

LANGUAGE, COMMUNICAITON AND LEGAL INTERPRETATION

LENGUAJE, COMUNICACIÓN Y HERMENÉUTICA JURÍDICA

LINGUAGEM, COMUNICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO LEGAL

Juarez Freitas¹

Denise Lucena Cavalcante²

Abstract: This article analyzes the Law from the perspective of the phenomenon of communication, focusing the discussion specifically on language and communication, the application of the Communicative Theory of Law, and the method of logical-semantic constructivism. Within this perspective, it takes the premise that the first step to understanding the Law emanates from the Text. It addresses legal interpretation as a study of political options. The interpreter is a linguist, but not only that. The final content of laws and principles results in more or less biased interpretations. The role of intuition, more than rationality, is crucial. Adequate interpretation means managing the mental automatism that takes advantage of the uncertainty of language, whether due to imprecision, or ambiguity, or by the author's

1 Profesor Titular de la Maestría y Doctorado en Derecho de PUC/RS. Profesor Asociado de Derecho Administrativo de UFRGS. Posdoctorado en Derecho en la Universidad Estatal de Milán. Investigador visitante en las Universidades de Oxford y Columbia. Presidente del Instituto Brasileño de Altos Estudios de Derecho Público. Miembro nato de IBDA. Abogado. *E-mail:* juarezfreitas@uol.com.br.

2 Profesora Asociada de Derecho Tributario y Financiero de la graduación y postgrado de UFC. Posdoctorado en Derecho en la Universidad de Lisboa. Coordinadora de IBET Fortaleza. Procuradora de la Hacienda Nacional. *E-mail:* deniluc@fortalnet.com.br.

deliberate design. Often, the search for clarity of the paradoxical source of uncertainty is revealed, such that the legal interpretation is seen as a decisive act of reason and emotion, which influence one another.

Keywords: Language. Communicative Theory of Law. Legal hermeneutic.

Resumen: El presente artículo analizará el Derecho desde el fenómeno comunicacional, teniendo como base de discusión sobre lenguaje y comunicación la aplicación de la Teoría Comunicacional del Derecho y del método del constructivismo lógico-semántico. En esta perspectiva, se utiliza la premisa de que el primer paso para la comprensión del Derecho emana del texto. Será abordada la hermenéutica jurídica como estudio de elecciones normativas. El intérprete es lingüista, pero no solo eso. El contenido final de la regla y del principio es el resultado de interpretaciones más o menos sesgadas. El papel de la intuición, más de lo que de la racionalidad, es crucial. La interpretación apropiada supone manejar automatismos mentales que se aprovechan de la indeterminación inextirpable del lenguaje, sea por vaguedad, sea por equivocidad, o por deliberada opción original. Frecuentemente, la búsqueda de la claridad se revela fuente paradójica de incertidumbre. La interpretación jurídica, en fin, es vista como acto decisorio de la razón y emociones recíprocamente influyentes.

Palabras clave: Lenguaje. Teoría Comunicacional del Derecho. Hermenéutica Jurídica.

Resumo: Este artigo analisa o Direito a partir do fenômeno de comunicação, tendo por base a discussão sobre linguagem e comunicação, a aplicação da Teoria Comunicativa do Direito e o método do construtivismo lógico-semântico. Nesta perspectiva, se utiliza da premissa de que o primeiro passo para entender o Direito emana do texto. Será abordada a interpretação jurídica como um estudo de opções políticas. O intérprete é um linguista, mas não somente isto. O conteúdo final da lei e do princípio tem como resultado interpretações mais ou menos tendenciosas. O papel

da intuição mais do que a racionalidade, é crucial. A interpretação adequada significa gerenciar o automatismo mental que tirar proveito da incerteza da linguagem, seja por imprecisão, seja por ambigüidade ou por escolha original deliberada. Muitas vezes, a busca pela clareza da fonte paradoxal de incerteza se revela, de modo que a interpretação jurídica, em suma, é vista como um ato decisivo da razão e da emoção mutuamente influentes.

Palavras-chave: Linguagem. Teoria Comunicativa do Direito. Hermenêutica Jurídica.

CONSIDERACIONES INICIALES

La reflexión que ora proponemos parte de la percepción del sistema jurídico como fenómeno comunicacional elaborado hermenéuticamente, inconfundible con el ordenamiento, entendido ésta como agrupación incoherente de textos normativos. En esta óptica, partimos de la premisa de que la comprensión del Derecho emana del texto, comprendido en su acepción más amplia, es decir, como todo aquello que se pueda interpretar.³ Tal asertiva, sin embargo, no ostenta el don de reducir el Derecho al texto, quedando claro que el texto jurídico elaborado (el sistema) dice mucho más cosas del que el ordenamiento.⁴ O Derecho aparece, en esa medida, como lenguaje y los textos normativos configuran solo puntos de partida, dotados de alteridad,⁵ para la interpretación sistemática del Derecho, en sentido fuerte⁶, que culmina en el momento teleológico.

3 En este sentido, aclara Gabriel Ivo: "Por lo tanto, toda la realidad social que es susceptible de comprensión y de interpretación por los hombres consiste en un texto. Y es así que la expresión texto se utilizada por PAULO DE BARROS CARVALHO: 'No es de hoy que los estudiosos en el campo de la semiótica viene tratando la figura del 'texto' como concepto de alcance mayor que la formulación escrita de una idea en expresiones idiomáticas. Texto, en la acepción que vengo considerando en mis trabajos, extrapola tal definición estrecha para abarcar todo lo que se pueda interpretar." [Traducción libre]. (IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 90).

4 ROBLES, Gregorio. **Teoría del derecho**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2012, p. 138.

5 GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Vol.1. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p.358: "una consciencia formada hermenéuticamente debe, desde el principio, se mostrar receptiva a la alteridad del texto.[...] Lo que importa es darse cuenta de las propias presuposiciones, a fin de que el propio texto pueda se presentar en su alteridad, pudiendo así confrontar su verdad con las opiniones previas personales". [Traducción libre].

6 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Acogemos la observación de Gregorio Robles⁷ de que el Derecho no es propiamente un sistema de normas, pero, sí, un sistema (construido) de proposiciones jurídicas de diferentes especies, situado en una relación hermenéutica en espiral con el ordenamiento.⁸

Asumida esa perspectiva, despunta la norma jurídica como plexo de significaciones construidas desde los textos. Cabe mencionar, el proceso de hermenéutica jurídica es percibido, antes de más, como tomada de la decisión entre posibilidades interpretativas. El objeto de interpretación es el texto normativo, en sentido lato, englobando el texto no escrito. Justo evocar aquí las lecciones de Lourival Vilanova, en el sentido de que el lenguaje normativo es apenas una de las especies de lenguaje, siendo una de las subespecies la del derecho positivo⁹.

El intérprete opera como lingüista, pero no sólo. El contenido final de las reglas, de los principios y de las directrices jurídicas no tiene como escapar de la influencia de "biases"¹⁰ que afectan inevitablemente las decisiones interpretativas, haciéndolas más o menos sesgadas. Son, entre otros, los sesgos relativos a la elección entre alternativas interpretativas, los concernientes al encuadramiento de opciones y los de estabilidad (tales como los sesgos de "status quo" y de la preferencia exacerbada por el presente).¹¹

De otra parte, en el proceso hermenéutico, el papel de la intuición, al lado de la racionalidad, se revela crucial. Como firma Gerd Gigerenzer¹² "las normas de la lógica pueden ser ciegas para el contenido y la cultura, ignorando aptitudes evolutivas y la estructura de medio."

Así, adoptando estrategias combinadas, la interpretación jurídica tendrá de filtrar y superar automatismos que se aprovechan de la indeterminación inextirpable del lenguaje, sea por vaguedad de los términos, sea por equivocidad de las expresiones,

7 ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 5

8 ROBLES, Gregorio. **Teoría del derecho**, ob.cit, p.145.

9 VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 2, São Paulo: Axis Mvndi: IBET, 2003.

10 KAHNEMAN, Daniel. **Thinking. Fast and slow**. New York: Macmillan, 2011.

11 BESHEARS, John; GINO, Francesca. **Os líderes como arquitetos de decisão**. Harvard Business Review, maio, 2015, p. 41.

12 GIGERENZER, Gerd. **O Poder da intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 124.

sea por ambigüedad voluntaria. Todavía, esa filtraje nunca será completa. La interpretación jurídica es acto decisorio fundamentado por la razón, que trata de ofrecer fundamentos de hecho y de derecho, pero que no puede ignorar las inclinaciones y las intuiciones subyacentes, como realzaremos a continuación.

CONOCIMIENTO Y LENGUAJE

El paso inicial para la interpretación jurídica reside en el reconocimiento decodificador del lenguaje, comprendido como el conjunto de signos construidos artificialmente. En el punto, destacamos Ferdinand de Saussure,¹³ para quien el idioma es ese conjunto de hábitos lingüísticos que permite a una persona comprender y hacerse comprender. Para el Derecho, cuya lingüisticidad es la manera natural de su aparición, los signos representan el punto de partida del intérprete. Signo es esencialmente una relación¹⁴, una vez que se trata de algo que significa alguna cosa para alguien.

En términos, a pesar del riesgo de exacerbación, el lenguaje, en el campo jurídico, constituye la propia realidad, así como pondera Dardo Scavino, con apoyo principal en la teoría de Wittgenstein¹⁵: “el lenguaje y el mundo son coexistentes, los límites

13 “Evitando estériles definiciones de términos, distinguimos primero, en el seno del fenómeno total que representa el lenguaje, dos factores: el idioma y el habla. El idioma es para nosotros el lenguaje menos el habla. Es el conjunto de los hábitos lingüísticos que permiten a una persona comprender y hacerse comprender. Pero esa definición deja aún el idioma fuera de su realidad social; hace de ella una cosa irreal, pues no abarca más que un de los aspectos de la realidad: el individual; es mister una masa hablante para que exista un idioma. En ningún momento, y contrariamente a la apariencia, el idioma existe fuera del hecho social, visto ser un fenómeno semiológico. Su naturaleza social es uno de sus caracteres internos [...]” [Traducción libre]. (SAUSURRE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Trad. Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 28. ed. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 117-118).

14 “En los estudios semióticos es posible distinguir tres dimensiones distintas, subordinadas e interdependientes mutuamente, identificadas desde tres diferentes modos como pueden relacionarse los signos, los objetos a que se refieren y sus intérpretes o usuarios. En la *sintaxis*, se estudia la relación de los signos entre sí, tal como lo hacen la lógica formal o la gramática. En la *semántica*, se estudia la relación de ellos con los bienes a que se aplican. Finalmente, en la *pragmática*, el tema es la relación de los signos con los usuarios, y viceversa.” [Traducción libre]. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 103).

15 “Una de las premisas desde las cuales se puede pensar el 'giro lingüístico' fue propuesta por Ludwig Wittgenstein en su *Tractatus*: el lenguaje y el mundo son coextensivos, los límites de un son exactamente los límites del otro. O dicho de otro modo: mi mundo es mi lenguaje.” [Traducción libre]. (SCAVINO, Dardo. **A filosofia atual: pensar sem certezas**. Trad. Lucas Galvão Britto. São Paulo: NOESES, 2014, p. XII).

de uno son exactamente los límites del otro". Esa concepción nos lleva a la definición del hecho jurídico como una especie de articulación del lenguaje. Sin esta, a rigor, el evento no existe en el mundo del Derecho. Y más: en muchos casos, la "realidad" construida no corresponde al evento del "mundo de la vida". Como firma Roger Chartier, en el paso del maestro Balicci que, ciego, contrata una joven para leer para él¹⁶: "Leyendo en lugar de Balicci, la lectora evitará que sus libros mueran, abandonados, ignorados. Pero el drama se precipita cuando un día, leyendo una descripción de la catedral y del cementerio de Trondheim, de Noruega, la lectora exclama: "*¡He estado allí y no es de modo algún como está en el libro!*" El maestro Balicci, entonces, tomado de terrible cólera, despide la lectora gritando: "*Poco me importa que tú tengas estado allí, de modo como está escrito, es así que debe ser*". De forma caricatural, ese paso demuestra la dimensión (hiperinflacionada, por cierto) del lenguaje y su prevalencia, en determinadas circunstancias, sobre los propios eventos.

Cuanto al texto, se trata del soporte material para la constitución del lenguaje y de la consecuente realidad. En el punto, correcta la afirmación de Edmund Husserl¹⁷:

El conocimiento es, en todas sus configuraciones, una experiencia psíquica: es conocimiento del sujeto que conoce. Ante él están los bienes conocidos. [...]. Debo decir que solo los fenómenos son verdaderos datos al cognoscente, que jamás él va además de esta conexión de sus experiencias.

Con efecto, en esta afirmación de Husserl, detectamos la figura central del elemento axiológico como responsable por la construcción del lenguaje y por la propia formación del conocimiento. De esa manera, cuando el intérprete se encuentra ante un texto (connotativo, emotivo o regulativo¹⁸), es su visión de mundo (jamás cancelables por la neutralidad) que verdaderamente deciden.

Asumimos, pues, la concepción de que la norma jurídica es decididamente construida por medio del proceso de interpretación.¹⁹ El intérprete es el responsable

16 CHARTIER, Roger. **A aventura do livro**: do leitor ao navegador. Trad. Reginaldo de Moraes. São Paulo: UNESP, 1999, p. 155.

17 HUSSERL, E. **A ideia da fenomenologia**. Trad. Artur Morão. São Paulo: Edições 70, 1986, p. 42.

18 ROBLES, Gregorio. **Teoría Del Derecho**, ob.cit., p.91.

19 Se recomienda la lectura del ítem 1.2.2. La interpretación del derecho como fenómeno lingüístico, de la obra de Tathiane Piscitelli. (PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Os limites**

de la construcción de la realidad (legal o no legal), logo no hay que confundir el enunciado prescriptivo (prescripción de conductas) con la norma jurídica, entendida esta, como observa Paulo de Barros Carvalho, como significaciones construidas desde los textos positivados y estructuradas consonante la forma lógica de los juicios condicionales, compuestos por la asociación de dos o más proposiciones prescriptivas.²⁰ Es que, con todos los conceptos, la decisión interpretativa producirá la norma jurídica. Para afirmamos eso, imputamos conscientemente una ampliada responsabilidad al intérprete del sistema jurídico, pues a él cabe, bajo determinado aspecto, positivar por último la norma²¹ y, para tanto, necesita tener exacta comprensión sintáctica, semántica y pragmática²² del sistema jurídico.

Delante de esta realidad, el operador del Derecho no puede restringirse a la literalidad y al eventual equívoco del enunciado, pues así encontrará dificultades insuperables a sí deparar con determinados comandos, destituidos de mínima razonabilidad. En este contexto, cumple al intérprete, cuando viable, imprimir coherencia al texto bruto, observada la debida distribución de los signos lingüísticos en el orden argumentativo, en un verdadero proceso de construcción de contenido, sentido y alcance del sistema jurídico. Cual si observa, la construcción hermenéutica marcha además del mero descubrimiento de supuestos significados originales. El sistema realmente dice más de lo que el ordenamiento.

EL SISTEMA COMO RESULTADO DE LA CONSTRUCCIÓN HERMENÉUTICA

El legislador produce el texto normativo. El intérprete ultima el sistema jurídico. He aquí el ciclo hermenéutico. Al positivar por último, el intérprete no suprime la alteridad del texto, pero interactúa con él, a partir de sus inevitables pre-comprensiones y de sus no menos inevitables sesgos. Y lo hace sin neutralidad axiológica, aunque no sea vano el intento de imparcialidad.

à interpretação das normas tributárias. São Paulo: Quartier latin, 2007, p. 52).

20 CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método.** 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 129.

21 La norma jurídica es "proposición liguística perteneciente a un sistema proposicional de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar o dirigir a acción humana." ROBLES, Gregorio. **Teoría Del Derecho, ob.cit.**, p.211.

22 ROBLES, Gregorio. **Teoría Del Derecho, ob.cit.**, p. 169-171.

Recusamos, por lo tanto, aquellos abordajes formalistas extremistas que parecen desconocer el realismo de las asertivas anteriores. Se equivocan al proponer verdadero amoralismo para los que ejercen la tarea de interpretar el Derecho, jueces o no. Desean el intérprete invertido de milagroso poder de poner entre paréntesis los juicios de valor. Ocultan de sí mismos una neutralidad facciosa que se deja sesgar por el "status quo". Confunden el espacio del jurídico con la deferencia excesiva al irracionalismo de la política. Se omiten a título de contenerse. Niegan el carácter vinculante de políticas constitucionalizadas y dan la espalda al Derecho como sistema comprometido con proyecto inclusivo. Apuestan en una quimérica determinación acabada. Son originalistas irreductibles, aun cuando los orígenes se muestran francamente contrarias al cumplimiento exitoso de las contemporáneas funciones del Estado, cuáles sean, las funciones prestacionales, las funciones de formulación e implementación de políticas públicas, las funciones arbitrás y de tercero imparcial, las funciones de fomento o inducción, las funciones intervencionistas indirectas o regulatorias y las funciones de policía o restricción del ejercicio indebido de libertades. Al proceder de ese modo, los formalistas extremados son todo, menos formalistas. Parecen desconocer el Derecho como sistema interactivo de directrices teleológicas, he que prefieren el mantenimiento puro y simple de reglas (perversas, a veces, pero estables). Ocultan la dimensión pragmática y consecuencial o teleológico-evaluativa.²³

En la perspectiva que adoptamos, a la luz de las premisas desposadas, no hace sentido reducir el fenómeno jurídico a las variaciones del formalismo exacerbado, notablemente del originalismo estricto, contrario al reconocimiento fáctico y jurídico de la importancia de efectuar una interpretación-decisión fundamentada, lo más directo posible y deliberadamente consecuente, en el plan pragmático.

Por otro lado, rechazamos el decisionismo irracional, que se figura incompatible con un orden mínimo de razones. El antiformalismo manipulador es el subproducto del deconstruccionismo arbitrario que, en nombre de ese o de aquel argumento de fachada, hace lo que bien entiende con el texto normativo y prefiere tiranizarlo a autocontrolar los impulsos idiosincrásicos. El decisionismo antiformalista se

²³ Argumentos interpretativos son textuales, sistémicos y teleológico-evaluativos o consecuenciales, en la clasificación de Macormick. (MACORMICK, Neil. **Rethoric and rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2009).

nutre de falacias contraposiciones sin resolverlas, ya que no se compromete con soluciones mínimamente razonables. Y, finalmente, salta del ser para el deber-ser con la facilidad típica de los prestidigitadores.

De ese modo, entendemos qué bien interpretar el Derecho, en términos semánticos, sintácticos y pragmáticos, implica no resbalar para los extremos del formalismo y del decisionismo irracional. En otras palabras, tenemos de alejar todo aquello que se figura irracional, sin subestimar la importancia de la intuición, pues lo mejor para hacer es interpretar el Derecho, dentro y fuera de las Cortes, con ojos fijos en las reglas institucionalizadas y en los posibles beneficios líquidos en términos sistémicos. La deferencia a las reglas encuentra su límite establecido por la evaluación consistente de los impactos globales de la interpretación producida, a la vista de los propósitos superiores del sistema jurídico. Tales y otras cuestiones no si concilian con las concepciones reduccionistas del Derecho, que lo consideran simple aglomerado de reglas homogéneas de comando o arreglo bruto de convenciones.

CONSIDERACIONES FINALES

A la vista de las consideraciones formuladas, concluimos:

1) El paso inicial para la interpretación jurídica reside en el reconocimiento decodificador del lenguaje, comprendida como el conjunto de signos construidos artificialmente. La norma jurídica es construida por medio del proceso de elección de las decisiones interpretativas.

2) El sistema jurídico es, de hecho, mucho más rico del que el ordenamiento incoherente. El intérprete, por su vez, ultima la elaboración del sistema jurídico. Al hacerlo, no suprime la alteridad del texto, sin embargo interactúa con él, su inevitables pre-comprensiones y de sus no menos inevitables sesgos.

3) Se equivoca aquel tipo de formalismo que propone amoralismo para los que ejercen la tarea de interpretar el Derecho, jueces o no. No es razonable desear un intérprete dotado de supuesto poder de colocar entre paréntesis los

juicios pragmáticos de valor. En otro extremo, también se equivocan los que apuestan en el decisionismo irracional, contrario a cualquier forma.

4) Con todos los conceptos, la fecunda retroalimentación hermenéutica que acontece entre intérprete, sistema y ordenamiento amplía sobremanera las responsabilidades por la producción final de normas jurídicas razonables.

REFERENCIAS

BESHEARS, John; GINO, Francesca. **Os líderes como arquitetos de decisão**. Harvard Business Review, maio, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CHARTIER, Roger. **A aventura do livro: do leitor ao navegador**. Trad. Reginaldo de Moraes. São Paulo: UNESP, 1999.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Vol.1. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

GIGERENZER, Gerd. **O Poder da intuição**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HUSSERL, E. **A ideia da fenomenologia**. Trad. Artur Morão. São Paulo: Edições 70, 1986.

IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros. **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 65-91.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking. Fast and slow**. New York: Macmillan, 2011.

MACORMICK, Neil. **Rethoric and rule of law**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Os limites à interpretação das normas tributárias**. São Paulo: Quartier latin, 2007.

ROBLES, Gregorio. Perspectivismo textual y principio de relatividad sistémica en la teoría comunicacional del derecho. IN: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES, Gregorio. **Teoria comunicacional do direito**: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011, p. 3-31.

ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011.

ROBLES, Gregorio. **Teoría del derecho**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2012.

SAUSURRE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Trad. Antônio Chelini; José Paulo Paes; Izidoro Blikstein. 28. ed. São Paulo: Cultrix, 2012.

SCAVINO, Dardo. **A filosofia atual**: pensar sem certezas. Trad. Lucas Galvão Britto. São Paulo: NOESES, 2014.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 2, São Paulo: IBET/Axis Mvndi, 2003.

Recebido em: out/2015

Aprovado em: nov/2015