

AS INVESTIGAÇÕES FILOSÓFICAS DE WITTGENSTEIN E O DIREITO: A LINGUAGEM PÚBLICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A DEMOCRACIA EM TERRAE BRASILIS

THE PHILOSOPHICAL INVESTIGATIONS OF WITTGENSTEIN AND THE LAW: PUBLIC LANGUAGE AS A CONDITION OF POSSIBILITY FOR DEMOCRACY IN TERRAE BRASILIS

Giancarlo Montagner Copelli²

RESUMO

Este artigo pretende assentar o conceito de linguagem pública – em abordagem construída a partir das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein – como condição de possibilidade para a democracia. Para tanto, considera a necessidade de limites à atuação judicial a partir de princípios, cuja coerência vincula-se a uma linguagem de uso ordinário, de forma que as decisões, longe de discricionariedades e decisionismos, caminhem sempre para uma resposta constitucionalmente adequada – a partir da original construção de Lenio Streck acerca do tema. Tal percurso terá como exemplo a discussão do Acórdão da 7ª Câmara Cível do TJ/RS, na Apelação nº 70005798004, que discutia, no divórcio, uma partilha de bens, envolvendo o genro que matou o sogro.

Palavras Chave: Linguagem Pública, Discricionariedade, Resposta Constitucionalmente Adequada.

ABSTRACT

This paper intends to establish the concept of public language - in an approach built from the Philosophical Investigations of Wittgenstein - as a condition of possibility for democracy. To this end, it considers the need for limits to judicial action based on principles, whose coherence is linked to a language of ordinary use, so that decisions, far from discretionary and decisional, always move towards a constitutionally adequate response - from Of the original construction of Lenio Streck on the theme. This course will have as example the discussion of the Judgment of the 7th Civil Chamber of the TJ / RS, in Appeal No. 70005798004, which discussed, in the divorce, a sharing of assets, involving the son-in-law who killed his father-in-law.

Keywords: Public Language, Discretion, Constitutional Adequate Response.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

* Agradeço os comentários e críticas a este estudo de Clarissa Tassinari, doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e integrante do *Dasein* – Núcleo de Estudos Hermenêuticos do Programa de Pós-graduação em Direito da mesma universidade, coordenado pelo professor Lenio Luiz Streck.

² Doutor em Direito (Área de Concentração em Direito Público) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, mestre em Direito (Área de Concentração em Direitos Humanos) pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, especialista em Ética e Filosofia Política pela AVM Faculdades Integradas e bacharel em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Email: giancarlocopelli@yahoo.com.br

Em *Brasil: uma biografia*, Lilia Schwarcz e Heliosa Starling³ procuram, de pronto, assentar algumas características bastante típicas do Brasil e que, ao longo destes mais de quinhentos anos, têm tornado difícil a construção da cidadania em *terrae brasilis*. Uma república de valores *falhados* – grifam as autoras –, marcada desde sempre pelo *autoritarismo*, pelo *familismo*, pelo *patrimonialismo* e pelo *personalismo*⁴. Uma *república com donos*⁵ e que, talvez por isso, vem permitindo ao longo do tempo o gozo das promessas da modernidade tão-somente a *um certo tipo* de cidadãos⁶.

Assim é o Brasil *biografado* por elas. Um país definido por uma linguagem de cores sociais – em que “quem enriquece, quase sempre, embranquece”⁷ –, mas que, mesmo diante de tanta segregação, não torna o país uma *Babel* sem sentido. Ao contrário. Afinal, essa linguagem de cores se faz em um contexto de uso comum, ordinário, histórico, permitindo essa mescla – tão exótica ao olho externo – que nos caracteriza.

Não. Não se vê – aqui e nessa *mescla que nos caracteriza* – o romantismo de *Casa Grande e Senzala*⁸, mas, sim, o sentido produzido por uma cruel linguagem – do uso comum de cinco séculos – a dizer e replicar nossas diferenças. A legitimar nossos estamentos, tão bem evidenciados por Faoro⁹.

E – por diferentes que somos – dizem as autoras de *Brasil, uma biografia*, é que já fomos de tudo: “brancos, negros, mulatos, incultos, europeus, norte-americanos”¹⁰ e também – acrescenta-se aqui – *malandros e heróis*¹¹.

³ SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 11 ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1977, p. 101-106: “O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. Não existe, entre o círculo familiar e o estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição [... Mas,] No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”.

⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

⁶ É como bem observa STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, no primeiro capítulo, *A modernidade tardia no Brasil: o papel do Direito e as promessas da modernidade – da necessidade de uma crítica da razão cínica no Brasil e o binômio “estamentos-patrimonialismo”*. Embora refratário à tese do patrimonialismo, também interessante, nesse sentido, a obra de SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

⁷ SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**. *op. cit.*, p. 15.

⁸ Comungamos da ideia de SOUZA, Jessé. **A ralé**. *op. cit.*, p. 39, que vê a proposta freyreana como uma “deliciosa fantasia compensatória”, capaz de encobrir e negar conflitos de quaisquer espécies no Brasil.

⁹ E também bem lembrados por STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *op. cit.*, p. 30 e segs.: “Os estamentos, vistos a partir de *Os Donos do Poder*, mostram-nos que, em determinadas circunstâncias, o Brasil é ainda pré-moderno. Temos uma sociedade de estamentos, que ‘ficam de fora’ da classificação tradicional de classes sociais”.

¹⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**. *op. cit.*, p. 16-17.

Essas duas últimas figuras, tão conhecidas a partir da obra de DaMatta, são caras à proposta deste trabalho. Sobrepõem-se às demais, mas não por, justamente, manterem o sentido original, compreendido – afirma-se desde já – como válido.

É que, neste texto, o *malandro* não sai dos carnavais, mas dos palácios do poder. O *malandro* é, no sentido aqui empregado, o sujeito herdeiro do patrimonialismo na feliz análise de Streck; é aquele que habita o *andar de cima* e se apropria da *res publica* sem cerimônia¹². Patrimonialista, esse *malandro* busca, no infame sentido de um contexto – entoando uma verdadeira ode ao *sempre foi assim...* –, dominar a estrutura do poder e dela sugar, como um parasita, o que puder¹³. O *malandro* é, aqui, o *político*.

E o *herói*? No enredo estamental em que há *donos para o poder*¹⁴, ou seja, nesse enredo em que há lugares muito bem definidos, com *andares de cima e de baixo*, o *herói* é aquele que se propõe – não na obra de DaMatta, mas neste texto, frise-se – a quebrar essa ordem do *sempre foi assim* a partir do imponderável. Afinal, em um país desigual como o Brasil, o imaginário do senso comum – que vai pouco a pouco legitimando as diferenças – deixa tudo muito claro: diante de nossas reais condições de justiça, só o imprevisto salva. E nessa trama de essências que engessam o futuro, algo *precisa* acontecer: uma delação premiada, uma escuta ilegal... Enfim... E isso, em um país desigual e injusto como o Brasil, não é *pouca coisa*. É, afinal, a *própria* justiça. É *serviço para herói*. Sem dúvida. E o *herói* é, aqui, o *juiz*.

Esse *herói* – que existe a partir do *malandro*, portanto – ao falar muitas vezes um dialeto só seu, reinventa-se em decisionismos e discricionariedades, mergulhado no *bovarismo* que, desde *Raízes do Brasil*¹⁵, nos acompanha: diante do desencanto da realidade, é, ora juiz, ora justiceiro¹⁶ – confundindo papéis e vendo no espelho a si como o “guardião da-parte-que-falhou”¹⁷.

¹¹ DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *op. cit.*, p. 34. Lenio Streck observa, ao relembrar a edição de 14 de janeiro de 2011 do jornal *Folha de S. Paulo*, que “o imaginário patrimonialista está incrustado na administração pública, a ponto de ninguém se surpreender com o fato de a esposa de um secretário da Saúde do Distrito Federal, proprietária de uma clínica médica, receber 1,1 milhão de reais – do próprio Estado onde ele, o marido, é secretário – por serviços prestados”, por exemplo.

¹³ BOMFIM, Manoel. **A América Latina**: Males de origem. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.

¹⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. *op. cit.*

¹⁵ SCHWARCZ, Lília Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**. *op. cit.*, p. 16 – grifo nosso: “O termo tem origem na famosa personagem Madame Bovary, criada por Gustave Flaubert, e define justamente essa alteração do sentido da realidade, quando uma pessoa se considera outra que não é. [O indivíduo] se concebe sempre diferente do que é, ou aguarda que um inesperado altere a *danada* da realidade”. Em HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes**. *op. cit.*, p. 124, o bovarismo é “[...] um vício de raciocínio [...] um invencível desencanto em face das nossas condições reais”.

Isso explica a tentação do protagonismo do Judiciário em muitas circunstâncias – assim como o massivo aplauso de muitos setores da sociedade –, mas não justifica e menos ainda legitima atuar à margem do contrato, como um *Leviatã todo-poderoso*, que decide pessoal e originalmente, como se não houvesse um contexto a se abrir em coerência. Age esse herói como se fosse possível dispensar uma linguagem necessariamente pública a dar forma à democracia. Age, enfim, como se não houvesse um direito – fundamental, na esteira de Streck¹⁶ – a uma resposta adequada à Constituição Federal¹⁹.

Ocorre – e é a tese que aqui se acolhe – que democracias não são formas de governo assentadas em valores pessoais, heroísmos, discricionariedades e originalidades. Afinal, como bem ensina Bobbio, a democracia é o regime de quem se coloca sob o ponto de vista do direito, e não do poder²⁰.

Por isso, nas democracias – desde já, o *regime do direito* – a atuação judicial ocorre – ou deveria ocorrer – dentro de limites. Esses limites são indicados por princípios, que – construídos historicamente, moldados pela coerência facultada pela linguagem pública de determinada comunidade política – são condição de possibilidade para legitimar as decisões²¹. Afinal, são necessariamente saldo da intersubjetividade dessa mesma comunidade política. São, portanto, públicos, e não o produto da subjetividade, da originalidade de alguém que, *a partir de si*, decide.

De pronto, isso implica, portanto, em dizer: princípios não são valores²², mas padrões decisórios construídos historicamente. E a condição de possibilidade para tal, necessariamente, é uma linguagem pública.

¹⁶ Interessante notar que *solipsismo*, *bovarismo* e *heroísmo* parecem ‘ismos’ de um mesmo grupo, conforme se depreende da leitura de STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**. op. cit., p. 60: “[...] o sujeito *solus ipse*, que não se compreende como participante de uma comunidade política, mas se pretende o comandante de sentidos, como aquele que coloca a ordem no mundo segundo sua ilimitada vontade”.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**. op. cit., p. 34.

¹⁸ Em obras como STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, _____. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 5ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. _____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. op. cit.

¹⁹ Segundo LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, todos os poderes e, portanto, o Judiciário também, devem ter seus atos vinculados à Carta Magna.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

²¹ Daí, com acerto, pondera LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliane Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 57: “[que] a lei, sempre irreduzível ao artifício humano, só dote de sentido a ação dos homens com a condição de que eles assim o queiram, de que eles assim a apreendam, como razão de sua existência e condição de possibilidade para cada um de julgar e de ser julgado”.

²² Não são valores porque têm carga deontológica, e não teleológica. Conforme HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 258-262: “Princípios e regras não têm estrutura teleológica [...] No discurso jurídico, há argumentos normativos típicos, os quais, em caso de colisão de regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso, à luz de princípios. Dworkin também se interessa por esses princípios, uma vez que eles possuem um conteúdo deontológico reconhecível, que os subtrai da contingência de derrogações e colocações arbitrárias. Quando, por exemplo, direitos fundamentais e princípios do Estado de direito são interpretados e aprimorados, ou quando outros conteúdos morais imigram para o direito positivo, ‘obtendo assim apoio dos decretos oficiais de instituições jurídicas’, uma modificação de tais prescrições jurídicas não pode

É desse ponto em diante que a filosofia do chamado *segundo* Wittgenstein – ou seja, o Wittgenstein das *Investigações Filosóficas* – salta em importância à discussão aqui proposta. Afinal, é da obra que rompe com o *Tractatus Logico-Philosophicus* que se tem uma das mais contundentes críticas à filosofia da consciência ao projetar o sentido sempre em consideração aos contextos de uso²³. Não há, a partir das *Investigações*, isomorfismos, essências, isolamentos sintáticos. Uma linguagem coerente é, necessariamente, pública.

Assim, este estudo pretende, delimitadas essas considerações iniciais, assentar a linguagem pública – a partir das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein – como condição de possibilidade para a democracia. Para tanto, considera a necessidade de limites à atuação judicial a partir de princípios, cuja coerência vincula-se a uma linguagem de uso ordinário, de forma que as decisões, longe de discricionariedades e decisionismos, caminhem sempre para uma resposta constitucionalmente adequada.

O artigo – perseguindo esse intuito, portanto – está dividido em três partes. Na primeira, é observada, a partir do contexto da chamada *viragem linguística*, a filosofia de Wittgenstein tanto no *Tractatus* quanto nas *Investigações*, enquanto condição de possibilidade para os princípios. Em seguida, é entabulada a discussão acerca da necessidade de uma linguagem pública para evitar decisionismos e discricionariedades, considerando os princípios como dotados de conteúdo deontológico. Na terceira, observa-se o *caso do genro que matou o sogro*, dentro de um cartório de registros na cidade de Alegrete-RS, buscando relacionar este *case* com a necessidade de uma linguagem pública.

1 A LINGUAGEM PÚBLICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA SE TER ACESSO AO MUNDO

Em *Decisão judicial e o conceito de princípio*, Rafael Tomaz de Oliveira trava importante debate acerca da pergunta pelo conceito de princípio, observando as maneiras – inclusive contraditórias

tocar no seu conteúdo normativo. ‘Não faz sentido afirmar que princípios desse tipo são ‘rejeitados’ ou conservados’. É verdade que princípios não podem ser ontologizados em fatos morais; no entanto, eles têm, graças à sua força de justificação deontológica, um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso jurídico são suficientes para ir além de justificativas internas e fundamentar as próprias premissas”.

²³ Conforme STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *op. cit.*, especialmente no capítulo 9, *A viragem linguística da filosofia e o rompimento com a metafísica ou de como a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto*.

– de se empregar tal definição na cotidianidade do mundo jurídico²⁴. De pronto, estabelece esse autor que, muito embora os princípios tenham sido articulados como um fator capaz de minorar o poder discricionário do juiz – observada a discricionariedade no momento da decisão como o grande problema do positivismo jurídico²⁵ –, um conceito para tal não pôde ser, de forma rigorosa, assentado. E, diante dessa espécie de lacuna, busca o autor resposta à questão “*O que são princípios jurídicos?*” a partir de uma aproximação filosófica – paradigma da fenomenologia hermenêutica –, pretendendo, assim, clarear o que já se pôde compreender, mas ainda sem condições para ser explicado²⁶.

De igual modo, aqui não se buscará compreender, a partir de uma construção teórica objetivista, um conceito para princípio, mas, além disso, estabelecer, a partir da ideia de linguagem pública de Wittgenstein²⁷, uma *condição para princípio*. Tal se mostra particularmente relevante. Afinal...

[...] é preciso ter presente, desde já, que no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, os princípios assumem uma dimensão normativa de base. Vale dizer: não podem mais ser tidos como meros instrumentos para solucionar um problema derivado de uma lacuna na lei ou do ordenamento jurídico. Na verdade, em nosso contexto atual, os princípios constitucionais apresentam-se como construtores da normatividade que emerge da concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário. É esse o significado do profundo vínculo que existe entre decisão judicial e o conceito de princípio²⁸.

Daí a necessidade de a linguagem ser, enquanto condição de possibilidade para os princípios, pública, e não um argumento articulado em uma esfera privada de sentido. Afinal, um princípio – e

²⁴ TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

²⁵ Conforme STRECK. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 89-90: “[...] quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o ‘lugar da fala’, isto é, sobre ‘o quê’ estamos falando. Com efeito, de há muito que minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isto porque considero, no âmbito destas reflexões e em obras como *Verdade e Consenso, superado o velho positivismo exegético*. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o ‘juiz não é a boca da lei’, etc. enfim, *podemos ser poupados, nessa quadra da história, dessas ‘descobertas polvulares’*. Isto porque essa ‘descoberta’ não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores [...], os diversos axiologismos, o realismo jurídico [...], a ponderação de valores [...]. O positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo *positivismo* é entendido como sendo os *fatos* (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de ‘empirismo lógico’). Evidentemente, *fatos*, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento”.

²⁶ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: Ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

²⁷ A partir do chamado Wittgenstein II, ou seja, o das *Investigações Filosóficas*.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 10-11. Além disso, é preciso também considerar, conforme OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. *op. cit.*, p. 238, que “[...] os princípios sempre se apresentam como possibilidade latente, em todos os casos debatidos em juízo. A dignidade destes princípios, ao contrário do que possa aparentar, não consiste na sua constante lembrança, mas sim no fato deles se manterem como efetiva possibilidade. Isto é, em qualquer processo há a possibilidade de se arguir o princípio do devido processo legal. Porém, é quando isso não ocorre que o princípio foi efetivamente cumprido”.

aqui a referência é àqueles considerados constitucionais – não pode ser um enunciado próprio, cujo sentido se dá, *apenas*, na consciência do julgador, como se este pudesse, na contramão do que afirma Streck, estabelecer, nas decisões, “um grau zero de sentido”²⁹.

Buscando, portanto, vincular a linguagem pública como condição de possibilidade para os princípios constitucionais a partir da filosofia de Wittgenstein, serão analisadas – em um primeiro momento e no contexto do chamado *linguistic turn* – as influências desta *viragem* para o direito; em seguida, os chamados *primeiro* e *segundo Wittgenstein*, ou seja, o do *Tractatus Logico-philosophicus* e o das *Investigações Filosóficas*, respectivamente.

1.1 O *linguistic turn*

O *giro* – ou a *virada linguística* – corresponde a um momento da História da Filosofia ocidental, no início do século XX, em que a filosofia passa a ter, como um de seus principais focos, a relação entre a própria filosofia e a linguagem: Nas epistemologias, a crítica da razão passa a ser uma crítica do sentido (enquanto crítica da linguagem); a lógica se confronta com o problema da linguagem; a antropologia a estuda como um produto específico do ser humano, relacionando-a a visões de mundo; a ética parte da distinção entre sentenças declarativas e normativas. A linguagem se transforma – como bem ensina Manoel de Oliveira – “em interesse comum de todas as escolas e disciplinas filosóficas da atualidade”³⁰.

Assim, ainda na esteira desse autor, é possível compreender que não se trata, na verdade, de um novo campo, mas, de fato, de uma *virada* da própria filosofia, fazendo com que a linguagem passe de objeto de reflexão filosófica para uma espécie de fundamento do pensar. *As condições de possibilidade de conhecimento – que caracterizam a filosofia moderna – se transformam na pergunta pelas condições de possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas.* Assim, é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer a questão da linguagem. Não existe mundo exprimível fora da linguagem³¹.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto.** *op. cit.*, p. 27.

³⁰ OLIVEIRA, Manoel de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.** 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 11.

³¹ Nesse sentido, importante a lição de STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** *op. cit.*, p. 253, ao afirmar que “a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete)”.

A reviravolta linguística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem. No *giro*, se em um primeiro momento a *Filosofia Primeira* não é mais a pesquisa sobre a essência das coisas³², em um segundo – como o foi em Descartes –, a construção do sentido não se dá mais através de uma espécie de subjetividade isolada, como se a realidade fosse “uma elaboração de nosso próprio entendimento”³³. O *giro* põe fim a esse pano de fundo solipsista, já que a linguagem passa a ser percebida como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo.

Isso não quer dizer, entretanto, que a discussão sobre a linguagem começou no início do século XX, com a *viragem*. Afinal, a questão da linguagem sempre esteve posta, em diferentes épocas. Com Platão, como bem observa Streck³⁴, no *Crátilo*, em combate aos sofistas³⁵, a linguagem era apenas um instrumento, sendo, portanto, possível conhecer as coisas sem os nomes. Havia, assim, uma essência, e o real era atingido – tão-somente – sem a mediação da linguagem. Assim como Platão, Aristóteles, igualmente, também concebeu um papel secundário à linguagem, acreditando, de mesmo modo, que o sentido decorria necessariamente da essência das coisas³⁶.

Contudo, no século XX, com a *viragem*, a linguagem assume seu protagonismo no campo filosófico. A partir do *giro*, portanto, a linguagem passa a ser condição de possibilidade da própria filosofia. O conhecer não precede o compreender. A linguagem não é mais uma terceira coisa. É pela linguagem que o mundo se mostra enquanto mundo.

Com o *giro*, o sujeito passa a responder, portanto, a uma relação intersubjetiva, com um *a priori* compartilhado. O sujeito não é o fundamento do conhecimento, a cartesiana *medida de todas as coisas*.

³² De acordo com FATTURI, Arturo. **Teoria do Conhecimento**. Palhoça: Unisul, 2009, p. 140, a Filosofia, a partir do *linguistic turn*, visa ao “aprofundamento da compreensão de nossas práticas cognitivas que são empregadas na linguagem do dia-a-dia. Rudolf Carnap, outro influente membro do Círculo de Viena, defendia a ideia de que a Filosofia deveria investigar, reconstruir e desenvolver uma nova estrutura lógico-linguística”, sobretudo, em oposição ao idealismo especulativo de Hegel.

³³ FATTURI. **Teoria do Conhecimento**. *op. cit.*, p. 91.

³⁴ Conforme STRECK, **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, *op. cit.* p. 177: “A questão da linguagem sempre esteve posta em diferentes épocas. Pode-se colocar como primeira obra de filosofia da linguagem o escrito *Crátilo*, de Platão, do ano de 388 a.C. [...] *Crátilo* é um tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a linguagem. São contrapostas duas teses / posições sobre a semântica: o naturalismo, pelo qual cada coisa tem nome por natureza (o *logos* está na *physis*), tese defendida no diálogo por *Crátilo*; e o convencionalismo, posição sofística defendida por Hermógenes, pelo qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, é dizer, não há qualquer ligação das palavras com as coisas”.

³⁵ A verdade não era uma prioridade. Se a palavra era uma convenção, poderia, portanto, ser sempre reinventada.

³⁶ Ainda em relação ao *Crátilo*, FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Os direitos Humanos como produtos culturais. Tradução e revisão de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 81 diz que, para Platão/Sócrates, a incapacidade de nomear geraria estabilidade à realidade: “A estabilidade desta, pelo menos em seus aspectos aristocráticos, ficaria a salvo se ditos seres humanos se conformassem com a contemplação, de longe, do que já está estabelecido de uma vez por todas”.

A linguagem é a condição de possibilidade do conhecimento. A subjetividade não faz mais as coisas serem como elas são. Não há mais um sujeito isolado, mas uma comunidade que antecipa, por uma espécie de coerência compartilhada, qualquer constituição do sujeito. E o direito, por evidente, participa – ou deveria participar –, também, dessa revolução.

1.2 O primeiro Wittgenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus*)

Nome importante na *viragem* e, portanto, nessa revolução da qual, repete-se, participa – ou deveria participar – o direito, Ludwig Johann Wittgenstein tem ligadas a si duas correntes de pensamento, conforme Manfredo de Oliveira³⁷: o *empirismo lógico* do Círculo de Viena em relação à sua primeira filosofia, ou seja, a do *Tractatus*, e a *Filosofia da Linguagem Ordinária*, relacionada aos postulados das *Investigações Filosóficas*. Neste tópico, será observada a sua *primeira filosofia*, qual seja, a do *Tractatus*, obra que assume uma posição analítico-linguística por privilegiar a sentença sobre o nome à medida que deixa expresso que só a proposição tem sentido.

O *Tractatus* é considerado uma obra *diferente* da tradição, já que é escrito através de proposições em detrimento do usual texto argumentativo. A intenção fundamental é estabelecer as fronteiras do que pode e do que não pode ser dito, ou seja, do que pode ser falado e do disparate que deve ser evitado³⁸. Alerta, nesse sentido, Wittgenstein já no prefácio do *Tractatus*:

[Este livro] trata de problemas filosóficos e mostra, creio eu, que o questionar desses problemas repousa na má compreensão da lógica de nossa linguagem. Poder-se-ia apanhar todo o sentido do livro com estas palavras: em geral o que pode ser dito, o pode ser claramente, mas o que não se pode falar deve-se calar. Pretende, portanto, estabelecer um limite ao pensar, ou melhor, não ao pensar, mas à expressão do pensamento, porquanto para traçar um limite ao pensar deveríamos poder pensar ambos os lados desse limite (de sorte que deveríamos pensar o que não pode ser pensado). O limite será, pois, traçado unicamente no interior da língua; tudo o que fica além dele será simplesmente absurdo³⁹.

³⁷ OLIVEIRA. Reviravolta linguístico-pragmática. *op. cit.*

³⁸ Como bem observa o tradutor do *Tractatus*, José Arthur Giannotti, “qualquer explicação exterior ao texto penetra nos domínios do que enfim deve ser calado” *In*: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 01.

³⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 53.

Contando com sete proposições estruturais e sequências para aprofundamento ou definição⁴⁰, o *Tractatus* busca, dessa forma, abranger em uma mesma base – frágil – a totalidade dos problemas filosóficos. Por isso...

A maioria das proposições e questões escritas sobre temas filosóficos não são falsas, mas absurdas. Por isso não podemos em geral responder a questões dessa espécie, apenas estabelecer seu caráter absurdo. A maioria das questões e das proposições dos filósofos se apoiam, pois, no nosso desentendimento da lógica da linguagem. (São questões da seguinte espécie: o bem é mais ou menos idêntico do que a beleza?) Não é, pois, de admirar que os mais profundos problemas não constituam problemas⁴¹.

Assim, entende o *primeiro* Wittgenstein que os problemas da filosofia repousam, na verdade, sobre o mau entendimento da lógica da linguagem. E por isso acredita, enfim, que, resolvendo tais mal-entendidos, pode resolver as questões filosóficas na sua totalidade. Daí a conclusão de ter, com o *Tractatus*, resolvido todos os problemas da filosofia. Igualmente, por isso pouco importar resolver os problemas filosóficos, já que, para tal, bastava elaborar uma espécie de limite para o que pode e o que não pode se pensar, como deixa claro na proposição de número sete⁴².

Essa espécie de limite, por sua vez, projeta a linguagem como uma figuração da realidade, impondo ao pensamento e ao mundo – ou melhor, à relação entre ambos – um vínculo isomórfico⁴³. Com o *Tractatus*, portanto, a linguagem é o veículo para a compreensão do mundo, e “todo o saber se dá através da linguagem”⁴⁴. Daí sua importância para o neopositivismo lógico. Afinal, com ele, o neopositivismo lógico, surge “a filosofia analítica, que centra seus esforços na investigação da linguagem e tem por objetivo primordial a estruturação de uma linguagem logicamente perfeita, imune às contradições e polissemias ínsitas à linguagem natural”⁴⁵.

⁴⁰ Por exemplo, a proposição 5.155. Ou seja, a proposição número 5 e suas explicações em 155, de modo que a posterior sempre corresponde ao aprofundamento do que a anterior afirmou. Destaca-se que a proposição 7 – “*O que não se pode falar, deve-se calar*” – não tem nenhum aprofundamento.

⁴¹ WITTGENSTEIN. *Tractatus*. op. cit., prop. 4.003, p. 70.

⁴² WITTGENSTEIN. *Tractatus*. op. cit., como na prop. 7, p. 129: “O que não se pode falar, deve-se calar”, ou ainda a prop. 5.6, p. 110 - grifo do autor: “*Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo*”.

⁴³ Essa isomorfia, que projeta uma correspondência entre a proposição e o fato descrito, será abandonada por Wittgenstein nas *Investigações Filosóficas*. Como será observado a seguir, será o contexto – observado na cotidianidade – que dará sentido aos enunciados. É, portanto, nessa espécie de ruptura entre o *primeiro* e o *segundo* Wittgenstein que se desenham os contornos de uma *linguagem pública*.

⁴⁴ STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2º ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

⁴⁵ PRATA, Gabriel Magalhães Borges. *Interpretação dos conceitos empregados nas normas de competência tributária: aspectos fundamentais*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Direito, 2010, p. 20. Orientação: Professor Doutora Fabiana Del Padre Tomé.

Assim, por fazer do rigor científico o paradigma da ciência – através de uma linguagem rigorosa –, o *Tractatus* foi, para muitos, tomado como “um panfleto contra a metafísica e a fenomenologia”⁴⁶, construindo, conforme bem ensina Streck, “o mito do referente puro”⁴⁷.

1.3 O segundo Wittgenstein (*Investigações Filosóficas*)

Em que pese a importância do *Tractatus Logico-Philosophicus* para esta discussão, é nas *Investigações Filosóficas*, isto é, no chamado *segundo Wittgenstein*, que estão as ideias mais caras à questão aqui proposta, qual seja, a da impossibilidade de uma linguagem privada, desconectada da cotidianidade, dos contextos sócio-práticos, enfim, do uso comum que lhe emprega coerência.

Para chegar a essa espécie de linguagem comum a partir do uso, Wittgenstein, que havia concluído, no *Tractatus*, ter resolvido todos os problemas filosóficos, procura corrigir pontos agora considerados, por ele mesmo, falhos em sua grande obra anterior⁴⁸. Tal é bastante claro já no prefácio das *Investigações*:

Há quatro anos, porém, tive oportunidade de reler meu primeiro livro (o *Tractatus Logico-Philosophicus*) e de esclarecer seus pensamentos. De súbito, pareceu-me dever publicar juntos aqueles velhos pensamentos e os novos, pois estes apenas poderiam ser verdadeiramente compreendidos por sua oposição ao meu velho modo de pensar, tendo-o como pano de fundo. Com efeito, desde que há dezesseis anos comecei novamente a me ocupar de filosofia, tive de reconhecer os graves erros que publicara naquele primeiro livro⁴⁹.

De maneira sucinta, a mudança na filosofia de Wittgenstein – a partir do *reconhecimento de graves erros* – resume-se aos papéis da lógica e da linguagem: se no *Tractatus* a lógica seria o instrumento que permitiria revelar a essência, nas *Investigações* será uma espécie de gramática da

⁴⁶ FATTURI, Arturo. **Filosofia da Linguagem**. Palhoça: Unisul, 2011, p. 127.

⁴⁷ Diz, nesse sentido, STRECK, **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *op. cit.* p. 241 e 242 - grifo nosso: “Os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Com isso, pretendem os neopositivistas reduzir a significação ao campo referencial, construindo, dessa maneira, o *mito do referente puro*”.

⁴⁸ FAUSTINO, Sílvia. **Wittgenstein**. O eu e sua gramática. São Paulo: Ática, 1995, p. 05: “Uma das principais metas das *Investigações* consiste em denunciar e corrigir o que, segundo seu próprio autor, há de dogmático e de mitológico em sua primeira concepção de linguagem”.

⁴⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 26.

própria linguagem o instrumento para a compreensão dos problemas da filosofia⁵⁰. De outro modo, se, no *Tractatus*, havia uma essência a ser desvelada, nas *Investigações* já não há mais.

É, de fato, o que se depreende do parágrafo 116 das *Investigações Filosóficas*, quando Wittgenstein questiona:

Quando os filósofos usam uma palavra – “saber”, “ser”, “objeto”, “eu”, “proposição”, “nome” – e procuram apreender a *essência* da coisa, deve-se sempre perguntar: essa palavra é usada de fato desse modo na língua em que ela existe? – Nós reconduzimos as palavras do seu emprego metafísico para seu emprego cotidiano⁵¹.

Ou seja, pergunta Wittgenstein se raciocinar dessa forma não corresponde, por seu turno, a retirar o próprio conceito de seu uso ordinário – onde de fato podem – tais conceitos – serem dotados de significado. Para o autor das *Investigações Filosóficas*, portanto, tanto o uso quanto o significado das palavras dependem dos contextos em que estas são empregadas. O significado não se dá – não mais – por uma essência⁵².

Dessa maneira, há, nessa determinação do contexto como condição para o sentido, critérios ou, de outra forma, regras de uso⁵³, semelhantes às regras de um jogo, de forma a evitar – em uma espécie de esfera privada de sentido –, uma *interpretação atrás da outra*, indefinidamente, como uma explicação para o mundo através de causas – e não por razões.

Seguir tais regras, contudo, não significa interpretá-las, mas, na verdade, praticá-las. Afinal, como observa Fatturi, “é impossível (logicamente) seguir uma regra apenas para si ou segundo sua interpretação particular e idiossincrática”⁵⁴. Ou seja, tal se dá, necessariamente, em um contexto sócio-

⁵⁰ FATTURI, Arturo. **História da Filosofia**. *op. cit.*, p. 217 – grifo nosso: “Onde a filosofia do **TLP** [*Tractatus*] via apenas encobrimento – a linguagem ordinária –, as **IF** [*Investigações*] encontraram uma lógica de uso que não obedece à lógica matemática, ou mesmo, a uma sintaxe lógica. A maneira de funcionar da linguagem ordinária não admite o cerco da lógica, pois ela é muito mais um comportamento do que uma referência sobre objetos do mundo. Sob tal aspecto, devemos compreender o uso que fará Wittgenstein do conceito de jogo de linguagem: *um jogo de linguagem não é um conceito relativista, como se cada jogo de linguagem fosse um discurso com seu objeto e, ao mesmo tempo, como se este objeto não existisse em outros discursos*. Antes, os jogos de linguagens são ferramentas usadas para a investigação dos contornos de um conceito. Por exemplo, o conceito objetivo possui um determinado tipo de uso em diferentes jogos de linguagem, mas, em cada um deles, apenas muda os contornos de uso, e não o significado. O que conta como objetivo na História, por exemplo, poderá ser diferente na Sociologia ou na Matemática”.

⁵¹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações**. *op. cit.*, § 116, p. 66.

⁵² Questionando *o que é a essência*, OLIVEIRA. **Reviravolta linguístico-pragmática**. *op. cit.*, p. 129, pondera: “Não é isso uma invenção da filosofia do Ocidente, de tal modo que se poderia considerar o *essencialismo* um de seus erros fundamentais? A questão de por que de uma palavra pode designar vários indivíduos tinha, de fato, como pressuposto a existência da essência, que era a *base ontológica* da designação. Wittgenstein afirma simplesmente que não há essência e convida-nos a ver a realidade de modo mais acurado, a fim de que nos possamos convencer da invenção dos filósofos”.

⁵³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações**. *op. cit.*, § 81 e segs., assim como entre o § 143 e o § 185.

⁵⁴ FATTURI, Arturo. **História da Filosofia**. *op. cit.*, p. 228.

prático. Por isso, diz Wittgenstein que, “na práxis do uso da linguagem, um parceiro enuncia as palavras, o outro age de acordo com elas”⁵⁵, ou, ainda, que “representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida”⁵⁶.

O que mostram essas passagens das *Investigações*, portanto, é que os limites da linguagem não denotam os limites do mundo, como projetava o Wittgenstein do *Tractatus*⁵⁷. Afinal, não há uma linguagem *autista*, fechada em si e, ainda assim, capaz de sentido. Como bem pontua Streck, afinal...

[...] as expressões linguísticas têm sentido porque há hábitos determinados de manejar com elas, que são intersubjetivamente válidos (v.g., IF 198 e 199)⁵⁸. Usar a linguagem significará ‘interação social-simbólica’. Presente aí, como condição de possibilidade, a história e a práxis social. No jogo de linguagem, o homem age, mas não como indivíduo isolado de acordo com seu próprio arbítrio, e sim, de acordo com regras e normas que ele, juntamente com outros indivíduos, estabeleceu. Entretanto, mesmo seguindo regras, ninguém joga o mesmo jogo. A linguagem pertence ao homem. Onde há homem, há linguagem. Esta linguagem, porém, não é já dada, algo pronto. Por isso a comparação com o jogo. O jogo não é uma fatalidade natural, nem mesmo uma imposição de forças supraindividuais, coletivas sociais anônimas, pois a comunidade em questão só surge no próprio ato de jogar por meio do reconhecimento de regras e aceitação de papéis que dirigem a ação global⁵⁹.

Assim, se o *primeiro* Wittgenstein – o do *Tractatus Logico-Philosophicus* – é condição para uma filosofia da linguagem assentada na análise lógica da própria linguagem – e relacionada de forma estreita ao Círculo de Viena –, o *segundo* Wittgenstein – ou seja, o das *Investigações Filosóficas* – inaugura um novo caminho, relacionado à análise da linguagem a partir do contexto, do uso comum aos membros de uma determinada comunidade e, portando, *ordinária*⁶⁰.

Esse *uso comum*, por sua vez, não apenas parece por a nu, mas, acima disso, evidenciar uma necessária intersubjetividade para, enfim, permitir o sentido que se propõe com a linguagem, evidentemente pública. Afinal, se o significado da palavra é seu uso, linguagem e realidade não pertencem a mundos distintos, portanto.

⁵⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações. op. cit.*, § 7, p. 29.

⁵⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações. op. cit.*, § 19, p. 32.

⁵⁷ WITTGENSTEIN. *Tractatus. op. cit.*, prop. 5.6, p. 110: “Os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo”.

⁵⁸ Referindo-se a WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações. op. cit.*, §§ 198 e 199, p. 92-93.

⁵⁹ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise. op. cit.* p. 246.

⁶⁰ Esse novo caminho, qual seja, a *Filosofia da Linguagem Ordinária*, não é somente uma alternativa à proposta em torno do *Tractatus*, mas acena, além, para uma ruptura dentro dessa revolucionária invasão da linguagem pela filosofia. Afinal, se em um primeiro momento há protagonismo da sintática e da semântica, nessa nova etapa há o privilégio da pragmática. Conforme FATTURI, Arturo. *História da Filosofia. op. cit.*, p. 193, a partir das *Investigações*, “[...] a tentativa é trazer a compreensão da linguagem para o chão duro da vida, onde há atrito, e retirá-la do seu uso metafísico no qual as palavras estão como que soltas no ar”.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: OS FUNDAMENTOS DA COMUNIDADE POLÍTICA A PARTIR DA LINGUAGEM PÚBLICA

Como observado na primeira parte deste estudo, “a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o ‘nome’ do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico”⁶¹. Como afirma Streck, esse giro – ou essa invasão da linguagem na filosofia – não fez de seus problemas, simplesmente, *problemas linguísticos*. Há, sobretudo a partir do Wittgenstein das *Investigações Filosóficas*, um novo paradigma filosófico⁶², em que a linguagem é condição de possibilidade para o conhecimento. Não há mais espaço para linguagens privadas, cujo sentido se dá na consciência do sujeito-pensante. Os sentidos, com o chamado *segundo* Wittgenstein, são possíveis – tão-somente – a partir de estruturas sociais comuns. A linguagem, mergulhada em um contexto ordinário, do uso comum, é, enfim, pública.

Por isso, conclui Streck que...

[...] deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que ‘constrói’ o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles (Blackburn). Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos dos Tribunais) deixam ‘claro’ que estão julgando ‘de acordo com sua consciência’, ou ‘seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei’. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juízes. Não se pode olvidar a ‘tendência’ contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse ‘incentivo’ doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou a chamar de *Jurisprudência dos Valores*⁶³.

Essa tendência brasileira – como observa esse autor – de apostar no protagonismo judicial, seja no combate ao *malandro* que habita os andares de cima em *terrae brasilis* – como visto na introdução deste trabalho, fazendo surgir, portanto, a evidentemente antidemocrática figura do *herói* –, seja

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 13.

⁶² Novo paradigma não apenas sustentado na chamada viragem linguística, sobretudo na filosofia do chamado *segundo* Wittgenstein. Em HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 125-126, por exemplo, “o erro fundamental do solipsismo é que, em meio ao *solus ipse*, ele se esquece de levar realmente a sério que todo ‘eu sozinho’ já é, enquanto um estar sozinho, essencialmente um ser-um-com-o-outro. Somente porque o eu já é com os outros, ele pode compreender um outro”.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 20.

buscando assegurar os direitos que nossa modernidade tardia insiste em ver opacos para uns⁶⁴, ou, simplesmente, pelo *vício em si* que a palavra *solipsismo* carrega, acena para uma espécie de *imunidade à viragem* – sobretudo à ligada ao *segundo* Wittgenstein, portanto⁶⁵.

Daí se ter – como bem exemplifica Streck – entendimentos no âmbito dos tribunais como o que vê a “Justiça [como aquilo] *que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei*”, ou ainda o exemplo em que “o STJ decide assim porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *e a doutrina que se amolde a ele*”⁶⁶, entre tantas outras projeções em que a consciência aparece, de forma opaca ou às claras, como protagonista da decisão.

E, nesse enredo de entendimentos privados que se antecipam à própria doutrina – moldados por subjetividades e discricionariedades –, as decisões não encontram mais limites na coerência dada pela comunidade política – dada sempre através de uma linguagem necessariamente pública –, mas na consciência de cada julgador. A decisão é, assim, um ato de vontade⁶⁷ que aniquila a coerência construída historicamente, como se houvesse, em cada decisão, uma espécie de momento seminal – e privado – para os sentidos.

Por isso, no Brasil, é possível perceber a aposta na...

a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio ‘sentença como *sentire*’; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seus ‘valores’; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que ‘os casos difíceis se resolvem discricionariamente’; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona(r)ia(m) uma ‘abertura de sentido’ que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete⁶⁸.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. *op. cit.*

⁶⁵ Sem perder de vista a tentativa se limitar o *juiz boca da lei*.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 24-25, referindo-se, no primeiro exemplo, ao discurso do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão, em janeiro de 2003, durante a posse de novos juizes no Rio de Janeiro. E, no segundo, ao voto do Ministro Humberto de Barros, no AgReg em REsp nº 279.889/AL, julgado em 2001.

⁶⁷ Conforme Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 395 – grifo nosso: “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, *a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva [...]* Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito”.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 36.

Contudo, sejam quais forem *as apostas*, importa observar, sucintamente, “que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis⁶⁹, não pode haver decisão judicial que não seja *fundamentada e justificada* em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito”⁷⁰, ou seja, fundamentada em uma espécie de padrão decisório, construído ao longo do tempo.

Desse caráter deontológico dos princípios – em detrimento da *tentação* de percebê-los como teleológicos⁷¹ e, assim, *consequencialistas* – tem-se, portanto, que não podem – os princípios – assumir os flexíveis contornos nem dos clamores da rua, nem das individuais consciências dos juízes. Princípios não são valores, e “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e *não inventar novos direitos* retroativamente”⁷².

Evidentemente, se a condição de possibilidade para um princípio é a linguagem pública – nos moldes observados a partir da filosofia do chamado *segundo* Wittgenstein –, e esta é assentada na coerência observada no uso comum, ordinário, ou seja, construído historicamente, portanto, importante afastar, desde já, o argumento de que tais decisionismos representam tradições jurídicas e/ou a moralidade enraizada no direito consuetudinário. Afinal, como bem lembra Dworkin, juízes não criam leis⁷³. *Originalidades*, portanto, não passam de enunciados de sentido privado, sem garantia alguma de se reconhecer – na oportuna constatação de Streck – o DNA da Constituição⁷⁴. Afinal, esse DNA – ou

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127, observa que “o positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra [...] essa teoria da decisão judicial é totalmente inadequada”.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 512.

⁷¹ Como se percebê-los como conteúdo teleológico, valorativo, portanto, permitisse escapar ao *juiz boca da lei*. Não se pode perder de vista o entendimento de HABERMAS, Jürgen. **Direito e Faticidade**. *op. cit.*, p. 258-262: “Princípios e regras não têm estrutura teleológica [...] No discurso jurídico, há argumentos normativos típicos, os quais, em caso de colisão de regras, justificam a escolha da norma adequada a cada caso, à luz de princípios.[...] É verdade que princípios não podem ser ontologizados em fatos morais; no entanto, eles têm, graças à sua força de justificação deontológica, um valor posicional na lógica da argumentação, o qual explica por que as fontes de fundamentação disponíveis no discurso jurídico são suficientes para ir além de justificativas internas e fundamentar as próprias premissas”.

⁷² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *op.cit.*, p. 127 – grifo nosso.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. *op.cit.*

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 96 – grifo nosso: “[...] há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como ‘adequada à Constituição’”. Além do mais, não é apenas o Judiciário que deve permanecer fiel à vinculação à Carta Magna. Os demais poderes, Legislativo e Executivo, também, conforme ensina LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 59-60: “Num Estado Democrático de Direito, a função do Legislador é basicamente ouvir as necessidades do povo e transformá-las em lei, para validar o significado de soberania popular [... Contudo,] nem mesmo o legislador poderá alterar, por qualquer meio, a vontade constitucional originária relativa aos direitos fundamentais. De sorte que o legislador estará sempre vinculado ao mandamento constitucional e, em muitos casos – como o é dos direitos fundamentais – definitivamente impossibilitado de proceder a modificações no texto constitucional [...] Se ao legislador – na sua função precípua de fazer leis – é vedado infringir a Constituição, com mais razão não pode o

essa espécie de *ethos* constitucional – só pode ser reconhecido se considerado o conteúdo deontológico dos princípios – compreendidos, aqui, como constitucionais, e não como os velhos princípios gerais do direito. Isso porque, deontologicamente, os princípios não funcionam como abertura para que o juiz deixe de ser a *boca da lei*, mas, muito ao contrário, implicam justamente em limites interpretativos, acenando, assim, para uma resposta constitucionalmente adequada⁷⁵. Dito de forma sintética: princípios limitam, fecham. Não são aberturas a múltiplas respostas.

E é assim porque, no âmbito dessa necessária linguagem pública, é preciso ter em conta o fato de que à luz da Constituição de 1988 surge uma comunidade política que institui sua moralidade sob a forma de princípios. Estes devem ser observados sempre como um *a priori*. Daí não poderem ser, sob essa condição, originados e/ou modificados a partir da consciência do juiz. Afinal, se observados como uma espécie de *a posteriori*, haveria uma linguagem não apenas privada, mas antidemocrática e inconstitucional, uma vez que não observaria o fato de “essa moralidade [ser] instalada no espaço público, sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada”⁷⁶.

Por isso a necessidade, portanto, de toda decisão ser vinculada aos princípios constitucionais⁷⁷, já que tal se dá – ou deveria se dar – sempre “a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade

Estado – na sua função administrativa – arvorar-se em detentor supremo do Controle da Constituição no intuito de alterar-lhe o conteúdo, mormente para satisfazer interesses políticos”.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 56-57, expõe essa decisiva questão da seguinte forma: “[...] há setores que acreditam na tese de que ‘é com os princípios que o juiz deixa de ser a boca da lei’, como se os princípios fossem esse componente ‘libertário’ da interpretação do direito (e da decisão dos juízes). Ademais, a tese da ‘continuidade’ trata de forma equivocada o problema do *non liquet*, ao colocar o dever do pronunciamento judicial como uma ‘autorização para o juiz decidir como melhor de aprover’ [...] Como contraponto, proponho a ‘tese da descontinuidade’ – que penso ser a mais adequada –, pela qual se entende que os princípios constitucionais instituem o mundo prático no direito. Essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma correta. Trata-se do dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta que venho defendendo. Isso é assim porque, em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá na teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, se retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nessa perspectiva, são *vivenciados* (‘faticizados’) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status de constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos”.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷ Conforme bem lembram STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 14: “Nessa linha e de todo modo, é preciso ter presente – e insistimos nisso – que os princípios (constitucionais) que erigem a partir da segunda quadra do século XX não podem ser percebidos do mesmo modo que os tradicionais princípios gerais do direito que aparecem nas proximidades do movimento codificador do século XVIII [...] Os princípios constitucionais do segundo pós-guerra incorporam elementos que operam uma mudança radical de paradigmas no interior do pensamento jurídico. Ou seja, o princípio recupera o mundo prático, o mundo vivido, as formas de vida (Wittgenstein). O princípio ‘cotidianiza’ a regra”.

política constrói como Direito”⁷⁸. Ou seja, é sempre a partir da linguagem pública de uma comunidade política que se assenta uma resposta constitucionalmente adequada à demanda.

3 ANÁLISE DO “CASO DO HOMEM QUE MATOU O SOGRO”: A LINGUAGEM PÚBLICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA UMA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Trata-se da Apelação Cível nº 70005798004, interposta por E. G. M. L., inconformada com a decisão que extinguiu a demanda declaratória de exclusão da partilha de divórcio, contra J. G. L. Conforme alegou a apelante, seu ex-marido, J. G. L., deveria ser excluído da partilha do divórcio, eis que os bens a partilhar decorriam justamente da herança de seu pai, assassinado por J. G. L. Alegou ainda a apelante que, em que pese não haja previsão no ordenamento jurídico, com base no artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, deveria o juízo, analogamente, utilizar-se do direito comparado para a exclusão solicitada. O agente ministerial opinou pelo improvimento do recurso, uma vez que, tratando-se de matéria de divórcio, deveriam vigorar as regras que o regem. O pedido foi julgado improcedente, e E. G. M. L., inconformada, apelou.

Segundo ela, seu ex-marido, J. G. L., foi condenado pelo homicídio qualificado – motivo torpe – de seu sogro, ou seja, do pai de E. G. M. L. Por essa razão, pediu a apelante que J. G. L. deveria ser excluído da partilha de bens do divórcio, uma vez que o patrimônio a partilhar era, em sua totalidade, fruto do inventário de seu pai. Diante da ausência de previsão legal para o caso, E. G. M. L. entendeu que deveria ser utilizada analogia para integrar a norma jurídica. E, para suprir a lacuna observada, deveria incidir o artigo 1.595, inciso I, do Código Civil, assim como jurisprudência de direito internacional. O parecer ministerial foi, preliminarmente, pela prescrição, ou, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

O desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, relator, não acolheu a preliminar de prescrição. No mérito da questão, embora reconhecendo o *lamentável episódio* – ocorrido no interior de um cartório de registros –, entendeu o relator que a sentença não merecia reparo. Para tal, questionou o fundamento da apelante para ver o ex-marido excluído da partilha, reafirmando o *decisum*:

[...] Os bens devem ser partilhados entre os cônjuges, pois casados sob o regime da comunhão universal de bens (art. 262, do Código Civil), não estando a hipótese dos autos (homicídio do

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto**. op. cit., p. 16.

*sogro) elencadas no art. 263, do Código Civil, que estabelece os casos de exclusão da comunhão. Também não há como acolher eventual aplicação analógica do art. 1.595, inciso I, do diploma legal supra mencionado, porque o referido não é **herdeiro** da vítima do homicídio, como já reconhecido em sentenças anteriores, faltando o requisito da semelhança essencial dos casos postos em análise. Ademais, não se admite analogia para restringir direitos ou quando a enumeração legal é taxativa. Nesse sentido, a lição de Carlos Maximiliano na obra ‘Hermenêutica e Aplicação do Direito’ (Rio de Janeiro, Forense, 1992, 12ª ed., p. 213): ‘Quando o texto contém uma enumeração de casos, cumpre distinguir: se ela é taxativa, não há lugar para o processo analógico; se exemplificativa apenas, dá-se o contrário, não se presume restringida a faculdade do aplicador do Direito.’⁷⁹*

O relator ainda lembrou que a doutrina estrangeira – apontada por E. G. M. L. – é voltada a casos específicos, em que herdeiros atentaram contra a vida do autor da herança. Por fim, recorreu ao friso do Ministério Público, que indicou a vontade da lei, no que se refere à regra da indignidade, recaída apenas àqueles com laços de sangue ou extrema afeição com o autor da herança.

Entendimento diverso, contudo, teve a desembargadora Maria Berenice Dias, presidente. Embora concordando com o relator no que se refere a não previsão no Código Civil da situação observada nos autos – já que exclui da sucessão apenas os herdeiros –, entendeu a desembargadora que não há como afastar o princípio que direciona tal regra jurídica. Diz, nesse sentido, indo além:

[...] não vejo como se possa afastar o princípio que regeu a edição dessa regra jurídica de elevado teor moral; No momento em que o legislador revelou a repulsa em contemplar com direito sucessório quem atentar contra a vida do autor da herança, a ponto de excluir o herdeiro da sucessão, nitidamente, rejeitou a possibilidade de que, quem assim age, ser beneficiado com seu ato. Houve uma omissão do legislador em não prever que tal ato, praticado por outrem, mas que direta ou indiretamente poderia se beneficiar do acervo patrimonial do de cujus, estaria o mesmo sujeito à mesma sanção. No entanto, ao contrário do posto no parecer ministerial, não vejo que a referência exclusivamente ao herdeiro vise punir só quem tivesse laços de sangue ou laços de afinidade com a pessoa contra quem atentou. Não. O legislador quis punir o autor do ato criminoso não lhe dando a herança, ou seja, lhe subtraindo o patrimônio que poderia vir a fazer jus [...] Esta omissão do legislador não se verifica no novo Código, que, no art. 1.814, amplia as hipóteses de exclusão, ao dizer que são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa desta, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Ainda que *in casu* não se possa aplicar o novo Código, cabível atentar que essa ampliação do dispositivo revela a aceitação da diretriz sinalizada pela doutrina⁸⁰.

Para a desembargadora, havendo omissões na identificação das pessoas que integram o suporte fático, tal não se verifica nos princípios, que, como observa, devem sempre ser identificados para serem invocados quando se verifica uma lacuna na lei. Ou seja, havendo a lacuna, prevalece o princípio que,

⁷⁹ Voto do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, relator, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005798004. Acórdão, p. 05.

⁸⁰ Voto da Desembargadora Maria Berenice Dias, presidente, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005798004. Acórdão, p. 07.

nesse caso, para a desembargadora, é o de não permitir que quem atenta contra a vida possa receber algo da vítima, seja como sucessor, seja como cônjuge ou companheiro do sucessor. Por fim, lembrando Montesquieu, a desembargadora, ao votar pelo acolhimento do recurso, descartou ser *la bouche de la loi*, caso aplicasse, segundo ela, a lei de forma mecânica e casuísta. Foi além:

Confesso que fere meu senso de justiça fazer uma injustiça dessa ordem. No dia em que tomei posse como magistrada, jurei fazer justiça, não aplicar a lei de forma mecânica e casuísta. Se para isso, quem sabe, tiver que afrontar a lei, a dar ensejo talvez de ser acusada de ter me tornado adepto da nominada “justiça alternativa”, paciência. Se for esse a qualificativo que mereço, vou aceitar, mas não posso permitir é o locupletamento de alguém com a própria torpeza⁸¹.

Já o desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, ao acolher a tese da colega desembargadora, ponderou: “Não há por que, lá como aqui, deixar-se de divisar, no caso concreto, a aplicação do princípio ético, do princípio do senso comum, do princípio da equidade, ancorado nos princípios gerais do Direito”, que quem tentou ou mesmo pôs fim à vida de alguém pudesse, ao fim, beneficiar-se de seus bens. De outro modo, para o desembargador, o meeiro não deixava de ser um legatário, conforme frisou no Acórdão:

Então, é o sentido que adoto, aceitando a tese sustentada da tribuna de que o meeiro não deixa de ser um legatário *ex legis*; portanto, aplicando-se também a indignidade no caso da sucessão legítima, pode-se construir uma nova hipótese de que ali se incluem também outras pessoas que, aproveitando-se diretamente do resultado do seu inexplicável gesto, venham a matar os autores da herança. Observe-se que já houve até trânsito em julgado da sentença condenatória, tanto que a pena está sendo cumprida; poderia prever-se que a família ajuizasse ação de indenização baseada na sentença transitada em julgado e que no final pudesse até, quem sabe, haver-se da penhora desses bens, mas isso ofende o senso comum, a moral do cidadão e a justiça⁸².

Foi, assim, provido, por maioria, o Apelo, neste exemplo que, de fundo, traz à luz importante discussão acerca daquilo que Streck observa como a principal preocupação da Teoria do Direito: “o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação” em *terrae brasilis*⁸³.

⁸¹ Voto da Desembargadora Maria Berenice Dias, presidente, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005798004. Acórdão, p. 09 – grifo nosso.

⁸² Voto do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005798004. Acórdão, p. 11.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ** – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 – p. 158-173 / jan-abr, 2010, p. 168. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em 26.03.2016.

Como restou evidente, o entendimento da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi no sentido de atender à solicitação da apelante, indo contra a decisão que não excluía seu ex-marido na partilha do divórcio – considerando os bens a partilhar como aqueles oriundos da herança do pai assassinado pelo próprio ex-marido.

Em resumo, o relator, desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, entendeu que a sentença não merecia reparo, questionando o fundamento da apelante no intuito de ver o ex-marido excluído da partilha. Desconsiderando que a lei não contém a resposta em si, ou seja, que a lei não carrega o direito⁸⁴, limitou-se a observar que os cônjuges eram casados em comunhão de bens – e que não estava a hipótese de homicídio do sogro elencada no artigo 263 do Código Civil, que estabelece os casos de exclusão da comunhão de bens. Para o relator do Apelo, o assassino do sogro não era, enfim, herdeiro da vítima.

Já a desembargadora Maria Berenice Dias entendeu, por sua vez, que tal conclusão afastaria o princípio que regeu a edição da regra, considerando que a vontade do legislador foi a de não contemplar com herança quem atentasse contra a vida do autor desta. Considerou, ainda, ter havido uma omissão do legislador, ao não prever tal possibilidade.

Adotando o mesmo sentido da análise da desembargadora-presidente, por fim, concluiu o desembargador José Carlos Teixeira Giorgis pelo provimento do recurso. Considerou – segundo ele, diante da omissão da lei – a decisão a partir de *costumes e princípios gerais do Direito, princípio ético e princípio do senso comum*, além de aspectos, segundo ele, *morais*.

Conhecido o caso e a forma como cada um dos desembargadores da 7ª Câmara Cível do TJ/RS o analisou, a questão que se desenha desse ponto em diante, de pronto, volta-se à fundamentação das decisões. Não se trata, portanto, da análise das decisões em si, mas da maneira como foram fundamentadas. Afinal, com bem indica Streck, é o “dever da resposta correta⁸⁵ correlato ao direito fundamental de resposta correta”⁸⁶.

⁸⁴“Antígona já sabia que seu direito não cabia na lei de Creonte”, na feliz analogia de STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 2-20, abr. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540>. Acesso em: 21. 03. 2016, p. 8-5. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v19n1.p2-20>, alertando para o fato de que texto não é norma: “As palavras da lei somente adquirem significado a partir da teorização”.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op.cit.*, p. 450: “A resposta correta proposta nesta obra, a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abarca a hermenêutica filosófica), guardadas, a toda evidência, as especificidades/particularidades dos modelos de direito da *common law* e *civil law*, deve ser entendida como uma metáfora. A resposta correta como metáfora, como o juiz Hércules de Dworkin também o é”.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 540.

Esse *dever da resposta correta*, evidentemente, implica considerar dois fatores que, embora distintos, não são mutuamente excludentes, mas complementares entre si: de um lado, deve-se considerar a linguagem pública como condição de possibilidade para que tal seja alcançada; de outro, os princípios devem ser considerados a partir de sua carga deontológica, de modo que não se postulem como flexíveis e valorativos – a partir da subjetividade de quem julga ou da flutuação dos valores morais da própria sociedade; teleológicos, portanto –, mas rígidos a partir do momento em que foram estabelecidos. Afinal, recorrendo mais uma vez à lição de Streck em *Verdade e Consenso*, “o juiz deve proferir a sua decisão seguindo as regras do jogo; caso contrário, já não teremos um jogo, com regras próprias, mas, sim, o jogo da discricionariedade do juiz”⁸⁷ – um jogo *autista*, portanto.

Ocorre, entretanto, que se a linguagem pública é *a* – ou *uma das* – condição(ões) de possibilidade para uma resposta constitucionalmente adequada, importa perceber que não se trata de afastar, tão-somente, essa espécie de *tentação* teleológica. Afinal, uma linguagem pública não se faz apenas de construções históricas e intersubjetivas, indo além da subjetividade das consciências individualmente e, portanto, afastando qualquer carga axiológica a partir do sujeito que busca o sentido, mas, também, se faz no contexto de uso, afastando a pretensão de uma *essência das coisas*.

Ou seja, uma linguagem pública não é nem subjetivista – como se pudesse estar na consciência de cada um –, nem objetivista – como se o sentido estivesse nas coisas em si. De outro modo – e já trazendo a questão para o direito: a resposta constitucionalmente adequada, a partir de uma linguagem pública, não está nem na subjetividade valorativa da consciência do intérprete, nem na objetividade sintático-semântica das palavras da lei.

Assim, parece não ser uma resposta constitucionalmente adequada – ao replicar os fundamentos da sentença inicial⁸⁸ e ao *apegar-se também e exclusivamente à dimensão sintática da lei* – considerar o apelado meramente como casado em comunhão de bens e, assim, digno de receber os bens simplesmente pela partilha, e não pela herança, reafirmando que a indignidade recai tão-somente àqueles com laços de sangue e/ou ligações por extrema afeição⁸⁹.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. *op. cit.*, p. 318.

⁸⁸ Dizem STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto*. *op. cit.*, p. 99, que não basta repetir a sentença, no sentido de simplesmente replicá-la. Afinal, “no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é preciso justificar (explicitar) o que foi fundamentado [...] Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação”.

⁸⁹ Conforme o voto do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, relator, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005798004. Acórdão, p. 06: “A legislação ora sob foco traz uma sanção – exclusão da herança – aos que tentaram ou participaram de tentativa contra a vida daqueles de cuja sucessão se tratar. Em outros termos, como frisou o Ministério Público (fls. 543/549), quis a lei que a regra da indignidade recaísse *tão-só naqueles*

Mas, de igual modo, também não parece ser uma resposta constitucionalmente adequada – para distanciar-se desse *objetivismo* – apelar à subjetividade da própria consciência⁹⁰, diferenciando o *fazer justiça do seguir à lei*⁹¹ para, analogamente, considerar o meeiro como herdeiro e, portanto, como indigno da herança – ou, ainda, nesse mesmo intuito, considerar uma conclusão diferente como ofensiva ao *senso comum*, à *moral do cidadão* e à *justiça*⁹².

Afinal, em que pese a importância de se observar a impossibilidade de uma espécie de isomorfismo, em que o direito, pretensamente, estaria na lei – como, em relação à linguagem, o próprio Wittgenstein observou nas *Investigações Filosóficas* –, é igualmente relevante reconhecer o caráter intersubjetivo, próprio de um mundo compartilhado, que cerca – ou deveria cercar – a decisão. Em resumo:

Os sentidos não estão ‘nas coisas’ e, tampouco, na ‘consciência de si do pensamento pensante’. Os sentidos se dão intersubjetivamente. Como consequência, na media em que essa intersubjetividade ocorre *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto, os sentidos arbitrários estão interditados⁹³.

Assim, se a linguagem pública pode – e deve – ser compreendida como condição de possibilidade para uma resposta constitucionalmente adequada⁹⁴, importa considerar que a coerência

possuidores de laços de sangue e/ou de extrema afeição com o autor da herança, a ponto de serem penalizados por atos atentatórios a sua vida, honra ou liberdade”.

⁹⁰ Importante recordar, nesse sentido, que, conforme STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op.cit.*, p. 517: “A aposta na discricionariedade – com origem bem definida em Kelsen e Hart – tinha o objetivo, ao mesmo tempo, de ‘resolver’ um problema considerado insolúvel, representado pela razão prática ‘eivada de solipsismo’ (afinal, o sujeito da modernidade sempre se apresentou consciente-de-si-e-de-sua-certeza-pensante), e de reafirmar o modelo de regras do positivismo, no interior do qual os princípios (gerais do direito) – equiparados a ‘valores’ – mostravam-se como instrumentos para a confirmação desse ‘fechamento’”.

⁹¹ Vale lembrar, aqui, o voto da Desembargadora Maria Berenice Dias, presidente, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005798004. Acórdão, p. 09: “Confesso que fere meu senso de justiça fazer uma injustiça dessa ordem. No dia em que tomei posse como magistrada, jurei fazer justiça, não aplicar a lei de forma mecânica e casuística. Se para isso, quem sabe, tiver que afrontar a lei, a dar ensejo talvez de ser acusada de ter me tornado adepto da nominada “justiça alternativa”, paciência”.

⁹² Conforme voto do Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005798004. Acórdão, p. 11.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op.cit.*, p. 302.

⁹⁴ Em relação a uma resposta constitucionalmente adequada, é preciso ter em conta, conforme STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto**. *op. cit.*, p. 15-16, que “existe uma diferença entre *Decisão* e *Escolha*. Diferença essa que é percebida, basicamente, no papel que um princípio desempenha no momento decisional. Ou seja, a decisão – no nosso caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, *decidir* não é sinônimo de *escolher*. [...] A *escolha*, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, *sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância*. Em outras palavras, *a escolha é sempre parcial*. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade*. Portanto, quando se diz que o juiz possui poder discricionário para resolver os ‘casos difíceis’, o que se afirma é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe

exigida da decisão também é pública – já que esta é assentada na intersubjetividade. Pensar diferente implica aceitar a possibilidade de que possa haver uma coerência para cada um ou, de outra forma, aceitar linguagens privadas em pleno Estado Democrático de Direito. Impossível. O jogo é, afinal, público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso do *genro que matou o sogro*, exemplo que, aqui, serviu para assentar a linguagem pública como condição de possibilidade para uma resposta constitucionalmente adequada – ou, a partir do exemplo, assentar pelo menos a dificuldade para tal –, não traz, evidentemente, a oposição – observada nas notas que introduzem esse trabalho – entre o *malandro* e o *herói*.

Ambas as figuras, desenhadas a partir de uma (re)leitura da obra de DaMatta, são uma espécie de *pretexto para a discricionariedade* dos tribunais que, nos limites do bovarismo que nos caracteriza, vê no aplauso de muitos setores da sociedade a legitimação para agir à margem de um *a priori* instituído pela comunidade política⁹⁵. Em outras palavras, substitui a moralidade percebida na intersubjetividade que molda, em uma linguagem pública, os princípios constitucionais, por enunciados também morais, mas subjetivos, de sentido e formulação privados.

Contudo, um ponto em comum pode ser observado frente aos decisionismos que se interpõem entre o *malandro* e o *herói* e o caso do *genro que matou o sogro*: a condição de, à margem da observação dos princípios constitucionais, as *decisões* judiciais transformarem-se em *escolhas* judiciais. É que se, nos casos difíceis, o juiz detém poder discricionário, então tem também diante de si um leque de opções possíveis. Ele escolhe, portanto.

Contudo, *escolher* implica reconhecer que, mesmo no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, a moralidade pública – determinada intersubjetivamente em uma linguagem pública por uma comunidade política – contém uma espécie de lacuna, passível de ser preenchida *a partir* da vontade do juiz. Ora, isso, mais do que admitir uma paradoxal linguagem privada em meio ao Estado Democrático de Direito, significa aceitar – *e sem cerimônia alguma* – a invasão do Legislativo pelo Judiciário, eis que o juiz, a partir de sua consciência, estaria, enfim, a produzir norma.

convier. De outra banda, a decisão não se dá a partir de uma escolha, mas sim, a partir do *comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, *esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como Direito*”.

⁹⁵ Não é possível, entretanto, perder de vista que a própria democracia é, também, contramajoritária.

É, portanto, nesse enredo que se assenta a importância da linguagem pública, estabelecida a partir das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein, como condição de possibilidade não apenas para acessar o mundo frente aos contextos de uso – no âmbito da viragem linguística pós-neopositivismo lógico –, mas, sobretudo, para estabelecer um direito – da normatização à aplicação – efetivamente democrático.

Buscando, portanto, delimitar os contornos dessa necessária linguagem pública, observou-se, de início, o chamado giro linguístico, compreendido aqui como um momento da História da Filosofia em que, na primeira metade do século XX, houve uma espécie de invasão da linguagem na própria filosofia. É desse ponto em diante, enfim, que não se pode mais compreender o mundo à margem da linguagem ou, de outro modo, fora dela.

Sucintamente, como visto, a partir do *giro*, portanto, a linguagem passa a ser condição de possibilidade da própria filosofia. O conhecer não precede o compreender. A linguagem não é mais uma terceira coisa. É pela linguagem que o mundo se mostra enquanto mundo. E a filosofia de Wittgenstein tem, nesse contexto, lugar de protagonismo.

Para a discussão aqui proposta, entretanto, destaque para as *Investigações Filosóficas*. Embora se comunge do fato de que, em certo sentido, o *Tractatus* e as *Investigações* corresponderam a um momento de ruptura na obra de Wittgenstein, é possível observar como ponto comum entre a primeira e a segunda obras a crença de que os problemas filosóficos eram mal-entendidos na linguagem em que o próprio problema era formulado.

Contudo, *grosso modo*, se no *Tractatus* a lógica era o instrumento que revelaria a essência – ou substância – encoberta pela forma da linguagem, nas *Investigações* foi considerado o uso da própria linguagem ordinária o instrumento para a produção de sentido. Não há mais *essência*. A concepção do *Tractatus*, em que as palavras de uma linguagem nomeiam objetos, fica para trás. O ponto de vista de Wittgenstein aqui é o de que o significado de uma expressão decorre de seu uso, e não de um objeto que ela designa.

A concepção de que o significado de uma expressão é o seu uso nas transações cotidianas de nossa linguagem liga-se, portanto, à derrocada da visão substancialista do *Tractatus*. Nele, como observado ainda na primeira parte deste estudo, seria a essência que explicaria o uso do conceito em determinadas situações. Contudo, raciocinar dessa forma implicaria retirar o conceito de seu uso cotidiano – onde ele tem, de fato, significado.

Portanto, para o Wittgenstein que rompe com a ideia original do *Tractatus*, o uso da palavra e seu significado dependem da situação de uso. O significado não está dado, de uma vez por todas, através de uma essência das coisas. Por isso, impossível, fora do cotidiano/uso ordinário, buscar compreender a essência das coisas. As palavras não designam objetos, como propunha o *Tractatus*, já que seu uso – o das palavras – varia de acordo com a situação em que é empregada.

De outro modo, Wittgenstein, ao superar simultaneamente objetivismos e subjetivismos com suas *Investigações*, chama a atenção para o fato de que os conceitos possuem um determinado contexto de uso. Fora desse contexto e desse uso, os conceitos perdem o atrito e o contato com o chão da vida ordinária, ficando sem sentido.

Assim, a linguagem, para o autor das *Investigações Filosóficas*, significa seguir regras de emprego das palavras. E essa concepção de regra não é interpretativa. Há, por isso, apenas duas possibilidades: ou transgredir ou seguir a regra. Seguir regras é uma prática, portanto. Interpretá-la não é o mesmo que segui-la⁹⁶. Por isso, é impossível seguir uma regra apenas para si. O uso correto da palavra, enfim, é o comum. Não há linguagem desvinculada da realidade, como se a realidade pertencesse a um mundo privado, fechado, autista. A linguagem, enquanto condição de possibilidade é, necessariamente, pública.

Contudo – também como observado – o direito não recepcionou essa importante etapa da viragem, mantendo o sentido ancorado à consciência dos intérpretes, relação, em si, evidentemente incompatível com a ideia de linguagem pública, nos moldes propostos por Wittgenstein em suas *Investigações Filosóficas*.

As implicações dessa *não recepção* não podem ser consideradas de outro modo, a não ser como antidemocráticas. Afinal, como observado, a partir do momento em que são admitidas discricionariedades e originalidades nas *decisões judiciais* – transformando-as, portanto, em *escolhas judiciais* – permite-se que valores e preferências individuais sobreponham-se à moralidade desenhada pela comunidade política.

Assim, a discussão acerca da democracia passa, necessariamente, pela discussão acerca da fundamentação das decisões judiciais, que, como também analisado, devem ser fundamentadas e adequadas constitucionalmente. É preciso ter claro: a adequação constitucional-legal como pressuposto para o fundamento de decisões judiciais é atravessada pelo conceito wittgensteiniano de *linguagem*

⁹⁶ Importante lembrar, nesse sentido, a lição de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. *op. cit.*, p. 341: “[...] o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender. A *applicatio* é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação”.

pública. Afinal, “a lei [e os princípios] é [são] uma representação do que ocorre na linguagem pública”⁹⁷.

Daí não ser possível a não observação, no âmbito das decisões, dos princípios constitucionais – que, frise-se, não correspondem aos velhos princípios gerais do direito –, já que são os primeiros que carregam, deontologicamente, o conteúdo da moralidade política que, uma vez assentada, é rígida. Considerar os princípios a partir de uma carga teleológica significa aceitar a realidade como uma espécie de *Babel* de compreensões individuais, flexível, *ao sabor do vento*, consequencialista, impedindo a coerência visada pela comunidade política – possível somente a partir da linguagem pública.

Por isso, se a linguagem pública pode – e deve – ser compreendida como condição de possibilidade para uma resposta constitucionalmente adequada, é também condição de possibilidade para a própria democracia. Fora disso, à margem da linguagem pública, não há, portanto, Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOMFIM, Manoel. **A América Latina**: Males de origem. Rio de Janeiro: Topbooks, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

FATTURI, Arturo. **Teoria do Conhecimento**. Palhoça: Unisul, 2009.

_____. **História da Filosofia**. Palhoça: Unisul, 2010.

_____. **Filosofia da Linguagem**. Palhoça: Unisul, 2011.

FAUSTINO, Sílvia. **Wittgenstein**. O eu e sua gramática. São Paulo: Ática, 1995.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. (Verbete *Applicatio*). **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 22.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Os direitos Humanos como produtos culturais. Tradução e revisão de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GIANNOTTI, José Arthur. Introdução. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 11 ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1977.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade. Tradução de Eliane Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

PRATA, Gabriel Magalhães Borges. **Interpretação dos conceitos empregados nas normas de competência tributária: aspectos fundamentais**. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Pós-graduação em Direito, 2010, p. 20. Orientação: Professor Doutora Fabiana Del Padre Tomé.

SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil**: uma biografia. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: Ensaio sobre a desconstrução. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

_____. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2º ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STRECK, Lenio Luiz e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto** – as garantias processuais penais? Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ** – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 – p. 158-173 / jan-abr, 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em 26.03.2016.

_____. **Verdade e Consenso** – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed., atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. A relação “texto e norma” e a alografia do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 2-20, abr. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540>. Acesso em: 21. 03. 2016.

_____. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 5ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio:** hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus.** Tradução e apresentação de José Arthur Gianotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional – Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

_____. **Investigações Filosóficas.** Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

Submissão: 31.07.2017

Aprovação: 30.05.2018