pelo princípio da contingência. Decidir é escolher entre alternativas. Aqui entra a interpretação: constrói alternativas.¹⁹⁷

¹⁹³LORENZETTI, Ricardo Luís. op. cit., p. 34.

¹⁹⁴COHEN, Felix. **El metodo funcional en el derecho**. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962. p. 118.

¹⁹⁵COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 75.

¹⁹⁶STRECK, Lênio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010. p. 105-110.

¹⁹⁷CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**, cit., p. 133-134.

Dessa maneira, pode-se afirmar que:

O ato jurisdicional que tira regra nova para o caso sub judice, que elabora o dever-ser concreto para a situação concreta, nem sempre encontra no sistema a regra geral, onde o fato individual está previsto como fato-espécie. Se o juiz deixar de julgar, alegando inexistência de norma para o caso, o sistema será, para o caso, incompleto. O sistema vai se completando através da decisão jurisdicional integrativa. Por isso, não se tem de dar como pressuposto para o dever-de-julgar a existência de norma geral prévia, dentro da qual o caso já se inclua, como o individual dentro da extensão do conceito genérico. O juiz não tem o indeclinável dever-de-julgar porque o sistema já é completo, mas o sistema é completável, se o juiz deve julgar qualquer conflito de interesses que chegue processualmente ao seu conhecimento.¹⁹⁸

Como é possível, então, que aconteça um processo decisório sem existir uma lei específica para cada casos e/ou conflito que demande uma decisão judicial? O processo de decisão estudado dentro do âmbito da já citada teoria dos sistemas nos fornece essa resposta:

O sistema político apresenta ao sistema jurídico as premissas para as decisões judiciais. Para o sistema político, essa é uma técnica de limitação da liberdade do juiz. No interior do sistema jurídico, as limitações impostas pela lei podem ser vistas, simultaneamente, como a direção, o apoio e a proteção que facilitam a decisão judicial e tornam o sistema operacional.¹⁹⁹

Ademais, segundo Robert Alexy²⁰⁰:

Quando ocorre de a decisão de um caso singular não se seguir logicamente nem das normas pressupostas nem de enunciados solidamente fundamentados de um sistema qualquer (juntamente com enunciados empíricos), nem pode se fundamentada definitivamente com a ajuda das regras da metodologia jurídica, então resta ao intérprete um campo de ação em que se tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados de sistemas jurídicos não enunciados ulteriormente.

De acordo com ele, a decisão “tomada em qualquer nível de fundamentação é, assim, uma decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou omitido”²⁰¹. Dessa forma, prefere-se uma situação ou solução em detrimento de outra e essa ação de preferir, de escolher uma alternativa, é inegavelmente realizada diante de um juízo de valor, o qual

¹⁹⁸VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 208.

¹⁹⁹CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**, cit., p. 94.

²⁰⁰ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**, cit., p. 22-23.

²⁰¹Id. Ibid., p. 23.

estudaremos no próximo item deste capítulo. Como então podem ser fundamentadas e justificadas essas valorações que dão origem às decisões?

De acordo com Ricardo Luís Lorenzetti²⁰², “o sistema atual abre um amplo campo para o intérprete, que deve ‘reconstruir’ o direito do caso mediante um processo de seleção de leis, costumes, [...]. O problema é como deve fazê-lo, o que nos leva ao estudo da decisão judicial”.

Portanto, diante do pluralismo de valores e de uma sociedade multicultural, é necessário que os julgadores tenham consciência de que apesar de terem suas próprias concepções têm o dever de, pelo menos, tentar compreender a diversidade e usar o poder de suas decisões para tornar a sociedade mais inclusiva.

O supracitado autor acredita que o “problema é que a atividade interpretativa se sustenta tão-somente na subjetividade do intérprete, e as referências ao texto são meramente instrumentais, para fundamentar uma decisão que já foi tomada antes mesmo da sua leitura.”²⁰³

Ademais, cada jurista pode sustentar sua fundamentação em um tipo de argumento ou interpretação diferentes (constituição, lei, princípios etc.), sendo quase impossível determinar um critério de validade racional de uma decisão; o que dificulta ainda mais o diálogo e a solução de uma decisão judicial.

Diante desse fato, como obter a decisão prevalecente?

De acordo com doutrina dogmática, já estudada no primeiro capítulo, a tomada de decisão deve ocorrer mediante requisitos técnicos utilizados por aquele que irá tomar a decisão; de forma que o intérprete/juiz adeque sua ação à natureza dos conflitos e faça com que esta decisão prevaleça e esteja em conformidade com o direito.

No entanto, Tércio Sampaio Ferraz²⁰⁴ aponta que apesar da teoria dogmática cuidar das regras da tomada de decisão, diferentemente da teoria analítica e da teoria hermenêutica, ela não possui nenhuma forma específica e acaba restringindo a discussão ao debate filosófico sobre a legitimidade da decisão ou sobre técnicas decisórias que infelizmente não são aplicáveis a todos os casos.

Como vimos no item anterior deste capítulo:

²⁰²LORENZETTI, Ricardo Luís. op. cit., p. 35.

²⁰³Id. Ibid., p. 68.

²⁰⁴FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 286.

Na mais antiga tradição, o termo *decisão* está ligado aos processos deliberativos. Assumindo-se que estes, do ângulo do indivíduo, constituem estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis, a decisão aparece como um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais. Modernamente, decisão tem sido visto como um processo mais complexo, que, em sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem.²⁰⁵

Pertencem a esse processo de aprendizagem o impulso, a motivação, a reação e a recompensa.

Impulso pode ser entendido como a questão conflitiva, isto é, conjunto de proposições analiticamente incompatíveis em face de preposição empírica que descreve uma situação. [...] A *motivação* corresponde ao conjunto de expectativas que nos forçam a encarar as incompatibilidades como conflito, isto é, como exigindo uma resposta comportamental. A *reação* é, propriamente, a resposta. A *recompensa* é o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em confronto com o ponto de partida.²⁰⁶

Sendo assim, a decisão culmina com uma resposta, ou seja, uma satisfação imediata para o conflito; mas há a necessidade ainda de uma satisfação mediata – envolvendo as mais variadas formas de expectativas (jurídicas, sociais, econômicas, políticas etc.).

É dessa forma que a decisão é vista como componente de uma situação comunicativa, na medida em que “decidir é ato sempre referido a outrem, em diferentes níveis recorrentes”²⁰⁷.

O processo de tomada de decisão, portanto, como já foi mencionado anteriormente, aparece sempre relacionado à existência de um conflito, “entendido como um conjunto de alternativas que surge da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade de avaliação das condições de enfoque, sem que se prevejam parâmetros qualificados de solução”²⁰⁸.

O conflito exige decisão, então:

Assumindo-se que conflitos sociais ocorrem em situação de comunicação de agentes que, por pressuposto, são simultaneamente emissores e receptores de mensagens, conflitos aparecem então como interrupções na interação, ou porque quem transmite recusa-se a transmitir o que se espera, ou porque quem recebe recusa-se a receber, criando expectativas desiludidas. Ora, conflitos jurídicos têm a ver com a possibilidade de

²⁰⁵FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, cit., p. 286.

²⁰⁶Id., loc. cit.

²⁰⁷Id. Ibid., p. 287.

²⁰⁸Id., loc. cit.

exigência da emissão ou recepção de mensagens. Essa possibilidade muda a situação, pois as alternativas que surgem na interrupção da comunicação – por exemplo, pagar a dívida, recusar-se a receber a quantia sem correção monetária, recolher o imposto a menos, não devolver o excesso etc. – deixam de ser mera expressão subjetiva dos comunicadores sociais para submeter-se à coordenação objetiva de um terceiro comunicador institucionalizado, a qual vincula os comunicadores entre si ao conferir-lhes esferas autônomas de ação.²⁰⁹

De acordo com a tradição romana, no processo de tomada de decisão o juiz está vinculado somente à lei e à constituição e deve atuar em conformidade com as regras jurídicas, baseando-se em sua própria convicção.

Por convicção, Tércio Sampaio Ferraz Júnior²¹⁰ explica que se entende “um ponto convergente de normas, regras de orientação, métodos interpretativos, argumentos, provas e narrativas dos próprios casos a decidir” e afirma que há quem acredite que é nesse momento que o juiz demonstra o seu “senso de justiça”.

O ato de julgar, no entanto, é compreendido pelo senso comum como sendo uma tarefa de subsunção, ou seja, o ato de aplicar o texto da lei à realidade do caso concreto, no qual estão presentes a interpretação e a compreensão do conflito existente. Dessa forma, a convicção da forma como descrita acima, se apresenta mais como uma intuição, um sentimento, do que como um raciocínio.

Trata-se, portanto, de um ato/processo bastante complexo, que parte de um objetivo universal – o bem comum – para um objetivo individual – a subjetividade daquele que está julgando.

Pode-se dizer que, em princípio, no juízo, ocorreria algo como uma dialética *particular-universal-singular*, na qual se desdobraria uma continuidade entre o ético e o jurídico que se caracterizaria como a circularidade do ético, refletida, no campo do jurídico, como uma circularidade do próprio direito (caso/lei/caso).

Hoje, contudo, nem todas as concepções do *ethos* humano logram articular adequadamente essa dialética. A relação entre julgamento e justiça faz supor que há imprecisão, até mesmo uma inadequação do juízo jurídico às exigências conceptuais que se manifestam em analogia entre o ético e o jurídico, o que se torna um dos pensamentos fundamentais do pensamento contemporâneo.²¹¹

²⁰⁹FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação, cit., p. 288.

²¹⁰Id. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 289.

²¹¹Id. Ibid., p. 290.

Isso tudo, atrelado à tecnização crescente do direito na era pós-moderna, dão origem a mais problemas com relação à racionalização da decisão jurídica. De acordo com Ricardo Luís Lorenzetti²¹²:

Toda geração de juristas vive agora em uma ‘era da desordem’, na qual é produzido um fenômeno de ‘materialização do direito’. O sistema é cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios que provêm de outras áreas, das quais o divórcio não foi inteiramente possível, como a moral, a sociologia, a economia, ou a técnica, que são introduzidos através de princípios, valores, conceitos indeterminados.

Podemos identificar como causas desse fenômeno as seguintes:

- enfraquecimento das fronteiras rígidas entre as esferas independentes do público e do privado, passando-se a um sistema de esferas comunicáveis;
- pluralidade das fontes, tanto no direito público como no privado;
- proliferação de conceitos jurídicos indeterminados;
- podemos afirmar que o sistema é aberto e permite o ingresso de variados critérios de julgamento;
- a coerência *à posteriori*, ou seja, abre-se um amplo campo para o intérprete, que deve ‘reconstruir’ o direito do caso mediante um processo de seleção de leis, costumes, ordenanças, normas constitucionais, princípios, valores;

[...]

- é necessário descrever o sistema jurídico atual com todos os seus elementos e como se interpreta e se aplica, para lhe conferir pautas mínimas de correção que limitem a interpretação jurídica meramente subjetiva ou hermética.

Diante desse universo, Michele Taruffo²¹³ nos ensina que no processo de tomada de decisão pelo juiz, o juízo é formado por “um sistema orgânico de escolhas, ligado segundo uma certa ordem, e finalizadas (as escolhas) por uma última que coincide com a verdadeira e própria decisão”.

Dessa forma, a racionalidade está presente nesse processo não no momento em que o juiz pensou, mas sim no momento em que ele justificou suas razões para decidir; ou seja, durante a motivação.

Por essa razão, no julgamento, a convicção não pode ser apenas uma consequência subjetiva e individual na ordem racional da motivação.

Essa característica, a *convicção*, deixa transparecer o modo pelo qual o jurista julga e reflete, reflete e julga. Como se o fluxo do pensamento, expresso no processo, não conhecesse, ao formar-se a convicção, as limitações de um tempo fracionado. O direito é, nos julgamentos jurídicos, memória e organização conceitual. Obedece a regras

²¹²LORENZETTI, Ricardo Luís. op. cit., p. 359-360.

²¹³TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975. p. 218.

(processuais) e a cânones metódicos. Exige fundamentação e argumentação. Mas o recurso à técnica argumentativa e a obediência às exigências de fundamentação, comuns nas sentenças, não devem significar um render-se acrítico à força informadora e conformadora de uma exigência objetiva, como se pensar convictamente e agir metodicamente fossem a mesma coisa. No âmago do julgamento esconde-se a convicção, o pensar convicto, não o método (motivação).²¹⁴

Dito isto, resta claro que o momento de formação da convicção pelo juiz é um momento subjetivo. Há quem afirme, portanto, que a razão ou fundamento para essa convicção pessoal do julgador obedece apenas ao instinto, o sentimento e o pensamento internos; sem se submeter a uma racionalidade controlada ou controlável.

Apesar dessa inegável subjetividade, Tércio Sampaio Ferraz Júnior²¹⁵ afirma que o momento da convicção se constitui num “ato de pensar num contexto comunicativo”, diante do qual são realizadas inúmeras escolhas. O juiz, nesse momento, avalia e decide de acordo com o seu senso de justiça, mas sem deixar de lado o senso comum.

Visto que o momento da tomada de decisão é inegavelmente um misto entre o racional e subjetivo, partiremos ao estudo do papel do juízo nesse processo.

2.3 O juízo no processo judicial

Acredita-se que, diante do processo de tomada de decisão, a mente do juiz antecipa a decisão que considera justa e depois procura a norma que pode servir de fundamento para essa solução; o que corrobora a existência de aspectos extra lógicos, relacionados à subjetividade do juiz no processo decisório, como vimos anteriormente.

De acordo com Felix Cohen²¹⁶ isso ocorre porque:

El derecho no es una masa de decisiones desconectadas ni un producto de los cólicos estomacales de los jueces. Los jueces son humanos, pero ellos son una especial casta de seres humanos, seleccionados y conservados en servicio bajo un potente sistema de controles gubernamentales. Sus actos son ‘judiciales’ dentro de un sistema que establece apelaciones, revisiones, juicios políticos y legislación. La decisión que és ‘peculiar’ sufre erosión, a menos que represente la primera manifestación exterior de una fuerza social, en cuyo caso pronto deja de ser peculiar. Es más útil analizar un ‘pálpito’ judicial en términos del impacto continuado del

²¹⁴FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito, cit., p. 293.

²¹⁵Id., loc. cit.

²¹⁶COHEN, Felix. op. cit., p. 117-118.

estudio de un juez sobre los precedentes, sus conversaciones con sus colegas, la lectura de los diarios e sus recuerdos de los curso universitarios, que en términos estrictamente fisiológicos.

Ademais, para Récasens Siches²¹⁷ “na produção do julgado destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada até pela palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional”.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que:

A lógica tradicional não serve ao jurista para compreender e interpretar de modo justo os conteúdos das disposições jurídicas; não lhe serve para criar a norma individualizada da sentença judicial ou decisão administrativas [...]

Realmente o juiz decide por intuição e não por uma inferência ou silogismo dos que se estudam na lógica; decide por uma certeza que se forma de modo direto e não em virtude de um raciocínio [...] ²¹⁸

Assim, Ricaséns Siches²¹⁹ afirma que o juiz age como o advogado: o advogado objetiva que o seu cliente ganhe a disputa, então busca todos os argumentos válidos para essa finalidade, enquanto que o juiz segue sua intuição; para ele, a decisão é um ato mental – apesar disso, o direito não se restringe a valores, pois está ligado à realidade e o magistrado não está acima da lei, deve agir de acordo com o ordenamento jurídico ao qual pertence.

Os fatos não são observados diretamente pelo juiz, mas sim por meio dos depoimentos das testemunhas, da análise de documentos, de perícia; ao analisar um documento o juiz se deixa, inconscientemente, influenciar por fatores emocionais. Além disso, as experiências anteriores de cada juiz também influenciam a condução do processo e da decisão.

Assim, apesar das regras do ordenamento jurídico serem a base de toda decisão judicial, elas não são exclusivamente o embasamento de tais decisões; a personalidade daquele que decide influi, e muito, na tomada de decisão.

²¹⁷PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 39.

²¹⁸RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973. p. 242.

²¹⁹Id. Ibid., p. 248-250.

Sob esse viés, há quem acredite que o próprio universo das regras e dos conceitos está fundado nos sentimentos; sendo necessário que o juiz utilize sua sensibilidade e intuição para se conectar à realidade. Diante disso, Joaquin Dualde²²⁰ ressalta que:

El intérprete, para viver el Derecho, para instalarse en sua realidad, ha de buscar en las entrañas espirituales el sentido jurídico, perenne defensor de la tendencia social, y há de dejarse adueñar por él para emprender la marcha, en la cual, como la corriente de un río, irá enriqueciéndose con los afluentes de la inteligencia y el sentimiento, hasta formar un caudal.

Casi todos los filósofos pecan de no dejar plaza en nuestro espíritu a lo desconocido [...]. Forzoso es reconocer que nuestra lógica no lo cubre todo y, por lo tanto, debemos abrir nuestro espíritu [...]

[...] El sentimiento tiene interés para la interpretación, en cuanto és:

- a) un elemento causal de toda nuestra actividad y, por lo tanto, de la producción del Derecho;
- b) una fuerza constructiva oscurecida en nuestra conciencia por el actuar absorbente de nuestra razón;
- c) un poder estimulante o deprimente del conocimiento;
- d) una energia que suele dirimir los problemas de elección;
- e) en todo caso una función.

O juiz pode então, viver a lei, por meio da intuição. É necessário que o juiz esteja aberto à intuição, a qual surge “como resultado das concepções intelectuais, dos impulsos sentimentais e das forças inconscientes”²²¹.

A consequência disso é que na aplicação do Direito não é possível existir segurança, certeza e uniformidade; uma vez que nas sociedades complexas as decisões jurídicas possuem um caráter plástico e mutável, cujo papel é se adaptar às mudanças da sociedade. É justamente essa incerteza, de acordo com Jerome Frank²²², que gera o progresso do Direito, que o faz se modificar e evoluir.

Diante disso, Lídia Reis de Almeida Prado²²³ nos explica que:

[...] o desejo de uma excessiva estabilidade jurídica não surge de necessidades práticas, mas de um anseio de algo mítico. É interessante – prossegue – que as pessoas não se espantem com as mudanças jurídicas por via legislativa, mas se assustem com a falta de previsibilidade dos juízes. Afinal, busca-se a segurança no substituto do pai, no Juiz Infalível, o qual vai determinar, de modo seguro, o que é justo e o que é injusto.

²²⁰JOAQUÍN, Dualde. **Una revolución en la lógica del derecho**. Barcelona: Bosch, 1933. p. 214-223.

²²¹PRADO, Lídia Reis de Almeida. op. cit., p. 41.

²²²FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: Anchor, 1948.

²²³PRADO, Lídia Reis de Almeida. op. cit., p. 41.

Se faz necessário ressaltar então, que o direito se aperfeiçoa não apenas por meio das regras abstratas, mas também pela ação humana. A personalidade do juiz é um aspecto importante da sentença, sobre a qual influi a educação geral, a educação jurídica, os valores, os vínculos familiares, a posição social, as experiências pessoais, etc.

Para controlar essas influências afirma-se que é importante a autoanálise de cada juiz. No entanto, é sabido que a falta de uniformidade e de certeza no Direito é algo ruim, mas Jerome Frank²²⁴ acredita que seria ainda pior se não fosse assim. Isso porque:

Como Siches, o autor entende que os juízes usam a intuição ou sentimento na escolha das premissas que embasarão a sentença. Todavia, não esquece a importância do fato de que as normas, os princípios jurídicos nelas contidos, os precedentes jurisprudenciais, os valores gerais contribuem para a formação dessas intuições. E, diante da questão da escolha entre diferentes princípios igualmente válidos, tem primacial importância a personalidade do magistrado.²²⁵

Posto isso, resta claro que a decisão não se limita a um juízo lógico, a humanidade do juiz está presente na sentença. Querendo ou não, o magistrado sofre uma tensão ético-psicológica na hora da tomada de decisão, pois tudo que está presente no seu eu influencia a sua postura.

Sabemos que quem demanda algo ao poder judiciário, que ouvir a resposta do direito e não a opinião do juiz. No entanto:

É evidente que o juiz, por ser humano, também sofre as influências de seu mundo, e na hora de julgar deixa-se levar, em algum grau, por uma parcialidade que se procura negar, às vezes por ingenuidade, outras vezes por hipocrisia ou por razões diversas. Cada juiz também é impregnado de muitos pensamentos e conceitos alheios, deixando-se envolver por pressões psicológicas de todo gênero.

E por isso mesmo, ainda que se queira ser imparcial, não há como fazê-lo, de forma absoluta. Talvez essa informação possa parecer óbvia para o senso comum, a ponto de ser dispensável, mas pensamos que uma reflexão mais aprofundada e livre de preconceitos sobre o assunto pode minimizar o grau de parcialidade do juiz, a ponto de se tornar a distribuição de justiça menos injusta.²²⁶

²²⁴FRANK, Jerome. op. cit.

²²⁵PRADO, Lídia Reis de Almeida. op. cit., p. 42.

²²⁶ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002. p. 14-15.

E, apesar de Lenio Streck²²⁷ afirmar que “o juiz não deve fazer dilemas morais” por não estar apto a isso, uma vez que isso é problema da filosofia moral e não do direito; e alegar que para evitar a transposição dos seus sentimentos pessoais para a decisão judicial basta que o juiz se atente em responder qualquer questão com base no direito, conforme a constituição e as leis, a jurisprudência e o que ele chama de “constrangimento” feito pela doutrina²²⁸, sabemos que não se trata de algo tão simples, a venerada imparcialidade possui muitos vieses.

De acordo com Francisco Fernandes de Araújo²²⁹ “o contrário de parcialidade, o seu antônimo, é julgar desapassionadamente, ser reto, ser justo, ser imparcial. Quem assim age não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às conveniências de outrem.”

Ainda sobre a parcialidade, ele ensina que:

Parcial, do latim *partiale*, é o que faz a parte de um todo, que não é total. Parcial é aquele que é favorável a uma das partes, num litígio, numa questão, numa disputa qualquer. É aquele que não julga com isenção, que é injusto, partidário, apaixonado. É aquele com quem não se pode discutir, mas também não se pode confiar.

A parcialidade pode ser constatada de diversos modos. Ela se revela, por exemplo, com grande evidência, em questões de racismo, de preconceitos, de preferências etc., atitudes que, se provindas de um magistrado, na sua atuação profissional, mesmo quando não suficientemente manifestas para ensejar o seu afastamento pelas vias legais, sempre contaminarão a imparcialidade que lhe é exigida pelas leis e pela sociedade, tornando-o parcial em determinados casos concretos.²³⁰

Diante disso, o conteúdo de uma decisão, no que diz respeito à tomada de decisão baseada em princípios diante dos casos difíceis, é estabelecido por meio do chamado juízo de ponderação: “Ponderar é estabelecer comparações, estabelecer o peso de cada um e aplicar o maior ao caso concreto”²³¹. Ou seja, podemos dizer que é uma espécie de juízo prudencial utilizado no direito.

Segundo Ricardo Luís Lorenzetti²³² a aplicação do juízo de ponderação deve ocorrer após os seguintes passos:

²²⁷STRECK, Lenio. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2017. p. 175.

²²⁸Id. Ibid., p. 168.

²²⁹ARAÚJO, Francisco Fernandes de. op. cit., p. 10.

²³⁰Id. Ibid., p. 9.

²³¹LORENZETTI, Ricardo Luís. op. cit., p. 126.

²³²Id. Ibid., p. 216.

1. *identificar um campo de tensão*: constatação de uma situação de conflito entre princípios contrapostos, o que ocorre quando, satisfazendo totalmente um princípio, é produzida lesão em outro;
2. *alternativa mais econômica*: se for possível encontrar uma solução que permita o cumprimento de um princípio sem afetar um terceiro da mesma categoria, devemos optar por ela;
3. *inaplicabilidade do juízo de ponderação*: em alguns casos o direito proibiu alguns princípios, ou há um conflito entre bens não comparáveis, ou se trata de bens que gozam de máxima proteção, não suscetível de restrições. Qualquer solução contrária é rechaçada por contradição e não resulta aplicável a ponderação;
4. *aplicação da ponderação*: nos casos de princípios concorrentes deve ser dado a cada um o que é seu, e o juiz deve considerar qual o melhor ponto de equilíbrio entre o que é dado a uns e o que é tirado de outros, e como ponderar os valores em jogo.

O ato de julgar pressupõe, então, uma capacidade de se colocar no lugar do outro e embora se almeje uma imparcialidade do juiz, é essa capacidade o mais importante; e assim Miguel Reale²³³ afirma que esse é o segredo de uma decisão bem acertada, pois a neutralidade não significa ignorar a presença das pessoas em um litígio, mas sim se colocar na posição delas.

Como podemos então classificar o juízo de valor numa decisão judicial?

De acordo com Lourival Vilanova²³⁴:

A decisão é ato que qualifica deonticamente a situação controvertida. O ato jurisdicional não se constitui como uma proposição declarativa (descritiva ou teórica), mas como proposição prescritiva. Uma controvérsia pede decisão, que se verte em norma. O juiz nem pronuncia juízo-de-realidade, nem puro juízo-de-valor. O existencial do fato e o critério-de-valor entram como componentes do juízo normativo. E esse juízo normativo é de ordem moral, ou religiosa, ou atinente à etiqueta, ou aos usos-e-costumes. É especificamente jurídico.

Ademais, para Robert Alexy²³⁵, a decisão tomada em qualquer nível de fundamentação é uma decisão que revela o que pode, o que deve ser feito, ou omitido; e em decorrência dessa decisão, existe a preferência por certos comportamentos e ações em detrimento de outros. Afinal,

²³³REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 90, n. 325, p. 67, jan./mar. 1994.

²³⁴VILANOVA, Lourival. op. cit., p. 208.

²³⁵ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 23.

a decisão jurídica não se pode fundamentar estritamente no sistema de valorações do ordenamento jurídico; não se pode, contudo, duvidar de que os posicionamentos valorativos formulados na Constituição ou em outras leis ou expressos em numerosas normas ou decisões são relevantes para a decisão a ser tomada. Como no caso das convicções da coletividade, o que se deve levar em conta, não é tanto a postulação da observância desses posicionamentos valorativos, mas sim a determinação exata das formas e regras segundo as quais esses podem e devem entrar na fundamentação da decisão²³⁶.

Nesse caso, o ato de preferir também se enquadra como uma valoração – um juízo de valor –, da qual o Direito não pode prescindir; pois de acordo com Karl Larenz²³⁷, não é possível que o intérprete livre de suas próprias valorações, e nesse sentido “o reconhecimento de que a aplicação da lei não se esgota na subsunção, mas exige, em grande medida, valorações do aplicador”.

Ainda sobre a decisão, Robert Alexy²³⁸ afirma que: “(1) toda decisão jurídica toca nos interesses de pelo menos uma pessoa e (2) a questão de se a limitação aos interesses de uma pessoa é justificada também pode ser apresentada como uma questão moral”.

No entanto, seria errôneo aceitar que as convicções morais e subjetivas dos intérpretes/aplicadores do Direito sejam liberadas. Mas como definir quais os juízos são aceitáveis na tomada de uma decisão?

Robert Alexy²³⁹ elenca quatro possíveis formas de objetivar as valorações realizadas pelos aplicadores do direito:

- 1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas;
 - 2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluindo as decisões anteriores); e
 - 3) recorrer a princípios suprapositivos.
- [...]
- 4) apelar para conhecimentos empíricos.

Apesar disso, ele mesmo afirma que nas sociedades atuais há inúmeras concepções para os problemas práticos existentes; os consensos fáticos são raros e as valorações são divergentes mesmo dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Ou seja, nem mesmo essas

²³⁶ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 28.

²³⁷LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 3. Ausg. Berlin: Springer-Verlag, 1975. p. 150.

²³⁸ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica, cit., p. 26.

²³⁹Id. Ibid., p. 29.

propostas são capazes de objetivar completamente os juízos de valores realizados por aqueles que decidem.

É no campo, então, da Filosofia da Linguagem que o citado autor tenta buscar uma solução para o problema da decisão; mais precisamente abordando a chamada teoria da argumentação. Nós por outro lado, tentaremos entender o problema conhecendo melhor o processo de valoração sob o enfoque da mente daquele que toma a decisão – também por meio da Filosofia da Linguagem, mas pautados na teoria semiótica. Afinal, diante de tudo que foi estudado, acreditamos que algo tão subjetivo e pessoal, como as decisões dos chamados *hard cases*, jamais poderá ser enquadrado em algum tipo de regra.

Diante disso, no próximo capítulo passaremos ao estudo da teoria semiótica e da sua relação com a decisão judicial.

3. O PROCESSO SEMIÓTICO

3.1 Teoria semiótica

Para a teoria semiótica peirceana “o pensamento é mais da natureza de um hábito que determina a totalidade daquilo que poderá vir a existir”²⁴⁰ e, assim sendo, o pensamento pode estar fora de nós ou fora da nossa consciência; pois a consciência “pode significar qualquer uma das três categorias. Mas se for significar pensamento está muito mais fora de nós do que dentro. Somos nós que estamos nele, em vez dele em qualquer um de nós [...]”²⁴¹.

Segundo Peirce²⁴²:

O pensamento não está necessariamente conexo a um cérebro. Ele aparece no trabalho das abelhas, dos cristais, e em meio ao mundo puramente físico; e ninguém mais pode duvidar que ele esteja realmente lá, tanto como estão as cores, as formas, etc. Não somente o pensamento se encontra no mundo orgânico, mas nele se desenvolve.

Diante dessa teoria, podemos concluir que tudo é pensamento e pensamento é tudo o que nos move e produz efeitos; não havendo uma fronteira intransponível. Ele está fora de nós na medida em que está refletido nos fenômenos e, principalmente, em nossos atos, nossas ações e nossas decisões.

Segundo Lauro Frederico Barbosa da Silveira²⁴³, “com as categorias fenomenológicas que organizam, em sua totalidade, o universo da experiência, torna-se possível, aplicando-as ao diagrama básico do signo, explicitar quais devam ser as classes de signos permitidas em um universo fenomenológico representado por aquelas categorias, sendo essas classes de signos localizadas no interior de todas as relações triádicas que a experiência semiótica contempla”.

Sendo assim, a relação existente entre o universo da experiência, as categorias fenomenológicas e a classificação dos signos ocorrem em decorrência da organização do universo da experiência que é realizada pelas categorias fenomenológicas. É isso que torna

²⁴⁰SANTAELLA, Lúcia. **O método anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: Ed. UNESP, 2004. p. 235.

²⁴¹Id. Ibid., p. 234.

²⁴²CP, 4.551.

²⁴³SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**, cit., p. 63.

possível a classificação dos signos e desse modo “a teoria semiótica nos permite penetrar no próprio movimento interno das mensagens, no modo como elas são engendradas, nos procedimentos e recursos nelas utilizados”²⁴⁴, bem como captar todos os vetores de referencialidade e contexto de uma mente pensante.

Conforme estudaremos adiante, os componentes elementares que caracterizam os fenômenos que preenchem o universo da experiência são as categorias cenoptagóricas de Peirce: a primeiridade, a secundidade e a terceiridade; as quais caracterizam os fenômenos existentes no universo da experiência.

Por conseguinte, a teoria peirceana é monista; ou seja, não separa o mundo em dois reinos distintos, uma vez que para ela o mundo interno e o mundo externo são contínuos. É dessa forma que a fenomenologia e a semiótica se relacionam, conforme também veremos a seguir.

As relações de semiose, como estudadas por Charles Sanders Peirce e Charles William Morris – as quais serão descritas futuramente neste capítulo – ocorrem em nossa mente e por isso tal teoria estuda a linguagem a partir dos fenômenos que ocorrem em nosso pensamento. É por essa mesma razão que nesta tese optamos por estudar a decisão judicial como sendo um fenômeno do pensamento do juiz (aquele que toma a decisão); ou seja, a decisão judicial como um processo semiótico que ocorre na mente de um magistrado.

Ademais, para Roberta Kevelson²⁴⁵, a semiótica é uma teoria e um método capaz de explicar o processo pelo qual os valores e juízos de valor se desenvolvem e acumulam significado; dessa forma, tal teoria é perfeita para enquadrarmos e compreendermos o processo de tomada de decisão.

Então, veremos a seguir que o estudo da semiótica peirceana se pauta na fenomenologia, o que é feito a partir da definição de categorias lógicas aplicadas ao campo das manifestações psicológicas, conforme nos ensina Lúcia Santaella²⁴⁶.

Conforme já afirmamos anteriormente, a Semiótica é a ciência que tem por objeto de investigação todas as linguagens possíveis; ou seja, que tem por objetivo o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno como fenômeno de produção de

²⁴⁴SANTAELLA, Lucia. **Semiótica aplicada**. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 5.

²⁴⁵KEVELSON, Roberta. **Peirce, paradox, praxis: the image, the conflict, and the law**. Berlin; New York: Mouton de Gruyter, 1990. p. 5.

²⁴⁶SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 40.

significação e de sentido²⁴⁷ e no caso desta tese, o fenômeno produtor de significado é a decisão judicial.

Tal estudo se faz importante, pois Peirce acredita que as leis da natureza não são absolutas. Ou seja, elas continuam em constante evolução e estão sujeitas a mudanças contínuas; possuindo um caráter provisório. Da mesma forma, a ciência é um processo que amadurece gradualmente²⁴⁸.

Portanto, não se pode garantir, ou afirmar, a existência de um princípio absoluto; nem mesmo na matemática que é uma ciência tida como exata, como seria então possível almejar que no Direito fosse diferente? Como esperar que as decisões jurídicas fossem pautadas por regras e princípios absolutos? Por mais rigoroso e sistemático que possa ser o pensamento de um investigador; ou no caso, de um jurista, ele é sempre falível – estamos sempre diante da teoria da falibilidade (nosso conhecimento é falível, não há certeza absoluta de nada). Esse é o viés percorrido pelo estudo a seguir.

3.1.1 Fenomenologia

Como vimos, a base da teoria peirceana é a Faneroscopia, derivada de *Phaneron* em grego, ou Fenomenologia, a qual se propõe analisar as características do fenômeno.

Lúcia Santaella²⁴⁹ afirma que a fenomenologia é “a descrição e análise das experiências que estão em aberto para todo homem, cada dia e hora, em cada canto e esquina de nosso cotidiano”.

A fenomenologia consiste, então, em uma ciência cujo objeto de estudo é a busca pelas características de todo e qualquer fenômeno. Mas o que é um fenômeno afinal?

Para Peirce²⁵⁰, fenômeno é tudo aquilo que se apresenta à mente – mente no sentido de “instância interpretante”²⁵¹, sem considerar sua realidade ou não. Entende-se por fenômeno tudo aquilo que aparece, tudo o que se apresenta e que quando chega à mente vira um signo; ou seja, quando está presente à mente é signo, podendo corresponder a algo

²⁴⁷SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 13.

²⁴⁸Id. Ibid., p. 26.

²⁴⁹Id. Ibid., p. 32.

²⁵⁰CP, 1.284.

²⁵¹SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**, cit., p. 33.

real ou não; afinal, o que não puder ser pensado jamais poderá ter um significado – não poderá ser signo.

Ademais, Ivo Assad Ibri²⁵² afirma que a Fenomenologia,

por pretender a formação dos modos de ser de toda experiência ou categorias, parece não poder submeter-se a outro método que não aquele constituído, fundamentalmente, pela coleta de elementos de incidência notável e pela posterior generalização de suas características. As três faculdades requeridas podem, assim, ser resumidas como *ver*, *atentar para* e *generalizar*, despindo a observação de cunho meditativo.

Assim, a Fenomenologia não afirma sobre aquilo que é, nem sobre o que deveria ser – diversamente do Direito, mas ajuda-nos a verificar aquilo que está em toda a parte, quer seja um vago pensamento, uma ação pequena ou o processo de tomada de uma decisão judicial.

3.1.2 Categorias fenomenológicas

Para possibilitar a sua observação, de forma universal, o mundo dos fenômenos é classificado e dividido por Peirce, como já mencionado, em três categorias: Primeiridade, Secundidade, Terceiridade. Tais categorias são chamadas também de categorias da experiência, faneroscópicas ou cenopitagóricas.

Lúcia Santaella²⁵³ afirma que tais categorias são categorias lógicas, mas são aplicadas ao campo das manifestações psicológicas; não só pelo fato de elas se apresentarem para nós como coisas vivas e vividas, mas também porque “o mundo aparece e se traduz como linguagem, fundamento de toda a Semiótica”. Assim, será possível a apreensão e compreensão dos fenômenos na nossa consciência.

Essa consciência é concebida, na teoria peirceana, como um todo formado por estados mutáveis; ou seja, a chamada racionalidade sofre, a todo tempo, as influências de interferências. Segundo Lúcia Santaella²⁵⁴:

As interferências são internas, isto é, as que vêm das profundezas do nosso mundo interior, e externas, as que dizem respeito às forças objetivas que atuam sobre nós. Essas forças vão desde o nível das

²⁵²IBRI, Ivo Assad. **Kósmos Noetós**: a arquitetura metafísica de Charles S. Peirce. São Paulo: Paulus, 2015. p. 25.

²⁵³SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 61.

²⁵⁴Id. Ibid., p. 64.

percepções que, pelo simples fato de estarmos vivos nos inundam a todo instante, até o nível das relações interpessoais, intersubjetivas, ou seja, as relações de amizade, vizinhança, amor, ódio etc., encontrando ainda mais forças sociais que atuam sobre nós: as condições reais de nossa existência social, isto é, as relações formais de classes sociais que variam de acordo com as determinações históricas das sociedades em que se vive.

Isto é, as categorias apresentadas são uma espécie de modalidade de pensamentos e apreensão dos fenômenos.

De acordo com Lauro Frederico Barbosa da Silveira²⁵⁵, enquanto as categorias aristotélicas eram derivadas da análise do ato predicativo realizado pelo sujeito ao expressar-se num discurso, nele representando a realidade; as categorias propostas por Peirce correspondiam aos modos elementares pelos quais se articulam e se combinam os fenômenos que povoam o universo da experiência de forma geral.

Dessa forma, enquanto para Aristóteles a articulação entre o discurso e a realidade se baseiam no ponto de vista linguístico, na medida em que “as categorias são os modos em que o ser se predica das coisas nas proposições, portanto os predicados fundamentais das coisas”²⁵⁶ (categorias como uma determinação pertencente ao próprio ser cujo pensamento deve utilizá-las para conhecê-lo e expressá-lo em discurso ou palavras); as categorias propostas por Peirce são mais como um modo de ser da nossa consciência – não representam a realidade, mas sim o funcionamento do nosso pensamento ao ver o mundo.

Passando ao estudo das categorias propriamente ditas, de forma geral, por Primeiridade entende-se aquilo que é o que é, sem referência a nada mais; enquanto que a Secundidade é aquilo que é em relação a um outro, mas não se referindo a um terceiro; e que a Terceiridade é aquilo que mantém uma relação triádica, ou seja, se coloca em relação mútua tanto a um primeiro quanto a um segundo, realizando uma espécie de mediação.²⁵⁷

De forma mais detalhada, a Primeiridade é caracterizada como uma qualidade de sentimento; sendo uma qualidade em si mesma, que é um poder-ser não necessariamente realizado. Ou seja, se traduz pela mera qualidade; um sentimento puro e livre, indivisível, gerado pela primeira vez, por uma determinada situação.

Conforme Lúcia Santaella²⁵⁸:

²⁵⁵SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**, cit., p. 40.

²⁵⁶ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 121.

²⁵⁷CP, 8.328.

²⁵⁸SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 71-72.

Consciência em primeiridade é qualidade de sentimento e, por isso mesmo, é primeira, ou seja, a primeira apreensão das coisas, que para nós aparecem, já é tradução, finíssima película de mediação entre nós e os fenômenos. Qualidade de sentir é o modo mais imediato, mas já imperceptivelmente medializado de nosso estar no mundo. Sentimento é, pois, um quase-signo do mundo: nossa primeira forma rudimentar, vaga, imprecisa e indeterminada de predicação das coisas.

Sobre a Primeiridade peirceana, Ivo Assad Ibri²⁵⁹ nos ensina ainda que:

O conceito de primeiridade nasce como uma categoria na filosofia de Peirce, um modo de aparecer fenomenológico que é caracterizado pela experiência de unidade entre sujeito e objeto, indiferenciando mundos interior e exterior. Em verdade, esta experiência é de natureza interior – ressaltando que, entretanto, mundo interior para Peirce não se reduz a mundo subjetivo – ou, em outras palavras: interioridade e subjetividade não mantêm relação de equivalência. Esta consequência advém, é preciso ressaltar, de seu realismo metafísico, de seu idealismo objetivo e de sua simetria das categorias, a saber, de sua validação como categorias fenomenológicas e simultaneamente metafísicas.

A Secundidade, por sua vez, é uma sensação; ou seja, é qualificada pela nossa reação diante de um sentimento gerado em nós, sendo caracterizada como a vontade. Ela é a ação; a coação e a coercibilidade do Direito; o conflito; a dúvida; a experiência; os fatos; a força; as relações de ação e reação, causa e efeito.

Ou seja, a Secundidade é traduzida pela resistência, pois é a categoria que tem no seu modo de ser o fato atual, o objetivo e está vinculada às relações que mantém dentro do universo da experiência, sendo estas relações puro fato bruto.²⁶⁰ [SEP]

Para deixar mais ilustrativo, a Primeiridade é marcada pelo momento de contemplação quando ouvimos uma música pela primeira vez e quando esse estado se rompe, temos a chamada Secundidade.

Essa consciência de um determinado sentimento sendo rompido por um outro é o que se pode chamar de experiência; ou seja, um acontecimento que se força contra o pensamento, levando a uma mudança na consciência e um estado de esforço bruto se colocando como um outro que se impõe na relação com o primeiro, binaridade que faz a ligação entre um primeiro e um segundo sem qualquer mediação.²⁶¹

²⁵⁹IBRI, Ivo Assad. O significado de primeiridade em Schelling, Schopenhauer e Peirce. **Cognitio**: revista de filosofia, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 229, jul./dez. 2008.

²⁶⁰CP, 1.24, 8.330.

²⁶¹CP, 8.330.

Já a Terceiridade é a categoria que se caracteriza por fazer essa mediação: um terceiro relacionando o ato causal ao seu efeito. Ela aproxima a Primeiridade (qualidade do sentir) à Secundidade (reação à realidade apresentada/experiência) por meio da representação e interpretação do que foi sentido; ou seja, a Terceiridade é o pensamento em signos.

Tal categoria se traduz pelo conhecimento; pela complexidade; pela continuidade; pela consciência; pelo dever ser; pelo devir; pela generalidade; pela necessidade; pelas leis e pelo hábito. Ademais, o seu caráter de mediadora entre a Primeiridade e a Secundidade a define como o termo médio; ou seja, um terceiro relacionando o ato causal e o seu efeito, agindo com força de lei, mediando e possibilitando as relações entre dois elementos²⁶².

Assim, a terceira categoria diferentemente da primeira categoria, é uma forma de consciência mediata que não pode ser reduzida a um ponto no tempo; bem como não pode ser reduzida a uma ocorrência bruta da segunda categoria.

A Terceiridade é, portanto, a consciência de um processo, que não pode ser imediato, é cognição, um fenômeno que envolve um determinado tempo²⁶³; ou seja, a decisão judicial é de terceira categoria. $\left[\begin{array}{c} L \\ SEP \end{array} \right]$

Portanto, a cognição vincula-se ao futuro como sua formadora; é através da generalização do fato bruto que ela irá proporcionar a representação das circunstâncias que poderão vir a ser, procurando estabelecer as leis gerais que determinarão a conduta auto-controlada para sua efetivação. $\left[\begin{array}{c} L \\ SEP \\ SEP \\ L \end{array} \right]$

Então, para Peirce²⁶⁴: $\left[\begin{array}{c} L \\ SEP \end{array} \right]$

Parece, então, que as verdadeiras categorias da consciência são: primeiro, sentimento, a consciência que pode ser incluída com um instante de tempo, consciência passiva de qualidade, sem reconhecimento ou análise; em segundo lugar, consciência de interrupção no campo da consciência, sentido de resistência, de um fato externo, de alguma outra coisa; em terceiro lugar, consciência sintética, ligação com o tempo, sentido de aprendizagem, pensamento.

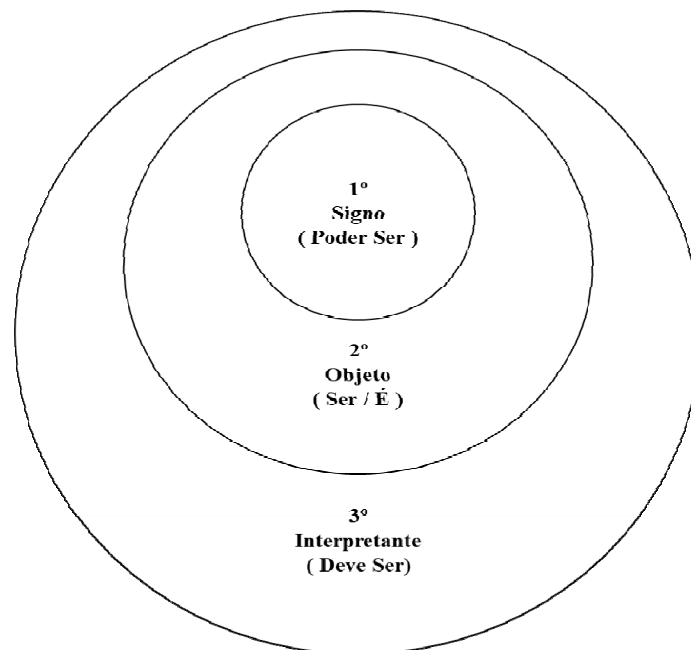
Por fim, cabe-nos ressaltar que as três categorias não são independentes umas das outras; na verdade, elas estão totalmente imbricadas, conforme a figura abaixo:

²⁶²CP, 1.328.

²⁶³CP, 1.381.

²⁶⁴ CP, 1.377.

Figura 1:



Fonte: Própria autora.

3.1.3 Elementos da Semiótica

3.1.3.1 Acaso

Segundo Peirce²⁶⁵, ao contrário da lei e da força bruta, as quais não são capazes de dar origem a algo novo, a potencialidade de um "elemento arbitrário no universo" é a responsável por sua espontaneidade e diversidade. Assim, o "acaso"²⁶⁶ – ou surpresa – é aquilo que se apresenta como um primeiro, podendo gerar variedade na natureza.

Ivo Assad Ibri²⁶⁷ apresenta o acaso como uma espécie de princípio que seria responsável pela diversidade e pela variedade constatadas na natureza.

Dessa forma, a surpresa atua como um elemento da produção de informação nova, uma vez que através de acontecimentos imprevistos pode haver a experimentação de alguma situação nova e, conseqüentemente, a comprovação de uma informação nova. É exatamente o que ocorre no Direito, visto como uma situação comunicativa sob o enfoque da teoria dos sistemas, como vimos no primeiro capítulo.

²⁶⁵CP, 6.30.

²⁶⁶CP, 7.521, 1.161.

²⁶⁷IBRI, Ivo Assad. **Kósmos Noetós**: a arquitetura metafísica de Charles S. Peirce, cit., p. 67.

Ademais, de acordo com Peirce²⁶⁸, a maioria das descobertas foram originadas das experiências e é através das surpresas que as experiências nos ensinam tudo o que podem. Dessa forma, “todo raciocínio liga aquilo que se acaba de aprender com o conhecimento já adquirido, de modo que, dessa forma, aprendemos o que antes era desconhecido”²⁶⁹.

Podemos, portanto, afirmar que diante da teoria semiótica peirceana não é possível aprender alguma coisa sem se utilizar de um conhecimento anterior já adquirido, assim como não é possível tomar uma decisão, jurídica ou não, sem se levar em consideração todas as situações anteriormente vividas; pois o aprendizado e a criação de algo novo estão relacionados à associação da novidade com o conhecimento prévio.

3.1.3.2 Geral

O geral ou generalidade, ou ainda, universalidade, faz parte da categoria da terceiridade – ideia de continuidade e devir – e decorre da ideia da semiótica de que o conhecimento está em constante expansão; portanto é sempre aberto. O geral, dessa forma, é uma série indefinida dos interpretantes.²⁷⁰

Ademais, “ele decorre do potencial, da qualidade, em suma em primeira categoria, o geral é de uma espécie negativa, mas na medida em que ele pertence à necessidade condicional, à lei, à terceiridade, ele é dessa ‘espécie positiva’ que, com ‘a infinidade, a continuidade, o crescimento e a inteligência’, fazem parte da terceira categoria”²⁷¹.

Dessa forma, Peirce²⁷² afirma que “a generalidade é, de fato, um ingrediente indispensável da realidade; pois a mera existência individual, ou talidade sem qualquer regularidade que seja, é uma nulidade. Caos é puro nada”; essa é a realidade da Terceiridade e demonstra a sua importância.

Isso posto, é o geral, em conjunto com a surpresa ou acaso, que possibilitam qualquer alteração dentro de um sistema comunicativo, como o Direito. Ademais, segundo Ivo Assad Ibri²⁷³, podemos compreender que as categorias de Peirce possibilitam a averiguação das relações entre o geral e o particular; constatando-se que a semiose e a

²⁶⁸PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos coligidos**. Seleção e Trad. Armando Mora D’Oliveira e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 27.

²⁶⁹PIGNATARI, Décio. **Semiótica e literatura**. Cotia: Ateliê Editorial, 2004. p. 42.

²⁷⁰CP, 1.339.

²⁷¹CP, 1.340.

²⁷²CP, 5.431.

²⁷³IBRI, Ivo Assad. **Kósmos Noetós: a arquitetura metafísica de Charles S. Peirce**, cit., p. 149.

mediação da terceiridade dependem de uma generalidade real, uma vez que o objeto do pensamento deve ser geral e o particular não se reduz à razão.

3.1.3.3 Indefinição

Lauro Frederico Barbosa da Silveira²⁷⁴ afirma que a indefinição impede que um processo finalize o que é necessário para o seu prosseguimento; por isso, o que é indefinido deve ser superado pelos demais agentes do processo comunicativo.

Como veremos no item a seguir, é por meio do contexto que os agentes do processo comunicativo são capazes de superar a indefinição, pois a insuficiência de qualquer signo vai exigir que seu significado se complete na experiência.²⁷⁵

Dessa forma, o chamado grau ótimo de vagueza acaba se tornando um requisito do signo para possibilitar a comunicação, a qual não existe de forma inteiramente previsível e definida; ou seja, sempre haverá uma parte vaga em qualquer comunicação, na medida em que a precisão absoluta é impossível.²⁷⁶

De acordo ainda com Lauro Frederico Barbosa da Silveira²⁷⁷, “tem que se haver com o vago dos signos para manter-se em seu caráter dialógico e para evoluir em direção à verdade”, por mais rigorosa que a semiose possa ser.

Portanto, podemos afirmar a existência de signos ditos objetivamente gerais, os quais são “referentes a toda classe dos objetos à qual se atribui determinado predicado”; e de signos objetivamente vagos, “que sob a forma de juízos existenciais, dirá que ao menos a um entre os elementos de uma classe de objetos, caberá atribuição de um determinado predicado, ou determinada relação”.²⁷⁸

Dessa forma, ao se deparar com um caso difícil, o juiz se encontra justamente diante de um caso de indefinição e vagueza e isso faz com que o seu processo de tomada de decisão seja ainda mais interpretativo e valorativo; ficando mais evidente a subjetividade de suas predileções e cognições. É sobre o papel e funcionamento dessas influências externas que trataremos no item 3.3 deste capítulo.

²⁷⁴SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. A comunicação de um ponto de vista pragmaticista. *Cognitio: revista de filosofia*, n. 2, p. 204, 2001.

²⁷⁵Id. Ibid., p. 205.

²⁷⁶CP, 5.506.

²⁷⁷SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. A comunicação de um ponto de vista pragmaticista, cit., p. 210.

²⁷⁸Id. Ibid., p. 209.

3.1.4 Relação triádica: semiose, contexto e repertório

Por relação triádica entende-se a relação existente entre o signo, o objeto e o interpretante. O signo é uma coisa que representa outra coisa, ou seja, o signo é a representação de um objeto e o significado de um signo é outro signo, de acordo com Lúcia Santaella²⁷⁹

Charles Sanders Peirce²⁸⁰ ensina que:

Um signo ou *representamen*, é tudo aquilo que, sob um certo aspecto ou medida, está para alguém em lugar de algo. Dirige-se a alguém, isto é, cria na mente da pessoa um equivalente ou talvez um signo mais desenvolvido. Chamo este signo que ele cria de primeiro signo. O signo está no lugar de algo, seu objeto. Está no lugar desse objeto, porém, não em todos os seus aspectos, mas apenas com referência a uma espécie de ideia.

Assim, o signo é a representação de um mundo hipotético, é a imagem mental de algo que representa. Ele é tudo que substitui algo, sob certos aspectos e medidas, “é um primeiro que está em relação com um segundo, chamado seu objeto, de forma a ser capaz de determinar um terceiro, chamado seu interpretante”²⁸¹.

Uma outra definição de signo do mesmo autor é a seguinte:

um Cognoscível que, por um lado, é determinado [...] por algo *que não ele mesmo*, denominado de seu Objeto, enquanto, por outro lado, determina alguma Mente concreta ou potencial, determinação esta que denomino de Interpretante criado pelo Signo, de tal forma que essa Mente Interpretante é assim determinada mediatamente pelo Objeto.²⁸²

Devemos observar que a pessoa que interpreta um signo “deve ser determinada pelo seu Objeto através de uma observação colateral totalmente independente da ação do Signo”²⁸³. Então, o objeto é o representado. O signo não representa o objeto em todos os seus aspectos, mas apenas sob o ponto de vista de alguém; pois a representação de um objeto para uma pessoa difere da representação do mesmo objeto para outra pessoa, afinal os pontos de vista são diferentes. Podemos dizer então, que o signo não consegue esgotar os aspectos do objeto que representa.

²⁷⁹SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 90-91.

²⁸⁰CP, 2.228.

²⁸¹PIGNATARI, Décio. **Semiótica e literatura**, cit., p. 47.

²⁸²PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p. 160.

²⁸³Id., loc. cit.

Dessa forma, o signo cria algo na mente da pessoa – intérprete, ou juiz no caso do presente trabalho – e essa criação é chamada de interpretante. O interpretante é a ideia daquele objeto representado pelo signo que irá se formar em nossa mente, durante a semiose. É o signo do signo, resultado da semiose, a ideia gerada da representação do objeto pelo signo.

Roti Nielba Turin²⁸⁴ afirma, portanto, que “o signo é um processo mental das operações de substituição, a realização da representação, através do engenho e processamento cerebral produzindo aquilo que se constitui e que chamamos de mente ou pensamento”.

Diante disso, podemos concluir que o signo é a representação do objeto, enquanto que o interpretante é a ideia que se forma na mente de uma pessoa sobre o objeto representado pelo signo; ou seja, o signo é um primeiro, em relação triádica com um segundo, seu objeto, capaz de determinar um terceiro, seu interpretante.

Nas palavras do próprio Charles Sanders Peirce²⁸⁵:

[...] aquilo que o autor pretendeu indicar ao leitor, presumindo que o leitor tenha toda a informação colateral necessária, o que quer dizer exatamente a qualidade do elemento entendedor da situação, em geral um elemento bastante familiar – provavelmente algo que o leitor nunca visualizou de forma tão clara antes – *isso* é o Interpretante do Signo – sua ‘significância’.

Então, podemos concluir que a observação colateral é a responsável por influenciar na formação do interpretante do signo. Essa observação colateral é algo que não faz parte do signo e do objeto, é uma espécie de familiaridade prévia com aquilo que o signo denota; é o que também se conhece por experiência colateral e que podemos traduzir como ponto de vista, visão de mundo ou contexto.

Conforme Charles Sanders Peirce²⁸⁶, se faz necessário observar que:

na medida em que o Signo denota o Objeto, ele não exige nenhuma *inteligência* ou *Razão* particular da parte de seu Intérprete. Para ler-se um Signo, e distinguir um Signo do outro, o que se requer são percepções delicadas e familiaridade com aquilo que são os concomitantes usuais de tal aparência, e com aquilo que são as convenções do sistema de signos. Para conhecer o Objeto, o que se requer é experiência prévia desse Objeto Individual. O Objeto de todo Signo é um Individual, normalmente uma Coleção Individual de Individuais. [...] Conhecer o Interpretante, que é aquilo que o próprio Signo expressa, pode ser algo que requeira o mais alto grau de raciocínio.

²⁸⁴TURIN, Roti Nielba. **Aulas**: introdução ao estudo das linguagens. São Paulo: Annablume, 2007. p. 33.

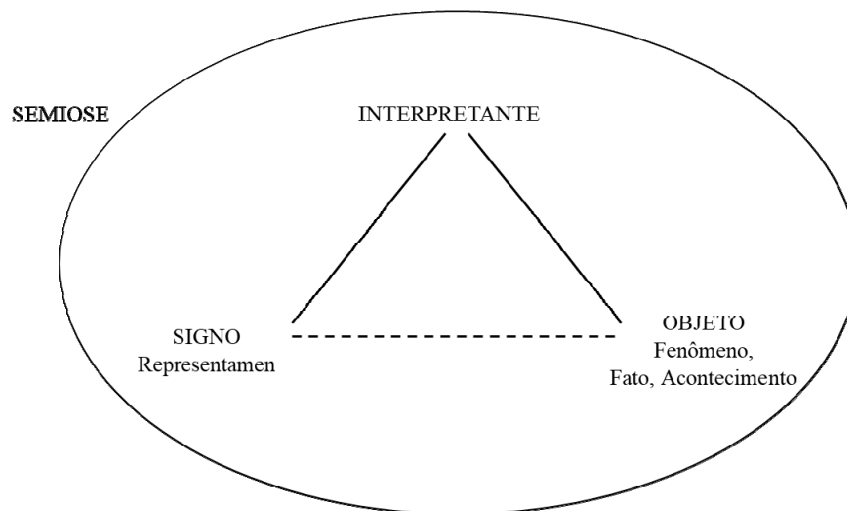
²⁸⁵PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**, cit., p. 162.

²⁸⁶Id., loc. cit.

Esse processo descrito, no qual o signo gera um interpretante, ocorre numa relação triádica – a chamada e já citada semiose, a qual ocorre na nossa mente cada vez que vamos interpretar um signo. A tal processo damos o nome neste trabalho de processo semiótico.

A semiose é, portanto, “a ação do signo”, uma associação triádica, na qual o signo representa um objeto na mente e gera uma ideia nessa mente, que é chamada de interpretante. Ou seja, “o processo no qual o signo tem um efeito cognitivo sobre o intérprete”²⁸⁷. Dessa forma, o citado interpretante é diretamente determinado pelo signo e indiretamente determinado pelo objeto; ele é o significado do signo, o efeito do signo, conforme se denota a seguir:

Figura 2:



Fonte: TURIN, Roti Nielba. **Aulas**: introdução ao estudo das linguagens. 1. ed. São Paulo: Annablume, 2007. p. 36.

Portanto, “todo signo está em lugar de um objeto independente dele mesmo, mas só pode ser signo deste objeto na medida em que este mesmo objeto possui a natureza de um signo ou pensamento”²⁸⁸.

Em decorrência disso, Roti Nielba Turin²⁸⁹ nos explica que na semiose

o Signo não é o Objeto, e sim alguma coisa que está em uma operação real de substituição. Essa substituição se dá na nossa mente interpretante, seguindo uma ação mental. Quando essas substituições são processadas, operamos a relação triádica para obter o Interpretante, que mantém uma relação com o Objeto, sem sê-lo. Essa relação configura um constante

²⁸⁷CP, 5.484.

²⁸⁸CP, 1.538.

²⁸⁹TURIN, Roti Nielba. op. cit., p. 36.

vir-a-ser. Esse processo forma uma cadeia, um conjunto de representações inesgotáveis.

Quando penso, não penso a coisa pensada e sim a sua representação. O Objeto, o fenômeno é o mesmo, o que muda é o processo de representação = substituição. [...]

Nessa mesma vertente, Charles William Morris²⁹⁰ define a semiose como “o processo pelo qual algo funciona como signo” e explica que “em semiose, alguma coisa explica a outra mediadamente, isto é, mediante uma terceira. A semiose é, pois, um explicar-mediado”. Para ele a semiose também envolve três fatores principais: “aquilo que atua como um signo, aquilo a que o signo se refere e aquele efeito em algum intérprete em virtude do qual a coisa em questão é um signo para aquele intérprete”.

Cabe ainda, explicarmos que, nessa relação, existem dois tipos de objeto: o primeiro é o objeto imediato, o qual faz parte da associação triádica (“objeto dentro do signo”) – trata-se do conteúdo da representação, uma vez que o signo é aquele que irá refletir o objeto como um espelho; o segundo é o objeto dinâmico, o qual fica de fora da relação (“objeto fora do signo”), mas influencia na formação do interpretante – trata-se da realidade total de um objeto, mas que será captada de forma diferente por cada indivíduo, devido às experiências de cada um e por isso é chamado também de dinâmico (só pode ser identificado ao final do processo da semiose).

Então, o primeiro é o objeto como conhecido em um determinado signo, enquanto que o segundo é o objeto tal como ele mesmo, independentemente de qualquer particularidade, em todas as suas acepções; “aquilo que, pela natureza das coisas, o signo pode exprimir e só pode indicar, deixando para o intérprete descobri-lo por experiência colateral”²⁹¹.

Como ilustração dessa divisão, temos que

o ‘Sol’ pode significar uma ocasião para diversas sensações, e desta forma é Objeto Imediato, ou então pode significar nossa interpretação habitual de tais sensações em termos de lugar, de massa, etc. quando se torna Objeto Dinâmico. Em relação tanto ao Objeto Imediato quanto ao Dinâmico, a verdade é que o conhecimento deles não pode ser dado por um Retrato ou Descrição, nem por qualquer outro signo que tenha o Sol por Objeto.²⁹²

²⁹⁰MORRIS, Charles W. op. cit., p. 13-14.

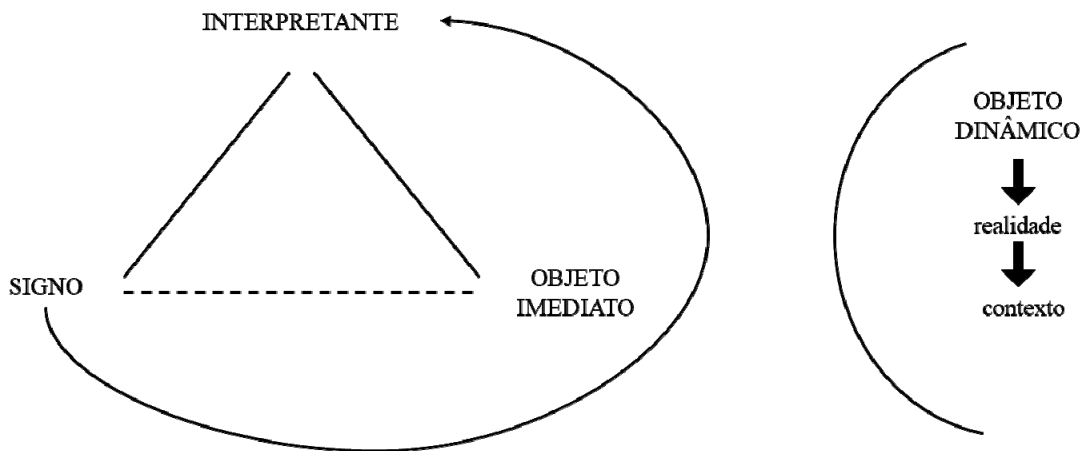
²⁹¹CP, 8.340.

²⁹²PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*, cit., p. 163.

Consequentemente, um signo não pode ser entendido a menos que o seu intérprete tenha um conhecimento colateral prévio de cada um de seus objetos, sendo este conhecimento/experiência representado pelo objeto dinâmico, o qual também pode significar o contexto ou o repertório individual de cada intérprete.

O que foi descrito sobre a diferença entre os dois tipos de objeto pode ser assim representado:

Figura 3:



Fonte: Própria autora.

Diante disso, é necessário esclarecer que o chamado contexto é diferente do repertório. O repertório está sempre vinculado a um código padrão/básico, em função do qual ele se define. Podemos dizer que o código central da maioria das sociedades é a palavra escrita, então o repertório irá se definir em função disso; e assim, um país com altos índices de analfabetismo, pode ser considerado um país de baixo repertório.

Sobre o repertório, Décio Pignatari²⁹³ afirma que:

A comunicação é uma função do código e do repertório, que, por sua vez, estão na dependência da *informação*. *Informação* não é uma 'coisa', mas uma relação estatística entre o que se conhece e o que não se conhece, entre o previsível e o imprevisível. O grau de imprevisibilidade dos sinais – da informação, portanto – vincula-se à capacidade de manipulação do código. Uma grande capacidade de manipulação do código implica um repertório mais redundante, mais previsível e ambíguo, menos preciso: quer-se informar mais do que os sinais comportam (vejam-se os nomes das revistas de fotonovelas, por exemplo). O problema da cultura reside justamente nos conflitos, antagônicos e não-antagônicos, entre os diversos repertórios, que tendem a coincidir com a divisão da sociedade em classes [...].

²⁹³PIGNATARI, Décio. *Contracomunicação*. 3. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004. p. 53.

Nesse sentido, Willis Santiago Guerra Filho²⁹⁴ nos fornece o seguinte entendimento sobre o chamado repertório:

O repertório das línguas é composto, via de regra, por símbolos denotativos e conotativos. Os primeiros instauram relações significativas unívocas entre signos e objetos, permitindo uma definição ostensiva das palavras, pela simples indicação daquilo a que se referem. Definir denotativamente, então, significa mostrar ou apontar o objeto, delimitando a extensão do campo de incidência da palavra ou signo linguístico. Os símbolos conotativos, por sua vez, têm relação equívoca com seus significados, em virtude dos diversos significados que se pode exprimir com o mesmo termo. A definição conotativa, portanto, se refere à intenção que preside o emprego das palavras, delimita e identifica esta intenção.

Quanto maior o repertório, mais reduzida a audiência; quanto menor o repertório, mais ampla a audiência. Assim, a relação entre repertório e audiência, se dá de maneira inversamente proporcional. No universo jurídico, por exemplo, quanto maior for o repertório dos juízes, maior será a sua possibilidade de interpretação e de compreensão das leis e normas.

Devemos falar ainda sobre a importância do conceito de repertório:

O conceito de repertório é importante para a análise dos fenômenos jurídicos porque a existência de um repertório de experiências, seja ele social ou individual, atua no sentido de influir nos hábitos de conduta, estando incluídos entre tais hábitos a obediência ou a desobediência de questões normativas.²⁹⁵

Então, embora diferentes, contexto e repertório acabam se complementando no processo semiótico; cumprindo a nós concluir que, conforme Clarice von Oertzen de Araújo²⁹⁶:

O repertório, assim, é uma memória, assemelha-se a um acúmulo de experiências – as quais, no universo jurídico, ficam registradas pela jurisprudência. A jurisprudência sistematiza tudo a experiência tanto no âmbito das condutas, ao proferir decisões que devem ser cumpridas, como no código, ao deixar o registro de uma interpretação concreta, contribuindo para a formação de um repertório jurídico de forma interna ao código (sistema) e externa (conduta, contexto).

²⁹⁴GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos jurídicos**: teoria do direito civil, cit., p. 68.

²⁹⁵ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 48.

²⁹⁶Id., loc. cit.

Para finalizarmos, convém esclarecer ainda, que o signo possui três tipos de interpretantes ou significados: (i) interpretante imediato – “consiste naquilo que o signo está apto a produzir numa mente interpretadora qualquer”²⁹⁷, ou seja, não se trata do efetivo interpretante do signo, mas sim das suas possibilidades; (ii) interpretante dinâmico – consiste naquele que o signo efetivamente produz na mente de qualquer pessoa; e, (iii) interpretante em si ou final – consiste no modo como a mente de cada pessoa reage ao signo.

Dessa forma, os interpretantes estão diretamente ligados às já estudadas categorias fenomenológicas da primeiridade, secundidade e terceiridade, na medida em que o interpretante imediato corresponde “à qualidade de impressão que um signo é capaz de produzir, sem uma reação atual”²⁹⁸ – retrata uma potencialidade do signo; o interpretante dinâmico corresponde ao efeito direto do signo sobre o intérprete; e o interpretante final corresponde “àquilo que seria finalmente decidido se a interpretação verdadeira e se a consideração do assunto fosse continuada até que uma opinião definitiva resultasse [...]”²⁹⁹ numa espécie de hábito ou lei.

Sintetizando, nas palavras de Lúcia Santaella³⁰⁰, o interpretante imediato trata “do potencial interpretativo do signo, quer dizer, de sua interpretabilidade ainda no nível abstrato, antes de o signo encontrar um intérprete qualquer em que esse potencial se efetive” – é o livro na livraria. O interpretante dinâmico é “a dimensão psicológica do interpretante, pois se trata do efeito singular que o signo produz em cada intérprete particular”, tal efeito pode se dar em três níveis: emocional (primeiridade), energético (secundidade) e lógico (terceiridade); enquanto que o interpretante final “se refere ao resultado interpretativo a que todo intérprete estaria destinado a chegar se os interpretantes dinâmicos do signo fossem levados até o seu fim último”.

Se faz importante ressaltar, ainda, que não temos nenhuma garantia de algum dia vá existir uma interpretação definitiva ou “verdadeira” de algo, conforme veremos no item 3.3 deste capítulo. Isso posto, o signo pode ser representado de forma completa, na relação triádica, da seguinte forma:

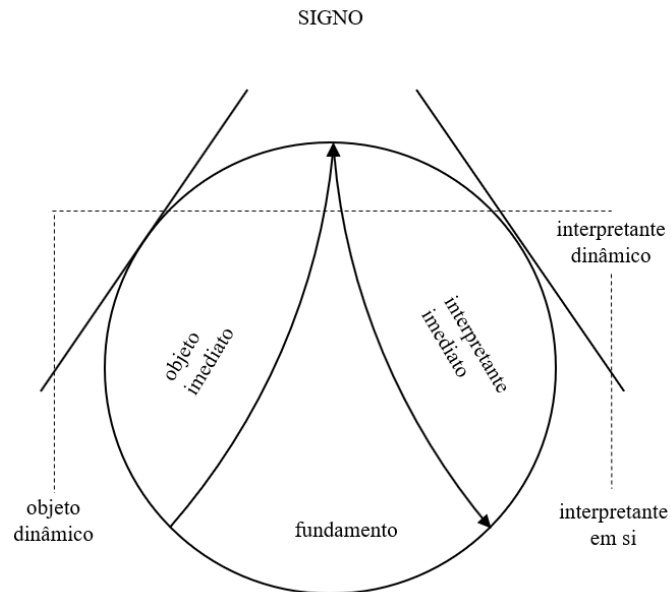
²⁹⁷SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 93.

²⁹⁸CP, 8.315.

²⁹⁹CP, 8.184.

³⁰⁰SANTAELLA, Lucia. **Semiótica aplicada**, cit., p. 24-26.

Figura 4:



Fonte: SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?** São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 92.

3.2 Operação de seleção na decisão

Para que exista comunicação, como já vimos no primeiro capítulo, o ato de falar deve ter um código comum entre os seus participantes; da mesma maneira que o próprio Direito é visto como um código produtor de significado.

Dessa forma, Roman Jakobson³⁰¹ afirma que:

Falar implica a seleção de certas entidades linguísticas e sua combinação em unidades linguísticas de mais alto grau de complexidade. Isso se evidencia imediatamente no nível lexical: quem fala seleciona palavras e as combina em frases, de acordo com o sistema sintático da língua que utiliza; as frases, por sua vez, são combinadas em enunciados. Mas o que fala não é de modo algum um agente completamente livre na sua escolha de palavras: a seleção (exceto nos casos de efetivo neologismo) deve ser feita a partir do repertório lexical que ele próprio e o destinatário da mensagem têm em comum.

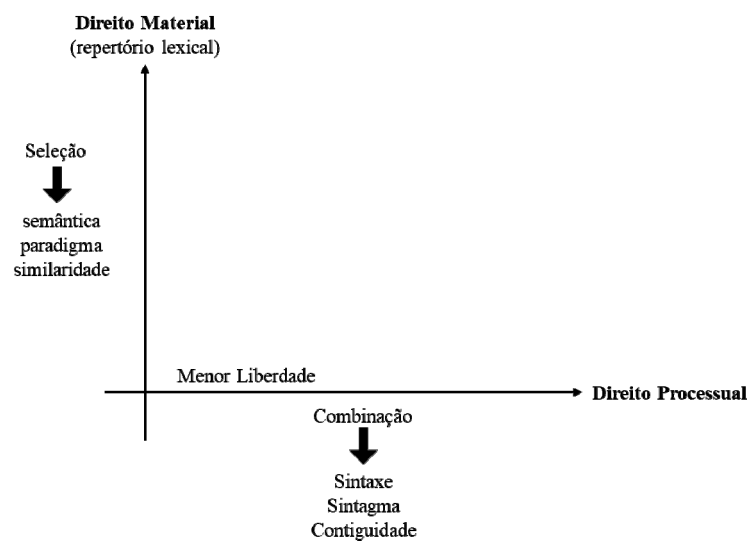
Então, todo e qualquer signo linguístico possui dois modos de arranjo: a seleção (substituição) e a combinação (contexto). A operação de seleção é realizada no eixo paradigmático e se dá pela escolha do repertório lexical a ser utilizado na comunicação pretendida. A seleção é, portanto, a escolha de palavras, sinônimos ou antônimos a serem

³⁰¹JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. Tradução de Izidoro Blikstein. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 46.

utilizados na comunicação e a elaboração de uma lei pelo Poder Legislativo é um exemplo dessa operação no Direito³⁰².

A operação de combinação, por sua vez, é realizada no eixo sintagmático e se dá pela combinação das palavras escolhidas no eixo paradigmático; o qual irá definir a formação de frases, as sentenças e até mesmo o discurso. Segundo Clarice von Oertzen Araújo³⁰³, um exemplo dessa operação no universo do Direito é aquela na qual ocorrer a combinação entre o direito material e o formal.

Figura 5:



Fonte: Própria autora.

Para esclarecer essa questão, Clarice von Oertzen Araújo³⁰⁴ nos ensina que:

No eixo paradigmático estariam compreendidas operações relativas ao domínio que um usuário ou o emissor de uma mensagem possui a respeito do repertório lexical de uma língua como código: o domínio do significado, variação que compreende, por exemplo, o conhecimento dos sinônimos e também dos antônimos. Já no eixo horizontal, sintagmático, estariam compreendidas as operações ou ações linguísticas que encerram o conhecimento da sintaxe de uma língua, as normas de encadeamento de uma sequência de signos ou palavras, assim compreendidas, por exemplo, as noções de gramática.

³⁰²ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 29.

³⁰³Id. Ibid., p. 33.

³⁰⁴Id. Ibid., p. 27.

Complementando essa informação, Roman Jakobson³⁰⁵ afirma que

a seleção (e, correlativamente, a substituição) concerne às entidades associadas no código, mas não na mensagem dada, ao passo que, no caso da combinação, as entidades estão associadas em ambos ou somente na mensagem efetiva. O destinatário percebe que o enunciado dado (mensagem) é uma combinação de partes constituintes (frases, palavras, fonemas etc.) selecionadas do repertório de todas as partes constituintes possíveis (código). Os constituintes de um contexto têm um estatuto de contiguidade, enquanto num grupo de substituição os signos estão ligados entre si por equivalência dos sinônimos e o fundo comum (*commom core*) dos antônimos.

Assim, podemos concluir que um indivíduo possui a sua liberdade limitada para realizar essas operações de seleção e de combinação; na medida em que ele deve escolher em seu repertório apenas o código que possa ser compreendido por todos os demais destinatários da mensagem, sob pena da comunicação se tornar impossível ou ineficiente.

No Direito, “a operação de subsunção e a incidência de uma norma iniciam-se sob o domínio do eixo paradigmático, numa identificação de similaridades entre o real e a representação contida na hipótese normativa”³⁰⁶, ou seja, no caso de enquadramento entre a norma e o caso concreto – conhecida como subsunção – há a predominância do eixo paradigmático. É o que predomina na maioria das decisões judiciais, mas não nos chamados casos difíceis, em que não há uma norma específica e apropriada, tendo o juiz que realizar um sopesamento de princípios; ou seja, uma ponderação entre os princípios que estiverem em colisão. Nesse caso, um princípio deve ceder em relação ao outro.

Quando falamos sobre esse assunto se faz necessário mencionarmos a importância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para o processo decisório dos magistrados; que é como eles fazem para verificar qual princípio “pesa” mais na hora da decisão.

Esses princípios são considerados quase como sinônimos pela doutrina tradicional; uma vez que ambos buscam garantir o equilíbrio e a justiça da atividade do Estado, afastando o excesso da regra jurídica aplicada pela Administração Pública. Além disso, eles derivam dos princípios da legalidade e da finalidade e estão presentes de forma implícita na Constituição de 1988.

³⁰⁵JAKOBSON, Roman. op. cit., p. 50.

³⁰⁶ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 31.

Hely Lopes Meirelles³⁰⁷ afirma que o princípio da razoabilidade pode ser chamado de princípio da proibição de excesso e tem o objetivo de “aferir compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”. Enquanto que o princípio da proporcionalidade é considerado um desdobramento daquele e exige que haja proporção entre as consequências jurídicas advindas da atividade da Administração Pública e o fato que deu origem à demanda.

A teoria moderna, a seu turno, acredita na independência entre tais princípios; pois enquanto a razoabilidade, no direito americano, está mais voltada à racionalidade, bom senso e discricionariedade, a proporcionalidade, no direito alemão, possui um conceito mais objetivo.

Segundo Willis Santiago Guerra Filho³⁰⁸, o princípio da proporcionalidade é considerado o “princípio dos princípios” por ser um verdadeiro princípio ordenador do direito; isso porque, apesar de implícito na Constituição Federal de 1988, corresponde a uma garantia fundamental e decorre do princípio da isonomia.

Devemos mencionar ainda que tal princípio se divide em proporcionalidade em sentido estrito e nos subprincípios da exigibilidade e adequação; nesse sentido, para Henrique Garbellini Carnio³⁰⁹:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito prevê que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Isto quer dizer essencialmente que não se pode ferir o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, no sentido de que mesmo que haja desvantagens para o interesse de pessoas (de qualquer forma juridicamente consideradas), acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Os subprincípios da adequação e exigibilidade ou indispensabilidade (*Erforderlichkeit*) determinam que o meio escolhido se preste a atingir o fim estabelecido, mostrando-se assim “adequado”, meio este que também deve se mostrar “exigível”, o que significa que não há outro igualmente eficaz e menos danoso a direitos fundamentais.

De tal forma, o sopesamento de princípios realizado pelos magistrados no processo de tomada de decisão é permeado pelos princípios da proporcionalidade e da

³⁰⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 93.

³⁰⁸GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 79.

³⁰⁹CARNIO, Henrique Garbellini. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: apontamentos a partir da teoria alemã da proporcionalidade. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 15, n. 14, p. 104, 2011.

razoabilidade; sendo que para realizar essa atividade é necessário ter em mente que os direitos e garantias fundamentais devem ser resguardados e que o respeito à dignidade da pessoa humana é o objeto maior de qualquer decisão.

Retornando às supracitadas operações de seleção e combinação, se faz necessário lembrar que pode ocorrer uma perturbação da linguagem – uma espécie de interferência na comunicação – chamada de afasia e demonstradas na figura 5.

Quando há uma deficiência na operação de seleção, ocorre a afasia por similaridade, diante da qual o contexto é um fator decisivo e indispensável, pois quanto mais os enunciados dependam do contexto, mais facilmente será cumprida a tarefa verbal³¹⁰. Além disso, a possibilidade de interpretação de um signo linguístico por meio de outros signos do mesmo código, na forma de sinônimos, facilita a compreensão da linguagem.

Existe também a afasia por contiguidade, que é deficiência na capacidade de construir proposições, combinando signos em unidades mais complexas por meio do contexto, ou seja, deficiência na operação de combinação. Esse defeito tende a reduzir o discurso a frases de uma só palavra e enunciados fracos³¹¹.

A contiguidade e a similaridade – ou semelhança – também podem ser denominadas como “inferências associativas” ou “sugestões associativas”.

Charles Sanders Peirce³¹² entende a sugestão por contiguidade como uma situação em que uma ideia que faz parte de um sistema que nos é familiar é capaz de trazer esse sistema de ideias à nossa mente; enquanto que a sugestão por semelhança é entendida como a situação em que a mente une, no pensamento, duas ideias similares.

Cabe-nos aqui fazer um aparte para explicar que ideia, na teoria semiótica peirceana, de acordo com Roberta Kevelson³¹³ é um contínuo; uma contínua invenção e interpretação e representação. No entanto, não é um contínuo como uma linha desenhada até o infinito, mas sim como uma linha num girador de fios.

Décio Pignatari³¹⁴ nos ensina que, assim como ocorre na sugestão por contiguidade, a interferência por similaridade também implica a ideia de conjunto, mas nesta decorre de operações mentais, enquanto que naquela decorre de experiências.

³¹⁰JAKOBSON, Roman. op. cit., p. 52-53.

³¹¹Id. Ibid., p. 63-64.

³¹²CP, 7.391-7.392.

³¹³KEVELSON, Roberta. op. cit., p. 3.

³¹⁴PIGNATARI, Décio. *Semiótica e literatura*, cit., p. 63.

Enquanto Roman Jakobson³¹⁵ complementa que a inferência por similaridade envolve a deterioração de operações de metalinguagem e afirma que a inferência por contiguidade modifica a capacidade de preservação das unidades linguísticas.

Assim, os fenômenos mentais diferem apenas em grau; as inferências por contiguidade relacionam-se com as inferências por similaridade, da mesma maneira como a consciência interna se relaciona com a experiência externa³¹⁶.

Diante disso, Roman Jakobson³¹⁷ afirma que no desenvolvimento de um discurso, um tema pode levar a outro tanto por similaridade (processo metafórico), quanto por contiguidade (processo metonímico); sendo que ambos os processos se fazem presentes na comunicação verbal. A predominância de um ou de outro se mostra de acordo com a influência sofrida pela personalidade, pelo estilo e modelo cultural do falante.

Por fim, se faz importante ressaltar que essa influência é justamente aquela que depende do supracitado contexto/repertório/experiência colateral do intérprete. Como vimos, diante da visão de mundo do intérprete é que o interpretante formado na semiose de uma pessoa será diferente das demais. É exatamente o que ocorre numa decisão judicial tomada por meio da interpretação de princípios e valorações pessoais; a decisão de um juiz terá influências diversas da decisão de outro juiz.

Isso posto, as operações de seleção e de combinação do sujeito que está interpretando algo ou expressando uma ideia na forma de linguagem – no caso, o juiz de direito no processo de tomada da decisão judicial – são totalmente influenciadas pelo contexto.

3.3 Argumento, interpretação, cognição, juízo e valores

De acordo com Charles Sanders Peirce³¹⁸,

o Argumento deve ser um Símbolo, ou um Signo cujo Objeto é uma Lei ou Tipo Geral. Deve envolver um Símbolo Dicente, ou Proposição, que é denominado sua *Premissa*, pois o **Argumento só pode sublinhar a lei sublinhando-a num caso em particular**. No entanto, esta Premissa difere muito em força (i.e., em relação com seu interpretante) de uma proposição meramente afirmada; e, além do mais, isto está longe de ser o Argumento total. Quanto a uma outra proposição denominada Conclusão, frequentemente enunciada e talvez exigida para completar o Argumento,

³¹⁵JAKOBSON, Roman. op. cit., p. 69.

³¹⁶PIGNATARI, Décio. **Semiótica e literatura**, cit., p. 62-63.

³¹⁷JAKOBSON, Roman. op. cit., p. 69.

³¹⁸PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**, cit., p. 54.

representa ela claramente o Interpretante e tem, da mesma forma, uma força peculiar ou relação para com o Interpretante. (grifo nosso)

Dessa forma, “Argumento é um signo que representa distintamente o interpretante, denominado de sua Conclusão, que ele deve determinar”³¹⁹; sendo considerado, “o signo de uma lei”³²⁰ para o seu interpretante, o qual o representa como uma classe geral de argumentos, tendente à verdade e por isso, com caráter de generalidade.

O argumento, “entendido por seu Interpretante como fazendo parte de uma classe geral de argumentos análogos, classe essa que, como um todo, tende para a verdade”³²¹, pode ser dividido em três tipos: a) dedução, quando representa fatos nas premissas, de maneira que somos obrigados a representar o fato declarado na conclusão; b) abdução, quando apresenta fatos em suas premissas similares com o fato enunciado na conclusão; e, c) indução, quando o argumento emerge de uma hipótese.

A dedução é um argumento que possui o interpretante pertencente a uma classe geral, de tal modo que a maior parte de suas premissas verdadeiras gerarão conclusões verdadeiras; a abdução consiste na maneira de formar uma predição geral sem nenhuma certeza de que ela se verificará; e, a indução, consiste na verificação experimental de uma predição geral³²².

Diante disto, qual seria a essência de um juízo? Charles Sanders Peirce³²³ afirma que “um juízo é um ato mental pelo qual o julgador impor-se a verdade de uma proposição”. O que, para ele, equivale ao ato de afirmar uma proposição, ou à ação de assumir a responsabilidade pela verdade de uma proposição diante de um notário; com a diferença de que esses atos afetam terceiros e um juízo afeta apenas quem o formulou.

Ademais, segundo Charles Sanders Peirce³²⁴:

Toda cognição envolve algo representado, ou aquilo de que estamos conscientes, e alguma ação ou paixão do eu pelo qual ela se torna representada. O primeiro deve ser denominado de elemento objetivo, e o segundo de elemento subjetivo da cognição.

³¹⁹PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**, cit., p. 29.

³²⁰CP, 2.252.

³²¹PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**, cit., p. 59.

³²²Id. Ibid., p. 60.

³²³Id. Ibid., p. 53.

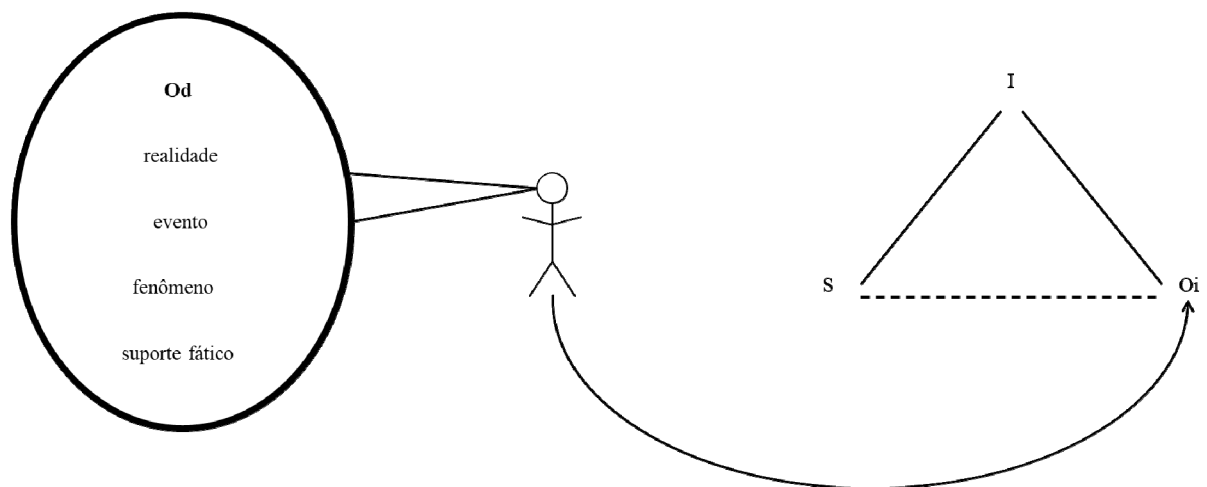
³²⁴Id. Ibid., p. 250.

Winfried Nöth³²⁵ afirma, portanto, que a cognição é um elemento constitutivo do processo semiótico, uma vez que o signo possui um efeito cognitivo no seu intérprete. Assim, para Peirce³²⁶ a cognição acaba por funcionar como o próprio interpretante, definindo a ideia ou pensamento formado na mente daquele que interpreta.

A condição de possibilidade de qualquer cognição é uma generalidade real que a fundamente. O fato de que sabemos algo significa que razoavelmente podemos prever o curso da experiência futura. Saber algo é saber de alguma coisa [...] no seu vir a ser [...].³²⁷

Dessa forma, o processo cognitivo presente em toda semiose, dando origem a uma semiose ilimitada, acaba por gerar um hábito ou uma lei na mente do intérprete; assim, toda vez que o intérprete se deparar com situações parecidas é o resultado daquelas semioses passadas que lhe virá a memória e influenciará as semioses futuras.

Figura 6:



Fonte: Própria autora.

Em decorrência dessa subjetividade presente na cognição, podemos dizer, sobre a interpretação, por exemplo, de uma norma pelo juiz, que:

Nada garante que haverá um dia uma interpretação definitiva, nem que somente venha a haver uma única interpretação. Mas se a busca da interpretação verdadeira se fizer continuamente, sempre se subentendendo as concepções ao teste da experiência, os erros tenderão a ser eliminados e as interpretações estarão convergindo para sua verdade,

³²⁵NÖTH, Winfried. **Panorama da semiótica**: de Platão a Peirce, cit., p. 129.

³²⁶CP, 8.179.

³²⁷IBRI, Ivo Assad. **Kósmos Noetós**: a arquitetura metafísica de Charles S. Peirce, cit., p. 25.

como melhor adequação da conduta ao fenômeno, tomado como seu objetivo de investigação.³²⁸

Assim, no âmbito da incidência das leis jurídicas, conclui-se que quanto mais houver interpretações da lei, com o objetivo de aplicá-la da maneira mais adequada, maior será a chance de se encontrar um entendimento que seja de fato o melhor, o prevalecente, e que este passe então a ser considerado o correto a se fazer. Afinal, “compreender, interpretar é traduzir um pensamento em outro pensamento num movimento ininterrupto, pois só podemos pensar um pensamento em outro pensamento”³²⁹.

Em síntese, as já citadas operações de seleção e combinação, no mundo jurídico, são dotadas de imprecisão e plasticidade. Isso ocorre em razão delas dependerem muito do sujeito que irá interpretar a lei e elaborar as normas, pois cada sujeito (intérprete/juiz), como já foi afirmado, possui um repertório diferente, experiências diferentes, escolhas de interpretação e valores diferentes.

Em virtude disso, os valores acabam por agir como grandes influenciadores das decisões judiciais. Sobre eles, afirma-se que:

ao participarem ou integrarem uma determinada linguagem num dado momento histórico, serão objeto de uma seleção de natureza ideológica, que os organizará de forma hierárquica. A mera enunciação de um valor em qualquer instância da linguagem jurídica já é manifesta expressão de um juízo de preferência, e portanto, de uma operação de seleção. A expressão de valores pode refletir, por exemplo, o caráter da efetividade, quando se sobrepõe ao plano sintático da legalidade, da validade.³³⁰

E, ainda:

Os valores são interpretantes, na medida em que o conteúdo de um valor não tem uma determinação semântica cristalizada, seu conteúdo será uma relação entre o próprio valor e as suas diferenças. Um juízo de preferência sempre tem, ao menos, dois polos, dois eixos, um bit. Uma relação semelhante àquela que uma palavra tenha com seu antônimo. Na verdade, a existência de valores opostos em um único sistema jurídico pode muitas vezes explicar porque o direito é diferente de justiça. A justiça, em uma dimensão genérica, poderia se caracterizar como o equilíbrio. Os valores, em sua concreção, sempre trarão uma expressão ideológica de preferenciabilidade.³³¹

³²⁸SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**, cit., p. 50.

³²⁹SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica?**, cit., p. 80.

³³⁰ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 37.

³³¹Id. Ibid., p. 38.

Por essa razão, na tentativa de fazer com que o Direito expresse o valor da justiça, toda e qualquer decisão irá positivar um valor e, conseqüentemente, revelar um juízo de preferência por meio do argumento utilizado.

Peirce³³² afirma que um “juízo é um ato de consciência no qual reconhecemos uma crença, e uma crença é um hábito inteligente segundo o qual devemos agir quando se apresentar a ocasião”. Isto é, o juízo remete à supracitada cognição.

Diante de tudo que foi demonstrado, concluímos que o repertório e o contexto do intérprete/juiz, sempre irão influenciar na tomada de decisão, por meio das operações de seleção e de combinação. Isso ocorre pois, como vimos, no processo semiótico – chamado de semiose – o interpretante formado a partir da representação do objeto pelo signo, difere de pessoa para pessoa, justamente por causa da influência externa do objeto direto nessa relação (contexto/experiência colateral/visão de mundo).

Afirmamos então, que tanto os valores pessoais, como o contexto, incidem na interpretação de uma lei e na tomada de decisão, modificando o interpretante. É assim que ao interpretar uma norma, proferir uma sentença e argumentar em favor de sua decisão, o juiz muda o resultado da semiose e transforma o próprio Direito.

Ademais, “é possível conceber os princípios jurídicos como signos que veiculam os valores na condição de seus interpretantes”³³³. É importante distinguir valores de princípios, pois enquanto os primeiros se verificam no nível axiológico, os segundos estão presentes no nível deontológico; ou seja: os valores apontam o que é melhor e os princípios apontam o que é devido.

Nesse sentido, Robert Alexy³³⁴ afirma que um princípio é uma espécie de norma, na medida em que ordena que algo seja realizado na sua maior medida, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas; segundo ele, seria então um “mandado de otimização” – uma espécie de dever-ser.

Já os valores estão relacionados ao conceito de bom, de fazer o que for melhor; mas não são um dever, são um critério de valoração. Por outro lado, Robert Alexy³³⁵ também afirma que da mesma maneira que existe o conflito e a ponderação de princípios, existe o

³³²PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*, cit., p. 149.

³³³ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 39.

³³⁴ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86.

³³⁵Id. Ibid., p. 138-139.

conflito e a ponderação de valores; dessa forma, quando se cumpre gradualmente um princípio, realiza-se gradualmente um valor.

Acreditamos que a ponderação de princípios realizada por aquele que decide será diretamente realizada por meio de critérios de valoração do próprio decisor; ou, em outras palavras, o sopesamento de princípios conflitantes é realizado por meio dos valores do magistrado que decide.

Nessa esteira, a intenção implícita nas decisões é, portanto, manter abertas as possibilidades de interpretação posterior; na medida em que quando a regra não é clara, qualquer tentativa de resolver tal falta de clareza acaba impondo uma certa rigidez à lei, o que impede a compreensão da lei como um instrumento de implementação de mudança nos valores sociais, conforme afirma Roberta Kevelson³³⁶.

A decisão judicial, portanto, irá positivar um valor e revelar o juízo de preferência daquele que a proferiu, o qual se demonstra por meio do argumento utilizado; se revelando ela mesma, a decisão judicial, como um processo semiótico dentro do sistema do Direito.

3.4 Processo semiótico e decisão judicial

Ao chegar até aqui podemos afirmar que uma decisão judicial, especialmente quando se trata de um já descrito caso difícil, trata tanto de valores e relações sociais entre valores, pessoas, hábitos coletivos de uma comunidade, estruturas de poder entre os autores legais, quanto de leis; nos mesmos termos que afirma Roberta Kevelson³³⁷ quando fala, na verdade, sobre o direito num contexto de *common law*, o qual não é o nosso caso.

Diante de tudo que estudamos, podemos concluir também que:

Os fenômenos da subsunção e da positivação normativa, refletindo o próprio direito, são fenômenos de comunicação, que requerem a presença da linguagem, quer na dimensão de linguagem social, normativa ou da facticidade jurídica para ultimarem-se. A linguagem é um produto da presença humana. Não há linguagem onde não houver o homem comunicando-se. Portanto, a movimentação das estruturas do direito, por ocasião do desempenho da ordem normativa vigente, necessita da presença e da interação humana consubstanciada na comunicação e na semiose.³³⁸

³³⁶KEVELSON, Roberta. op. cit., p. 38.

³³⁷Id. Ibid., p. 41.

³³⁸ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 138.

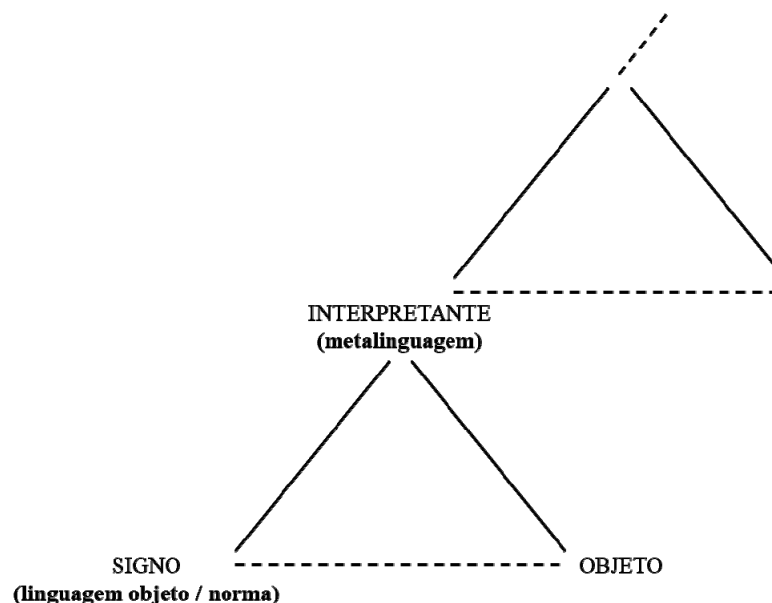
Dessa forma, resta-nos agora compreender a conexão entre a decisão judicial e o processo semiótico. Pois bem, para começar, Clarice von Oertzen de Araújo³³⁹ nos explica que:

Um signo refere-se a seu objeto através de uma relação expressa por outro signo, denominado interpretante do primeiro. Esta relação manifesta entre um signo e seu objeto também reveste natureza sgnica, o que consubstancia a semiose, assim entendida a produção de novos signos. Constata-se um processo semelhante com a positivação do direito ou a incidência de normas jurídicas.

A diferença, no entanto, é que no mundo jurídico as normas não correspondem a um objeto, mas sim à conduta humana na sociedade; de forma a regulamentar as relações sociais. Dessa forma, os interpretantes gerados pelas normas jurídicas representam uma possibilidade ou potencialidade de incidência diante da conduta social praticada que coincida com a descrição de tal norma; ocorrendo o que chamamos no direito de subsunção.

Temos então a ocorrência de uma função metalinguística do interpretante de uma norma jurídica, pois as cadeias de normas geradas pelo processo da semiose e da incidência da norma são cadeias de metalinguagem, conforme a figura abaixo:

Figura 7:



Fonte: Própria autora.

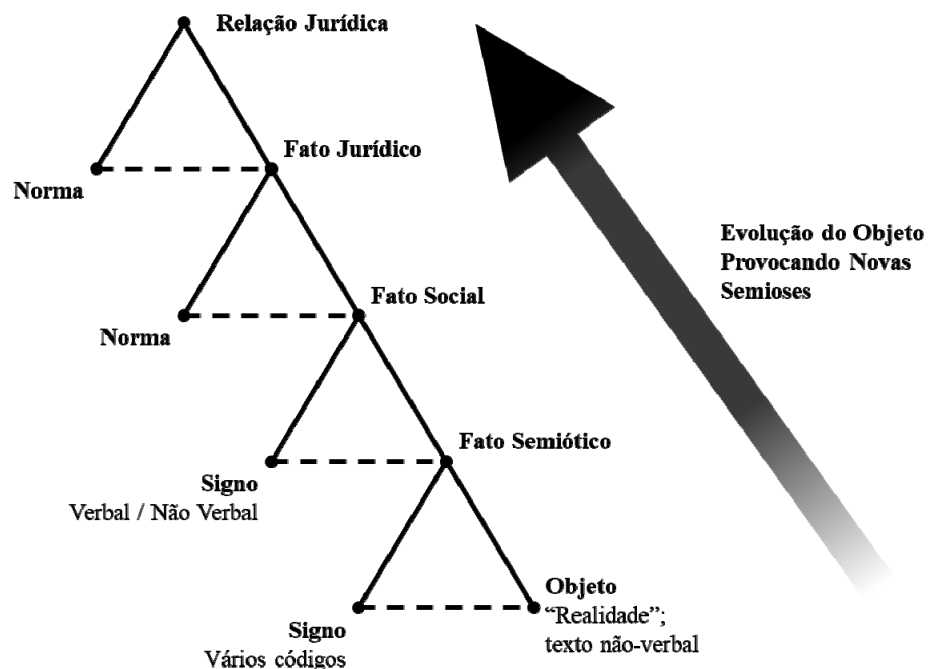
³³⁹ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 70.

Clarice von Oertzen de Araújo³⁴⁰ menciona que um outro bom exemplo de seqüências metalinguísticas é encontrado nos processos judiciais. De acordo com a autora,

assumindo o ponto de vista de uma das partes no processo – por exemplo a do autor: uma petição inicial seria a linguagem-objeto sobre a qual a sentença se constitui em metalinguagem; o recurso a esta sentença a concebe como linguagem-objeto e se apresenta como metalinguagem; o acórdão que decide o recurso o toma como linguagem-objeto e se constitui sua metalinguagem. E assim as cadeias vão se desenvolvendo numa seqüência de interpretantes (metalinguagens) até que não seja mais possível recorrer e a última decisão (irrecorrível) deva ser cumprida. A decisão irrecorrível, como ultimate opinion teria o caráter daquele interpretante concebido por Peirce como interpretante final.

Assim sendo, podemos afirmar que da mesma maneira que um signo se auto reproduz por meio da semiose, o Direito também se auto reproduz por meio desses processos e assim, o fato semiótico se transforma em fato social que se transforma em fato jurídico que, por fim, se transforma em relação jurídica; conforme mostra a figura a seguir:

Figura 8:



Fonte: ARAÚJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 127.

³⁴⁰ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 72.

Essa sequência semiótica demonstra como a chamada linguagem social faz a primeira representação de um evento da realidade, constituindo um fato semiótico e assim por diante, até chegar a uma relação jurídica; demonstrando como o Direito se desenvolve nesse processo semiótico.

Também podemos afirmar que a interpretação das próprias normas jurídicas é uma semiose, no entanto, não seria ilimitada, em virtude da finalidade do Direito de regulamentar as relações humanas de forma a lhe garantir certa segurança jurídica e previsibilidade. Por outro lado, o Direito como ciência se manifesta como um fenômeno semiótico ilimitado, conforme Clarice von Oertzen de Araújo³⁴¹.

Já os processos jurídicos existem justamente com o objetivo de o Direito cumprir a sua finalidade de segurança e previsibilidade, como uma forma de instrumento do Estado e com a natureza semiótica de um interpretante lógico. Isso porque,

toda vez que houver a intenção ou interesse na incidência normativa – fenômeno que envolve necessariamente a interpretação, as semioses jurídicas produzirão novas camadas de linguagem normativa, em cadeias que são metalinguísticas, numa sequência de interpretantes lógicos. Estes interpretantes funcionam como uma forma: são as normas introdutoras de outras normas jurídicas de direito material. As normas introdutoras, em sua condição de interpretantes lógicos, atuam como canais introdutores de outras normas jurídicas materiais na ordem jurídica positiva. [...] ³⁴²

É assim que os processos judiciais são capazes de perseguir os valores do Direito e da sociedade, bem como a estabilidade das relações intersubjetivas; servindo à finalidade do processo e isso ocorre quando se chega à decisão judicial, seja ela irrecorrível ou não.

Vejamos então como ocorre o processo semiótico até se originar a decisão judicial. Para iniciar qualquer processo temos a petição inicial, é ela quem irá provocar o Poder Judiciário a fim de que seja dada uma solução para determinado conflito ou problema de ordem jurídica e é por meio dela que o autor da ação irá expor todos os acontecimentos que ensejaram o fato ou evento jurídico, argumentar de forma a demonstrar os seus direitos de acordo com a legislação e realizar o seu pedido.

Dessa forma, podemos enquadrar a petição inicial como um signo, o qual irá retratar o seu objeto, que no caso será a realidade exposta nos fatos e os direitos almejados diante do ocorrido, buscando um interpretante futuro – que será a decisão judicial.

³⁴¹ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 130.

³⁴²Id. Ibid., p. 131.

De acordo com Clarice von Oertzen de Araújo³⁴³ podemos atribuir à petição inicial o caráter abduativo, ou seja, ela se enquadra como um argumento originário, apresentando os fatos em suas premissas.

Lauro Frederico Barbosa da Silveira³⁴⁴ ensina que abdução é o nome recebido pelo raciocínio hipotético, o qual também apresenta como sinônimos “hipótese”, “presunção”, “retrodução”, o próprio já citado “argumento originário”, entre outros; fato é, que a abdução, independente de como chamada, se trata de uma forma de argumento.

A hipótese é uma proposição condicional, uma vez que será colocada a prova posteriormente; cabendo a experiência “levar a hipótese a teste quanto à sua capacidade de explicar o fenômeno observado”³⁴⁵.

Para Peirce³⁴⁶,

uma Abdução é um método de formar uma predição geral sem nenhuma certeza de que ela se verificará, seja num caso especial ou normalmente, sendo sua justificativa a de que é a única esperança possível de regular racionalmente nossa conduta futura, e que a Indução a partir de experiência passadas nos encoraja fortemente a esperar que ela seja bem sucedida no futuro.

Dessa forma, o conhecimento anterior sobre algum fato, ainda que carregue consigo algum preconceito, não pode ser evitado na formulação de uma hipótese. As convicções anteriores daquele que formula a hipótese, sendo fatos verdadeiros ou não, são resultado de hipóteses anteriores corroborados pela experiência; por meio do critério da semelhança; conforme Peirce³⁴⁷.

Visto isso, podemos agora afirmar que é o juiz quem analisará o argumento originário ou hipótese contido na petição inicial, no entanto, sabemos que antes que a sentença ou decisão judicial possa ser por ele prolatada, deve ocorrer todo o procedimento do devido processo legal, em especial, a citação e a manifestação da parte contrária, pois somente com ela a relação processual será formada. Diante disso, a partir da petição inicial ocorrerá uma semiose, que embora tenha como interesse gerar uma decisão judicial como interpretante, acabará gerando outro signo, a própria contestação, por exemplo, e assim a cadeia de semioses seguirá até que esteja formado todo o processo.

³⁴³ARAÚJO, Clarice von Oertzen. op. cit., p. 133.

³⁴⁴SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa. **Curso de semiótica geral**, cit., p. 142.

³⁴⁵Id. Ibid., p. 145.

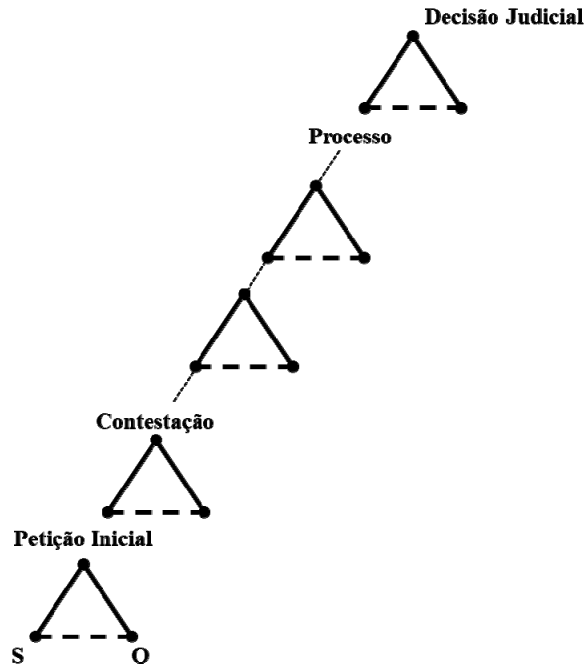
³⁴⁶CP, 2.270.

³⁴⁷CP, 7.218-222.

Apenas com o processo judicial completo é que poderá se obter a decisão judicial, ou seja, o interpretante esperado desde o início do processo. Dessa forma, enquadramos a decisão judicial como uma grande semiose; ou melhor, como a semiose final originada pela cadeia de semioses que formaram o processo.

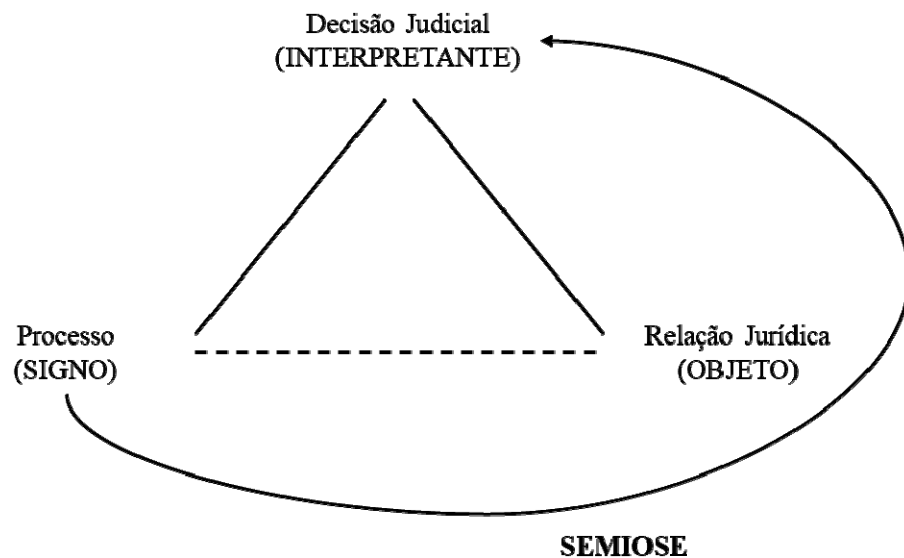
Para ilustrar melhor, seguem abaixo as figuras.

Figura 9:



Fonte: Própria autora.

Figura 10:



Fonte: Própria autora.

Posto isso, a decisão judicial é o interpretante final de uma cadeia metalinguística de desenvolvimento de um processo; ou seja, o processo de tomada de decisão é um processo semiótico. Se essa decisão for recorrida, haverá ainda a continuação dessa cadeia de semioses até se chegar ao interpretante final; o qual, de acordo com a teoria peirceana tem a finalidade determinada por um interesse prático ou concreto, tendo a natureza de um interpretante lógico.

No próximo e último capítulo tentaremos demonstrar o processo de tomada de decisão como um processo semiótico de forma prática, demonstrando como ele ocorre na mente de um juiz. Para isso escolheremos uma decisão e a analisaremos devidamente.

4. ANÁLISE DE DECISÃO JUDICIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo demonstraremos a decisão judicial como um processo semiótico, conforme estudado no capítulo anterior.

4.1 Critérios de escolha da decisão a ser analisada

Conforme afirmamos ao longo deste trabalho, apesar das decisões judiciais serem pautadas no ordenamento jurídico (normas, leis, súmulas, etc.) sempre haverá um certo subjetivismo presente em qualquer decisão; uma vez que o papel daquele que decide é realizado por um ser humano dotado de emoções, princípios, valores e experiências próprios.

A subjetividade do intérprete/juiz se revela por meio da sua argumentação dada diante da sua escolha para solucionar um conflito, da sua interpretação da lei, do seu sopesamento de valores; o que ocorre de forma mais aparente nos chamados casos difíceis, em que não há uma regra específica do ordenamento capaz de colocar fim ao problema, de modo que o magistrado necessite “invocar” o seu “bom-senso” ao decidir.

Ocorre que o “bom-senso” de um não é igual ao “bom-senso” de todos, afinal, a mente e as vivências de nenhum ser humano é igual a de outro; ainda que estes estejam seguindo os preceitos de um mesmo ordenamento jurídico. De maneira mais simples, o que estamos dizendo é o mesmo que diz aquele famoso ditado popular: “cada cabeça, uma sentença”.

É claro que essa espécie de liberdade decisória do juiz é nociva à segurança jurídica, mas para limitar os seus poderes de decisão existem a constituição e os princípios. Apesar disso, quando se fala em constituição e de princípios também se trata da interpretação e dos valores daquele que interpreta e; dessa forma, nem mesmo esses mecanismos conseguem fazer da aplicação do direito uma lógica exata. Existe muito de uma lógica racional individual e pessoal em cada decisão, apesar de tudo.

Diante disso, o critério utilizado para a escolha da decisão a ser analisada neste trabalho não foi um critério de triagem tradicional utilizado em pesquisas quantitativas

e/ou qualificativas. Optamos por escolher uma decisão específica cuja análise como processo semiótico nos demonstrasse o “poder de influência” dos elementos externos da personalidade de um juiz no processo de tomada de decisão.

Em virtude disso, o caso escolhido demonstra como a interpretação dos magistrados, de acordo com os seus próprios valores pode transformar o Direito e ser determinante, apesar da lei em contrário, para o processo de tomada de decisão.

Ou seja, nos termos da teoria semiótica aqui estudada, optamos por analisar uma decisão que deixa clara a influência do objeto dinâmico do intérprete no processo de semiose para a formação de um interpretante. Além disso, tal decisão demonstra uma mudança no eixo paradigmático do processo de combinação e seleção estudados no capítulo anterior, de modo que podemos notar os valores transformando o próprio direito material.

Posto isso, a decisão a ser descrita a seguir, foi escolhida por ter se destacado entre as decisões atuais e “inovadoras” que foram veiculadas na mídia e comentadas por juristas.

4.2 Descrição do caso prático

Trata-se a decisão escolhida de um acórdão prolatado pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Anexo), nos autos de Agravo de Instrumento de nº 2052114-52.2018.8.26.0000.

O supracitado agravo foi interposto contra a decisão que julgou parcialmente extinta a ação com o pedido de “posse compartilhada e regularização de visitas” do animal de estimação do casal, em virtude do término da união estável.

O juiz que prolatou tal decisão pertencia à Vara da Família e Sucessões e alegou que o juízo competente para decidir sobre o animal de estimação seria o da Vara Cível, uma vez que os animais são enquadrados na categoria de “coisa” pelo Código Civil Brasileiro. Diante disso, o agravante interpôs o citado agravo afirmando que o seu pedido deveria sim ser resolvido pela Vara da Família.

Em que pese a determinação do artigo 445, § 2º do Código Civil de 2002, a 7ª Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao agravo, sob o argumento de que existe uma relação afetiva entre o ser humano e o seu

animal, o que nada tem a ver com o objetivo de “circular riquezas” e que, portanto, não foi regulada pelo Código Civil.

Nesse caso, todos os desembargadores seguiram o relator, concordando que haveria uma lacuna legislativa e que o magistrado deveria decidir em conformidade com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, de acordo com o que preceitua o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Por fim, se argumenta que a disputa por um animal de estimação ao término de um relacionamento estável se assemelha ao conflito de guarda e de visitas de uma criança ou adolescente; sendo este o maior fundamento para tal decisão.

Partiremos, então, para a aplicação da teoria apresentada no capítulo anterior.

4.3 Análise da decisão judicial escolhida e aplicação da teoria ao caso concreto

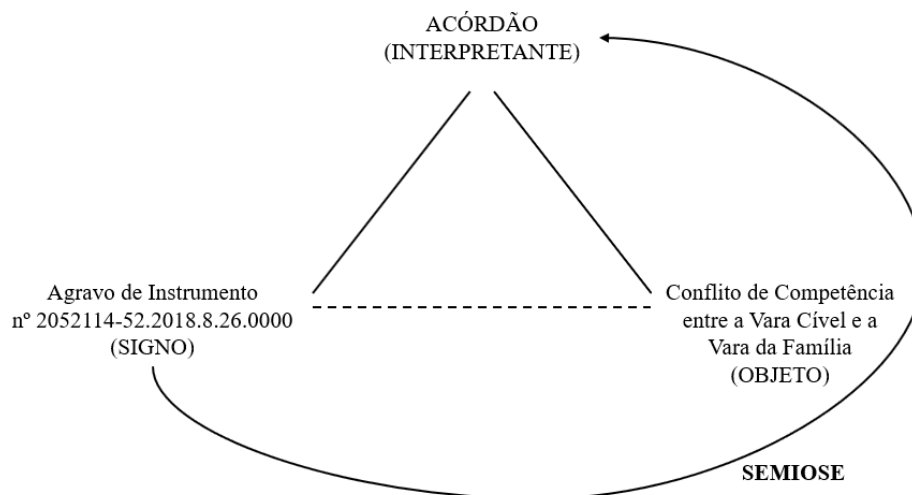
A partir de agora faremos uma análise da decisão mencionada de acordo com os parâmetros semióticos estabelecidos no capítulo anterior.

Em que pese se tratar de uma decisão colegiada, como os três desembargadores seguiram o voto do relator, consideraremos que a decisão foi tomada pelo órgão colegiado, como se este fosse uma só pessoa, para de facilitar a compreensão.

Como afirmamos no capítulo 3, a decisão judicial é um processo semiótico na medida em que ela se materializa como o interpretante resultado da semiose (Figura 10). Esse processo semiótico caracterizado pelo processo de tomada de decisão ocorre na mente do juiz competente após formado o processo por meio de uma cadeia de semioses (Figura 9); ademais, conforme demonstrado na Figura 6 ao decidir/interpretar, o magistrado sofre a influência do contexto e do repertório do seu objeto dinâmico.

Sendo assim, no caso escolhido temos a seguinte semiose:

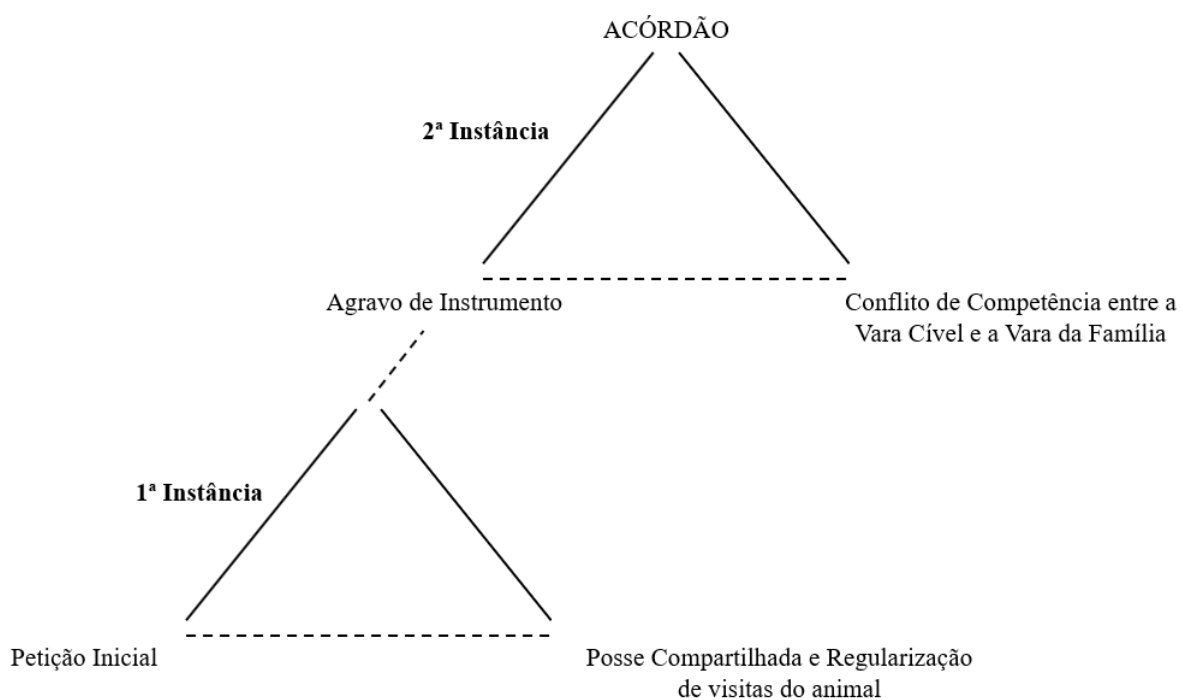
Figura 11:



Fonte: Própria autora.

Dessa forma, os autos do Agravo de Instrumento de nº 2052114-52.2018.8.26.0000 são o resultado da cadeia de semioses originada pela petição inicial da ação proposta na primeira instância. Ou seja:

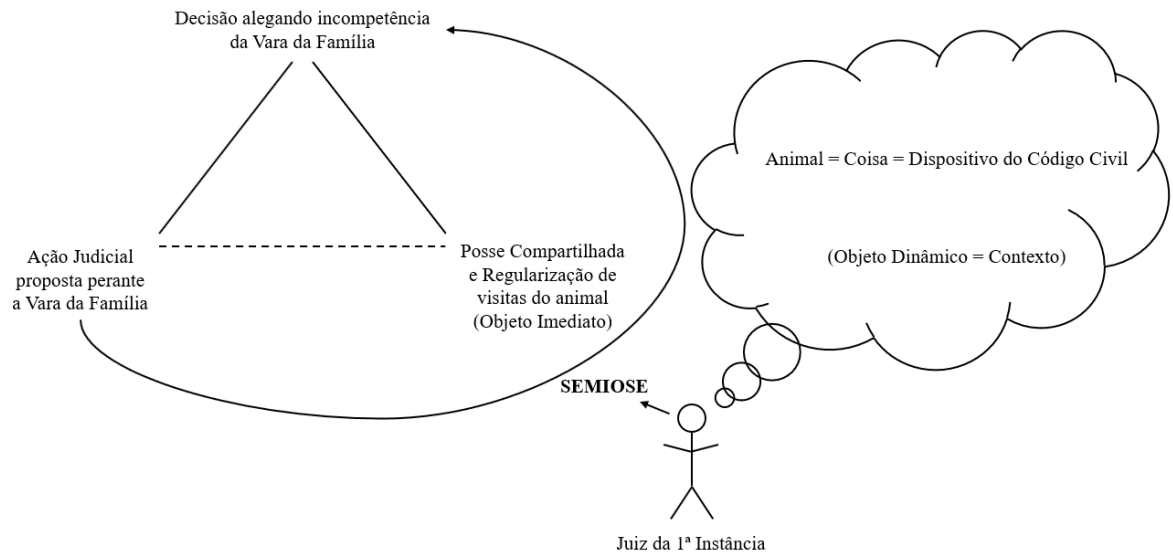
Figura 12:



Fonte: Própria autora.

Notamos que na decisão judicial que deu origem ao recurso na segunda instância o processo semiótico se deu meramente pela subsunção da norma ao fato, determinando o conflito de competência existente. Em tal decisão o objeto dinâmico influenciou na semiose de forma a garantir o cumprimento da lei, uma vez que o intérprete se ateve apenas à determinação do Código Civil, concordando com ela, conforme podemos notar na figura abaixo:

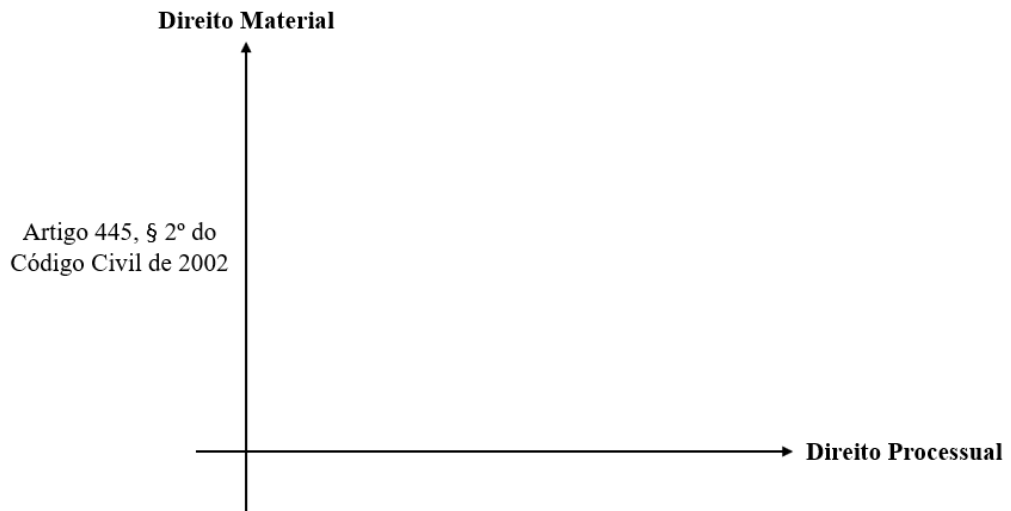
Figura 13:



Fonte: Própria autora.

Posto isso, a atividade de seleção realizada pelo juiz/intérprete no processo de tomada de decisão se deu por meio da subsunção entre o fato e a norma, conforme a figura a seguir.

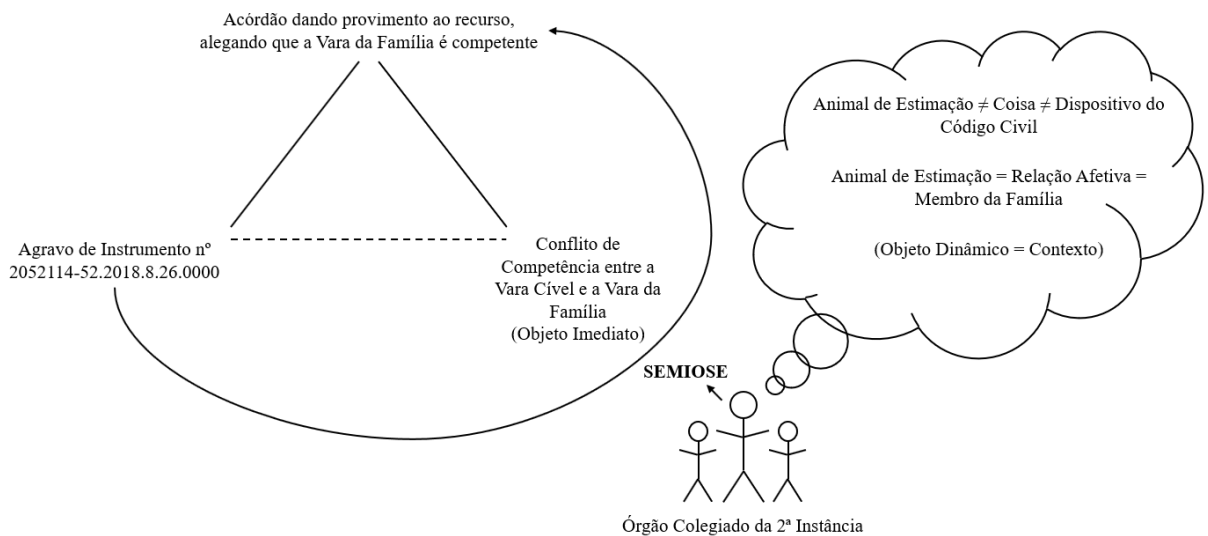
Figura 14:



Fonte: Própria autora.

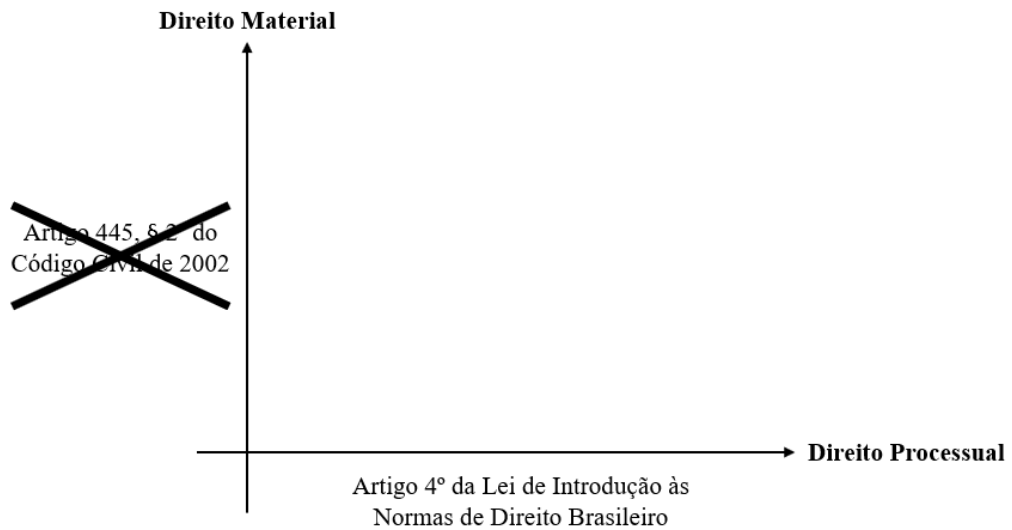
Agora, partindo ao acórdão do TJSP, encontramos algo diferente: o órgão colegiado ao realizar a semiose da decisão judicial foi influenciado pelo objeto dinâmico a ponto disso ter dado origem a uma interpretação, argumentação e decisão completamente contrárias à da primeira instância. Isso, inclusive, modificou totalmente a operação de seleção e combinação do processo decisório ou processo semiótico; conforme podemos notar nas figuras a seguir:

Figura 15:



Fonte: Própria autora.

Figura 16:



Fonte: Própria autora.

Diante dessa análise, podemos concluir então que o órgão colegiado da segunda instância é regido por valores diametralmente opostos aos valores pessoais do juiz de primeira instância e podemos afirmar isso com base na análise de cada decisão como uma semiose que sofre influências externas do objeto dinâmico. Ademais, ao analisar a figura 16, notamos que houve uma perturbação da linguagem na operação de seleção; ou mais especificamente, houve uma afasia por similaridade, diante da qual o contexto foi um fator decisivo e indispensável para a tomada de decisão, conforme explicamos no subcapítulo 3.2.

O juiz de primeira instância apenas se ateu ao dispositivo legal do Código Civil que classifica o animal – seja ele de estimação e caracterize uma relação afetiva no âmbito familiar ou não – como coisa ou objeto destinado a auferir riquezas. Enquanto que o órgão colegiado da segunda instância entendeu que a lei apresenta uma lacuna, justamente porque a lei não apresenta o animal sob o aspecto da relação afetiva e, portanto, o dispositivo do Código Civil não se aplicaria; cabendo então ao magistrado decidir por meio dos costumes, analogia e princípios gerais do direito.

Diante disso, o órgão colegiado compara a situação do animal doméstico a de uma criança ou adolescente, ou seja, ele equipara a condição do animal (coisa no Código Civil) à de um membro da família, cuja competência para solucionar os conflitos o envolvendo passam a ser da Vara da Família e Sucessões.

O que faz com que haja decisões tão díspares envolvendo um assunto regulado pelo ordenamento jurídico, ainda que sob vieses diferentes? Não podemos dizer que é a lei, pois o Código Civil é válido tanto para o juiz de primeira instância quanto para o desembargador da segunda instância; ficando claro que a diferença está justamente no objeto dinâmico daquele que decide e interpreta, ou seja, nos valores, perspectivas, emoções, experiências e visões de mundo próprios, subjetivos e individuais do magistrado competente para solucionar o conflito.

Como isso fica claro para nós? Não apenas pela demonstração da decisão judicial como um processo semiótico, uma semiose sob a qual atua o objeto dinâmico (contexto do intérprete que decide), mas também claramente pelo discurso jurídico apresentado na própria decisão; ou seja, pela argumentação e pelos fundamentos apresentados.

O que as argumentações e fundamentações dessas duas decisões opostas nos indicam? Elas nos fazem supor mais do que o que está escrito no papel. A partir da análise de tais argumentos como fruto do contexto de cada intérprete somos capazes até mesmo de supor alguns traços pessoais do magistrado.

Nesse caso não se trata de alegar que o juiz de primeira instância tem um apego maior às determinações legais do que os membros do órgão colegiado da segunda instância, acreditamos que podemos supor que a relação de cada um deles com os animais é totalmente diversa, na medida em que o juiz de primeira instância concorda com o fato da lei tratar o animal como coisa e que o órgão colegiado acredita que de acordo com o papel do animal como “membro da família” aquele texto legal não lhe é aplicável.

Vamos então à diferença crucial: os valores de cada um. Provavelmente o juiz de primeira instância nunca teve um animal de estimação, não gosta de animais ou então nunca teve uma convivência profunda com nenhum animal, fazendo com que a sua experiência lhe demonstre que o papel do animal de acordo com o Código Civil e na situação descrita no processo se enquadrem. Enquanto que os membros do órgão colegiado da segunda instância provavelmente tenham tido a experiência de possuir um animal de estimação, de conviver com ele como se membro da família fosse; ou seja, tiveram alguma relação de profundo afeto com um animal a ponto de ser inevitável para eles não tratar o animal como coisa. Podemos ir ainda mais além, a experiência pessoal dos membros do órgão colegiado faz com que eles comparem o animal de estimação a um filho.

Isso posto, resta claro para nós a equiparação do processo de tomada de decisão, ou da própria decisão judicial, ao processo semiótico da semiose; diante do qual conseguimos demonstrar o papel das influências externas, ligadas à figura do magistrado, nas suas decisões e consequentes argumentações. Ademais, ao analisarmos a Figura 16 podemos notar que o Direito Material acaba sendo transformado em decorrência dos valores pessoais do magistrado responsável pela decisão.

CONCLUSÃO

Como vimos no primeiro capítulo, é preciso que a filosofia do direito se socorra de outros recursos técnicos e científicos para auxiliá-la na análise do direito e no desenvolvimento de sua realidade social.

Por meio da nossa abordagem epistemológica – diante da qual a epistemologia jurídica é considerada a responsável por de gerar conhecimento e compreender o direito, a sua filosofia, a sua ciência e a sua teoria, de toda e qualquer forma – e do tratamento do direito como um fenômeno de linguagem unido a uma postura crítica do direito como transformador da sociedade é que chegamos às nossas conclusões finais.

Diante disso, afirmamos que o dilema da decisão judicial e da norma são a principal manifestação prática do direito; uma vez que o destaque assumido pela função judicial e decisória do direito faz parte da crescente preocupação com o raciocínio jurídico.

Assim, o debate epistemológico do direito atual é relacionado à experiência dos indivíduos que vivem numa sociedade e estão envoltos pela práxis social do seu ordenamento jurídico. Então, a epistemologia irá se ocupar em criticar os critérios objetivos dos juízos de valor e regras da lógica formal utilizados pelos dogmáticos no desenvolvimento da teoria geral do direito.

Como explicamos, questões e problemas jurídicos não podem ser simplesmente enquadrados numa fórmula estática sem ao menos se considerar as valorações racionais, ideológicas e emotivas envolvidas na análise do processo de tomada de decisão e na aplicação do direito.

Diante disso, analisamos que os juristas, como qualquer ser humano, são incapazes de realizar sua atividade de maneira satisfatória sem realizar escolhas e julgamentos de valor; ou seja, sem exercitar suas vontades e expressar suas preferências subjetivas e por isso, a dogmática jurídica deve ser repensada, devendo ser trabalhada em uma perspectiva criativa/criadora.

Portanto, acreditamos que apenas diante dessa abordagem é possível entender a estrutura cognitiva da decisão judicial no ordenamento jurídico – como um sistema que é mutável, mas que para garantir a sua integridade, realizar sua função social e gerar as transformações necessárias, deve cumprir sua função normativa sem extrapolar totalmente os seus limites legais; afinal, o direito é construído pela teoria que dele trata.

No segundo capítulo discorreremos que a atividade dos juristas é realizada por meio da interpretação e pressupõe a compreensão não só do caso, mas do sentido e da atribuição de um valor à norma que será aplicada. Por esse viés, concluímos que o objetivo do jurista não é apenas conhecer e/ou interpretar o texto normativo, mas sim confrontá-lo ao problema, determinando sua força e alcance para solucionar a questão.

O Direito trata-se de um fenômeno, uma experiência, não apenas social, mas de linguagem; e, assim sendo, o jurista não pode deixar de considerar essa realidade, essencialmente histórica, como a de qualquer outra estrutura social, ao analisar as normas. O Direito trata-se também de um discurso jurídico, o qual trata da justificação de um caso especial de proposições normativas, as decisões judiciais.

A aplicação do direito, nesse contexto, deverá se voltar tanto à lei, quanto à realidade, uma vez que os fatores sociológicos, culturais, ideológicos e até psicológicos influenciam na interpretação dos signos; pois o discurso jurídico é ideológico na medida em que pressupõe decisões.

Diante da decisão – como um ato de comunicação – temos um discurso racional de uma pessoa para outra pessoa, com intuito de que o que está sendo comunicado seja compreendido e atendido. É nesse horizonte que se dá a importância da semiótica para a transformação total da filosofia no giro pragmático-semiótico; pois a relação triádica de Peirce é essencial para a compreensão de que a interpretação de algo como algo é o resultado da interpretação de alguém, por meio dos signos.

A relação triádica peirceana possibilita não apenas a interpretação do mundo e da ciência, mas também o pensamento e a pretensão de verdade de qualquer compreensão. Os signos realizam a mediação entre o ser e a coisa, o homem e o objeto, tornando possível que o homem descreva e interprete algo que é de seu conhecimento de forma válida.

Observamos então que a Semiótica Jurídica analisa o Direito sob o ponto de vista da juridicidade, da sua produção textual; e seu papel, mais do que analisar os signos, é analisar a significação do sistema jurídico.

E assim, concluímos que o desenvolvimento de uma nova teoria do direito é resultado da aproximação da interpretação de textos constitucionais no exercício da jurisdição constitucional quando se trata dos *hard cases* ou casos difíceis, os quais necessitam da utilização de princípios por não serem satisfatoriamente resolvidos apenas com a aplicação das normas jurídicas.

Vimos no segundo capítulo que o resultado da interpretação e uso de normas legais e princípios nos ensina que o ato de sentenciar não se trata de um ato puramente racional e controlado/controlável, pois a decisão jurídica, antes de mais nada, se apresenta como um problema de juízo deliberativo do juiz.

Dessa forma, concluímos que o maior problema envolvendo o tema da decisão judicial é a subjetividade existente no processo de tomada de decisão, uma vez que este se trata de um ato humano de comunicação, sendo influenciado das mais diversas maneiras pelo seu prolator; o que coloca em jogo a racionalidade e a consequente segurança jurídica esperada diante de um discurso jurídico baseado num sistema legal.

Quando se decide, prefere-se uma situação ou solução em detrimento de outra; e essa ação de preferir, de escolher uma alternativa, é inegavelmente realizada diante de um juízo de valor. Apesar de o ato de julgar ser compreendido como uma tarefa de subsunção, estão presentes a interpretação e a compreensão do conflito existente e dessa forma, a convicção do juiz se apresenta mais como uma intuição, um sentimento, do que como um raciocínio.

Vimos que o momento de formação da convicção pelo juiz é um momento subjetivo, havendo quem acredite que a razão ou fundamento para essa convicção pessoal do julgador obedece apenas ao instinto, o sentimento e o pensamento internos; sem se submeter a uma racionalidade controlada ou controlável. Assim, racionalidade está presente não no momento em que o juiz pensou, mas sim no momento em que ele justificou suas razões para decidir; ou seja, durante a motivação.

A mente do juiz antecipa a decisão que considera justa e depois procura a norma que pode servir de fundamento para essa solução; o que corrobora a existência de aspectos extra lógicos, relacionados à subjetividade do juiz no processo decisório. Então, apesar das regras do ordenamento jurídico serem a base de toda decisão judicial, elas não são exclusivamente o embasamento de tais decisões; a personalidade daquele que decide influi, e muito, na tomada de decisão.

A consequência disso é que na aplicação do Direito não é possível existir segurança, certeza e uniformidade; uma vez que nas sociedades complexas as decisões jurídicas possuem um caráter plástico e mutável, cujo papel é se adaptar às mudanças da

sociedade. É justamente essa incerteza, de acordo com Jerome Frank³⁴⁸, que gera o progresso do Direito, que o faz se modificar e evoluir.

Concluimos assim, que o direito se aperfeiçoa não apenas por meio das regras abstratas, mas também pela ação humana; a personalidade do juiz é um aspecto importante da sentença, restando claro que a decisão não se limita a um juízo lógico, a humanidade do juiz está presente na sentença.

Diante disso, no terceiro capítulo vimos que a semiótica é uma teoria e um método capaz de explicar o processo pelo qual os valores e juízos de valor se desenvolvem e acumulam significado; tornando-se essencial para compreendermos o processo de tomada de decisão, na medida em que a observação colateral, como objeto direto, é a responsável por influenciar na formação do interpretante do signo durante o processo semiótico.

Por meio da semiose – uma associação triádica, na qual o signo representa um objeto na mente e gera uma ideia nessa mente, que é chamada de interpretante – notamos que as operações de seleção e de combinação do sujeito que está interpretando algo ou expressando uma ideia na forma de linguagem – no caso, o juiz de direito no processo de tomada da decisão judicial – são totalmente influenciadas pelo contexto.

Dessa forma, o processo cognitivo presente em toda semiose gera um hábito ou uma lei na mente do intérprete e assim, toda vez que o intérprete se depara com situações parecidas é o resultado daquelas semioses passadas que lhe virá a memória e influenciará as semioses futuras; exatamente como ocorre na mente do magistrado ao se decidir sobre um caso que lhe remeta a experiências pessoais anteriores.

Em virtude disso é que os valores acabam por agir como grandes influenciadores das decisões judiciais e por essa razão, na tentativa de fazer com que o Direito expresse o valor da justiça, toda e qualquer decisão irá positivar um valor e, conseqüentemente, revelar um juízo de preferência por meio do argumento utilizado na fundamentação da decisão.

Afirmamos então, que tanto os valores pessoais, como o contexto, incidem na interpretação de uma lei e na tomada de decisão, modificando o interpretante. É assim que ao interpretar uma norma, proferir uma sentença e argumentar em favor de sua decisão, o juiz muda o resultado da semiose e transforma o próprio Direito.

³⁴⁸FRANK, Jerome. op. cit.

Ademais, acreditamos que a ponderação de princípios realizada por aquele que decide será diretamente realizada por meio de critérios de valoração do próprio decisor; ou, em outras palavras, o sopesamento de princípios conflitantes é realizado por meio dos valores do magistrado que decide.

A decisão judicial, portanto, irá positivar um valor e revelar o juízo de preferência daquele que a proferiu, o qual se demonstra por meio do argumento utilizado; se revelando ela mesma, a decisão judicial, como um processo semiótico dentro do sistema do Direito.

É assim que os processos judiciais são capazes de perseguir os valores do Direito e da sociedade, bem como a estabilidade das relações intersubjetivas; servindo à finalidade do processo e isso ocorre quando se chega à decisão judicial, seja ela irrecorrível ou não.

Apenas com o processo judicial completo é que poderá se obter a decisão judicial, ou seja, o interpretante esperado desde o início do processo. Dessa forma, enquadramos a decisão judicial como uma grande semiose; ou melhor, como a semiose final originada pela cadeia de semioses que formaram o processo.

Assim, no terceiro capítulo concluímos que a decisão judicial é o interpretante final de uma cadeia metalinguística de desenvolvimento de um processo; ou seja, o processo de tomada de decisão é um processo semiótico.

Por fim, no quarto capítulo mostramos que a subjetividade do juiz se revela por meio da sua argumentação dada diante da sua escolha para solucionar um conflito, da sua interpretação da lei e do seu sopesamento de valores. Esse resultado foi obtido demonstrando-se a decisão judicial como um processo semiótico, o qual sofre influências do objeto direto na formação do interpretante, o que ocasiona transformações no eixo paradigmático da operação de seleção e combinação realizada pelo magistrado na tomada de decisão.

Diante da análise do processo decisório como um processo semiótico pudemos distinguir os valores pessoais que influenciaram nas decisões prolatadas pela primeira e pela segunda instâncias e como tais valores são capazes de modificar o próprio direito material.

Isso posto, podemos afirmar que a análise realizada nesta tese se destaca como uma forma eficaz de compreensão do direito, principalmente no que diz respeito à problemática da subjetividade na decisão judicial; revelando os atalhos cognitivos do magistrado durante o processo de tomada de decisão.

O processo de tomada de decisão visto como uma semiótica nos fornece a possibilidade de observar de forma mais clara os elementos não jurídicos que fazem parte de toda decisão; sendo não só possível elencá-los, mas também, de certa forma, traçar uma espécie de perfil psicológico do magistrado que decide. Isso pode ajudar a “prever”, de forma mais exata, o resultado de futuras decisões envolvendo o mesmo tema.

Ademais, diante de tal análise, é possível debater com mais exatidão sobre a existência ou não do famigerado ativismo judicial em cada decisão; uma vez que os limites entre a interpretação e a criação do direito se tornam mais evidentes em face da análise do contexto que influencia e do argumento que fundamenta o processo de tomada de decisão.

REFERÊNCIAS

ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e apresentação à edição brasileira: Cláudia Toledo 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia I**: filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **A parcialidade dos juízes**. Campinas: Edicamp, 2002.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. **Teoria semiótica do texto**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008.

BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral I**. Trad. Maria da Glória Novak e Maria Luisa Neri. 5. ed. São Paulo: Pontes, 2005.

_____. **Problemas de lingüística geral II**. Trad. Eduardo Guimarães. 2. ed. São Paulo: Pontes, 2006.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPELLA, Juan-Ramón. **El derecho como lenguaje: un análisis lógico**. Barcelona: Ariel, 1968.

CARNIO, Henrique Garbellini. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: apontamentos a partir da teoria alemã da proporcionalidade. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 15, n. 14, p. 101-112, 2011.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledao-Perrot, 1994.

COHEN, Felix. **El metodo funcional en el derecho**. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962.

COSTA, Reginaldo da. **Ética e Discurso em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. 4. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. São Paulo: Annablume, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New York: Anchor, 1948.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Estudos jurídicos: teoria do direito civil**. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; CANTARINI, Paola. **Teoria poética do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HARTSHORNE, Charles; WEISS, Paul; BURKS, Arthur (Eds.). **The collected papers of Charles Sanders Peirce**. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1935 e 1958 [8 volumes; obra aqui referida como CP, acompanhado de volume e parágrafo].

IBRI, Ivo Assad. **Kósmos Noetós: a arquitetura metafísica de Charles S. Peirce**. São Paulo: Paulus, 2015.

_____. O significado de primeiridade em Schelling, Schopenhauer e Peirce. **Cognitio: revista de filosofia**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 223-234, jul./dez. 2008.

JACKSON, Bernard S. **Legal semiotics and the sociology of law**. Oñati: The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1994.

_____. **Making sense in law: linguistic, psychological and semiotic perspectives**. Liverpool: Deborah Charles Publications, 1995.

JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. Tradução de Izidoro Blikstein. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

JASMIN, Marcelo Gantus; FERES JÚNIOR, João (Orgs.). **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: PUC-RJ; São Paulo: Loyola, 2006.

JOAQUÍN, Dualde. **Una revolución en la lógica del derecho**. Barcelona: Bosch, 1933.

KEVELSON, Roberta. **Peirce, paradox, praxis: the image, the conflict, and the law**. Berlin; New York: Mouton de Gruyter, 1990.

KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 134-146, jul. 1992. ISSN 2178-1494. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1945>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 3. Ausg. Berlin: Springer-Verlag, 1975.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MAGARIÑOS DE MORENTIN, Juan A. **El signo. Las fuentes teóricas de la semiología**: Saussure, Peirce, Morris. Buenos Aires: Hachette, 1983.

- MEDINA, José Miguel Garcia. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem a professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MERRELL, Floyd. **Peices`s Semiotics Now**. A primer. Toronto: Canadian Scholar`s Press, 1995.
- MORRIS, Charles W. **Fundamentos da Teoria dos Signos**. Tradução de Milton José Pinto. Rio de Janeiro: Eldorado; São Paulo: EDUSP, 1976.
- MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional, I**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- NALINI, José Renato. A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos. **Revista do Supremo Tribunal Federal, Lex**, p. 6-10, mar. 1997.
- _____. O juiz, o mundo exterior e a produção da justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 83, n. 705, p. 272-282, jul. 1994.
- _____. O magistrado e a comunidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, n. 67, p. 225-231, maio. 1991.
- NEVES, Antonio Castanheira. **Metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- NÖTH, Winfried. **Handbook of semiotics**. Bloomington University Press, 1990.
- _____. **Panorama da semiótica: de Platão a Peirce**. 2. ed. São Paulo: Annablume, 1998.
- _____. **A semiótica no século XX**. 2. ed. São Paulo: Annablume, 1999.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- PÊCHEUX, Michel. **O Discurso: estrutura ou acontecimento**. Tradução: Eni Puecinelli Orlandi. 6. ed. Campinas: Pontes, 2012.
- _____. **Semântica e discurso: uma crítica à formação do óbvio**. Tradução: Eni Puecinelli Orlandi. 4. ed. Campinas: UNICAMP, 2009.

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1958. v. 2.

_____. **Escritos coligidos**. Seleção e Trad. Armando Mora D'Oliveira e Sérgio Pomerangblum. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

_____. **Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

_____. **Semiótica e filosofia**. Introd., sel. e trad. O. S. da Mota, L. Hegenberg. São Paulo: Cultrix, 1972.

PIGNATARI, Décio. **Contracomunicação**. 3. ed. Cotia: Ateliê Editorial, 2004.

_____. **Semiótica e literatura**. Cotia: Ateliê Editorial, 2004.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A ética do juiz na cultura contemporânea. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 90, n. 325, p. 63-69, jan./mar. 1994.

_____. **Introdução à filosofia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

_____. Teoria do direito no século XXI: da semiótica à autopoiese. **Seqüência**: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, p. 193-222, jul. 2011. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

SANTAELLA, Lúcia. **O método anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: Ed. UNESP, 2004.

_____. **O que é semiótica?** São Paulo: Brasiliense, 2012.

_____. **Semiótica aplicada**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

_____. **Teoria geral dos signos**: semiose e autogeração. São Paulo: Ática, 1995.

SANTAELLA, Lúcia; NÖTH, Winfried. **Semiótica**. São Paulo: Experimento, 1999.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 23. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. A comunicação de um ponto de vista pragmático. **Cognitio**: revista de filosofia, n. 2, p. 203-212, 2001.

_____. **Curso de semiótica geral**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

_____. **Hermenêutica e jurisdição**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2017.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. Tradução Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

TURIN, Roti Nielba. **Aulas**: introdução ao estudo das linguagens. São Paulo: Annablume, 2007.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

_____. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**: investigações filosóficas. Trad. e pref. M. S. Lourenço. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Traductor: Marina Gascon. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

ANEXO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000202789

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2052114-52.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante [REDACTED] é agravada [REDACTED] S..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARY GRÜN (Presidente sem voto), LUIZ ANTONIO COSTA E MIGUEL BRANDI.

São Paulo, 23 de março de 2018.

José Rubens Queiroz Gomes
Relator

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 10559

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2052114-52.2018.8.26.0000

COMARCA: SÃO PAULO - 3ª VARA DA FAMÍLIA E SUCESSÕES

JUIZ(A) DE 1ª INSTÂNCIA: RICARDO CUNHA DE PAULA

AGRAVANTE: [REDACTED]

AGRAVADO: [REDACTED]

7ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de "posse compartilhada e regime de visitas" de cão de estimação do casal, por entender o MM. Juiz singular que o Juízo da Família e Sucessões não é competente, pois a questão é cível. Competência para julgar o pedido que é do juízo da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável. Recurso a que se dá provimento.

Trata-se de agravo de instrumento contra a r. decisão que extinguiu a ação, parcialmente, em relação ao pedido de "posse compartilhada e regime de visitas" de cão de estimação do casal, por entender o MM. Juiz singular que o Juízo da Família e Sucessões não é competente, pois a questão é cível.

Alega o agravante que se trata de questão decorrente do termino da união estável, que deve ser resolvida pelo Juízo de Família, e não pelo Juízo Cível.

Deixa-se de intimar a agravada, pois esta ainda não participa do feito.

É a síntese do necessário.

O recuso comporta provimento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sobre o tema, já foi decidido por este Tribunal:

"No Código Civil de 2002, os animais são tratados como objetos destinados a circular riquezas (art. 445, § 2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936).

Com isso, é possível afirmar que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo referido diploma. A propósito, tamanha é a notoriedade do referido vínculo atualmente que, com base em pesquisa recente do IBGE, é possível afirmar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros (<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-doibge-16325739>).

Diante disso, pode-se dizer que há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial.

Nesses casos, deve o juiz decidir "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.

Todavia, isso não significa que a saúde do bicho de estimação não é levada em consideração, visto que o art. 32 da Lei nº 9.605/1998 pune com pena privativa de liberdade e multa quem "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais (...) domésticos ou domesticados".

Por conseguinte, de se aplicar a analogia acima referida, estando a ação de reconhecimento e dissolução de união estável em trâmite na 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central, é deste juízo a competência para o julgamento da ação em que se discute a "posse compartilhada e visitação" do animal doméstico.

Nesse sentido:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de guarda de animal doméstico adquirido na constância de relacionamento amoroso. Competência para julgar a demanda do juízo em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Jabaquara da Comarca da Capital, ora suscitado." (Conflito de competência nº 0026423-07.2017.8.26.0000, relator Issa Ahmed, j. 04/12/2017)

Posto isto, dá-se provimento ao recurso.

JOSÉ RUBENS QUEIROZ GOMES
Relator