

SIGNIFICAÇÃO NÃO É ESCOLHA: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL, CONCEITOS ABERTOS E SEMIÓTICA¹

Guilherme Pupe da Nóbrega²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Algumas premissas teóricas que merecem revisita; 2. A assimilação da prática pela significação; 3. A semiologia do poder; 4. Significação, desconstrução e reconstrução; Conclusão; Referências.

RESUMO: Um dos principais argumentos invocados por aqueles que admitem a discricionariedade judicial é o caráter supostamente ineliminável de alguma margem de arbítrio ou de voluntarismo na tarefa de preenchimento de sentido, notadamente diante de conceitos abertos ou abstratos, como tantos existentes no direito. É de se indagar, porém: a atividade de significação é discricionária, fruto de uma escolha (livre)? Este artigo, ao responder à questão, se funda em hipótese que falseia o raciocínio, divisando na discricionariedade uma replicação e estereotipação de um discurso de poder. Com isso, o propósito do trabalho é desvelar de fato o que estaria por detrás da ideologia de que conceitos amplos autorizariam maior desenvoltura interpretativa e decisória.

PALAVRAS-CHAVE: discricionariedade judicial; significação; semiótica; semiologia.

MEANING IS NOT CHOOSING: JUDICIAL DISCRETION, OPEN CONCEPTS AND SEMIOTICS

ABSTRACT: One of the main arguments invoked by those who admit the existence of judicial discretion is the supposedly unavoidable margin of discretion or voluntarism in the task of filling in meaning, notably in the face of open or abstract concepts, like so many existing in law. It is worth asking, however: is the task of meaning discretionary? A result of a (free) choice? This article, when answering the question, is based on a hypothesis that distorts reasoning, seeing in discretion a replication and stereotyping of a discourse of power. Thus, the purpose of the work is to unveil in fact what would be behind the ideology which believes that broad concepts would allow greater interpretive and decision-making ability.

KEYWORDS: judicial discretion; meaning; semiotics; semiology.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional do Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em maio de 2020.

² Advogado, especialista em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil, *Compliance e Arbitragem*. Professor de Direito Processual Civil. Doutorando em Direito pelo IDP.

INTRODUÇÃO

Os chamados conceitos abertos, ou “indeterminados” (*sic*)³, são frequentemente invocados como válvula de escape da discricionariedade judicial, dita uma “irreduzível margem de livre apreciação do juiz”.⁴ Vendo na polissemia, na ambiguidade, na vagueza ou na porosidade⁵ distintas possibilidades válidas, não raro se atribui à operação cognitiva uma espécie de pinçamento de significados, uma tarefa volitiva, particular e livre, porque incontrolável. Eis, porém, que surge a indagação-problema: será, de fato, que a significação implica escolha? Seria a discricionariedade uma consequência inafastável na tarefa de preenchimento de sentido de conceitos jurídicos?

Minha hipótese é a de que a significação, na realidade, talvez forneça campo exatamente em favor das limitações que cercam a aplicação judicial do direito, não sendo livre exatamente porque passível de controle — endógeno e exógeno — e porque, conquanto conviva no seu nascedouro com o íntimo do intérprete, necessariamente passará pela mediação/filtragem do direito enquanto sistema.

De modo a explorar a hipótese acima, a semiótica se revelou para mim, metodologicamente, uma abordagem inevitável. Isso porque, entendendo-a, *grosso modo*, como um estudo dos sentidos, pareceu-me imprescindível nela incursionar, tanto para investigar a significação do fundamento “discricionariedade judicial” como, também, para testar aquele que seria um dos principais estopins para sua manifestação: a suposta margem de “escolha” conferida aos juízes diante de conceitos abertos, polissêmicos, abstratos, vagos ou ambíguos.

No vasto campo da semiótica, busquei, então, concentrar-me na semiótica jurídica⁶ e, mais especificamente, naquela que seria uma das etapas mais recentes⁷

³ “(...) não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada.” GRAU, 2005, p. 231-232.

⁴ Larenz, com fundamento na textura aberta de Hart. LARENZ, 1997, p. 413.

⁵ Polissemia pressupõe um termo com vários sentidos; ambiguidade pressupõe ausência de clareza sobre o elemento que se integra no conceito enunciado; vagueza pressupõe grande carga informacional, mas pouca compreensão; porosidade pressupõe o ingresso num conceito de elementos significantes de outras áreas. CORDEIRO, 1997, p. 1.177.

⁶ Embora não vá me aprofundar, não posso deixar de reconhecer a importância de determinados autores para a autonomia de uma semiótica sobre o Direito: KALINOWSKI, 1986; DUBOUCHET, 1990; GREIMAS, 1976; JACKSON, 1987.

⁷ Dignos de nota os estudos de Lourival Vilanova (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, 1977), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (*Direito, retórica e comunicação*, 1973; e *A ciência do Direito*, 1977) e Paulo de Barros Carvalho. BITTAR, 2005, p. 426-427; BITTAR, 2017 (e-book).

de seus estudos no Brasil, sob a influência decisiva⁸ de Luís Alberto Warat. Feito o recorte, e de modo a qualificar minha leitura sobre o referencial em Warat, (re)visitei suas premissas teóricas, enfocando as vertentes e as escolas manuseadas para estruturação de suas ideias.

Em suma, se o problema deste trabalho reside em saber a atividade de significação seria ou não discricionária, o caminho para buscar responder àquela pergunta fez emergir de modo muito natural uma pesquisa bibliográfica profunda em matéria semiológica/semiótica, analisando-se criticamente conceitos e conceituação. Meu objetivo, ao fim e ao cabo, é o de falsear ou confirmar a validade da discricionariedade como álibi teórico para uma aplicação mais desenvolvida do direito, analisando criticamente aquela ideia-conceito.

1. ALGUMAS PREMISSAS TEÓRICAS QUE MERECEM REVISITA⁹

A bem da clareza, devo advertir que compreendo a semiologia como ciência que se ocupa do estudo dos signos (linguísticos ou não), da construção de significado e da comunicação, no que se especializa diante da linguística em razão do fato de essa estudar a língua, a fala e a linguagem. Desse objeto amplo que nos fornece aquela disciplina, seria possível desmembrar duas vertentes teóricas de origem quase simultânea: a semiologia e a semiótica.

O primeiro principal teórico da semiologia foi Ferdinand Saussure, que, ao enunciar uma espécie de “teoria pura” da língua (WARAT, 1984. P. 20), fundou a epistemologia linguística — ainda que com contaminação positivista —, uma metalinguagem sobre linguagens, propondo um estudo universal sobre as leis de organização e de estruturação da língua e a significação dos signos em sua organização ou funcionalidade, mais que em seu sentido imanente. Uma metodologia, enfim, com pretensão de ser geral, aplicável aos sistemas sígnicos (WARAT, 1984. P. 11), dissociada para tanto do objeto-língua, “produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos.” (ILARI, 2004, p. 57) Uma metodologia

⁸ Também se revelou importante em minhas pesquisas o conceito de *juridicidade* que é foco do trabalho de BITTAR, 2017 (e-book).

⁹ Em linha com o que aduzido na introdução, a revisita às premissas teóricas de Warat são indispensáveis para que bem se compreenda a evolução na construção de sua tese.

individual, contingencial, historicamente localizada e mediada por critérios psicológicos e hermenêuticos que relativizariam a pretensão original de uma ciência de índole geral.

Apesar desse recorte que propôs, Saussure, curiosamente, não deixou de admitir haver no processo de significação um arbítrio na correspondência entre significante e significado, em razão de esse último partir de convenções sociais sem justificações, porque estabeledoras de elo sem correspondência na realidade física. O significante-referente desperta no interlocutor uma imagem acústica, uma marca psíquica, confere “uma ideia a um suporte fonético” (WARAT, 1984. P. 25), uma impressão-significado que nos dá “o testemunho de nossos sentidos” (SAUSSURE, 1989, p. 80), mas tudo isso fruto de máximas sociais internalizadas. Essa origem convencional explicaria, por exemplo, o fato de um mesmo significante poder possuir distintos significados em diferentes línguas. Lado alado com a arbitrariedade, sem prejuízo, estaria a linearidade do signo, a fazer com que ele transcenda a vontade humana para depender da língua como dado coletivo para produzir sentido (CARMELO, 2003, p. 143).

Simultaneamente, mas de forma independente da semiologia, a semiótica se desenvolve inicialmente com Charles Sanders Peirce, a quem também é creditada a raiz do pragmatismo (WARAT, 1984. P. 13). Pretendendo estudar todos os tipos de ações sígnicas — o que tornaria discutível se não seria a própria semiose seu objeto —, a semiótica universalizante de Peirce, diferentemente da concepção dualista de Saussure (significante-significado), adota uma concepção triádica (veículo sígnico ou *representamen*-interpretante-objeto).

A integração do interpretante torna a análise de Peirce de cariz mais subjetivo. Dirá ele, por exemplo, que “todo símbolo é, em sua origem, ou uma imagem da ideia significada, ou uma reminiscência de alguma ocorrência individual, pessoa ou coisa, ligada a seu significado, ou é uma metáfora.” (WARAT, 1984. P. 13) Esse contato com o subjetivo, nada obstante, não desvestiria sua teoria dos traços do positivismo lógico, representado, em sua ciência, pela pretendida definição de critérios para uma exatidão do pensamento (PEIRCE, 2005, p. 41 e 45).

A partir de signos, pensamos e recorremos à abstração para formulação de novos signos, equivalentes ou talvez mais desenvolvidos. Estímulos sensoriais-signo (*representâmen*) incitam a atividade-pensamento sobre os signos, produzindo... signos (interpretantes). Essa incursão interior — ou observação abstrativa — não se

dá sem um confronto entre impressões (ou ideias, chamadas por Peirce de fundamentos do *representâmen*) e uma inteligência científica, isto é, uma inteligência capaz de aprender com a experiência. Esse processo, segundo o autor, “no fundo se assemelha muito ao raciocínio matemático” e por meio dele “podemos chegar a conclusões sobre o que seria verdadeiro a respeito dos signos em todos os casos, conquanto que fosse científica a inteligência que deles se serviu.” (PEIRCE, 2005, p. 45)

A lógica de Pierce vai ao ponto de segmentar o processo de pensamento que revela a interpretação, cindindo-o em (i) primeiridade, domínio do sensorial, do emocional, quando se capta de modo fugaz as qualidades de algo e que precede qualquer elaboração; (ii) secundidade, domínio da realidade, quando se confronta a consciência de algo concreto; e (iii) terceiridade, que compreende o pensar, a própria racionalidade. Em resumo, impressão, constatação e reflexão. Na perspectiva do intérprete, o signo inicialmente se coloca como um potencial qualitativo, uma possibilidade de significação; na segunda etapa, se presta a uma asserção, uma proposição; e, na terceira etapa, há uma ordenação da conjunção à luz de seu contexto, do que resulta para o interpretante um argumento.

Com a terceiridade, pois, dá-se início a uma nova fase, agora de validação dos fundamentos (subramo semiótico da *grammatica speculativa* ou gramática pura) a partir da inteligência científica a seu respeito, processo esse de que resultará o significado. Os critérios para essa aferição são fornecidos pela lógica (outro subramo que consiste na “ciência formal das condições de validade da representação”), cabendo à retórica (derradeiro subramo) o estudo das leis segundo as quais na inteligência científica um signo é capaz de originar outro signo e como um pensamento acarreta outro pensamento.

A partir de Peirce, Charles Morris mais bem definiria as subdivisões da semiótica, situando a sintaxe como relação dos signos entre si, a semântica como relação do signo com seu objeto e o pragmatismo como relação do signo com o usuário (MORRIS, 1944, p. 13, 21 e 29). Com foco preponderantemente nas duas primeiras classes¹⁰, o neopositivismo lógico ganharia então proeminência. Nascido

¹⁰ Traçando um paralelo entre o neopositivismo lógico e o direito, o formalismo identificaria a linguagem jurídica com critérios sintáticos que orientariam o exame do texto legal; já o realismo norteamericano se centraria nas condições semânticas, enaltecendo as sentenças como verdadeiras normas, porque dotadas de maior correspondência com a realidade. WARAT, 1984, p. 44.

sob a influência do “primeiro” Wittgenstein e do Círculo de Viena, ele divisaria a linguagem como mecanismo de controle do conhecimento, pretensamente abandonando a metafísica para centrar-se filosoficamente em questionamentos essencialmente linguísticos, como as condições ideais de fala sobre signos, que funcionariam para obtenção de discursos científicos mais rigorosos (WARAT, 1984, p. 37 e 39). A ambição era a de um “critério de significação para os enunciados da ciência a partir de uma teoria da verdade, vendo-a não como uma propriedade de certos enunciados (proposições), mas sim como uma relação de concordância ou correspondência com algum estado de coisas existentes.” (WARAT, 1984. P. 45)

Rudolf Carnap foi um dos principais expoentes daquela corrente, propondo uma teoria da construção de toda a linguagem apoiado na premissa de que, despida a filosofia de todos os seus componentes não científicos, o que sobraria seria a lógica, que haveria de ser transferida para a linguagem por meio de uma sintaxe da linguagem científica (CARNAP, 1937, p. 7-8 e 279).

A semântica, de sua vez, em Carnap, cuidaria da relação entre os signos e os objetos e, na esteira do que bem caracterizou o positivismo da época, pressupunha a verificabilidade empírica como condição para uma proposição semanticamente verdadeira — ou uma “condição positivista de sentido.” (WARAT, 1984, p. 41)

Carnap, nessa linha, enuncia um “método para análise semântica da significação” (CARNAP, 1948, p. 202), que se prestaria a realizar um crivo entre os argumentos contidos no discurso pretensamente científico e o campo objetivo por ele, discurso, referido (TARSKI, 1968, p. 304-305). Nesse sentido, conceitos somente poderiam se prestar a dar sentido a uma proposição se suas propriedades designativas permitissem uma denotação referida a estados de coisas preexistentes (WARAT, 1984, p. 43) — inevitável o paralelismo com a discricionariedade fraca de Dworkin.

Com uma leitura enviesada pelo formalismo e pelo empirismo, os neopositivistas não tematizariam a pragmática como dimensão da linguagem, deixando de considerar o importante papel da ideologia no processo de significação (WARAT, 1984, p. 46).

Se o neopositivismo lógico tinha na linguagem comum algo sabidamente deficiente — deficiência essa contrastada e tornada evidente por um ideal de linguagem logicamente perfeita —, a Filosofia da Linguagem Ordinária, ao contrário, buscou explorar precisamente os equívocos comunicacionais resultantes da

necessária imprecisão das significações (WARAT, 1984, p. 63). A tentativa de suprimir a metafísica da linguagem, privilegiando no processo a sintaxe e a semântica, dá lugar à pretensão de se estremar da linguagem a própria filosofia e os problemas que ela própria criaria, privilegiando-se para tanto, no processo, a pragmática. O estabelecimento de critérios rígidos para uso de definições na produção de discurso científico cede espaço à elucidação dos sentidos no uso comum dos termos.

Rompe-se com um ideal de univocidade epistemológica e com o paradigma de enunciados (ou conjuntos de significantes) encarados a partir de um sistema abstrato de denotação e de harmonização dos atos comunicacionais, deslocando-se as preocupações para a linguagem natural e para os efeitos de sentido resultantes dos propósitos significativos dos emissores e dos contextos de uso dos signos (WARAT, 1984, p. 65-66).

Ganham força os elementos extralinguísticos; o estudo do enunciado dá lugar ao da enunciação e dos aspectos que cercam a produção de significação. Por essa perspectiva, a semiologia, na vertente da linguagem ordinária, passa a examinar não apenas o significado de base, mas o significado contextual à luz do jogo das evocações de significação (conotação) produto muitas vezes de ideologia, contrapondo-o, jogo, ao sistema conceitual-denotativo enunciado. Isto é, o objeto de atenção passa a ser o discurso, a pressupor um conjunto de relações extralinguísticas (WARAT, 1984, p. 82-83).

Nesse particular, as chamadas definições persuasivas desempenhariam papel importante por, a partir de cargas emotivas — *plus* de significado valorativo atribuído pelo emissor e que acompanha o sentido descritivo —, dar a aparência de constatação empírica a um valor do emissor. No direito, especificamente, essas definições persuasivas seriam reforçadas por uma estrutura que vislumbra em determinados institutos alta carga valorativa, mas com anemia significativa: os estereótipos, elementos nucleares de transmissão de conteúdos ideológicos para consolidação e aceitação de valores dominantes numa sociedade (ou termos “com eficácia comunicativa a partir da força conotativa vinculada a seu significante”) (WARAT, 1984, p. 72). Daí que, “quando o legislador introduz estereótipos nas normas gerais, está autorizando os juízes a produzirem, em suas sentenças, definições persuasivas” (WARAT, 1984, p. 71), ou justificações e legitimações travestidas de explicações.

Se a falibilidade da linguagem ordinária inadmite a ideia de uma significação de base plena, esse traço se acentua nas hipóteses de vagueza e de ambiguidade.

Quando não há limites denotativos claros, caberá à pragmática auxiliar nas decisões auxiliares que permitirão ao receptor incluir ou afastar classes ou subclasses terminológicas em uma denotação.

Eis que a retórica (res)urge como uma metalinguagem do discurso centrada nos recursos persuasivos. Em meio ao pragmatismo, diverge ela da teoria *saussuriana* para, em lugar de buscar leis gerais que guiarão linguagem específicas, buscar diretrizes particulares dos discursos, regrido assim a partir do nível do indivíduo. Ou seja, a linguagem é vista como atividade que admite convenções a partir dos sujeitos da fala, e não (ou não apenas) leis gerais aplicáveis a qualquer linguagem (WARAT, 1984, p. 85-86).

Ao debruçar-se sobre a prática, a retórica admite e busca estudar as dimensões políticas da significação, abandonando a redução do conhecimento a uma instância lógica como critério único de análise discursiva (PERELMAN, 2005, p. 1). O demonstrável e o matematizado dão lugar a uma lógica do razoável (SICHES, 1973, p. 22-23). O vazio deixado pelo reconhecimento da impossibilidade de demonstração é então ocupado pela persuasão e pelo convencimento, de cujas condições se ocupará a retórica moderna, por exemplo, por meio da construção de instância ideal de interlocução que funcionaria, no íntimo do emissor, como horizonte a ser perseguido em sua missão de convencer: o auditório universal (PERELMAN, 2005, p. 86).

Sem prejuízo da incursão na linguagem prática e de um olhar discursivo sobre as dimensões políticas da significação, até mesmo a retórica ficaria aquém de um exame mais aprofundado do papel e da influência do discurso — particularmente o discurso jurídico — no todo, seja esse todo o direito ou a sociedade. Se, modernamente, a semiologia tem avançado sobre os “processos de produção e de transformação das significações conotativas (ideológicas) no seio da comunicação social” (WARAT, 1984, p. 100), seria uma atitude reducionista seguir no caminho que enxerga a ideologia apenas pela eficácia de seus efeitos argumentativos/persuasivos.

2. A ASSIMILAÇÃO DA PRÁTICA PELA SIGNIFICAÇÃO

Chama atenção desde logo em Saussure que sua metodologia criteriosa da linguagem busca determinar as regras para a pureza de uma ciência dos signos. Ainda que de verve positivista e com pretensão de ser geral, a proposta pinça das

linguagens-objeto que analisa muitos dos princípios que busca enunciar ao formatar sua metalinguagem (WARAT, 1984, p. 11).

Se for sustentável essa identidade que estabeleço, interessa notar que a criteriologia *saussuriana* antagoniza na cognição discursiva uma ideia de escolha. Antes, a própria arbitrariedade como característica da significação defluiu de convenções que transcendem o indivíduo, ao mesmo tempo em que nele são internalizadas.¹¹ Sob um olhar do discurso jurídico, bem ao contrário de essa convencionalidade representar um relativismo, impor a impossibilidade de o intérprete atribuir qualquer sentido ao conceito, “ou seja, não é admissível juridicamente dizer, individualmente e arbitrariamente, qualquer coisa sobre o conceito” (MARRAFON, 2014). Se essa ideia de arbitrariedade “não deve fazer pensar que o significante depende da livre escolha do sujeito falante, uma vez que este não tem o poder de alterar o signo se a relação significante/significado foi aceita por um grupo linguístico” (WARAT, 1984, p. 26), por certo que a mesma ideia de escolha não deve alcançar aquele que interpreta, pelas mesmíssimas razões.

Ademais, também os aspectos sistemático e de valor na teoria de Saussure fornecem balizas importantes, estabelecendo, o primeiro, uma herança comunicacional na relação significante/significado e, o segundo, uma configuração do código de significantes. Quente, morno, frio ou gelado são termos que retiram seu valor relacional de uma oposição entre si, o que acentua na língua a significação como lugar de referência para uma ordenação dos próprios significantes (WARAT, 1984, p. 30).

Já em Peirce, se a semiótica em si revela a dificuldade de se atrelar interpretação a um processo de escolha e de preferências pessoais, por outro lado demonstra que uma estratégia discursiva pautada pelo arbítrio não oculta uma preponderância do individual sobre o convencional, desvirtuando funcionalidades de seu figurino sistêmico para convolá-las em motor de promoção de desígnios

¹¹ O ponto é alvo de crítica de Umberto Eco: “o liame entre significante e significado é arbitrário, mas na medida em que é imposto pela língua (que, veremos, é um código) o significado torna-se necessário para quem fala. Aliás, é justamente essa imposição que o código exerce sobre quem fala, que nos permite não entender necessariamente o significado como um conceito, uma imagem mental (perigosa concessão "mentalista" que valeu à semiologia saussuriana críticas de vários gêneros).” ECO, Umberto. *A obra aberta*. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 114. Em certo sentido, Eco, que aprofundaria sua teoria semiótica posteriormente, acabaria por confirmar essa visão, enxergando na semiótica uma contínua produção de sentido: “para estabelecer o significado de um significante (...) é necessário nomear o primeiro significante por meio de outro significante que pode ser interpretado por outro significante, e assim sucessivamente. Temos, destarte, um processo de semiótica ilimitada.” ECO, 2003, p. 58.

particulares. Por tudo isso é que o álbi do conceito aberto como *locus* autorizador da discricionariedade se põe na verdade como cúmplice de uma perversão linguística: a discricionariedade, sob o color de fundamento jurídico, encerra conceito não jurídico.

Me faço mais claro: os signos-interpretados não são pinçados pelo intérprete dissociados de outros signos-símbolo (signos concretizadores de ideias). Um conceito jurídico-signo não se despe de sua carga valorativo-sistêmica. Símbolos-interpretações, na medida em que surgem de símbolos-interpretados (PEIRCE, 2005, p. 73), carregam, como produto, traços de sua cadeia de produção.

De fato, a qualquer palavra pode teoricamente ser dado o significado que se queira (*Humpty Dumpty*) (OLIVEIRA, 2004; GIACOMUZZI, 2002), ou uma “interpretação” pode ignorar significantes e símbolos para surgir somente de signos exclusivamente particulares do “intérprete”. Mas isso não será atividade interpretativa e sim a manufatura de um significado diverso sem correspondência com o significante original; arbítrio egocêntrico (ou loucura). Se tendo sido determinada uma idéia interpretante numa consciência individual, essa idéia não determina “um signo subsequente, ficando aniquilada essa consciência ou perdendo toda lembrança do outro efeito significante do signo, torna-se impossível saber se alguma vez existiu uma idéia nessa consciência (...).” (PEIRCE, 2005, p. 74)

Aliás, se nos atvéssemos a uma concepção puramente voluntarista, na verdade nem sequer haveria diferença, no processo interpretativo, a falta do significante (Saussure) ou a falta do signo (Peirce). A escolha de sentido teria o efeito prático de reduzir a zero a importância daqueles elementos. Ao contrário de viabilizar conhecer-se algo, a autorreferência volitiva se restringe a um autoconhecimento, do indivíduo para consigo, o que não seria menos falacioso, porque o indivíduo não veio de lugar nenhum e recorrerá, ainda que ao pretender “escolher”, a signos mentais fruto de convenções. Em suma, e ainda com Peirce, atrelar interpretação a uma escolha seria limitar a compreensão às etapas da primeiridade e secundidade.

Passando pela Filosofia Ordinária da Linguagem, a pragmática teve o predicado de considerar, para além da sintaxe (signo-signo) e da semântica (signo-objeto), uma dimensão contextual que contemplasse o usuário (signo-usuário). O avanço foi inegável sob o prisma do discurso jurídico, haja vista a particularidade de, no direito, a operação de construção de sentido se revelar ainda mais desafiadora pelo fato de os significantes não estarem ancorados em coisas, mas em ideias (aliás, esse foi o mote do giro linguístico: perceber o discurso como constitutivo de “coisas”

sem necessariamente um representante físico). Para além disso, é um predicado da pragmática a introdução no recorte a que me propus de um ingrediente de grande relevância: o estereótipo.

Como elemento nuclear de transmissão de um conteúdo ideológico para consolidação de valores dominantes (WARAT, 1984, p. 72), chamou-me atenção refletir sobre se a própria discricionariedade judicial não revelaria um estereótipo do julgador para o julgador. Instituto dotado de alta carga valorativa, cuja significação necessariamente veiculará definição persuasiva, impregnada de ideologia, orientada pela legitimação/aceitação de que os juízes são capazes de *significar a própria tarefa de significar juridicamente*.

Explico: estereótipos são produto de “longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada” (WARAT, 1984, p. 72) Como estratégia discursiva reiterada, a discricionariedade ambicionaria vestir o figurino de dogma, veiculando, “sob a suposta aparência de uma descrição objetiva, uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica.” (WARAT, 1984, p. 71)

Dito de outro modo, nos usos persuasivos da linguagem, “o processo de conhecimento é produzido a partir de um jogo não textual, de um jogo de associações conotativas, que cria um efeito de inferência lógica, preenchendo as lacunas de uma derivação não demonstrada.” (WARAT, 1984, p. 76) A discricionariedade surgiria, pois, como tentativa de estereotipação que criaria condições discursivas para um *senso comum teórico* dos juristas no sentido de que juízes escolhem. A cada reforço não resistido desse estereótipo, cresce sua eficácia persuasiva, que recorre a um senso comum a pretexto de uma demonstração lógica. Eis o paradoxo: *estereotipada a discricionariedade, torna-se ela o senso comum no qual se subsumem os casos difíceis!*

Ainda no campo da pragmática, a ideia de vagueza se põe como relevante. Ao mesmo tempo em que se convive com a definição persuasiva que busca legitimação ao veicular uma carga valorativa aderente a um significado de base — o que por si só renega a ideia de uma escolha —, também ela, pragmática, permite divisar os conceitos abertos no direito como mecanismo de, frente à imprevisibilidade de todas as situações possíveis, inclusão/exclusão de classes de hipóteses à denotação daquele conceito. É falar a pragmática restringe e auxilia na tomada de decisões

auxiliares que permitirão filtrar, diante de vagueza, o que entra ou o que fica fora da denotação de um conceito jurídico aberto.

Avanço sobre a retórica para perscrutar a contribuição de Perelman no sentido de projetar na mente do orador uma instância de controle da sua argumentação; um espaço em que, em lugar do raciocínio analítico ou do lógico-formal, prevalecesse o raciocínio dialético ou retórico. Esta a tese fundamental de Perelman: “formular uma noção válida de justiça de caráter puramente formal” (ATIENZA, 2000, p. 45, 81 e 84), tratando igualmente os seres de uma mesma categoria, que, ao deliberarem juntamente com o orador, encarnam o auditório universal (NÓBREGA, 2014, p. 59-61).

O auditório universal, portanto, funcionaria empaticamente como um interlocutor, estabelecendo um diálogo em contraposição à filosofia contemplativa ou à pesquisa empírica — “onde não há evidência, há dúvida, e onde a dúvida predomina, a argumentação faz-se necessária.” (CAMARGO, 2003, p. 199-200) Se a ninguém é dado argumentar sozinho, essa lacuna é suprida pelo auditório, daí surgindo a legitimidade da interpretação: não da aceitação dos argumentos, mas da sua *aceitabilidade* por parte do auditório, do poder de persuasão ostentado pela justificação apresentada.

Inobstante a sofisticação do auditório universal, base de sua teoria, a retórica de Perelman, sofre questionamentos: todo orador tem sua construção particular de auditório universal. Inconscientemente, a construção que o orador faz é parcial, com a sua versão de “ser racional”. O próprio Perelman, não sem motivo, admitiria a dificuldade: “(...) a variedade de auditórios é quase infinita e (...) querendo adaptar-se a todas as suas particularidades, o orador vê-se confrontado com inumeráveis problemas.” (PERELMAN, 2005, p. 29)

De mais a mais, embora as premissas sejam o ponto de partida para a argumentação, é possível que aquelas eleitas pelo orador segundo seu ideal de auditório não sejam aceitas por seus ouvintes (PERELMAN, 2005, p. 29). Um dos problemas daí decorrentes seria a “petição de princípio”, ou o erro que o orador comete quando baseia seu raciocínio em premissas não admitidas pelo interlocutor, postulando o que se quer provar (PERELMAN, 2005, p. 127), vulnerabilidade teórica que parece encontrar terreno fértil na ideia de discricionariedade.

3. A SEMIOLOGIA DO PODER

Chegamos, finalmente, à semiologia do poder (ou política) de Warat, que renega o hermetismo do positivismo lógico e da lógica formal; que pugna pela insuficiência dos usos básicos da linguagem catalogados pela Filosofia da Linguagem Ordinária, em favor de uma quinta categoria: a função de dominação, que, a par de revelar propósitos significativos, reproduz concepções de mundo (WARAT, 1984, p. 67); e que reputa insuficiente a retórica, como parte da pragmática, por entendê-la centrada na eficácia dos argumentos ideológicos, mais que em seus processos de produção e sua transformação na sociedade.

Daí uma nova vertente semiológica, focada na significação como instrumento de controle social, identificando a legitimidade do poder como uma decorrência direta de um trabalho discursivo somente obtido quando manuseadas adequadamente as palavras (WARAT, 1984, p. 18). Uma semiologia, digo eu, que enxerga o direito, nessa dinâmica, como *contradiscorso de parametrização de um controle finalístico sobre o exercício legítimo do poder*; juridicidade enquanto “sistema de significação, a significação jurídica”, “conglomerado das práticas textuais e discursivas do Direito.” (BITTAR, 2017) Uma percepção teórica que abraça a *heteronímia significativa* para assimilar os fatores extranormativos (históricos) como codeterminantes do processo de significação jurídica, e que, ao fazê-lo, empreende a “tarefa de desconstrução dos discursos jurídicos dominantes, elaborando-se os seus contradiscursos e explicitando-se as formas e estratégias de seu poder específico.” (BITTAR, 2017)

A contribuição da semiologia política é, pois, a de que os discursos não são a chave de sua própria intelegibilidade. É possível enxergá-los a partir de um novo ponto de vista teórico, que se ocupa sobre como a linguagem se produz e se espalha sob a proteção do poder. A discricionariedade judicial, nessa esteira, mais parece com argumento ideológico que pretende se firmar como estereótipo integrante do senso comum teórico, sob o pretexto de retroalimentar e de legitimar exercício de poder ainda quando fora dos limites do direito:

A estereotipação discursiva cumpre um papel fundamental, pois sutilmente reveste as significações de uma forma canônica, as recupera para a metafísica institucional dominante, as ornamenta de verdades, as torna ahistóricas e, enfim, as rouba do sentido original de sua enunciação. Daí, a palavra ou discurso estereotipado ser um dado político. (WARAT, 1984, p. 102)

Sob um olhar a partir da Filosofia da Linguagem Ordinária, passando pela pragmática, se o discurso jurídico, porque recorre a conceitos sem demonstrabilidade

empírica, faz uso — não da lógica, mas — de entimemas fundados em verossimilhança, parte considerável dessa verossimilhança pode bem advir do senso comum teórico ou das crenças socialmente estereotipadas. Disso extraio que a discricionariedade poderia muito bem ser a tentativa de construção de um entimema¹² que se busca afirmar e reafirmar. Por meio dessa estratégia discursiva, por assim dizer, a significação discricionária faria o caminho inverso ao ideal: *em vez de ir do social para o indivíduo, transita do indivíduo para o social*:

Tendo em vista que a heterogeneidade de sistemas de referência produz uma multiplicidade de sentidos ou excedente de singularidades que estão na origem de grande parte dos conflitos sociais, compreende-se que a disputa também perpassa a linguagem. Não ocorre, porém, a disputa apenas através da linguagem, mas também pela posse daquela linguagem que está ligada ao exercício do poder. E não só pela linguagem se luta — luta-se também pelos mecanismos e procedimentos institucionais que controlam e determinam o acesso à linguagem do segmento social hegemônico e às possibilidades de usá-la. Ou seja, através da linguagem, os indivíduos e os grupos procuram fixar sentidos gerados por seus sistemas de referência e fazer com que se imponham como orientadores de condutas e procedimentos. Conseguir a adesão do(s) outro(s) significa aumentar o alcance dos efeitos de uma representação da realidade e consolidar o exercício de um poder. (VOESE, 2006, p. 25)

A cristalização do estereótipo discricionário, assim, seria capaz de pretensamente legitimar uma subjetividade jurídica sintonizada com os fins e as metas do poder. Militar como dispositivo de significação em favor de uma consolidação das condições reprodutivas do poder. Um realismo imaginário inventado, mas que se torna mais real que o real por reforço e hábito institucional (WARAT, 1984, p. 108-112).

A ser verdade que “o entimema estende o que se crê como conhecido ou opinável ao desconhecido ou ignorado, através de uma espécie de contágio” (WARAT, 1984, p. 88), a pretensão discricionária funcionaria como estratégia a produzir como conclusão algo como *se o direito admite que juízes sejam discricionários, o direito admite como jurídico o resultado dessa discricionariedade*. É aquela premissa contra a qual resisto epistemologicamente e que erige o próprio problema deste trabalho de pesquisa: pôr em dúvida se o direito admite validamente a discricionariedade judicial.

Os “discursos não somente persuadem, mas também procuram se apoderar dos corpos. O discurso, ligado à ideologia, tende a se deterritorializar do registro

¹² O antídoto da discricionariedade, porém e curiosamente, estaria no mesmo artifício que ela emprega: se a ideologia, o senso comum teórico ou as crenças socialmente dominantes repelirem a discricionariedade, ela falha como recurso e não se convola em entimema. É esse o papel do constrangimento epistemológico armado com o direito como contradiscurso: impedir que “aquilo que não é” se “torne”, passando a ser.

exclusivamente simbólico para invadir os sujeitos.” (WARAT, 1984, p. 102) A ideologia de um poder transcendental dos juízes seria corporificada no direito pela ideia de discricionariedade — e já tem logrado se espriar para a doutrina —, quando na verdade mais se identifica como estratégia de ocultação do efeito social de dominação presente no discurso jurídico emanante de agentes não legitimados democraticamente.

O direito como caráter meramente instrumental de um “exercício imperturbado do poder” (LOSANO, 2010, p. 207) produziu consequências drásticas no passado. A ideia de conceitos vagos como mecanismo adaptador de moldagem dos textos editados sob *Weimar* serviu à ideologia autoritária posterior, consistindo em eficaz instrumento do nacional socialismo alemão (STOLLEIS, 1998, p. 8; LOSANO, 2010, p. 210). Em verdade, a produção do direito sob o nazismo se deu de maneira mais profícua via decisões judiciais e administrativas que por alterações na lei. Ilustro a sombra do arbítrio a partir de uma tautologia: a discricionariedade judicial em parte repousa na premissa de que conceitos abertos admitem escolhas; a discricionariedade é um conceito aberto¹³; logo, *há escolhas sobre o que se escolhe*.

A ser assim, isto é, se conceituação/significação fosse escolha, poderíamos dizer que também o direito enquanto ciência, numa perspectiva de metalinguagem da linguagem jurídica, admitiria escolha de seus conceitos. Em última análise, romperíamos com qualquer autonomia do objeto científico, que passaria simplesmente a ser aquilo que o observador diz/escolhe que ele seja. É claro que a semiose, a exemplo de várias áreas do conhecimento, foi pouco a pouco abandonando uma pureza metodológica como condição do saber, abraçando gradativamente o relativismo do sujeito; mas isso não pode implicar um processo de *assujeitamento* do objeto.

O ideal de discricionariedade judicial revela, ainda, um total despreço pelos emissores-legislador, doutrinador ou mesmo julgador (precedentes), ao mesmo tempo em que exaspera a importância sistêmica do emissor-julgador da ocasião. A tese de escolha, ademais, colapsa e revela sua própria disfuncionalidade quando decisões judiciais, notadamente os precedentes, são rechaçados discricionariamente por julgadores. Se significar fosse/é escolher, a escolha pela inaplicação indevida de precedentes vinculantes (que também seriam escolhas) bem evidencia o caráter

¹³ “(...) o conceito de discricionariedade (poder discricionário é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.” ENGISCH, 2001, p. 214.

caótico e degenerativo por detrás do raciocínio discricionário, afinal, se produção do direito é escolha, o direito se reinventaria com pretensão autônoma a cada decisão.

Talvez a premissa de que sem intérprete não há significação (iniciada em Peirce) tenha pavimentado a leitura falaciosa e um tanto arrogante de que compete àquele, intérprete, com exclusividade, significar, o que não poderia ser mais distante da realidade. A tarefa de significação não tem no intérprete um soberano-emissor. O despertar da significação não se dá por iniciativa pura e simples do leitor; se dá, isto sim, espontaneamente, orientando ele próprio, intérprete, na atividade de conferir significado.

O que por vezes parece é que a teoria jurídica, notadamente a brasileira, se deteve numa versão particular do positivismo lógico, bebendo na fonte de um utópico cientificismo que pretenderia isolar o direito da história ou da ideologia a partir da construção de uma linguagem rigorosa que teria seus conceitos deslocados da produção social de sentidos para um sistema de conhecimentos sobre os quais o sujeito pensante detém o poder. “A busca pela vontade da lei ou do legislador acaba por ter um efeito paradoxal que em boa parte das vezes permite ao intérprete manifestar a sua vontade” (MORAIS, 2013, p. 224 e 228).

Essa ressurreição do esquema sujeito-objeto, nada obstante, ignora a complexidade que cerca o conhecimento sobre uma realidade (MORAIS, 2013, p. 229). O objeto não é capaz de considerar toda a realidade; e para o sujeito não existe somente o objeto. A linguagem não é capaz de contemplar o mundo; o intérprete vive no mundo que a linguagem não contempla. É nessa complexidade ignorada que floresce a discricionariedade como constructo para uma falaciosa tentativa de redução da complexidade, quando na verdade essa redução se dá pelo acobertamento da própria complexidade em si. Ou, quem sabe, uma tentativa de racionalização de intuições inconscientes; recurso discursivo que encerraria a justificação implicitamente reconhecendo a aparente impossibilidade de se justificar.

Ao contrário de uma enviesada concepção jurídica de mundo, nosso apego deve ser a uma concepção social-histórica do direito. “A mediação sócio-histórica do jurídico, e não a auto-suficiente mediação jurídica do social” (WARAT, 1984, p. 108). A potência criativa do direito é a sua própria história institucional, aliada ao imaginário social:

A partir do ponto de vista sócio-histórico o indivíduo interioriza a totalidade das instituições da sociedade; interioriza a onipotência de seus rituais-normas-mitos-representações captadoras, que organizam (em cada

sociedade particular) o mundo humano e não-humano para fornecer seu sentido. O projeto da autonomia é desenvolvido no confronto da captura instituída. É um projeto necessariamente social, e não simplesmente individual. Um projeto que procura a autonomia para indivíduos que não podem deixar de assimilar a heteronomia das instituições existentes. A realização desse projeto de autonomia é (...) a tarefa “impossível” da política. (WARAT, 1984, p. 114)

A leitura de um texto ocorre no interior de um processo interlocutivo. Esse processo é marcado pelos sujeitos nele envolvidos e pelas práticas históricas que foram se constituindo ao longo do tempo, no interior de cada instituição social, pois “na comunicação pelo idioma, o texto apresentará frequentemente o dito, e o ‘não dito’, mas nele inserido, capaz de ser filtrado mediante recursos idiomáticos”. (LEITE, 1985, p. 16)

4. SIGNIFICAÇÃO, DESCONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

Se a polissemia “requer do usuário (...) domínio dos recursos expressivos da língua, de um conjunto de regras conversacionais ou interativas que exigem uma enunciação em que estejam presentes a coerência, a coesão e a congruência” (VOESE, 2004, p. 152-153), o discurso jurídico, para além, demanda um domínio da história institucional da linguagem jurídica de uma determinada comunidade linguística.¹⁴ Impõe ele que “qualquer interpretação dada esteja justificada com argumentos de ordem da língua, do ato de fala, do evento cultural e do discurso, o que significa atuar com conceitos não espontâneos.” (VOESE, 2004, p. 152)

É por isso que a atividade de interpretação e de preenchimento de sentido não pode ser tachada de discricionária. Em larga medida, essa atividade nem sequer é controlável pelo próprio intérprete para possuir aptidão para ser considerada deliberada. Na sua dimensão consciente, a significação deverá obediência discursiva não ao que os signos provocam no íntimo do intérprete, mas a um confronto que transcenda essa esfera ensimesmada para alcançar a comunidade linguística e a história institucional do direito, sendo fundamentada validamente numa instância adicional que não somente o discurso geral. O sentido, sempre construído *a posteriori*

¹⁴ Em sentido similar: “são as comunidades interpretativas, mais que o texto ou o leitor, que produzem significados e que são responsáveis pela emergência de características formais. Comunidades interpretativas são formadas por aqueles que compartilham estratégias interpretativas não para a leitura, mas para a escrita de textos, para a constituição de suas propriedades. Em outras palavras, essas estratégias existem anteriormente ao ato de leitura e, portanto, determinam a forma do que é lido ao invés do contrário, como geralmente.” FISH, 1980, p. 14.

da elaboração do texto jurídico (normativo ou não normativo), “não é um sentido irrestrito, isso porque todo sentido se coaduna com formas de entendimento, com dados culturais, com certames científicos, com dados históricos e outras variantes possíveis que sincretizam os atos de cognição e de interpretação.” (BITTAR, 2017)

A interpretação judicial é naturalmente integrativo-constitutiva, mas as ferramentas de que ela se vale para construção de sentido devem ser aquelas providas pelo sistema. É dizer, os conceitos e seus textos são fragmentos que serão elucidados e juntados a outros fragmentos, em composições ajustadas ao caso. Fragmentos e juntas, sem embargo, são pertencentes ao sistema. “O texto é um *puzzle* que o intérprete desmonta e remonta movendo-se a partir das próprias questões e exigências cognoscitivas e práticas” (COSTA, 2010, p. 22); mas as peças são preexistentes ou vão sendo introduzidas a partir/pelo sistema, e não elaboradas ou inventadas pelo intérprete. Se a semiótica investiga como um sistema de signos funciona, o direito é sistema que relaciona conceitos emanantes daqueles signos e, por certo, como devem eles ser relacionados.

A metáfora da abertura epistemológica proposta por Umberto Eco admite uma tarefa infinita de significação que alia a metodologia à “matéria viva de nossa sensibilidade”. (ECO, 1991, p. 158) Mesmo aquele autor, muitas vezes apropriado como fiador teórico da tese de que a obra seria aberta e que o intérprete a recriaria, percebe o texto como um todo orgânico, cuja interpretação exige uma estratégia complexa que não ignore a comunidade de leitores e a língua como enciclopédia.¹⁵ Um texto pode ter muitos sentidos, mas não qualquer sentido.¹⁶

Conceitos, mesmo abertos, não projetam ou ampliam, senão, antes, limitam possibilidades. Esse processo de filtragem posterior, a passar por uma autocontenção e por um olhar mais amplo do texto sob uma perspectiva histórico-reconstrutiva, vai limitando ainda mais as possibilidades, até enunciar potenciais leituras válidas. Ao fim e ao cabo, ainda que o saldo resulte em mais de uma leitura válida possível, uma

¹⁵ “Quando publiquei o meu trabalho *Obra aberta*, escreve Eco, eu me perguntava como é que uma obra podia postular, de um lado, uma livre intervenção interpretativa a ser feita pelos próprios destinatários e, de outro, apresentar características estruturais que ao mesmo tempo estimulassem e regulamentassem a ordem das suas interpretações. Conforme aprendi mais tarde, sem saber eu estava então às voltas com a pragmática do texto (...) ou seja, atividade cooperativa que leva o destinatário a tirar do texto aquilo que o texto não diz (mas que pressupõe, promete, implica e implícita), a preencher espaços vazios, a conectar o que existe naquele texto com a trama da intertextualidade da qual aquele texto se origina e para qual acabará confluindo”. ECO, 1986, introdução.

¹⁶ Aquilo que é apontado por muitos como um revisionismo de Eco atinge seu ápice com ECO, 2000, p. 27, quando afirma ter a “impressão de que, no decorrer das últimas décadas, os direitos dos intérpretes foram exagerados.”

dentre elas, a partir do prisma do sistema, se revelará por alguma razão “mais válida”, devendo prevalecer.

Essa maior validade, contudo, não deflui de escolha, opção ou vontade. Decorre, isto sim, de um percurso bem mais longo que não ignora o prolator da decisão como participante ativo, mas que tampouco reduz a ele o caminho. *A admissão de que de fato há uma contaminação subjetiva do objeto não se confunde com uma apropriação subjetiva do objeto ou com a pretensão de que o objeto exista como uma extensão exclusiva do sujeito.* O caráter ineliminável do sujeito do processo de reconstrução histórico-linguística de texto-norma-conceito não se presta a funcionar como álibi para um livre e descompromissado preenchimento de sentido. O papel do julgador deve ser o de aliviar ao máximo a tensão existente entre experiência institucional e expectativa, e não o de elevá-la a patamares inassimiláveis pelo sistema.

Quando pensamos, não apenas consultamos princípios, razões, sentimentos ou preferências; antes de pensar, tudo isso é indeterminado e se realiza por meio do ato de pensar. Não há escolha depois pensamento; há decisão enquanto se vai pensando, até que o pensamento direcionado à questão a ser decidida inevitavelmente cesse. Ainda que o que “parece certo” esteja a todo tempo em vista, “o que é certo” somente surge em sua forma completa ao final — não no começo — da deliberação (MENAND, 2001, p. 352):

(...) a dimensão interpretativa do direito nos antecede e nos obriga a levarmos em conta toda a dimensão histórico-interpretativa que está por trás de cada conceito jurídico. Em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem, logo, em todo conhecimento jurídico e toda criação de decisão jurídica, já somos tomados pela dimensão linguística do direito. Não é possível cindir interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos. (ABBOUD, 2014, p. 59)

A decisão não cede à escolha sobre o que pessoalmente convém. Se de escolha se cuidasse, e se fosse ela livre, os parâmetros da decisão seriam exclusivos do sujeito, que consideraria, numa perspectiva utilitarista, o que o faz sentir-se bem, o que o agrada. Acontece que, se “sentir-se bem” fosse um critério, a embriaguez seria a experiência humana de validade suprema.¹⁷ E talvez aqui resida um dos maiores riscos da discricionariedade. Veiculando critérios pessoais sob o signo de escolhas particulares, essa postura ideológica faz o julgador “sentir-se bem” consigo

¹⁷ A metáfora É de JAMES, 1917, p. 18.

a ponto de a decisão não lhe parecer arbitrária. Ela antes soa como o resultado que estaria ele fadado a alcançar (MENAND, 2001, p. 352-353), mas tudo isso não passa de engodo epistemológico.

Insisto, não se cuida de volição — simultaneamente ao contato com o caso a decidir o tomador de decisão é tomado de assalto por uma enxurrada discursiva-histórica-sistêmica. A decisão mais se aproxima, sim, de uma operação cognitiva que, no mesmo momento em que se estabelece, se condiciona, desenvolvendo-se na sequência para garimpar, no *brainstorm* que puder suceder, o que remanesce como válido perante o sistema. Não há, repito, escolha; quando muito, mera ilusão de escolha; se escolha houvesse, não seria livre, mas um produto da interação de imperativos discursivos que consciente e/ou inconscientemente orbitam a operação cognitiva de atribuição de sentido. *E o intérprete pode ter a ilusão de ser o condutor de todo esse processo, quando não raro mais se assemelha a passageiro.* Um “texto significa o que significa, e não somente para este sujeito, mas sobretudo para este sujeito, imerso nesta situação, neste contexto, com este outro interlocutor, com esta carga de historicidade etc.” (BITTAR, 2017)

Semelhantemente à abertura epistemológica de Eco, a *entropia* a que alude Bittar — “infinitas possibilidades de combinação de um repertório sígnico” e sua conexão “com as necessidades situacionais do usuário do acervo semiótico” — torna necessário haver um código capaz de criar combinações lógicas, formais e substanciais. “Se *a priori* as combinações são infinitas, com a presença do código essa infinitude se reduz às possibilidades ofertadas pela convenção semiótica”. (BITTAR, 2017) Essa combinação, que pauta o autor, invariavelmente, compartilhada que é, ressona no leitor.

O solipsismo da filosofia da consciência, segundo o qual a construção de sentido se dá estritamente na universalidade particular do sujeito (que somente reconhece a si e suas experiências), há muito deu lugar a uma complexa comunidade linguística (RORTY, 1992) organizada sob conceitos-chave, sem os quais não poderá haver unidade política. (KOSELLECK, 2006, p. 100 e ss.) O foco, a partir do giro linguístico, passa do objeto ao sujeito; no sujeito, do seu método à sua linguagem; na linguagem, de sua condição descritiva à sua condição constitutiva.

Essa guinada, sem embargo, não representa um relativismo absoluto. A tendência desconstrucionista (NORRIS, 1982) sugeriu em algumas de suas leituras que “a arbitrariedade da interpretação é absoluta e sem remédio: o leitor, o intérprete,

reescreve o texto substituindo-se a ele; o texto e o intérprete perdem a sua relativa distinção e autonomia porque o texto interpretante engloba o texto interpretado e faz aquilo que quer dele. Não só omite a objetividade, a ‘verdade’, da operação hermenêutica, mas aparece problemática a possibilidade de um confronto entre interpretações diferentes e a argumentabilidade mesma de uma opção interpretativa, confiada em última análise a uma escolha inefável do próprio intérprete.” (COSTA, 2010, p. 24)

A perseverar essa visão, no sentido de que o texto se transforma no que o intérprete dele extrai, porém, não há razão, nem sequer, de haver texto. Seria o texto mero pretexto iniciador de processo criativo autônomo e soberano. Pior, se de soberania se cuida, deixa a interpretação de ser sindicável ou controlável, porque inexistem parâmetros fora do íntimo do criador. Não há interpretação alternativa válida senão aquela arbitrariamente adotada pelo intérprete. O caráter essencialmente relativo da significação não pode ser exacerbado para paradoxalmente conferir ao intérprete poderes absolutistas. Esse ceticismo radical tem por condão romper qualquer nexos entre intérprete e texto interpretado, o que produz como resultado a própria eliminação da atividade significativa. As possibilidades podem ser amplas, mas não são ilimitadas.

Um texto não pode ser “um piquenique em que o autor entra com as palavras e o leitor entra com o sentido.” (ECO, 2000, p. 28) Se não mais se concebe uma identificação ontológica da ciência/direito com a linguagem, não se revela menos paradoxal uma identificação do direito com sua aplicação judicial. A discricionariedade como pretensão *locus* exclusivo de significação ignora a historicidade e outras cenas de produção de significação, como a influência social na produção de sentidos. (ROCHA, 2005, p. 25) Se já não se duvida da quebra com a ontologia ou com a estabilidade/literalidade do significado; se já se admite a significação como instante situado entre um regresso infinito ao passado e um horizonte infundável de futuro, disso não decorre que a significação não deva seguir alguma sorte de percurso e concatenação histórica. É a história, pois, que media essa dialética entre os poderes do leitor e os poderes do texto. (ECO, 2000, p. 27)

Ainda fosse o caso de se assumir a postura desconstrutiva, não se poderia desconstruir apenas o texto ou seu autor; também o leitor deve ser desconstruído e posto em dúvida. Talvez, então, seja preferível uma visão mais moderada: “para a reflexão desconstrutivista, o significado não se encontra preservado no texto, nem na

redoma supostamente protetora das intenções conscientes de seu autor, tampouco nasce dos caprichos individualistas do leitor rebelde; o significado se encontra, sim, na trama das convenções que determinam, inclusive, o perfil, os desejos, as circunstâncias e o limite do próprio leitor.” ARROJO, 1992, p. 35-39)

Não se discute o papel do sujeito da interpretação de forja de sentido. Isso apenas não quer dizer “que a prática da significação está submissa à arbitrariedade. Muito antes de se poder dizer que o ato compreensivo constitui-se em mero ato arbitrário do intérprete, pode-se dizer que limites há para a significância, dentro dos quais atua o sujeito da interpretação.” (BITTAR, 2017) A profundidade subjacente ao texto, suas possibilidades de sentido, apelam a noções pragmáticas, contextuais, históricas e intersubjetivas. “O texto vive em dialética com seu meio.” (BITTAR, 2017) O texto é um “retículo cultural (...) imerso num conjunto de práticas de sentido que o constroem”, retendo em sua estrutura “um adensamento de elementos em fermentação, (...) menos um corpo de sentido único, inarticulável, e muito mais um projeto de sentido que, uma vez atingido pela prática interpretativa, sofre variações e recebe influxos advindos propriamente de todos os importes axiológicos que carrega o exegera. Porém, isso não se faz ao sabor de seu arbítrio.” (BITTAR, 2017)

Em suma, seja pela via de uma desconstrução moderada, seja por uma reconstrução da significação, o intérprete é guiado por imperativos discursivos que somente serão assimilados se observarem na sua cadeia de produção a história institucional da linguagem em que orbita a comunidade linguística, funcionando o direito, particularmente, como instância de um contradiscurso, um sistema de filtragem que inibe o arbítrio.

CONCLUSÃO

Poder-se-ia dizer que a discricionariedade, a partir do momento que passa a frequentar o imaginário judicial e o discurso prático jurídico, já seria, então, parte integrante da juridicidade. Falseio essa afirmação dizendo que a discricionariedade não pode ser assimilada pelo discurso jurídico porque faria imediatamente ruir a especialidade que o estrema do discurso geral. Está mais a discricionariedade, penso, para sobreposição de discurso moral sobre o discurso jurídico, travestido de elemento de juridicidade.

Sem prejuízo, ainda que se concebesse discricionariedade judicial como parte integrante da juridicidade mesma, “a prática judiciária, (...) em verdade, é o canal de discussão da juridicidade, não desta como entidade cristalizada, mas como algo em perene mutação” (BITTAR, 2017), de sorte que não se torna menos alvissareira a iniciativa de se buscar repeli-la ou debatê-la.

Os parâmetros teórico-cognitivos e epistemológicos fornecidos pelo ramo jurídico-científico ao qual pertenceria a competência para o estudo da norma que se quer interpretar e a própria ciência (dogmática) que estuda o fenômeno jurídico condicionam a matéria a evoluções ou a involuções, de acordo com os exercícios de sentido que produz.” (BITTAR, 2017) De posse do portfólio teórico acima, é preciso enfrentar a tentativa de uma consagração da discricionariedade como entimema ou como senso comum teórico. É preciso exibí-la como estratégia de reprodução de um discurso em favor de uma ideologia que serve a um projeto de poder; uma apropriação ideológica do direito que busca fazê-lo servir a propósitos não propriamente jurídicos.

Enfim, o argumento de que conceitos abertos forneceriam campo para uma margem aceitável de atuação voluntarista representa uma falácia epistêmica. Uma subversão de matrizes teóricas que ou bem renegam a escolha na significação ou bem não a entendem ilimitada. A discricionariedade, pois, é premissa que embasa um estratagema discursivo, deliberado ou não, que se replica visando a se firmar como dogma, mas que merece ser desvelado como o que de fato é para que seus perniciosos efeitos sobre o sistema sejam evitados ou, quando menos, não ocorram sem constrangimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial.** São Paulo: RT, 2014.

ARROJO, Rosemary. A desconstrução do logocentrismo e a origem do significado. *In:* ARROJO, Rosemary (org.). **O signo desconstruído: implicações para a tradução, a leitura e o ensino.** Campinas: Pontes Editores, 1992.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 426-427;

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (e-book).

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma contribuição ao Estudo do Direito**. 3ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARMELO, Luís. **Semiótica: uma introdução**. Mem Martins-PT: Publicações Europa-America, 2003.

CARNAP, R. **The Logical Syntax of Language**. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1937.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Trad. de Alexandre Rodrigues de Castro *et. al.* Curitiba: Juruá, 2010.

DUBOUCHET, Paul. **Sémiotique juridique: introduction à une Science du droit**. Paris: PUF, 1990

GREIMAS, Algirdas Julien. **Semiótica e ciências sociais**. Trad. De Álvaro Lorencini e Sandra Nitrine. São Paulo: Cultrix, 1976;

ECO, Umberto. **A Estrutura Ausente: Introdução à Pesquisa Semiológica**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. **A obra aberta**. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

_____. **Lector in fabula. A cooperação interpretativa nos textos narrativos**. Trad. de Atílio Cancian. São Paulo: Perspectiva, 1986.

_____. **Os limites da interpretação**. Trad. de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2001.

FISH, Stanley. **Is there a text in this class? The authority of interpretive communities**. Cambridge/London: Harvard University Press, 1980.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo, Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ILARI, Rodolfo. O estruturalismo lingüístico: alguns caminhos. In: MUSSALIN, Fernanda, BENTES, Anna Christina (orgs.). **Introdução à lingüística: fundamentos epistemológicos**. Vol. 3. São Paulo: Cortez, 2004.

JACKSON, Bernard S. **Semiotics and legal theory**. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1987.

JAMES, William. **The Varieties of Religious Experience. A Study in Human Nature. Being the Gifford Lectures on Natural Religion Delivered at Edinburgh in 1901-1902**. New York: Longmans, Green, and Co., 1917.

KALINOWSKI, G. **La sémiotique juridique. Droit prospectif, revue de recherche juridique: colloque international de sémiotique juridique**. Aix-en-Provence: Presses Universitaires de Aix-en-Provence, 11-13 mars 1986.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Cília Coelho Pereira (Madre Olívia). Gramática de texto e sintaxe semântica. In: _____; FÁVERO, Leonor Lopes; SILVEIRA, Regina Cecília Pagliuchi. (orgs.). **Sintaxe-Semântica base para gramática de texto**. São Paulo: Cortez, 1985.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 2. O Século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Jurista deve entender teoria dos signos para combater totalitarismo**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-ago-11/jurista-entender-teoria-signos-combater-totalitarismo>

MENAND, Louis. **The Methaphysical Club. A Story of Ideas in America**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

MORRIS, Charles W. **Foundations of the Theory of Signs**. In: NEURATH, Otto (ed.). **International Encyclopedia of Unified Science**. Vol. I, n. 2. Chicago: University of Chicago Press, 1944.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Jurisdição constitucional. Limites ao subjetivismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NORRIS, C. **Deconstruction. Theory and Practice**. London-New York: Methuen, 1982.

OLIVEIRA, Luciano Amaral. **Os limites semânticos de Humpty Dumpty**. Disponível em <http://periodicos.uefs.br/index.php/acordasletras/article/view/1704>

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Trad. de João Texeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005.

PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. Trad. de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

RORTY, Richard M. (ed.) **The linguistic turn. Essays in philosophical method: with two retrospective essays**. Chicago-London: Chicago University Press, 1992.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Lingüística Geral**. 15ª ed. São Paulo: Ctrix, 1989.

SICHES, Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. 2ª ed. México: Porrúa, 1973.

STOLLEIS, Michael. **The law under the Swastika. Studies on Legal History in Nazi Germany**. Chicago-London: University of Chicago Press, 1998.

TARSKI, Alfred. La concepción semântica de la verdade y los fundamentos de la semântica. BRUNGE, Mario (comp.). **Antología semántica**. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1968.

VOESE, Ingo. **Análise do discurso e o ensino de língua portuguesa**. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. **Argumentação jurídica. Teoria, técnicas, estratégias**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.