UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O VAZIO E O INACABADO DA LEI:

PARA UMA TEORIA FRAGMENTÁRIA DO DIREITO

JAIRO BISOL

Recife
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O VAZIO E O INACABADO DA LEI:

PARA UMA TEORIA FRAGMENTÁRIA DO DIREITO

JAIRO BISOL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor.
Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato

Recife

2004

AVALIAÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

O VAZIO E O INACABADO DA LEI:
PARA UMA TEORIA FRAGMENTÁRIA DO DIREITO

JAIRO BISOL

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado com Distinção

Prof. Dr. George Browne Rêgo
Julgamento: Aprovado com distinção Ass.:

Prof. Dr. Miroslav Milovic
Julgamento: Aprovado com distinção Ass.:

Prof. Dr. Raymundo Juliano Rêgo Feitosa
Julgamento: Aprovado com distinção Ass.:

Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe
Julgamento: Aprovado c/ Distinção Ass.:

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva
Julgamento: Aprovado c/ Distinção Ass.:

Recife, 17 de setembro de 2004.

Programa de Pós-Graduação em Direito
FDR-CCJ/UFPE
Área de Concentração: Direito Público
Orientador: Prof. Dr. João Maurício Leitão Adeodato

À Julia, Joana e Juliana, ternura do amor que me conduz.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. João Maurício Adeodato pela sua preciosa orientação, pela qualidade de sua interlocução, suas palavras de estímulo, e pela amizade que transborda essa jornada acadêmica.

A todos os Professores e colegas da Pós-Graduação, pela riqueza do convívio humano e intelectual.

Aos colegas do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que apostam no aprimoramento da Instituição pela qualificação de seus membros.

Aos alunos, professores, funcionários e diretores da UPIS, companheiros de academia, lugar onde se constroem sonhos e cidadãos.

A Juliana, meu amor, pelo carinho e apoio incondicionais nessa jornada intelectual.

A José Paulo Bisol e Luis Alberto Warat, eternos cúmplices de minhas inquietudes intelectuais e existenciais.

RESUMO

Defendo nesta tese uma concepção fragmentária do direito, partindo de uma crítica ao conceito de norma geral, eixo da epistemologia jurídica dominante. Analisando o direito desde a sua perspectiva lingüística, verifiquei a impossibilidade de se firmar o status ontológico da norma geral em qualquer um dos três níveis da linguagem. No nível sintático, o discurso jurídico-normativo é elíptico e incompleto. No nível semântico, por se valer da linguagem natural, é vago e ambíguo. Na dimensão pragmática, o discurso normativo carrega a contingência de toda ação comunicativa, pelo que só pode realizar-se como norma individual. Os juristas recorrem aos fragmentos gerais da lei para fundamentar retoricamente a construção de normas individuais, num procedimento jurídico-decisório cuja lógica não é a de perseguir a mais ampla subsunção do conflito judicializado ao texto da lei; antes, os embates processuais impõem estratégias de ocultação dos fragmentos normativos legais que enfraquecem as teses defendidas por autor e réu no contraditório ou pela magistratura na fundamentação da sentença. Por último, o discurso normativo do direito não tem o condão de emprestar validade às decisões judiciais. Toda decisão é ato de poder e não de mera cognição. Afastada a idéia de subsunção lógica, concluímos que a decisão é construída no interior do procedimento judicial, onde o conflito é objeto de sucessiva preclusividade, até alcançar o *status* final de coisa julgada.

Palavras-chave:

Teoria fragmentária do Direito
Inacabado da lei
Norma jurídica – inexistência

ABSTRACT

This thesis aims at defending a fragmentary conception of law. It begins with a criticism of the concept of juridical norm, which is the axis of the dominant epistemology of law. In a linguistic perspective, I demonstrate the impossibility of supporting an ontological status of the general norm at any of the three level of language. In the syntactic dimension, the normative-juridical discourse is elliptical and incomplete. In the semantic dimension, by using natural language, is vague and ambiguous. In the pragmatic dimension, where normative discourse closes itself off in the contingency of each communicative action, only can be realized as an individualized norm. Jurists make use of general fragments of positive law to justify rhetorically the construction of individualized norms, in a juridical-decision bound procedure whose logic is not that of pursuing the most ample subsumption of the judicialized conflict into the text of the rule. The adversarial process of law imposes strategies of hiding normative legal fragments that weaken the arguments posed by author and defendant, or by judges in the justification of the verdict. Finally, every decision is an act of power and not of mere cognition. Having ruled out from the idea of logical subsumption, I conclude that the decision is constructed in the interior of the judicial procedure, where conflict is object of successive pre-decisions until reach the final status of *res judicata*.

Key words:

Fragmentary Theory of law
Incompleteness of law
Juridical norm – inexistence

RIASSUNTO

Difendo in questa tesi una concezione frammentaria del diritto, partendo da una critica al concetto di norma generale, asse della epistemologia giuridica dominante. Analizzando il diritto sin dalla sua prospettiva linguistica, ho constatato l´impossibilitá di fissarsi lo status ontologico della norma generale in qualunque dei tre livelli del linguaggio. Nel livello sintattico, il discorso giuridico-normativo é ellittico e incompleto. Nel livello semantico, per valersi del linguaggio naturale, é vago e ambiguo. Nella dimensione prammatica, il discorso normativo carica la contingenza di ogni azione comunicativa, cosí solo puó realizzarsi come norma individuale. I giuristi ricorrono ai frammenti generali della legge per giustificare retoricamente la costruzione di norme individuali, in un procedimento giuridico-decisivo la cui logica non é quella di raggiungere la piú ampia sottrazione del conflitto giuridico al testo della legge; prima gli scontri processuali impongono strategie di occultamento dei frammenti normativi legali che indeboliscono le tesi difese dall´autore e reo nel contradditorio o dalla magistratura nella fondamentazione della sentenza. Per ultimo, il discorso normativo del diritto non ha il potere di imprestare validitá alle decisioni giudiziali. Ogni decisione é atto di potere e non di mera cognizione. Allontanata l´idea della sottrazione logica, concludiamo che la decisione é construita nell´interno del procedimento giudiziale, dove il conflitto é oggetto di successiva preclusione, fino a raggiungere lo status finale della cosa giudicata.

Parole chiave:

Teoria frammentaria del diritto
Incompleto della legge
Norma giuridica - inesistenza

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

1 O SISTEMA NORMATIVO 17

1.1 Uma cultura jurídica dogmática 17

1.2 A dupla sistematização do direito continental: codificação e cientificização 24

1.3 Declínio do sistema e ascensão dos princípios jurídicos: descodificação e deslegalização do direito 33

2 O CORPO DA NORMA 45

2.1 Enunciado normativo, proposição jurídica e ação prescritiva: sobre o *status* ontológico da norma jurídica 45

2.2 O dispositivo legal: fragmentariedade e incompletude do discurso da lei 61

2.3 Incompletude lógico-normativa e subsunção: a inexistência da norma jurídica geral 69

3 O SENTIDO DA NORMA 88

3.1 Ontologia: as origens da linguagem conceptual-abstrata 88

3.2 Crítica à função designativa: limites do realismo lingüístico 96

3.3 O irredutível abismo entre o mundo e a linguagem 102

3.4 O abismo entre o mundo e a linguagem no direito 107

3.5 Limites semânticos das palavras da lei: o mito das três heurísticas . 110

3.6 A função ontologizante da dogmática jurídica tradicional 122

3.7 Entimema e argumentação judiciária: o uso retórico das palavras da lei 127

3.8 A indisfarçável idealidade dos conceitos: o vazio da lei 140

4 O FUNDAMENTO DE VALIDADE 150

4.1 Decisão e subsunção 150

4.2 Poder, soberania e autoridade da lei 153

4.3 Da validade do poder ao poder da validade: uma inversão normativista 161

4.4 Conteúdos normativos irredutíveis ao conceito de validade 164

4.5 Validade da lei e validade da decisão 173

4.6 Preclusão como fundamento último da validade: o triunfo dos fatos sobre a lógica normativa 179

CONCLUSÃO 186

REFERÊNCIAS 196

INTRODUÇÃO

Esta tese é composta por quatro capítulos, nos quais desenvolvemos uma concepção fragmentária do direito como resultado de uma especulação crítica em torno do núcleo fundamental do objeto da ciência jurídica para as concepções normativistas do direito: a norma jurídica geral. A existência da norma jurídica pressupõe seja o discurso normativo do direito redutível a uma unidade ordenadora que lhe empresta o *status* de sistema, uma *ratio decidendi* apriorística contida num enunciado lingüístico - ou numa proposição jurídica tomada como significado deste enunciado - determinado ou determinável por critérios mais ou menos objetivos, capaz de fundamentar as decisões judiciais e emprestar-lhes validade.

Tomamos como fio condutor do texto um diálogo entre a reflexão filosófica e metodológica do direito e as efetivas práticas judiciárias. Na realidade, um diálogo entre a atitude crítica e reflexiva do autor, como membro da Academia, e a ideologia funcional dos meios forenses onde desenvolve sua atividade judiciária, na condição de membro do Ministério Público. Um diálogo traçado entre a academia e o fórum, entre o professor universitário e o promotor de justiça. De um lado, a especulação teórico-crítica de vocação multidisciplinar, problematizante e antidogmática, que persegue uma compreensão ampla do fenômeno jurídico, e deste modo não pode abstrair as dimensões ético, social e política em que o direito se realiza, seja como prática discursiva de veiculação das censuras, seja como poder que se exterioriza na aplicação coativa destas mesmas censuras; de outro, o convívio com um saber de formação tecnológica unidisciplinar, cuja vocação despolitizada e adestradora articula-se em torno de um discurso dogmático que apresenta o direito como um sistema auto-suficiente de normas gerais, dotado de plenitude lógica e de coerência formal interna.

O conceito de norma geral conferiu ao pensamento jurídico moderno “ordem” e “unidade”, noções de alcance instrumental que ainda hoje imprimem sobrevida ao modelo subsuntivo de aplicação do direito, concebido para a jurisdição dos grandes sistemas normativos da era moderna: os códigos civil e penal. Incrustado na formação acadêmica dos juristas, o formalismo normativista subjaze à imagem do direito como um sistema de normas e à compreensão das práticas forenses como atividade técnica, onde a decisão judicial é concebida como o produto de uma operação lógica de enquadramento do fato judicializado no discurso normativo do direito.

Por este ângulo, a crítica ao conceito de norma geral mostra-se indispensável à superação de um modelo de racionalidade jurídico-decisória cujos fundamentos lógico-subsuntivos não mais oferecem respostas adequadas nem às exigências do direito positivo atual, especialmente por força da crescente perda de sistematicidade em face dos fenômenos da inflação legislativa, da descodificação e a da deslegalização. De igual modo, o arcaísmo do normativismo formalista e da noção lógica de subsunção não permitem ao aplicador assimilar, com a rapidez necessária, as novas formas de direito e de jurisdição.

Ferramentas atualíssimas postas ao alcance dos juristas pelo constituinte e pelo legislador ordinário, tendo em vista as demandas de jurisdição dos direitos fundamentais constitucionalizados e dos emergentes direitos transindividuais, tais como a ação civil pública e o mandado de injunção, são recebidas com injustificada resistência por uma cultura judiciária conservadora que insiste em reproduzir o tecnicismo normativista concebido para a jurisdição dos códigos. O alcance instrumental emprestado pelo conceito de norma jurídica ao direito codificado transmuda-se hoje em entrave a ser superado em face dos novos desafios da sociedade contemporânea, onde o direito transborda a técnica de regulamentação por regras específicas que descrevem fatos-tipo, como nas grandes codificações, avançando em direção à jurisdição de pautas principiológicas, típicas do direito constitucional.

Neste contexto, propomos em linhas bem definidas uma concepção teórica fragmentária do direito e da argumentação judiciária. No entanto, não perseguimos uma reflexão adstrita tão-somente ao campo da epistemologia e da filosofia jurídicas, nem mesmo uma abordagem teórica exaustiva dos campos temáticos aventados, num diálogo com o que há de mais avançado na teoria jurídica contemporânea; antes, recuperamos tópicos do pensamento jurídico atual pelo critério da maior inflexão crítica, visando alimentar um diálogo com a tradição jurídico-decisória, suas práticas forenses e sua dogmática jurídica aplicada. Daí o transitar do texto entre temas de filosofia e de metodologia jurídicas, a medida em que avança a exposição das teses centrais de uma teoria fragmentária do direito.

O conceito de norma geral é o ponto de convergência de nossa reflexão por considerarmos o vértice no qual se apoia o pensamento jurídico moderno, base indispensável à dupla sistematização do direito: a do próprio discurso normativo, de um lado, que passa a dispor de uma unidade ordenadora; a do meta-discurso jurídico, de outro, o discurso sobre o direito enquanto sistema de normas gerais – a teoria jurídica. A sistematização do direito, no plano normativo, implicou nos fenômenos da codificação e da constitucionalização; no plano do saber jurídico envolveu, de um modo geral, a sua cientificização.

Do ponto de vista filosófico, sistematizar o direito consistiu em retirá-lo do campo da prudência, onde buscava fundamentos na filosofia prática, e desviá-lo para o âmbito da ciência, cuja base lógica e gnosiológica compõe a filosofia pura: de Jurisprudência à Ciência do Direito; de atividade prudencial decisória à cognição subsuntiva.

A modernidade sistematizou o direito tendo em vista o seu projeto político de construção de um poder uno e racional: o Estado. A exigência racional de autocontrole do poder impôs a tripartição de suas funções essenciais. Separar criação e aplicação do direito demandou criar mecanismos de vinculação do aplicador ao direito legislado, posto na anterioridade do ato jurídico-decisório: só é possível vincular o aplicador a

um discurso normativo que ofereça previamente uma única resposta para cada conflito judicializado: em outras palavras, a legislação deveria perfazer um sistema de normas gerais dotado de unidade, plenitude e coerência interna. Daí a necessidade de superação do modelo casuístico e pluralista do direito medievo; este oferecia pouca força vinculativa aos aplicadores e permitia um amplo espaço à discricionariedade judicial, mostrando-se imprestável à separação das funções judicante e legislativa.

A rigor, a modernidade nunca atingiu o ideal de um direito plenamente sistemático, embora seja inegável que tenha alcançado níveis de "sistematização" - o que os juristas chamam de "sistema aberto" -, especialmente no âmbito das grandes codificações. Hoje, o direito passa por um avançado processo de perda de sistematicidade que se manifesta em um conjunto de fenômenos que deveriam merecer atenção especial dos juristas. De um lado, a descodificação do direito pela multiplicação inflacionária das leis especiais, desgastando a credibilidade do discurso legislativo; de outro, a emergência de técnicas de regulação por pautas principiológicas, especialmente no âmbito do direito constitucional; por último, a criação de normas por atos administrativos, promovendo a deslegalização do direito. Todos estes fenômenos comprometem não apenas a instrumentalidade do modelo subsuntivo de aplicação do direito como a própria idéia de sistema normativo.

Estas, em síntese, são as teses expostas no primeiro capítulo: a imagem do direito moderno como sistema normativo, proposto e tomado como um sistema de normas gerais vinculantes. Tal concepção do direito encontra-se em franca decadência.

Identificada a categoria central do pensamento jurídico moderno, os dois capítulos seguintes tratam de desmistificá-la: a especulação crítica em torno do conceito de norma conduziu-nos à conclusão de que ela não se confunde com o dispositivo legal, nem com sínteses sintático-semânticas entre estes enunciados da lei: trata-se de uma categoria do pensamento jurídico que não ostenta status ontológico; na melhor das hipóteses, mesmo não assumida como tal, constitui uma

categoria exclusivamente lógico-deôntica. A norma jurídica geral, examinada a dimensão lingüística do fenômeno jurídico, simplesmente não existe: de um lado, não existe como corpo ou enunciado lingüístico, ou seja, pensada como expressão sintática dos enunciados da lei, a norma mostra-se como um discurso inacabado; de outro, não existe como proposição normativa, na condição de significado dos enunciados lingüísticos deste mesmo discurso, uma entidade de natureza semântica que veicula a suposta *ratio decidendi* apriorística, fundamento unitário das decisões judiciais. Do ponto de vista semântico, o texto legal mostra-se um discurso vazio, no qual os juristas mais colocam do que retiram significados. Para efeitos da concreção do texto legal, é preciso antes determinar o significado das palavras da lei, o que significa que a lei não contém um significado pré-determinado. Há na lei um vazio semântico que denuncia um nível de anomia no discurso normativo. Diante destas ponderações, tomamos a lei como um discurso vazio e inacabado.

Afastada a identidade entre norma e dispositivo legal, bem como a possibilidade de construirmos uma norma jurídica completa por sínteses entre vários enunciados da lei, desenhamos o discurso normativo do direito como fragmentário, elíptico e inacabado, do ponto de vista da enunciação normativa; indeterminado, carente de um sentido unívoco, semanticamente vago e ambíguo, ou seja, vazio do ponto de vista de um suposto conteúdo apriorístico. Trata-se, portanto, de um discurso normativo irredutível à suposta unidade ordenadora identificada pela teoria jurídica como norma jurídica geral: não é possível identificar-se uma tal unidade no emaranhado complexo e multifário do texto legal. Identificam-se apenas fragmentos normativos passíveis de sínteses semânticas entre si, tal fazem os juristas com os dispositivos legais e com os excertos jurisprudenciais, num procedimento que nunca alcança - nem persegue - a completude normativa metodologicamente suposta pelo conceito de norma jurídica geral, na condição de premissa maior da concludência juridiciária.

Os fragmentos normativos são dotados de generalidade, mas deles se constroem tão-somente normas individuais. O uso destes

fragmentos é mais retórico do que subsuntivo. O processo judicial, concebido como um duelo entre partes, impõe um jogo de ocultação e explicitação do discurso normativo: cada sujeito processual busca ocultar, estrategicamente, os fragmentos normativos que debilitam a tese defendida, e vice-versa. Este fenômeno é percebido tanto na argumentação processual de autor e réu, quanto na fundamentação da sentença, onde o juiz evita enfrentar o texto normativo onde ele enfraquece a sua decisão, expondo-a aos eventuais ataques recursais. Daí a importância no jogo processual, a título de exemplo, dos embargos declaratórios.

Afastada a existência da norma jurídica geral, no quarto capítulo sustentamos não emprestar o discurso normativo (fragmentário, inacabado e semanticamente indeterminado) validade à decisão judicial. Decidir é agir, e não conhecer. O modelo subsuntivo aborda a atividade jurídico-decisória como cognição, sustentando que a validade decorre da norma geral à qual o *decisum* subsume-se. Não é difícil perceber, as sentenças valem, em nosso sistema, porque delas não cabem mais recursos. A validade da sentença no modelo judiciário atual dá-se por preclusão, e não por subsunção. Uma sentença *contra legem* preclusa é válida porque dela não cabem mais recursos, apesar de suas ofensas à suposta ordem jurídica.

Nessa perspectiva, a dignidade normativa do texto legal depende do contexto cultural em que o direito é aplicado, e não de uma lógica subsuntiva consistente em emprestar validade às sentenças. O papel de controle do discurso normativo é antes político do que propriamente analítico, por isso deve estar conjugado com outras formas de controle. A preclusão é o atributo fundamental do agir decisório no âmbito processual, que não resulta de mera cognição. Decidir é agir preclusivamente, impondo irreversibilidade a uma opção dentre várias alternativas. A idéia de um silogismo judiciário é logicamente insustentável, e ofende o edifício da tradição filosófica ocidental como um todo, ao imiscuir retoricamente os campos da filosofia pura com os da filosofia prática. Ou o juiz infere a sentença a partir da norma e do fato

judicializado e, portanto, não decide, ou decide, e não constrói a sentença a partir de uma inferência silogística: *tercius non datur*. Não há como se decidir silogisticamente, como quis a modernidade jurídica. O simples fato de importar um modelo de inferência do pensamento sistemático não garante objetividade à sentença. A inferência silogística desde premissas problemáticas é apenas um argumento retórico: o entimema.

Diante deste quadro, mostra-se inviável o projeto moderno de construir um juiz – e um promotor de justiça - politicamente irresponsável. A atuação judicial é de indisfarçável teor político, eis que a norma jurídica geral que traduziria a premissa maior do silogismo judiciário não existe, ou seja, não é um dado do discurso normativo. Portanto, o discurso normativo não cumpre a função de controle analítico da decisão que a modernidade procurou lhe emprestar. Isto significa haver um déficit de legitimidade nos operadores do direito, pois o acesso às funções judiciais dá-se por um critério técnico, mesmo desenvolvendo-se as atividades judiciais por atos político-decisórios.

De um modo sintético, são estas as idéias defendidas na presente tese, indicadas a metodologia de trabalho adotada e a contribuição teórica oferecida ao pensamento jurídico atual.

1 O SISTEMA NORMATIVO

> *"[...] o conceito de silogismo não é meramente uma ilusão. Ele é uma ilusão, mas uma ilusão com efeitos poderosos sobre a realidade. O silogismo é uma das idéias subjacentes mais fortes dentro do pensamento ocidental e do processo decisório jurídico e, desse modo, ele molda o discurso jurídico, por vezes a tal ponto que se confunde com a própria realidade – **como se** a argumentação jurídica fosse silogística."*
>
> **Katharina Sobota**

1.1 UMA CULTURA JURÍDICA DOGMÁTICA

Um preconceito demarca a cultura jurídica atual desde a formação acadêmica, projetando suas sombras na atividade judiciária: ao tomar o direito como um saber prático, o profissional das lides forenses e do manejo processual supõe não fazer parte do seu ofício ocupar-se com as razões da metodologia e da filosofia do direito.

Esta atitude insólita é manifesta já no tratamento superficial conferido às cadeiras de *teoria geral do direito* nos cursos de bacharelado, cujos temas fundamentais encontram-se reduzidos a enfoques exclusivamente propedêuticos e não reflexivos. Tal abordagem estende-se às teorias gerais dos diversos ramos do direito, tais como a teoria do direito privado, a teoria do delito, a teoria do processo e a teoria do direito público. Resta ao corpo discente a impressão de que o curso de direito inicia-se, de fato, com o estudo da dogmática aplicada, desenvolvida em disciplinas cujas estratégias pedagógicas limitam-se à leitura e comentário da legislação vigente, de suas adjacências teóricas imediatas

desenvolvidas no âmbito doutrinário, bem como dos catálogos que reúnem as correspondentes consolidações jurisprudenciais.

Os dogmáticos, de um modo geral, "se desinteressaram, quase que completamente, pela construção de uma teoria geral que lhes servisse de suporte".[1] Amparando e reproduzindo uma concepção dogmática do direito, a academia tem passado ao largo do estudo dos pressupostos teóricos de um direito dogmaticamente organizado[2]. São múltiplos os indícios de que esta atitude alcança a cultura jurídica continental mesmo nos países desenvolvidos, ainda que se manifeste com maior vigor em culturas jurídicas dogmáticas de países de economia periférica, como o Brasil, onde os sistemas educacionais, em regra, enfrentam crises de investimento na qualidade da formação acadêmica. A formação do bacharel em direito carece de uma reflexão dos pressupostos gnosiológicos do conhecimento que reproduz, da consciência da historicidade do fenômeno jurídico, de uma definição mais precisa do seu objeto de conhecimento – onde especule, inclusive, a possibilidade desse mesmo objeto – e, por último, de uma discussão em torno da metódica mais apropriada ao seu estudo.

Reduzida a um dogmatismo rasteiro que oferece aos estudantes os prestígios de uma "ciência" sem epistemologia[3], a formação acadêmica do bacharel em direito acaba privilegiando a leitura e a interpretação dogmática dos textos legais, apoiando-se em uma retórica de inspiração doutrinária e jurisprudencial. Pretende, com esta atitude, estar construindo um conhecimento neutro e objetivo do direito positivo, tendo em vista a sua aplicação judicial.

Tanto na especulação acadêmica quanto no exercício profissional do direito, é comum a abordagem retórica do texto legal confundir-se com a reconstrução analítica de seus conceitos, prática cujos efeitos projetam-se no campo da heurística jurídica e da

---

[1] WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito II.* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 41.
[2] ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 285 et seq.
[3] WARAT, op. cit., p. 45.

fundamentação das decisões judiciais, onde não raro deparamos-nos com concludências tipicamente falaciosas, paralogismos ingênuos e argumentações com parco vigor persuasivo. Vícios dessa natureza acabam por constranger o alcance instrumental de noções indispensáveis ao próprio ideário juspositivista – no qual os juristas forenses supõem fundamentar suas práticas - tais como vinculação à lei, legitimidade e segurança jurídica.

Mesmo em países de cultura jurídica mais avançada, como na Alemanha, os juristas são acusados de assumirem intuitivamente técnicas retóricas rigorosamente negadas em suas construções teóricas.

> Eles pensam que declaram normas, mas não o fazem; pensam que aplicam silogismos, mas utilizam-se de entimemas; pensam que obedecem à racionalidade, mas são eles mesmos quem originalmente produzem uma racionalidade por agirem de maneira retórica[4].

Não se pode negar a importância de sujeitar o direito ao exame filosófico e metodológico, debruçando-se, de um lado, sobre a teoria jurídica, e de outro, sobre a complexidade da atividade forense, onde são construídas as decisões judiciais. Segundo Katharina Sobota[5], "quem quer que se disponha a descobrir os padrões básicos da comunicação normativa, deve examinar a retórica dos juízes e advogados ao invés da engenharia social de nossos dias ou dos estudos dialético dos lógicos". Trata-se, dentre outras coisas, de vincar os legítimos limites do ato de aplicação do direito em face da violência racional em que ele se traduz, com repercussões pungentes sobre dimensões fundamentais da vida humana – liberdade, qualidade de vida, projetos existenciais individuais e coletivos, afetos e patrimônio das pessoas, entre outras.

Ora, estremar os limites de exercício dos poderes que envolvem as práticas judiciais só é possível no âmbito da reflexão filosófica e metodológica do direito. De igual modo, é nesse campo que o jurista

---

[4] SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 7, 1996, p. 80-93. Tradução de Don't mention de norm!.

[5] Ibid., p. 83.

alcança consciência crítica do seu papel social e político. Uma prática judicial sem formação teórica é tão obtusa quanto uma teoria jurídica de academia sem correspondentes inspiração e fundamento na prática do direito. Em direito, talvez mais do que em qualquer outro campo do saber, teoria e *práxis* condicionam-se reciprocamente.

No entanto, ao centrar os estudos quase exclusivamente numa dogmática apoiada no legalismo formalista, o ensino jurídico acaba cultivando a idéia de não caber ao profissional do direito refletir sobre as implicações sociais e políticas de suas práticas cotidianas. A gravidade desta opção pedagógica avulta-se em países onde a ilusão da igualdade formal de todos perante a lei contrasta com as profundas desigualdades sócio-econômicas, caso do Brasil. De um lado, omite-se uma abordagem multidisciplinar do direito; de outro, não se garante a menor capacitação teórica do jurista para refletir criticamente os recursos conceituais mais elementares e fundamentais do pensamento jurídico-decisório, ferramentas básicas ao domínio do seu ofício.

Circunscritos a estas contingências culturais, os juristas forenses acabam transformando-se em instrumentos de seu próprio instrumento de trabalho: a lei. Em outras palavras, técnicos especializados na "aplicação objetiva" de um texto legal cujo "sentido correto" julgam encontrar-se dogmaticamente esquadrinhado pela doutrina de amplo apelo editorial e pela jurisprudência consagrada em largos e protéicos catálogos. Rendidos ao tecnicismo dogmático, aprendem tão-somente o manejo empírico do jogo argumentativo e contra-argumentativo dos embates forenses. Valem-se de *topoi* desenvolvidos, a partir do texto legal, pelo pensamento doutrinário e pela casuística forense – onde a expressão *topoi* significa "pontos de vista argumentativos" ou "lugares comuns da argumentação", nos termos da tópica aristotélica resgatada para o pensamento jurídico por Theodor Viehweg[6]. Os juristas parecem não perceber, por detrás das reconstruções pseudocientíficas da dogmática jurídica, tomadas por

[6] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Brasília: Imprensa, 1979. p. 26.

ferramentas teóricas para a administração dos conflitos, encobre-se uma retórica de cunho político cuja função primordial é promover a reprodução simbólica da ordem social, seja pela veiculação oficial das censuras, seja pela concretização de valores e interesses dominantes.

Sem formação teórica adequada e com especialização setorial, os profissionais do foro fazem uso retórico de categorias do discurso normativo e dos catálogos de *topoi* dogmáticos mesmo ali onde algumas reduções analíticas foram alcançadas pelo esforço de sistematização do direito moderno. Não raro atropelam os limites técnicos e políticos de suas práticas judicantes exatamente porque tais fronteiras são traçadas por fundamentos que eles mesmos insistem em desconhecer: os da metodologia e da filosofia do direito. Com esta postura acrítica, acabam reproduzindo uma cultura jurídica obsoleta cujo paradigma teórico[7] deita suas raízes no século XIX, um modelo circunscrito à aplicação subsuntiva do direito codificado, especialmente os códigos civil e penal. Apesar de todas estas limitações, julgam ainda aplicar de forma neutra e objetiva o direito posto legislativamente.

Afinal, que conteúdos normativos são estes que os práticos julgam aplicar objetivamente? Há um "sentido correto" no texto legal dogmaticamente demarcado e passível de ser apreendido por técnicas objetivas de interpretação? Se o jurista é um técnico especializado na aplicação subsuntiva da lei, há que se falar em "decisão judicial"? O que é "norma geral" e como extraí-la do complexo fragmentário do texto legal? Qual seria o papel do conflito real na construção de sua solução judiciária? Nesse viés pretensamente "epistêmico" de criação e aplicação do direito, quem seria o verdadeiro arauto da justiça pública: o legislador ou o aplicador da norma legal? De que serviria a dialética da argumentação num procedimento logicamente controlável por um modelo subsuntivo de aplicação da lei?

---

[7] ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 151.

A estas questões os juristas forenses, em regra, não oferecem respostas. Antes, tratam de apontá-las como questões de ordem filosófica e não propriamente jurídica. Desprovidos de uma reflexão crítica e reduzindo a atividade judiciária a "um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos"[8], os juristas acabam perpetuando um senso comum teórico[9] medíocre do ponto de vista instrumental e politicamente alienado. Comungam um conjunto de crenças e práticas que proporcionam um meio confortável - e, por vezes, até mesmo inconsciente - de se apropriarem dos significados das palavras da lei.

Não raro, os práticos forenses acabam substituindo, na interpretação dos textos legais e na construção das decisões judiciais, os valores passíveis de instituir um projeto coletivo de justiça pública pela realização obscura e circunstancial de interesses setoriais ou particulares, muitas vezes inconfessáveis. Convertem, ao fim e ao cabo, "seu saber profissional em uma espécie de 'capital simbólico', isto é, numa riqueza auto-reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos"[10].

Por óbvio, a recalcitrância deste tecnicismo dogmático não traduz um mero capricho de uma cultura jurídica que, por falta de um modelo teórico-prático mais atualizado, insiste em reproduzir o arsenal metodológico de uma modernidade tardia ainda projetando suas sombras no direito atual; nem tampouco há se falar em decadência do direito. Mesmo se reconheça o caráter obsoleto do direito atual, há um modelo teórica e politicamente articulado por detrás deste traçado cultural dos juristas, um saber munido de estratégias metodológicas, pressupostos filosóficos e objetivos político-ideológicos. Um saber que, a um só tempo, aliena e instrumentaliza o jurista, transformando-o num técnico especializado na aplicação acrítica e irrefletida da lei: este saber traduz

---

[8] FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 91.
[9] WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I:* interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. p. 13.
[10] FARIA, op cit., p. 91.

exatamente o projeto de racionalidade cientificista imposto pela modernidade, que sonhou edificar uma atividade judiciária puramente técnica, capaz de construir sentenças judiciais pela simples aplicação objetiva dos conteúdos da norma legal, resultando na concepção de uma versão jurídico-normativa do modelo de inferência lógico-formal importado das ciências exatas: o silogismo judiciário.

Esta concepção cognitivo-instrumental do direito compõe uma estratégia mais ampla e ambiciosa da modernidade, envolvendo a secularização do conhecimento em geral pelo uso do modelo epistêmico resgatado da geometria, da matemática e da física, cuja racionalidade lógico-formal cumpriria, entre outras coisas, libertar o homem dos grilhões da tradição religiosa. O direito forjado sob a égide da racionalidade científica tramou a ilusão da igualdade formal de todos perante a lei – um sistema de regras gerais, abstratas e impessoais -, erigindo o homem, individualmente considerado, como o sujeito da história e constituindo-se na mais valiosa ferramenta de engenharia institucional do emergente estado liberal-burguês.

Em que pesem os esforços do pensamento jurídico contemporâneo, ao oferecer inúmeros modelos de heurística e de fundamentação das decisões judiciais[11] superando esta concepção liberal de administração da justiça pública, arraigou-se entre os juristas a idéia de as decisões judiciais serem construídas por um raciocínio tipicamente dedutivo, espelhado na estrutura da inferência silogística. A crença numa **norma jurídica geral** posta objetivamente como um dado à disposição do jurista-aplicador é indispensável a este modelo de racionalidade jurídico-decisória reproduzido na academia e nas práticas judiciárias: a norma, enquanto dado objetivo, constitui-se na premissa maior do silogismo judiciário. É na condição de premissa maior que a norma geral identifica-se com a norma de decisão, exatamente por conter supostamente a *ratio decidendi* em sua plenitude, ou seja, o fundamento decisório posto

[11] Cf. LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 9-258. Larenz oferece uma boa síntese das contribuições mais próximas a nossa origem germânico-romanística na parte "Histórico-Crítica" de sua Metodologia da ciência do direito.

aprioristicamente pelo legislador. Assim, a idéia de uma norma jurídica geral e abstrata, além de fazer do jurista um técnico especializado na subsunção lógica dos conflitos judicializados ao direito positivo, é a ferramenta pela qual se cumpre a exigência de fundamentação das sentenças decorrentes da positivação do direito sob a forma legislativa. Em torno à crença de uma norma jurídica geral sedimentou-se uma ideologia amplamente funcional: o normativismo, que é a condição da presença da biopolítica (a politização da vida[12]) nas instituições que administram os sentidos da lei na sua aplicação cotidiana aos conflitos sociais.

1.2 A DUPLA SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO CONTINENTAL: CODIFICAÇÃO E CIENTIFICIZAÇÃO

A modernidade, ao submeter o saber jurídico aos domínios da razão epistêmica e da lógica formal, acabou por sistematizá-lo como um conjunto de teorias jurídicas – sistemas conceituais onde a norma jurídica figura como categoria fundamental. De igual modo, tratou de imprimir sistematicidade ao discurso normativo como objeto central do saber jurídico: a lei codificada arrima-se também nas idéias de plenitude e coerência lógicas. Com este duplo e articulado movimento de sistematização, do discurso e do meta-discurso normativo, promoveram-se profundas alterações no pensamento jurídico, visando a garantir previsibilidade às práticas jurídico-decisórias, de modo nada restasse ao sabor da vontade casuística do intérprete-aplicador.

A idéia de um raciocínio jurídico de natureza dedutiva está profundamente arraigada nestas duas pretensões do pensamento jurídico

---

[12] AGAMBEN, Giorgio. *O poder soberano e a vida nua.* Lisboa: Presença, 1998. p. 115-121.

moderno: 1) a cientificização do saber jurídico, desviando seu leito prudencial para os domínios da ciência, munindo-o com a roupagem lógico-formal da racionalidade epistêmica; 2) a codificação das normas legais, onde se verteu um esforço de sistematização da lei com intuito de trazer para o campo normativo o modo de concludência silogística. Perseguia-se com isso a vinculação incondicional do aplicador ao texto da lei, como expressão acabada de um ato de vontade do legislador.

Os códigos perseguiram instituir um sistema de normas capaz de oferecer um tratamento exaustivo à matéria regulada e, ao mesmo tempo, responder aos princípios lógico-aristotélicos que lhe emprestavam coerência interna. As idéias de codificação e de sistema, filhas diletas do jusracionalismo iluminista dos séculos XVII e XVIII, traduzem a busca de um direito organizado segundo as exigências da razão[13]. Com eles se pretendeu oferecer aos conflitos judicializados uma única solução normativa válida.

Com este núcleo teórico-instrumental, a um só tempo legalista, formalista e normativista, o pensamento jurídico continental submeteu o ato decisório a um controle racional inspirado no modelo de inferência silogística. Bem observado, a norma jurídica geral é o critério pelo qual o sistema escolhe o problema: não sendo o conflito subsumível ao texto normativo, constitui-se num falso problema jurídico, ou seja, um conflito não jurídico. De igual modo, nos conflitos que interessam ao direito, só são juridicamente relevantes os aspectos que se enquadram na norma geral. Toda a conflitividade transbordante ao esquema da lei não interessa à discussão judiciária do conflito. Assim, ao imprimir significação jurídica, a norma reinstitucionaliza o conflito: torna o conflito, enquanto fato social, num fato jurídico, emprestando-lhe decidibilidade nos limites de um esquema racionalmente controlado.

A racionalização do exercício do poder pela tripartição de suas funções essenciais exigia, entre outras coisas, não mais se confundissem

---

[13] WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 340-395.

sob o manto de uma mesma autoridade os atos de elaboração e aplicação do direito. A decisão judicial fundamentada na lei limitar-se-ia, nestes moldes, ao exercício de mera cognição, garantindo-lhe uma natureza exclusivamente técnica; já a elaboração legislativa do direito estaria calçada em atos de natureza política.

O cientismo jurídico, desdobrando-se em idéias como as de "sistema normativo", "norma geral", "silogismo judiciário" e "igualdade formal de todos perante a lei", marcou de tal modo a cultura jurídica atual que não seria correto pensarmos o direito em termos de juizes e normas antes do advento do Estado Moderno.

Para garantir objetividade às práticas judiciárias positivou-se de forma mais explícita e sistemática as regras constitutivas do direito: daí a consolidação e a codificação das leis, a constitucionalização do direito e sua projeção na idéia de ordenamento jurídico. Com o advento da modernidade e a adoção de um novo padrão de racionalidade de vocação epistêmica, desacreditou-se no modelo da *phrónesis* herdada dos gregos e estudada no âmbito da filosofia prática, por não corresponder à busca da evidência pelos cânones da demonstração. Perseguiu-se a separação radical entre os processos de conhecimento e de valoração do mundo e, com isso, a erradicação dos elementos valorativos do estudo dos fenômenos sociais, dentre eles o direito.[14]

De outro lado, esta concepção formalista e legalista do direito promoveu a profissionalização da magistratura, imprimindo-lhe um perfil técnico-burocrático. De fato, ao legislar por suportes fáticos em grandes codificações, a modernidade pretendeu fulminar o poder decisório da magistratura em máximas como a da proibição de interpretação do Código de Napoleão, pela qual o juiz francês não passaria de uma simples "boca da lei".[15]

---

[14] LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência.* Lisboa: Fragmentos, 1989. p. 167.

[15] MONTESQUIEU, A. *Do espírito das leis. Livro XI. Capítulo VI*: das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 152. (Os Pensadores).

Do ponto de vista histórico-filosófico, foi o pensamento jusnaturalista - embora em aparente contra-senso - que sedimentou as condições indispensáveis à consolidação do positivismo no direito moderno. De certo modo, o positivismo jurídico resgata, numa síntese superadora, traços marcantes de duas escolas antípodas: o jusracionalismo e o historicismo. A Ilustração emprestou a "*idea del ordenamiento jurídico como un sistema de reglas deducidas de algunos principios evidentes o naturales*"[16], ou seja, a crença de um legislador racional e universal inspirando as grandes codificações. Assim, o "sistema jurídico" pré-existe a sua elaboração legislativa. Pré-existe, como sistema, inclusive à sua própria formulação "científica" pelos juristas. Apenas manifesta seus conteúdos apriorísticos nos conceitos gerais e abstratos resgatados do campo metajurídico para emprestar fundamento ao sistema jurídico positivo como um todo[17].

Ao sujeitar o pensamento jurídico a um conjunto de princípios racionais imutáveis e *a priori*, dos quais os juristas devem deduzir o direito como um sistema de normas – traço apto a descaracterizar o perfil juspositivista – o jusracionalismo coloca-se como filosofia precursora da era das grandes codificações, ao final do século XVIII, resultado de um esforço racional de elaboração do direito de inclinação francamente iluminista. Ao positivar o direito natural, o jusracionalismo lançou as bases de um direito, ao mesmo tempo, produto da autoridade e da razão: de um lado, é expressão da razão posto que direito Estatal não resultava da mera arbitrariedade do poder; de outro, é "expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisso pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico)"[18]. Esta idéia de sistema, subjacente à

---

[16] BOBBIO, Norberto. *Derecho y lógica*. Ciudad del México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1965. p. 12.
[17] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 21-29.
[18] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 54.

concepção jusracionalista de direito, serviu de estrutura formal para a derradeira consolidação do positivismo legalista.

Os códigos modernos, em sua origem, representavam a pretensão iluminista de um legislador racional - modelo que falhou diante das idiossincrasias históricas do legislador concreto: o pensamento jusracionalista não percebeu a 'lógica irracional' que perpassa o exercício do poder político pelos corpos legislativos. O processo de elaboração legislativa do Código Civil Napoleônico na França, apesar de se inspirar num anteprojeto originalmente jusracionalista, acabou consolidando a tradição romanística do direito comum, substituindo a idéia de um conjunto de normas deduzidas de princípios racionais *a priori* por uma sistematização normativa do velho direito romano[19].

Apesar da importância das impostações do jusracionalismo racionalista da Época da Ilustração, seja no tocante à codificação do direito, seja na elaboração de um saber jurídico de vocação sistemática, foi o historicismo alemão que emprestou os fundamentos de superação do jusnaturalismo, garantindo a transição ao positivismo, onde o direito estatal é obra de uma vontade política historicamente determinada. O historicismo, opondo-se ao movimento de codificação que avançava na Europa continental, teceu profundas críticas ao universalismo dos princípios abstratos da razão e conferiu ao direito toda a contingência da história: o direito é produto de forças espirituais e coletivas historicamente determinadas, cabendo aos juristas a sua organização sob a forma dos sistemas conceituais da racionalidade científica.

O positivismo jurídico resgatou as idéias de sistema e de codificação do jusracionalismo, de um lado, e o caráter puramente contingencial e temporal do direito no historicismo alemão, de outro. Entretanto, negou a submissão do legislador às forças históricas e espirituais do povo, concebendo um direito produto do exercício de um poder soberano, cuja elaboração submete-se à vontade arbitraria do legislador histórico. O monopólio da produção jusnormativa por atos de

---

[19] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 63-89.

soberania do Estado-legislador é um dos primados fundamentais da concepção liberal-burguesa da ordem jurídica e política subjacente ao Estado de Direito.

O reconhecimento do irracionalismo inerente à função legislativa não impediu, no entanto, perseverassem as pretensões de controle racional do direito; antes, acabou provocando um importante deslocamento: no lugar do legislador racional, proposto pelo ideário jusracionalista, surge a figura do juiz racional, sustentada pelos positivistas. Assim, o direito passou a ser, de um lado, o produto resultante da atividade política do poder legislativo e, de outro, o limite do poder decisório judicial. À ciência do direito, alijada de sua função de elaboração do direito, cabia tão-somente promover a interpretação sistematizadora da lei, *"pues si la ley es fruto de la voluntad, de la ideología del poder o de una formación espontánea y cosificada, resulta por completo improcedente ensayar una ciencia de la legislación*" [20]. A busca do controle racional manifesta-se claramente nas duas concepções jusfilosóficas antípodas que se sucederam nos umbrais do mundo moderno: de um lado, o pensamento jusracionalista propôs a redução das práticas legislativas a uma atividade técnico-científica, onde o direito legislado espelharia um sistema normativo logicamente dedutível de um conjunto de princípios jurídicos universais e apriorísticos; de outro lado, o positivismo jurídico buscou reduzir o juiz a um simples técnico e aplicador acrítico dos textos legais fixados pela vontade política do legislador[21].

A idéia de um juiz racional foi indispensável à consolidação do Estado Moderno, ínsita à lógica da separação das funções legislativa e judicial. De igual modo, ao dar vazão à noção jusracionalista de sistema normativo, o fenômeno da codificação consolidou um dos mais renitentes mitos do pensamento jurídico desde a era moderna: o mito do silogismo judiciário. A aplicação subsuntiva do direito codificado traduz uma

[20] SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos.* Madrid: Dykinson, 1988. p. 18-19.

[21] BOBBIO, Norberto. *Derecho y lógica*. Ciudad del México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1965. p. 13.

compreensão técnico-cognitiva da atividade judiciária, cujo êxito depende de uma magistratura estreitamente vinculada ao texto legal, imune às intervenções de índole subjetivista ou voluntarista. Nasce com o Estado Moderno a figura do juiz politicamente irresponsável[22].

Os códigos antigos, meros catálogos assistemáticos de máximas da prudência jurídica ou de regras de inclinação casuística, não se confundem com as grandes codificações da era moderna. Os códigos modernos não consistiram em meras consolidações de leis e costumes do mundo antigo. Desenhava-se um direito novo mediante leis gerais que regulassem as relações sociais de modo uniforme, objetivo e suficientemente claro, fulminando a discricionariedade do intérprete-aplicador. Submetido o direito legislado aos domínios da razão e da lógica formal, o ato jurídico-decisório restaria um procedimento racionalmente controlado, pois se a codificação do direito "*constituye un monumento de la geometría social y jurídica, la interpretación por su parte há dejado de ser un catálogo de casos, tópicos y argumentos para construirse a imitación del propio Código, este es, como un silogismo perfecto*".[23]

Os grandes códigos emprestaram maior coerência lógica, generalidade e plenitude ao discurso normativo estatal, permitindo a consolidação de noções fundamentais ao direito moderno tais como as de legalidade e vinculação, forjadas para garantir a submissão da racionalidade jurídico-decisória dos magistrados à vontade normativa dos legisladores. Daí também porque os critérios diferenciados de preenchimento dos cargos correspondentes a essas funções públicas: de um lado, a legitimação por meio da representação política; de outro, os critérios técnicos dos concursos públicos. Por óbvio, um pensamento jurídico sistemático é estranho às formas de organização política onde os atos de elaboração e a aplicação do direito confundem-se em uma mesma autoridade.

---

[22] SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 95-127. (Cuadernos y Debates, 40).

[23] SANCHIS, Luis Prieto. *Ley, principios, derechos.* Madrid: Dykinson, 1998. p. 16.

O sistema de direito legislado moderno edificou-se sobre os escombros e uma primeira e radical tentativa de racionalização legislativa do direito estatal: o método casuístico de elaboração legal – técnica legislativa que perseguiu uma regulamentação exaustiva e minuciosa do direito, como expressão de uma crença desmedida na razão caracterizadora do jusracionalismo da Época da Ilustração. Apesar da falência dos códigos inspirados no método casuístico, a pretensão de conter todo o direito no interior da legalidade sobreviveu em uma nova técnica legislativa, com manifesto potencial de enxugamento e sistematização do texto legal: o método abstrativo-generalizador, no qual se inspira a atividade codificadora até os dias de hoje.

Surgem os códigos modernos ostentando, de um lado, maior rigor no âmbito lógico-formal interno e, de outro, maior flexibilidade para adaptar-se com eficiência à diversidade empírica das condutas hipoteticamente normadas. Estes códigos foram dotados de inovadoras "partes gerais" que passaram a cumprir, desde então, uma relevante função normativa: mediante suas construções conceituais abstratas, tratam de imprimir unidade à diversidade temática positivada nos mais variados dispositivos da lei codificada. A uma só palavra, com o advento dos códigos, garantiu-se uma maior "sistematização" dos conteúdos normativos legais. Operar o direito por meio de um pensamento sistemático dependia de uma dupla sistematização: de um lado, a normativa, alcançada pela codificação do direito; de outro, a das construções teoréticas e seus sistemas conceptuais, eis somente ser possível raciocinar-se sistematicamente no interior de uma teoria. Daí o papel ordenador das teorias gerais ao emprestarem suas construções conceituais às partes gerais dos códigos de lei.

Por força desta tradição cientificista, os juristas continentais tomam o direito como um sistema de normas legais vinculantes, ou seja, um conjunto logicamente coerente e ordenado de *ratio decidendi* apriorísticas, formando uma totalidade que aspira encerrar os conteúdos normativos necessários à fundamentação das decisões judiciais. Os fundamentos normativos que formam o sistema jurídico advêm

ordinariamente da atividade estatal, seja como conjunto de precedentes registrados pela corte judicial, seja como complexo de textos elípticos resultantes da elaboração político-legislativa e devidamente publicados em coletâneas oficiais. A noção de ordenamento jurídico confere acabamento a esta pretensão moderna de definir na anterioridade do julgamento o fundamento normativo da decisão.

Os sistemas de direito legislado buscam conter a *ratio decidendi* no corpo do texto legal e suas adjacências (lacunas da lei), texto e contexto onde os magistrados devem encontrar os fundamentos normativos de suas sentenças judiciais; já no *common law*, as razões de decidir são fixadas pelo alcance vinculante dos precedentes judiciais, pondo à vista uma estratégia antes jurisprudencial do que propriamente consuetudinária de positivação do direito. Ao fim e ao cabo, cada qual busca oferecer um critério objetivo e apriorístico de definição jurídica dos direitos tuteláveis pelo Estado, o que corresponde à idéia fundamental de segurança jurídica.

Se tomarmos os códigos civil e penal - as duas grandes obras legislativas da modernidade -, perceberemos um alcance diferenciado da função jurisdicional em face do princípio da legalidade: no âmbito do direito privado este princípio é mitigado pela possibilidade da validação da decisão judicial em fundamentos outros que não o específico conteúdo da lei; já no campo penal, dado o caráter injuntivo da reserva legal, aplica-se o direito nos limites da legalidade estrita. Em outras palavras, a jurisdição criminal deve ater-se à interpretação e aplicação da lei. A jurisdição privatística, por seu turno, está habilitada a avançar pelo terreno pantanoso da identificação e colmatação de lacunas da lei, o que se desenvolve mediante a atividade integradora do direito.

No direito brasileiro esta organização intrassistemática vem estremada no artigo 4° da Lei de Introdução ao Código Civil, pois “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os

costumes e os princípios gerais do direito"[24], e no artigo 1º do Código Penal, onde está prescrito que "não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal"[25]. Como fecho indispensável à idéia de sistema, verifica-se ainda o enquadramento de ambas as soluções no axioma ontológico do direito, segundo o qual "tudo o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido". Assim, no âmbito criminal o campo do que é juridicamente proibido está demarcado especificamente pela lei. Já no direito privado, permite-se reconhecer o caráter lacunoso da lei, liberando ao aplicador do direito identificar tais omissões e promover a integração do sistema de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Conforme já acentuamos, o desenvolvimento desta sistemática de interpretação e aplicação pretensamente objetiva do direito legislado deu-se em torno das grandes codificações modernas do século XVIII, embalado pelos ideais iluministas. Gestou-se, a partir daí, uma fé incondicional na racionalidade da lei codificada, sentimento que sobreviveu aos ataques da Escola Histórica do Direito, sendo assimilada pelo Positivismo Jurídico - ideologia que desabrochou no século XIX, dominou todo o século XX e, de certo modo, perdura até os dias de hoje. Trata-se de uma crença profundamente arraigada entre os juristas e que persiste até hoje, a despeito do já avançado processo de descodificação e deslegalização do direito: a crença na autoridade da lei.

1.3 DECLÍNIO DO SISTEMA E ASCENSÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: DESCODIFICAÇÃO E DESLEGALIZAÇÃO DO DIREITO

A transformação do Estado e da economia vem provocando, há algumas décadas, mutações radicais nas práticas político-administrativas

---

[24] BRASIL. Lei de *Introdução ao Código Civil*: Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942..

[25] BRASIL. *Código Penal*: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.. Art. 1º.

e nas estratégias normativas e jurisdicionais. O ímpeto codificador dos umbrais da modernidade deu lugar a um processo de proliferação legislativa, estimulando a dessacralização dos diplomas legais universais e de alcance geral. Os juristas parecem não perceber que este fenômeno compromete, de forma ainda mais radical, o modelo subsuntivo de aplicação do direito, e coloca em ruínas a crença na idéia de juiz politicamente irresponsável – membro de uma casta burocrática reduzida à condição de simples "voz do direito" codificado, como queria a razão iluminista desde o século XVIII. A crescente perda de sistematicidade do direito impõe duros golpes aos princípios mais fundamentais à instituição judiciária, tais como os da vinculação, da imparcialidade, da certeza e da segurança jurídica.

Com seu alcance normativo radicalmente mitigado, os códigos convivem com a multiplicação inflacionária de leis especiais que formam um volume superior ao seu próprio corpo normativo, um complexo extenso e desordenado de leis de pequeno porte, muitas com perfil casuístico, denunciando o avançado processo de descodificação do direito. A inflação legislativa caracteriza-se pela violação do princípio da unidade legal, ao tratar o mesmo assunto em mais de uma lei, pelo uso abusivo da fórmula excessivamente genérica da revogação das "disposições em contrário" e pela progressiva marginalização das técnicas legislativas originárias do movimento codificador[26].

À decadência da "lei codificada" sobrepõe-se uma ordem jurídica inflacionada pelo excesso de leis e atos normativos, fragmentária e difusa, onde o "mínimo sistemático" passa a ser garantido não mais pelas partes gerais das grandes codificações, mas pela velha função harmonizadora dos princípios jurídicos. Dotados de força tópico-retórica e positivados no corpo das constituições, os princípios formam um baldrame axiológico flexível capaz de cunhar uma aparência de sistema ao direito infraconstitucional descodificado, uma sensação de unidade pairando sobre diversidade profusa das normas do direito atual. Para

[26] FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito.* 2. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 34.

cumprir esta nova função sistematizadora, os princípios jurídicos constitucionalizados manifestam um duplo alcance instrumental: no âmbito material, são pautas que afirmam valores ao invés de descrever fatos-tipo, retirado força de sua notória densidade axiológica; no plano formal, o alcance sistematizador dá-se em virtude de sua posição na hierarquia das normas positivas, pois ostentam *status* de direito constitucionalizado. Sem sombra de dúvidas, é mais fácil compor pactos setoriais em uma sociedade multifária e pluralista mediante afirmações de valores comuns do que por descrições de condutas específicas a serem reguladas pelo direito.

O intenso debate em torno dos princípios jurídicos provocou estragos ainda não bem sedimentados no corpo da teoria da norma jurídica. A existência de pautas normativas estruturalmente diversas como os princípios jurídicos - que a toda evidência não dispõem da estrutura lógica da norma jurídica - reforçam a tese de que a norma geral dotada de plenitude lógica é uma abstração idealista. A presença dos princípios gerais nas ordens jurídico-positivas põe em cheque o alcance instrumental que a categoria "norma geral" empresta não apenas ao modelo subsuntivo de aplicação do direito, como à própria noção de "sistema normativo".

A discussão em torno dos princípios jurídicos iniciou-se na década de 70, por especial necessidade de assimilar, ao nível teorético, a sua inegável presença no interior das ordens jurídicas: os princípios formam uma categoria normativa irredutível às soluções teórico-práticas oferecidas aos juristas pelo modelo juspositivista. Ronald Dworkin[27] teve o mérito de propor a questão, num poderoso ataque ao positivismo jurídico – e, mais especificamente, ao "conceito de direito" de Hart[28] –, onde acusa esta doutrina de reduzir o fenômeno jurídico a um normativismo que o identifica apenas como um sistema de regras, deixando de vislumbrar existência de outras pautas de fundamental

---

[27] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 23-125.

[28] HART, Herbert. L. A. *O conceito do direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

importância para o direito vigente, tais como as regras programáticas (ou diretrizes) e os princípios jurídicos - pautas estas com estrutura lógica e função normativa sensivelmente diferenciadas das regras específicas de conduta.

Em substituição ao modelo positivista, Dworkin propôs um não-positivismo principialista onde sustenta ser o direito um sistema de regras, diretrizes e princípios, tese que acabou por alavancar intensas disputas teóricas e mudanças substanciais na teoria jurídica. Tais reflexões projetaram-se sobre os tópicos centrais da teoria e da filosofia jurídicas, como as relações entre direito e moral, a tipologia das pautas jurídicas, a criação judicial do direito, a caracterização dos casos difíceis (*hard cases*), a natureza e a estrutura do raciocínio jurídico. Em sua teoria não-positivista, Dworkin reconheceu cumprirem os princípios jurídicos e as normas programáticas (*principles and policies*) uma tarefa fundamental no direito atual: garantir a existência de uma única solução jurídica correta (*right tesis*) para cada caso judicializado, opondo-se à tese juspositivista segundo a qual o juiz, ao se deparar com um espaço vazio, um campo de indeterminação normativa do sistema jurídico, queda-se desvinculado do direito vigente e passa a exercer um poder discricionário, estando legitimado a decidir o caso por fundamentos extrajurídicos articulados *ex post facto*. Com isso, as impostações juspositivistas mais consistentes, do ponto de vista teórico, reconhecem ao juiz um nível de atividade criadora do direito.

O impacto desses novos marcos teóricos repercutiu num intenso debate em torno do desenvolvimento de critérios distintivos entre princípios e regras, seja quanto à estrutura lógica, seja quanto aos seus aspectos funcionais. Robert Alexy[29], outro expoente do não-positivismo principialista emergente, sustenta que o decisivo na distinção entre regras e princípios é o fato destes últimos, pautas muito abertas que expressam um dever ser ideal, não serem passíveis de um pleno cumprimento. Antes, atingem graus distintos de cumprimento, a depender não apenas

[29] ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho.* Barcelona: Gedisa, 1994. p. 73-75.

das possibilidades fáticas, mas também dos limites e oposições internas da própria ordem jurídica. Já as regras, são normas que exigem um cumprimento pleno, podendo apenas ser cumpridas integralmente ou não cumpridas, sem níveis intermediários. Nesse sentido, os princípios jurídicos são verdadeiros mandatos de otimização, pois ordenam que se cumpra na maior medida possível.

Percebeu-se, desde então, os inúmeros – e bastante difusos - usos lingüísticos da expressão "princípio jurídico" pelos juristas, desde os mais comuns (tais como o de "norma aberta", em face do "grau de generalidade significativamente alto" ou por "se valer de termos excessivamente vagos e ambíguos em sua redação", o de "norma que expressa valores superiores de um ordenamento jurídico" e o de "máximas do pensamento jurídico com reconhecido potencial de integração do sistema"), até os mais atuais e teoreticamente sofisticados (como os de "norma secundária, o que significa "norma dirigida imediatamente à conduta dos aplicadores de direito, regulando a seleção e aplicação de outras normas mais específicas", "*policies,* vale dizer, norma programática ou diretriz", ou mesmo "normas que caracterizam mandados de otimização").

Atienza e Manero[30] classificam as pautas jurídicas em "normas de mandato", "regras que conferem poderes" e "enunciados permissivos", para então sustentar que a subdivisão entre "princípio e regra" diz respeito apenas às normas de mandato. Segundo os autores espanhóis, os princípios jurídicos seriam normas de mandato classificáveis a partir de três critérios fundamentais: 1) os "princípios em sentido estrito", no sentido de normas excessivamente gerais ou que se valem de conceitos particularmente vagos em sua elaboração, por oposição aos "princípios como diretrizes e normas programáticas"; 2) os "princípios no contexto do sistema primário", ou seja, normas dirigidas à conduta dos cidadãos, por oposição aos "princípios no contexto do sistema secundário", que caracterizam as normas dirigidas à conduta dos agentes públicos

[30] ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho*: teoria de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

encarregados de criar, modificar e aplicar o direito; por último 3) os "princípios explícitos", cujo texto é formulado expressamente no ordenamento jurídico sob a forma legal ou jurisprudencial, por oposição aos "princípios implícitos", extraídos indutivamente por meio de outros enunciados formalmente expressos.

De um modo geral, o debate em torno dos princípios oscila entre os que defendem que suas diferenças com as regras específicas limitam-se às distinções de grau de generalidade, de um lado, e os que sustentam a existência de diferenças estruturais e funcionais entre princípios e regras, de outro.

De acordo com o critério do grau de generalidade, as pautas jurídicas variam desde regras específicas até os princípios gerais, passando por pautas de grau intermediário, nem tão específicas, nem tão gerais como os princípios. As primeiras regulam condutas rigorosamente tipificadas e descritas no texto, ou seja, que descrevem em seu corpo fatos bastante específicos.

No extremo oposto às regras específicas, encontramos os princípios jurídicos, ostentando uma significativa neutralidade tópica por não descreverem fatos hipotéticos, limitando-se tão somente a prescrever valores.

Já as pautas normativas intermediárias, chamadas cláusulas gerais, são mais "abertas" do que as regras específicas e, embora descrevam fatos-tipo, manifestam uma certa indiferença de conteúdo tópico, regulando um leque heterogêneo de condutas agrupadas em torno de algumas características comuns bastante gerais, contrapondo-se à maior objetividade fático-descritiva das condutas descritas nas regras específicas.

No entanto, o critério de distinção mais difundido entre os juristas apóia-se em diferenças estruturais significativas entre princípios e regras: os princípios jurídicos não são dotados de preceito, ou seja, não há neles conseqüência jurídica estatuída previamente; de igual modo, não se submetem a uma lógica disjuntiva, a lógica do tudo ou nada, seja no

que diz respeito à sua aplicação aos fatos concretos, seja, no tocante à solução de antinomias entre princípios. Assim os princípios não seriam normas jurídicas no sentido de uma proposição normativa completa dotada de uma descrição hipotética de um fato-tipo posto como condição de aplicação de uma conseqüência jurídica como dever ser. Sua aplicação também pode variar de acordo com valorações complementares. Por último, no caso de antinomias entre princípios, por vezes não ocorre o fenômeno da revogação, mas tão-somente o afastamento de sua incidência de um deles, por critérios extraídos do próprio conflito judicializado.

A classificação das pautas jurídicas tem profunda repercussão em dimensões metodológicas fundamentais ao direito como as que envolvem os conceitos de vinculação, validade normativa, antinomia e revogação, dentre outros, pois as diferenças estruturais e funcionais entre as diversas pautas jurídicas resultam sempre numa maior ou menor indeterminação do direito. As regras específicas, pelo seu rigor descritivo, tendem a uma maior determinação do seu conteúdo normativo, resultando numa melhor delimitação do seu âmbito de incidência. Por conseqüência, diz-se restar diminuta a zona de penumbra onde não se pode determinar objetivamente se os fatos subsumem-se ou não à pauta normativa em questão – fatos de juridicidade obscura a que algumas impostações metodológicas usam chamar de *hard cases*[31] (casos difíceis). Em decorrência desta característica, tendem a vincular o aplicador a uma decisão específica.

Todos estes fenômenos traduzem o lento abandono do direito codificado e se explicam pelo caráter fragmentário, multiforme e pluralista das sociedades atuais, onde convivem valores difusos, centrífugos e, por vezes, frontalmente contraditórios, um contexto social que constitui uma realidade bastante distante das sociedades liberais européias do século XIX e início do século XX, ou da estrutura patriarcal e escravagista da sociedade brasileira nessa mesma época. Apesar da divisão em classes e

[31] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 127-203.

estamentos nessas sociedades, é possível identificar-se um projeto político-social monista e uma relação de "poder/submissão" ideologicamente assentada, características já não tão marcantes nas sociedades atuais.

A idéia de um direito universal e codificado, portanto, vem aos poucos sendo abandonada por uma espécie de "retorno" a um modelo de direito "estatutário" e "pluralista". Alguns setores ensaiam reações recodificadoras, tal como a recente promulgação do novo Código Civil Brasileiro. Trata-se, no entanto, de fatos isolados, incipientes para se falar num renascimento desta perspectiva iluminista de ímpeto racional-analítico. Antes, observa-se o crescimento do modelo tópico-retórico nos mais variados campos do direito, especialmente em virtude do novo papel desempenhado pelos princípios jurídicos. Portanto, no Estado neoliberal o direito encontra-se em avançado impulso descodificador, vivendo um processo de declínio da lei sistematizada e auto-suficiente a que os juristas estão acostumados a manipular com a perspectiva lógico-formal de seu modelo subsuntivo.

Se, por um lado, a decadência da lei codificada provoca a constitucionalização do direito, modificam-se com isto as estratégias judiciais, especialmente a metódica subsuntiva de aplicação do direito. Frente a um ordenamento jurídico complexo e hipertrofiado, cumpre à base principiológica da Constituição o papel de sistematização outrora exercido pelas partes gerais da lei codificada. A luta pelos direitos fundamentais implica a luta pela dignidade normativa da Constituição. É preciso garantir aplicabilidade aos seus preceitos.

O Estado constitucionaliza-se, demandando profundas alterações nas práticas judiciárias com a expansão dos chamados "direitos sociais", seja porque em grande parte estes novos direitos encontram-se constitucionalizados, seja porque não se ajustam ao modelo processual de tutela coativo-repressiva do direito penal ou restitutivo-indenizatório do direito civil. Ademais, nesse processo de transformação do direito, a lei ordinária, com sua pretensão de lei geral e abstrata, resta

cada vez mais enfraquecida e achatada entre o poder regulamentar casuístico da administração e o arcabouço de princípios gerais constitucionalizados.

De um lado, um casuísmo cujo exercício profuso inflaciona o mercado de regras jurídicas; de outro, princípios que firmam de um modo excessivamente abstrato valores, metas e objetivos a serem cumpridos pela ordem jurídica positiva. Este fenômeno é percebido com clareza no âmbito do direito ambiental brasileiro, onde o padrão normativo oscila entre a força dos princípios gerais positivados no artigo 225 da Constituição Federal, e resoluções administrativas como as inúmeras editadas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), todas fundamentais à proteção do meio ambiente instrumentalizada por este ramo do direito.

Não é difícil observar no direito ambiental um significativo nível de indeterminação normativa e, como desdobramento inevitável, uma intensa atividade criadora na sua aplicação judiciária. Há também um evidente deslocamento da atividade político-decisória de elaboração do direito do poder legislativo para executivo, tanto no exercício de competência legislativa propriamente dita, como pelo poder regulamentar da Administração Pública. Portanto, a indeterminação normativa, reforçada pela ampliação da base principiológica do direito, aponta para um significativo acréscimo da discricionariedade judicial, fazendo surgir uma renovada discussão das conexões entre o direito e a moral, bem como do conflito ético no interior da decisão judicial, uma decisão que acolhe uma alternativa jurídica em detrimento de outras.

Com o advento da modernidade, a razão analítica conquistou um vasto campo no interior do pensamento jurídico. No entanto, ainda se admita alguma instrumentalidade ao modelo silogístico da concludência jurídica, basta uma análise perfunctória das práticas judiciárias atuais para se perceber a dificuldade fundamental para o aplicador do direito: difícil não é subsumir o fato à norma, mas construir as premissas desta subsunção, definindo o que é efetivamente jurídico no fato e quais as

premissas normativas que o regulam. Bem observada a natureza da prova judicial, conclui-se que o jurista não opera com fatos, mais com um complexo procedimento de valoração de um conjunto probatório fragmentário, inacabado e, por vezes, contraditório. De igual modo, não opera com normas, mas com um discurso normativo parecendo ostentar estes mesmos atributos da prova judicial. Assim, o raciocínio jurídico-decisório não opera com premissas objetivadas no processo judicial, tal como a idéia de silogismo faz supor. Trata-se, antes, de um entimema, um silogismo retórico em face da irredutibilidade de suas premissas à evidência, bem como da impossibilidade de sua completa enunciação.

A pretensão do pensamento jurídico moderno de reduzir a pó a vocação prudencial do ato jurídico-decisório mostra-se cada vez mais descabida, sucumbindo definitivamente com o advento dos direitos fundamentais e dos direitos de terceira geração, e em face da ascensão da base principiológica do discurso jusnormativo. Esta nova estratégia de regulamentação da vida social, embora de modo não satisfatório, veio responder às dificuldades de uma sociedade pluralista e fragmentária reduzir o conjunto de regras e princípios componentes do direito a um sistema razoavelmente acabado e dotado de coerência interna.

Por estes motivos, direitos emergentes de natureza transindividual, como o direito ambiental, são acusados de *direitos brandos*, eis que utilizam "programas, objetivos, verbos potenciais, generalidades políticas e não obrigações jurídicas. Os países os subscrevem porque não se sentem realmente obrigados"[32]. Acusações desta natureza fundamentam-se justamente nos paradigmas jurídicos da modernidade, sendo sintomática a dificuldade do jurista com este tipo de formação obsoleta equacionar adequadamente e operar com eficiência as questões relativas à proteção do meio ambiente e à aplicação das normas do direito ambiental, a título de exemplo.

---

[32] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 558.

Neste quadro complexo e pluralista nascem e tomam corpo os novos direitos. Já não ostentam uma proposta codificadora e, talvez por isso mesmo, venham reconhecidos no corpo dos diplomas constitucionais na condição de direitos fundamentais, em face das novas perspectivas metódicas que aos poucos se consolidam no direito atual.

Ante a crise radical da metodologia e do sistema jurídico da modernidade, resta ao novo direito constitucional e aos direitos de terceira geração a tarefa de desenvolvimento de uma metódica jurídica capaz de instrumentalizar o pensamento jurídico para o enfrentamento de novos desafios.

No entanto, os desafios parecem maiores nessa transição de milênio, onde o mundo ostenta sociedades caóticas em seu pluralismo político e social, sua multiplicidade cultural, sua globalização paradoxalmente anteposta ao retorno a velhos hábitos tribais, sua natureza massificada e profundamente banalizada por avanços tecnológicos pós-industriais estimulados por uma economia de mercado neoliberal e pelo fenômeno da informatização. Uma nova ordem mundial vai aos poucos se engendrando, onde a condição humana e a natureza parecem correr o sério risco de serem tratadas como obstáculos a serem afastados em nome do mercado.

Nesta sociedade pluralista e tecnológica, é inevitável projetar-se a falta de unidade no âmbito discursivo, ensejando um retorno à retórica e à argumentação prudencial, pois a busca de um *logos* normativo num ambiente de profunda diversidade axiológica não se rende a uma razão analítica de índole universalista.

Aos olhos de um cientista do direito, um caldo de cultura de extrema fertilidade para uma reflexão crítica sobre o fenômeno jurídico, que se proponha a exorcizar os fantasmas do passado, os ícones sagrados de uma modernidade já perdida no tempo, mas cujo espectro irresistível insiste em assombrar consciência dos juristas contemporâneos. A busca de um pensamento em fundamentos que articulem uma crítica profunda sobre a própria condição do afazer jurídico, sobre o *status* gnosiológico

mais adequado ao pensamento jurídico-decisório. Enfim, um pensamento que não se renda à redução analítica pretendida pelo cientificismo moderno, que durante muito tempo ocultou, de um lado, a natureza prudencial do direito e, de outro, a necessidade cada vez premente de se imprimir à dimensão jurídica do fenômeno social uma vocação e um destino ético-políticos.

2 O CORPO DA NORMA

> "*Otra manera de salvar la dificultad consiste em declarar que tales enunciados no son normas, sino fragmentos de normas, que debem ser integrados con otros enunciados para formar una norma completa.[...] Esta solución, que se podría llamar 'teoría de la norma incompleta', ha sido adoptada, entre otros, por Kelsen. El inconveniente principal de esta teoría [...] es la dificuldad de especificar las condiciones de identidad de una norma.*"
>
> **Alchourrón y Bulygin**

2.1 ENUNCIADO NORMATIVO, PROPOSIÇÃO JURÍDICA E AÇÃO PRESCRITIVA: SOBRE O *STATUS* ONTOLÓGICO DA NORMA JURÍDICA

O conceito de norma jurídica constitui uma das mais controversas abstrações da metodologia e da filosofia do direito: é tão manifesta a dimensão normativa do fenômeno jurídico quanto obscuro aos juristas definir com rigor, a partir das distintas fontes do direito (lei, ato normativo, jurisprudência, doutrina e costumes), o que sejam as normas gerais que supostamente o compõem. O pensamento jusmetodológico ainda promove intensos debates perseguindo um conceito que aponte, de um lado, os limites lógicos e, de outro, os critérios que objetivam o conteúdo da norma, de modo a instruir o prático do direito em sua tarefa diuturna de identificá-las e aplicá-las aos conflitos judicializados.

Os aplicadores do direito dispõem tão-somente de um complexo de enunciados lingüísticos para a construção das decisões judiciais. Nos países que adotam o direito continental, esses dados circunscrevem-se ao texto da lei, mediata ou imediatamente, em quase sua totalidade. De

qualquer sorte, a norma jurídica não se confunde com as formulações lingüísticas que compõe o texto legal[33], muito menos com os excertos jurisprudenciais e doutrinários - ainda que se possa registrar entre os juristas forenses, em face das já apontadas deficiências teóricas da formação acadêmica, uma tendência à identidade entre norma e dispositivo legal.

Vai uma grande distância entre reconhecer a lei como discurso normativo, de um lado, e demonstrar o caráter sistemático desse discurso, de outro, estabelecendo os critérios definitórios da suposta unidade que lhe empresta o atributo de "sistema": a norma jurídica. Bem observado, grande parte dos enunciados da lei não estabelecem proibições, obrigações ou permissões, frustrando uma expectativa primeira do iniciado nos estudos do direito no sentido de serem normas os dispositivos legais. A irrefletida identidade resulta destes enunciados, sugestivamente chamados "dispositivos" legais, serem articulados por números e letras no corpo da lei[34]. Ora, a distribuição ordenada dos enunciados legais em artigos, parágrafos, incisos e alíneas tem função indicativa, de modo a fixar "endereços" que viabilizam a citação inequívoca nos embates judiciários.

Definições legais como "considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública"[35], ou mesmo "são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos"[36], não perfazem um enunciado normativo. Não são normas jurídicas, desde não se queira ampliar de tal forma o campo de referência do conceito a ponto de comprometer o seu alcance instrumental. Por força de sua equivocidade, vocabulários filosóficos

---

[33] WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y acción*: una investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1970. p. 109-121.

[34] ALCHURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 97.

[35] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Artigo 327, *caput*.

[36] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Artigo 3º, *caput* e inciso I.

como o inglês oferecem resistência ao termo “norma”, ostentando nítida preferência pelo adjetivo “normativo”[37].

Do ponto de vista da lógica deôntica tri-modal[38] a norma jurídica proíbe, permite ou obriga uma determinada conduta ao aplicar os modalizadores deônticos (é proibido; é permitido; é obrigatório) a uma variante proposicional “p”, donde a estrutura lógica da norma resultaria: é proibido “p”; é facultado “p”; é obrigatório “p”. No que concerne a sua estrutura lingüística, ela se manifesta sob a forma de um enlace prescritivo ser entre uma descrição hipotética de um fato e uma conseqüência jurídica. Ocorrendo no mundo o fato hipotético descrito na norma, imputa-se a conseqüência jurídica que ela abstratamente prevê.

Difícil, no entanto, é determinar se a norma jurídica ostenta um *status* ontológico, apontando em que nível do fenômeno lingüístico ela se manifesta, ou então se ela é uma categoria exclusivamente lógica, uma pura forma do pensamento jurídico sem qualquer projeção na linguagem normativa concreta do direito positivo.

Intenso debate anima os jusfilósofos e os lógicos deônticos no sentido de fixar o *status* ontológico da norma jurídica, ou seja, o âmbito em que é possível dizer que ela existe. Admite-se, de um modo geral, que as normas são formuladas lingüisticamente, pelo que sua existência fundamenta-se num dos níveis - sintático, semântico ou pragmático – da linguagem, nos termos propostos pela filosofia da linguagem emergente no início do século XX.

Partindo da dicotomia fundamental entre fala (*parole*) e língua (*langue*), Saussure tomou esta última como objeto de estudo da lingüística. A língua é a linguagem menos a fala[39], tomando-se por fala o uso atual da língua. A fala é ato individual de vontade e inteligência pelo qual o falante, se valendo de combinações onde realiza o código da língua

---

[37] WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y acción*: una investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1970. p. 20.

[38] VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 62-105.

[39] BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia.* 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 17.

e do mecanismo psico-físico que lhe permite exteriorizar estas combinações, expressa um pensamento[40]. A língua, por sua vez, é a um só tempo sistema e instituição social, caracterizando um repertório de signos estruturado por regras de uso. Isoladamente, os signos são entes bifaciais, formados pela união entre significante (imagem acústica tomada como impressão psíquica evocada pelos sons que formam a palavra) e significado (conceito ou idéia associada a essa imagem): "O signo lingüístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica"[41].

O signo, portanto, foi erigido na unidade de estudo de todo sistema lingüístico, e seu estudo sedimentou-se na tripartição dos níveis de análise da linguagem propostos por Carnap[42], todos eles relacionais: o das relações que os signos estabelecem entre si; o das relações entre signo e objeto significado, e o das relações do signo com os usos lingüísticos. Estes três planos relacionais caracterizam respectivamente os níveis sintático, semântico e pragmático da análise do fenômeno lingüístico.

Tomada por um fenômeno sintático, a norma identifica-se com o enunciado lingüístico, uma entidade de natureza puramente gramatical; no nível semântico, ela é identificada com a proposição jurídica, ou seja, com o significado do enunciado lingüístico normativo, e com ele não se confunde, pois o mesmo significado pode ser enunciado de diversas maneiras; no nível pragmático, a norma é o próprio ato lingüístico em que se realiza a enunciação como uso prescritivo da linguagem. Nas duas primeiras soluções, trata-se de uma entidade abstrata de natureza gramatical ou semântica manifesta num dos níveis do fenômeno lingüístico isoladamente considerado. Já na concepção pragmática, passa

---

[40] SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral.* 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 22.
[41] Ibid., p. 80.
[42] WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984. p. 39.

a ter existência factual ao se concretizar na contingência de uma ação humana espacial e temporalmente determinada.

As distintas teses sobre a existência da norma enquadram-se, ainda de forma matizada, numa destas três perspectivas lingüísticas, alternando não apenas em face da multiplicidade de autores que se posicionam de modo diverso no debate: há também um universo rico de variantes no interior da obra de cada autor, por vezes adotando posições distintas de acordo com a evolução de seu pensamento.

Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin, a título de exemplo, transitaram com suas teses sobre a identificação das normas jurídicas pelas três dimensões da linguagem. Ora a localizaram plano da sintaxe, ora da semântica, ora da pragmática. Em *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*[43] – versão em língua espanhola do livro *Normative Systems*, publicado em 1971 - os autores defenderem expressamente as vantagens metodológicas de um tratamento da norma jurídica no nível puramente sintático do fenômeno lingüístico, ainda que uma "*concepción de las normas como entidades lingüísticas [...] y de sistema normativo como conjunto de enunciados , se opone a una larga tradición*" segundo a qual "*las normas son concebidas como entidades ideales (sentidos ou significados)*"[44]. Apesar da ressalva, tomaram por norma jurídica certos enunciados lingüísticos que correlacionam casos (fatos jurídicos) com soluções (conseqüências jurídicas). No entanto, para não assumir esta posição como um prejulgamento do *status* ontológico da norma, adotaram uma atitude ambígua ao admitir que, se a norma não se identifica exatamente com o enunciado lingüístico, ao menos é exprimível por meio dele.

A posição dos autores nesta obra, objeto de intensa polêmica, só restou esclarecida muito tempo depois em resposta aos críticos assinada por Bulygin, em 1986, no ensaio intitulado *Legal Dogmatics and*

---

[43] ALCHURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 24.

[44] ALCHURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 97.

the Systematization of Law[45]. Segundo reconhecem Alchourrón e Buligyn, este ensaio "*surgió como una respuesta a ciertas críticas dirigidas por Aarnio y por Niiniluoto a la concepción de sistema jurídico y de las normas contenida en Normative Systems*"[46]. Nele, Bulygin explica somente ser possível defender a tese adotada em *Normative Systems*, segundo a qual um sistema jurídico é o conjunto de todas as conseqüências lógicas de um dado universo de normas, se tais normas forem dotadas de um significado unívoco, ou seja, se forem normas já interpretadas. Portanto, as normas jurídicas não podem ser tomadas como entidades lingüísticas não interpretadas; antes, são "*oraciones significativas, esto es, oraciones dotadas de un significado definido y constante*"[47]. Mesmo se for exagero acusar os autores de terem defendido um critério puramente sintático de identificação da norma jurídica em *Normative Systems*, os esclarecimentos de Bulygin apontam ao menos para uma concepção sintático-semântica.

Alchourrón e Bulygin assumiram um critério puramente semântico de identificação da norma jurídica no texto *Definiciones e Normas*, publicado em 1983, onde "*norma no es um conjunto de símbolos linguisticos desprovistos de sentido, sino el sentido que esos símbolos expresan*"[48]. Esta é a posição mais difundida entre os juristas, a de identificar a norma com a proposição jurídica, tomando-a como uma entidade lógico-lingüística ideal que representa o significado de um enunciado normativo.

Finalmente, no texto *Von Wright y la Filosofia del derecho*, publicado originalmente em 1989, a propósito de expor e comentar o pensamento do referido filósofo, Alchourrón e Bulygin parecem defender uma concepção pragmática de norma jurídica, ao sustentarem ser decisivo para a caracterização da norma o uso prescritivo da linguagem.

---

[45] BULYGIN, Eugenio. *Legal Dogmatics and the Systematization of Law*. In: ALCHURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 465-484. Tradução.

[46] ALCHURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. XXXI (Introduccion).

[47] Ibid., p. 468.

[48] Ibid., p. 454.

Nesse sentido, norma é o conteúdo resultante da ação prescritiva de uma autoridade normativa, dirigida a um sujeito normativo. A realização do ato de ditar a norma é o único requisito de sua existência[49].

Hans Kelsen, em sua segunda edição da Teoria Pura do Direito, define a norma jurídica como o sentido objetivo de um ato de vontade: "o sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou [...] falcultada"[50]. Mas tal sentido Kelsen não localiza no plano fenomênico da ação comunicativa, ou mesmo no plano sintático-semântico da linguagem. Antes, aponta para um sentido puramente lógico-normativo, ou seja, "qualquer coisa diferente do acto de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o acto de vontade que ela constitui o sentido é um ser"[51]. Sublinha-se, Kelsen falava em um sentido puramente lógico-normativo que se localiza da dimensão semântica da pragmática - daí também se perceber o caráter didático e ideal da separação da linguagem em níveis distintos.

Inspirado na separação kantiana entre ser e dever ser, Kelsen identificou o direito à norma jurídica, reduzindo esta última a sua dimensão lógico-formal. Assim, pôs ao largo o debate em torno dos conteúdos normativos do direito. Engastando seu eixo gnosiológico num formalismo normativista sem precedentes, Kelsen optou por uma abordagem estritamente formal do direito, onde oscila entre a construção teórica do seu objeto e a reflexão exclusivamente epistemológica. Ao esgotar a leitura do fenômeno jurídico em sua pura forma normativa, o positivismo kelseniano buscava também a pureza do método, tendo em vista as exigências de um modelo de racionalidade científica para o direito.

Poucos jusfilósofos, dentre os grandes positivistas do século passado, identificaram a norma com o enunciado normativo, localizando seu *status* ontológico numa dimensão exclusivamente sintática do

---

[49] ALCHURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 75.
[50] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1974. p. 22.
[51] Ibid., p. 22.

fenômeno lingüístico. Eduardo Garcia Maynez, perseguindo um conceito de imputação, define as normas jurídicas como "*imperativos hipotéticos que regulan bilateralmente el comportamiento humano. Tales normas constan de tres partes: supuesto, cópula y disposición*"[52], onde a cópula é o enlace lógico-normativo entre a hipótese fática (*supuesto*) e a conseqüência jurídica (*disposición*).

Norberto Bobbio também parece oferecer um critério definitório de norma jurídica puramente sintático, ao sustentar que as normas jurídicas pertencem à categoria geral das proposições prescritivas, tomando por proposição "um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade"[53]. No entanto, o jusfilósofo italiano esclarece, no mesmo texto, entender por enunciado "a forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso", concluindo poder a mesma proposição ser expressa por enunciados diversos, como um mesmo enunciado pode expressar mais de uma proposição. Diante destas observações, em que pese existirem interpretações diversas[54], entendemos que Bobbio não restringiu a norma a uma natureza exclusivamente sintática, fixando o seu *status* ontológico num plano sintático-semântico.

Defender que a norma identifica-se com o enunciado lingüístico traz sérios problemas metodológicos para o direito, dentre os quais a dificuldade em justificar decisões de inconstitucionalidade sem redução de texto, em que é declarado ofensivo à Lei Maior apenas um, ou alguns, dentre os sentidos possíveis do texto legal. Portanto, esta declaração de inconstitucionalidade não retira a validade do texto legal, apenas desautoriza alguns de seus desdobramentos semânticos.

De igual modo, sustentar a concepção semântica da norma torna problemático, entre outros, o conceito de validade. Talvez seja menos espinhosa a tarefa de defender uma ordem de validades

---

[52] MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción a la lógica jurídica.* México: Fondo de Cultura Econômica, 1951. p. 177.
[53] BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica.* São Paulo: Edipro, 2001. p. 72.
[54] MENDONÇA, Daniel. *Introducción al análisis normativo*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1992. p. 57-58.

constituída por entidades sintáticas do que por entidades semânticas, ao menos por contornar o problema das antinomias resultantes de distintas interpretações de um texto, impondo a difícil tarefa de fundamentar em que sentido o multívoco texto legal é valido. Esta tese deixa ainda a descoberto o problema da jurisprudência antinômica. Afinal, é difícil sustentar a coerência lógico-normativa de um sistema que admite a validade de decisões antinômicas fundamentadas no mesmo texto legal.

Ora, mesmo abandonando-se a identidade sintática entre norma e enunciado lingüístico, há um ponto para o qual todos argumentos em defesa da existência da norma jurídica deve imperiosamente convergir: ainda se admita ser uma entidade de natureza semântica ou pragmática, ela ao menos há de ser formulável linguisticamente, sendo redutível a uma base sintática. Tal como a vida humana não se confunde com o corpo, a norma não se confunde com o texto; análogo ao fato de não haver vida sem corpo, é possível afirmar-se não haver expressão semântica ou ação lingüística sem texto – ao menos texto possível. Em outras palavras, não há significado nem uso lingüístico independentes de uma formulação lingüística.

Desse modo, apesar de absolutamente discutível o plano da linguagem onde a norma adquire existência, ao menos parece incontroverso o fato dela ser redutível a um enunciado lingüístico[55]. Não é possível pensar numa existência puramente semântica da norma, abstraído o seu corpo, ou seja, a sua base sintática. Afinal, todo significado é significado de um enunciado. Não sendo possível formular-se o enunciado, não é lícito falar-se em significado. O mesmo ocorre em relação à concepção pragmática de norma jurídica, pois todo ato lingüístico dá-se por enunciação.

Em que pesem tais dificuldades, nenhuma metódica do direito emprestou tamanha importância ao conceito de norma como o positivismo jurídico, fomentando o estudo da estrutura lógico-

---

[55] ALCHURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 99.

lingüística[56] do discurso jusnormativo, resultando na consolidação da doutrina da proposição jurídica como base fundamental da teoria jurídica[57]. Ora, tomando dos lógicos a noção de "proposição" como uma entidade ideal que representa o significado de um enunciado descritivo, é possível sustentar ser a proposição jurídica uma entidade ideal que representa o significado prescritivo de enunciados legais.

Infensa às profundas críticas impostas pelo pensamento jusfilosófico ao normativismo, especialmente nas duas últimas décadas, a doutrina da proposição jurídica mantém-se como ponto de ampla convergência nos estudos da teoria geral do direito. Com variações que não atingem o seu núcleo estrutural, a filosofia e a metodologia jurídica atual tomam como "norma jurídica" a expressão semântica de uma estrutura lógico-lingüística que enlaça um componente descritivo a um componente normativo[58]. A norma jurídica completa resultaria numa estrutura proposicional que descreve rigorosamente todas as condições de aplicação de uma conseqüência normativa por ela prescrita. Esta proposição jurídica é identificada ora com a própria norma, ora com a sua descrição científica. Importa salientar, tanto numa como noutra hipótese teórica acaba cumprindo função sistematizadora, seja como unidade estrutural do discurso normativo, seja na condição de premissa maior da inferência jurídico-decisória, na condição de norma de decisão.

Uma vez pensado sob a forma lógica da proposição jurídica, o polimorfo discurso normativo da lei parece transformar-se num sistema de normas, apto a cumprir as funções de fundamentação de controle analítico das decisões judiciais. A idéia de uma norma jurídica completa - proposicionalmente articulada ou articulável pelo pensamento decisório jurídico - dispensa o uso de critérios políticos de controle ao emprestar à decisão a imagem de discurso racionalmente fundamentado: se o conflito

---

[56] BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001. p. 69-104.

[57] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 349-389.

[58] ALCHURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 251.

subsume-se à hipótese fática da norma, então é legítimo aplicar a conseqüência jurídica normativamente prevista.

Amplamente adotada pelo discurso acadêmico, a doutrina da proposição jurídica sustenta que, na condição de premissa normativa das decisões judiciais, a norma jurídica assume a forma gramatical dos imperativos condicionais universais[59]: para toda a ocorrência do complexo fático exigível como condição normativa, vale a conseqüência jurídica prevista na norma. Karl Engish, lembrando chamar-se de imperativo a expressão de uma vontade dirigida à conduta de outrem, e que todo dever ser é dirigido por uma vontade supra-ordenada a uma vontade subordinada, acaba concluindo: "as regras jurídicas, como regras de dever ser dirigidas a uma conduta de outrem, são imperativos"[60]. Ora, se a proposição jurídica é composta por uma hipótese fática descrevendo as condições sob as quais vale um dever ser como conseqüência normativa, então é necessariamente redutível à forma gramatical imperativa, projetando-se não apenas como norma de conduta, mas também como norma de decisão.

Não se trata de negar a existência no corpo da lei de enunciados passíveis de serem articulados sob a forma gramatical imperativa; no entanto, é absolutamente questionável se tais formulações lingüísticas são efetivamente normas completas, respondendo às exigências lógicas da proposição jurídica. Bem observado, os enunciados legais não articulam rigorosamente todas as condições sob as quais vale uma determinada conseqüência jurídica. Não perfazem uma norma completa por não exaurirem a função normativa a elas imposta. Tanto faz identificar norma e proposição jurídica ou tomar esta última, uma vez articulada sob a forma de imperativo condicional, apenas como descrição científica da norma contida no texto da lei.

Mesmo não sendo pacífica na discussão jusmetodológica atual a identidade entre norma e proposição jurídica, não se pode negar ser a

---

[59] BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001. p. 75-77.

tese mais difundida em nossos meios acadêmicos, especialmente em face da influência do pensamento jurídico alemão. Ainda que se reconheça maior consistência epistemológica dos positivismos ligados a Kelsen, Ross e Hart, não se pode deixar de observar que estas impostações mais densas e exigentes não animam o ensino jurídico e as práticas judiciárias com a mesma intensidade com que influenciaram a reflexão teórico-filosófica do direito no século passado.

Kelsen separou, de um lado, a função científica de cognição e descrição do direito e, de outro, a atividade político-volitiva de prescrição de suas normas. Assim, demarcou com vigor a diferença entre proposição e norma jurídica: a proposição jurídica, para Kelsen, é um enunciado descritivo da norma formulado pela ciência do direito e, por isso mesmo, redutível ao binômio falso-verdadeiro; a norma jurídica traduz o sentido objetivo de um ato de vontade, podendo ser um comando, uma permissão ou uma atribuição de competência emitidos pela autoridade jurislativa. Portanto, nem falso, nem verdadeiro, pois enquadrado no binômio válido-inválido. A separação entre norma e proposição jurídica é fundamento sobre o qual Kelsen buscou edificar uma ciência do direito que descrevesse o seu objeto, sem pretender construí-lo.

Apesar do esforço de purificação metódica, o próprio Kelsen viu-se obrigado a admitir que "*na terminologia tradicional da jurisprudência alemã as expressões 'Rechsnorm' (norma jurídica) e 'Rechtssatz' (proposição jurídica) são usadas como sinônimo*"[61]. Por influxo da própria Escola Histórica do Direito, a jurisprudência alemã do século XIX conferiu às impostações dogmáticas pandectistas um papel sistematizador correspondente ao direito codificado que emergia em outras nações[62]. Para o pensamento jurídico alemão, o direito nunca traduziu uma vocação epistêmica pura, de um sujeito centrado exclusivamente na tarefa de apreender o seu objeto. Nesse sentido, é

---

[60] ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 37.
[61] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1974. p. 112.
[62] WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 524.

sugestiva a afirmação de Karl Engish, já em meados do século XX: direito e ciência jurídica não são duas coisas tão distintas e apartadas, constituindo-se num privilégio da ciência do direito, dentre as diversas ciências culturais, "o facto de ela não abrir caminho ao lado ou atrás do Direito, mas, antes, poder afeiçoar o Direito mesmo e a vida que nele e sob a sua égide decorre. Havendo uma ciência jurídica, esta há-de ser uma ciência prática"[63].

Apesar de todas estas divergências referentes à definição da norma geral, de um modo ou de outro a racionalidade da decisão judicial defendida pelo modelo subsuntivo de aplicação do direito pressupõe o enlace entre uma hipótese fática e uma conseqüência jurídica firmadas aprioristicamente no texto da lei, seja na condição de norma jurídica pensada como sentido objetivo de um comando da autoridade jurídica, seja como proposição descritiva do dever ser contido nesse mesmo comando. Este enlace, ao tomar a forma lingüística de um imperativo universal, tem o condão de dizer, do fato *sub judice*, o que é propriamente jurídico.

Por certo, nem todos os enunciados normativos legais são imperativos universais, tal como defendiam os arautos da teoria imperativista do direito. Alguns enunciados normativos não são redutíveis a comandos emanados de vontade supra-ordenada do Estado e dirigidos à vontade subordinada dos cidadãos. Herbert Hart ofereceu um dos mais duros ataques à tese imperativista, ao sustentar que além de imperativos, a ordem jurídica contém comandos dirigidos à conduta do próprio Estado como, por exemplo, normas que regulam a aplicação de outras normas ou a renovação do sistema normativo[64]. Além da existência de regras imperativas, há de se reconhecer também as dirigidas especificamente à conduta do Estado, como as reguladoras do procedimento legislativo ou da atividade processual dos magistrados. De toda sorte, mesmo os imperativos jurídicos não são destinados exclusivamente à conduta dos

---

[63] ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 13.

cidadãos, pois seus conteúdos normativos também se dirigem à conduta decisória do juiz.

É possível também se insurgir contra a tendência universalista do imperativismo por um ângulo diverso, valendo-se de algumas categorias fundamentais do direito privado, especialmente os chamados direitos absolutos (como o de propriedade ou os direitos personalíssimos) e os poderes jurídicos (como o de representação), cujas normas jurídicas correspondentes não impõem imperativos à conduta; antes, conferem os respectivos direitos e poderes, positivamente[65]. Trata-se de uma tese não-sancionista defendida por Larenz, dentre outros. Esta tese é frontalmente oposta ao sancionismo kelsiniano, segundo o qual toda norma de direito prevê no seu corpo uma sanção. Em que pese tais divergências, o fato é que a metodologia jurídica positivista insiste em concentrar-se nas regras imperativas porque elas cumprem a função imediata de fundamentação racional das decisões judiciais: em outras palavras, são normas de decisão.

Portanto, ainda se reconheça que as normas imperativas não exaurem o campo da normatividade jurídica em geral, é na condição de normas imperativas, pensadas sob a forma da proposição jurídica, que o fenômeno jurídico é tradicionalmente abordado. No entanto, é preciso enfrentar, por este mesmo ângulo, a questão da legitimidade da decisão judicial em face à decadência do modelo de aplicação subsuntiva do direito, reconhecendo-se a crise da própria idéia de norma jurídica como instrumento de controle racional destas mesmas decisões. Estes motivos nos permitem circunscrever a análise do discurso jusnormativo à norma de decisão, tomada como proposição jurídica geral que supostamente compõe a premissa maior da concludência jurídico-decisória, cumprindo o papel de emprestar fundamento normativo às decisões judiciais. Em síntese, o discurso normativo do direito, supostamente articulado sob a forma gramatical dos imperativos, ao mesmo tempo em que funciona

---

[64] HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 89-109.

como norma de conduta para os cidadãos, projeta-se como norma de decisão para o aplicador.

Apesar das dificuldades lógicas que matizam a noção de proposição jurídica, está afastada definitivamente a tese da conexão entre hipótese fática e conseqüência jurídica ser de natureza causal, tal como defendida nos primórdios da teoria imperativista, apesar desta concepção naturalista ainda projetar seus desdobramentos na linguagem jurídica atual, especialmente no campo do direito processual. Trata-se de uma conexão lógico-normativa, e não factual, já que a categoria da causalidade natural não tem o condão de alcançar o mundo das relações formais do pensamento. De qualquer modo, há inúmeros exemplos desta tendência causalista dentre os quais, na teoria geral do processo, destacamos o sintomático uso da expressão "causa de pedir". Sendo "pedido processual" o direito subjetivo deduzido em juízo e "causa de pedir" o fato jurídico do qual esse mesmo direito se irradia, percebe-se implícita uma concepção causal entre fato e conseqüência jurídica. No entanto, não se aplica a conseqüência normativa abstrata por causa da ocorrência da hipótese fática no mundo; antes, a ocorrência da hipótese fática é condição lógico-normativa de aplicação da conseqüência abstrata.

Há muito, pacificou-se na metodologia jurídica a natureza condicional do vínculo entre a hipótese fática e a conseqüência jurídica abstrata. Segundo Engish, o conteúdo imperativo das regras de direito traduz-se naquilo em que "a hipótese legal abstracta da regra de Direito imediatamente apenas estabelece as condições e circunstâncias sob as quais intervém em geral uma conseqüência jurídica, isto é um dever ser"[66]. Em outras palavras, a ocorrência da hipótese fática descrita na norma é condição suficiente e necessária para a aplicação do seu preceito.

---

[65] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 353-359.

[66] ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 67.

Nesse sentido, o enlace lógico-normativo que compõe a proposição jurídica é de natureza condicional e exibe, em sua estrutura lógica minimal, duas partes irredutíveis: uma hipótese fática e uma conseqüência jurídica. Toda norma jurídica completa contém em sua forma gramatical no mínimo esses dois elementos, sendo comum representar-se figurativamente a estrutura da norma jurídica pelo seguinte enunciado condicional: *se HF, então deve ser CJ*, onde HF é a hipótese fática, isto é, a descrição de um fato-tipo, e CJ é a conseqüência jurídica estatuída.

Resta ainda observar, o postulado sancionista pelo qual toda norma jurídica é dotada de sanção implica a duplicação da estrutura proposicional da norma, não obstante uma parte permanecer implícita no texto legal. Ao impor sanção, o discurso normativo pressupõe duas normas: uma diz ao cidadão como deve se comportar; outra diz ao aplicador que a não observância deste comportamento impõe o dever de aplicação de uma sanção. Segundo Kelsen, a noção de sanção pressupõe a norma jurídica se desdobrar em duas normas distintas, "dois enunciados de 'dever ser': um no sentido de que certo indivíduo 'deve' observar certa conduta e outro no sentido de que outro indivíduo deve executar uma sanção no caso de a primeira norma ser violada" [67].

De um modo geral os textos legais ostentam, explicitamente, tão-somente a norma que contém a sanção, justo a que fixa o dever juridicamente negativo (sanção) decorrente do descumprimento do preceito. Portanto, a norma que impõe a sanção por descumprimento de um preceito contém como pressuposto lógico implícito uma outra norma que impõe o dever de se cumprir este mesmo preceito. Assim, formula-se o seu enunciado do seguinte modo: *se HF, então deve ser P; se não-P, então deve ser S*, onde HF é hipótese fática, P é o preceito devido diante da hipótese fática, não-P é o descumprimento do preceito e S é a sanção. Note-se, há duas hipóteses fáticas (HF e não-P) e duas conseqüências jurídicas (P e S), onde o dever ser da norma primária dirige-se à conduta

cidadão e o dever ser da norma secundária dirige-se à conduta do Estado-julgador.

2.2 O DISPOSITIVO LEGAL: FRAGMENTARIEDADE E INCOMPLETUDE DO DISCURSO DA LEI

A identificação pouco refletida da norma jurídica com os enunciados da lei - mais especificamente com o dispositivo legal – mesmo não assumida em sua plenitude resta subentendida em inúmeros manuais jurídicos de uso acadêmico. Conforme já anotamos, ainda se pense o direito positivo como um sistema de normas, isto não implica serem todos os dispositivos legais proposições de cunho normativo. Também não implica serem normas em sentido completo os dispositivos legais que ostentam uma estrutura lingüístico-normativa. Inúmeros enunciados legais não enlaçam conseqüências jurídicas à hipóteses fáticas, contendo apenas definições legais ou descrições parciais de fatos-tipo, não estabelecendo qualquer proibição, permissão ou obrigação.

Alguns autores[68] observam que, mesmo se tratando de uma simples enunciação de natureza categórica (v.g., *diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*), o dispositivo legal não deixa de traduzir um comando de validade. Isto fica mais claro quando procedemos a transposição lógica da forma sintática categórica em que são habitualmente redigidos pela técnica legislativa, para a forma implicacional[69]: se o agente quis o resultado do crime ou

---

[67] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado.* 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 86.

[68] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 353-360.

[69] VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito.* 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 87-89.

assumiu o risco de produzi-lo, então vale (ou, seja, deve ser tomado pelo aplicador das normas penais) o crime como doloso.

Este "valer normativamente" impregna todo o texto legal, identificando-se com o que Karl Larenz chamava de ordenação de vigência.[70] Segundo este autor, as proposições dispositivas da lei contêm ordenações de vigência mesmo quando não traduzem comandos ou proibições. Ao invés de dirigir-se a uma pessoa exigindo uma determinada conduta, a disposição legal estabelece que algo esteja valendo como sentido normativo. Cremos, no entanto, este simples "valer como sentido normativo" não traduz o alcance operativo destes dispositivos legais. Antes, trata-se de meros fragmentos normativos a serem integrados com outros para perfazer a hipótese fática de uma proposição jurídica.

Identificando expressamente os conceitos de proposição jurídica (*Rechtssatz*) e norma jurídica (*Rechtsnorm*)[71], Larenz admite em sua Metodologia da Ciência do Direito que nem todos os dispositivos legais constituem proposições jurídicas completas, embora contenham "ordenação de vigência" por encerrarem, de qualquer modo, conteúdos normativos veiculados através de "proposições dispositivas"[72]. Segundo o seu sentido lógico, completa é uma proposição jurídica que diz: "sempre que a previsão P está realizada numa situação de facto concreta S, vale para S a conseqüência jurídica C."[73] Os dispositivos legais sem esta estrutura lógico-normativo servem apenas para pormenorizar a hipótese fática ou "a conseqüência jurídica de uma norma jurídica completa"[74].

Ao defender que "nem todas" as proposições de uma lei são proposições jurídicas completas, Larenz está pressupondo, *a contrario sensu*, algumas delas o serem. Portanto, perfaz uma proposição normativa completa todo dispositivo legal que ostenta em sua expressão gramatical uma hipótese fática e uma conseqüência jurídica. Ao valer-se

---

[70] LARENZ, op. cit., p. 358.
[71] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 350. Nota de rodapé 1.
[72] Ibid., p. 359-370.
[73] Ibid., p. 380.
[74] Ibid., p. 359.

da expressão “proposição jurídica completa”, Larenz está referindo-se tão-somente à sua completude lógico-formal, deixando de levar em consideração uma importante hipótese de trabalho: a completude da estrutura lógico-normativa não implica necessariamente a completude da proposição jurídica.

Ora, é fundamental observar-se que a previsão descrita no dispositivo legal pode não conter todos os requisitos fáticos que condicionam a aplicação da conseqüência jurídica; ou então, a descrição abstrata da conseqüência jurídica pode não estar completa; ou ambos. Em outras palavras, para uma proposição jurídica estar completa não basta perfazer a estrutura lógico-normativa; é preciso ainda ambas as partes componentes da estrutura da proposição jurídica se apresentarem de modo completo.

Larenz não assume em nenhum momento esta conclusão, deixando transparecer certa confusão metodológica ao sustentar ser logicamente possível conceber como incompletas as proposições jurídicas que não ostentam um preceito ou uma proibição, servindo tão-somente para pormenorizar normas preceptivas ou proibitivas. “Porém, isto não tornará mais transparente a elaboração das leis, nem mais fácil a sua compreensão e aplicação, mas, pelo contrário, dificulta-las-á”[75]. O autor acaba não declinando as razões que o conduzem a uma compreensão tão pessimista do reconhecimento teórico da fragmentariedade do discurso normativo da lei.

Aliás, a forma de sua exposição deixa entrever uma ruptura com o desdobramento natural de sua argumentação: por óbvio, em se tratando de reflexões metodológicas que pretendem profundidade de análise, a questão não se limita a “facilitar” ou “dificultar” a compreensão e/ou a aplicação dos dispositivos legais; antes, o problema é demonstrar, o mais objetivamente possível, como o discurso normativo do direito efetivamente se projeta na construção das decisões judiciais.

---

[75] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 356.

Por certo, a existência de proposições jurídicas completas (normas gerais) no corpo dos ordenamentos jurídicos é pressuposto que se reproduz nas impostações jusfilosóficas e jusmetodológicas desde o advento do direito moderno e suas codificações. No entanto, uma análise percuciente da estrutura lógico-normativa dos dispositivos legais à luz de um conceito de proposição normativa completa, tal o oferecido por Larenz, parece conduzir-nos a uma conclusão diametralmente oposta: o dispositivo de lei, bem observado, nunca perfaz uma proposição jurídica completa. Aliás, muitos dentre eles não perfazem nem ao menos uma proposição normativa do ponto de vista lingüístico; isoladamente considerados, carecem de estrutura deôntica, caracterizando apenas definições legais e outros enunciados fáticos.

É o caso da imensa maioria dos textos que compõem a parte geral dos códigos penais e civis. A título de exemplo, o artigo 18, inciso II do Código Penal Brasileiro: "Diz-se o crime: doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo".[76] Trata-se de uma simples definição legal do conceito penal de "crime doloso", um enunciado com natureza puramente descritiva, o que nos impede considerá-lo isoladamente uma proposição normativa, ainda que incompleta.

Ademais, o *status* topológico de um texto – estar contido em uma lei, por exemplo – nada nos diz sobre a sua natureza, ou seja, não altera a sua estrutura gramatical descritiva, por um toque de mágica, numa proposição normativa. Para usarmos o clássico argumento da *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*[77], o que não pertence ao gênero "norma" por natureza, em face de sua própria estrutura lingüística, não pode ser logicamente uma espécie de "norma" tal como a "norma jurídica". Toda espécie é espécie do gênero, por exigência lógica ínsita às estruturas taxionômicas.

---

[76] BRASIL. *Código Penal*: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 18.

[77] FERRATER MORA, Jose. Definição. In: _____. *Dicionário de filosofia.* São Paulo: Loyola, 2000. tomo I. p. 651.

Pode ocorrer - e isto nos parece evidente – seja o artigo de lei supracitado um fragmento de uma proposição normativa completa, eis que esta última estabelece o enlace entre um fato-tipo, descrito hipoteticamente, e uma conseqüência jurídica, numa determinada ordem de validades. Portanto, este "fragmento" é uma proposição puramente descritiva pois compõe apenas a hipótese fática da norma, mas poderá cumprir função normativa se devidamente integrado com outros fragmentos, como por exemplo, o artigo 121 deste mesmo código pátrio: "artigo 121 - matar alguém, pena: 6 a 20 anos de reclusão". Ora, da síntese sintático-semântica entre os dois dispositivos legais citados, resulta um enunciado mais completo, do ponto de vista normativo, embora ainda não seja a norma geral: "matar alguém, querendo o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo, pena: 6 a 20 anos de reclusão".

Ao contrário do afirmado por Larenz, ao se admitir ser o artigo 18, inciso II do Código Penal uma proposição jurídica incompleta por não expressar um preceito ou uma proibição, parece que a tese dele servir para completar normas preceptivas ou proibitivas torna mais transparente a estratégia de elaboração da lei penal, além de facilitar a sua compreensão e aplicação.

Kelsen, embora não tenha levado às últimas conseqüências esta tese, foi um dos poucos autores de renome a sustentar uma concepção fragmentária dos dispositivos legais. Paradoxalmente, dentre eles foi o que construiu uma das mais lógicas e bem arquitetadas concepções do direito. Por detrás da desordem e da multiplicidade dos fragmentos normativos, construiu uma "formidável teoria, que se propõe desvendar a verdadeira e uniforme natureza do direito, latente sobre uma variedade de formas e expressões comuns que a obscurecem"[78]. A necessidade de reconhecer a natureza fragmentária dos dispositivos legais advém de uma das teses nucleares de sua concepção de direito, segundo a qual "as normas que formam uma ordem jurídica devem ser normas

[78] HART, Herbert. *O conceito de direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 45.

que estipulam um ato coercitivo, isto é, uma sanção"[79] Ora, como nem todo dispositivo legal perfaz uma proposição normativa dotada de sanção, duas saídas se apresentavam para Kelsen: ou nem todos os dispositivos compõem imediatamente o discurso normativo do direito, ou são apenas fragmentos de normas.

O fato de nem todas as proposições legais traduzirem normas é uma das mais tormentosas dificuldades para a metodologia jurídica. Alchourrón e Bulygin, enfrentando este mesmo problema, perceberam que muitos dispositivos legais constituem meros postulados de significação: ao não correlacionar caso com caso resta difícil defini-los como normas. Em suas especulações lógico-metodológicas, concluíram que um modo de contornar esta dificuldade consiste em sustentar que estes dispositivos legais "*no son normas, sino fragmentos de normas, que deben ser integrados con otros enunciados para formar una norma completa. De tal manera, al hablar de un conjunto de normas, ya no se habla de un conjunto de enunciados normativos*"[80]. Assim, as normas seriam entidades de natureza diversa dos enunciados legais, e "*que pueden ser expresadas mediante la conjunción de varios enunciados. Esta solucíon, que se podría llamar 'teoria de la norma incompleta', ha sido adoptada, entre otros, por Kelsen*"[81].

Como crítica a esta postulação, Alchourrón e Bulygin apõem o mesmo tipo de dificuldade de Larenz, no sentido de que o inconveniente principal desta teoria consiste na dificuldade de especificar as condições de identidade de uma norma, pois "*frente a un enunciado o a un conjunto de enunciados, resulta extremamente difícil determinar si se trata de una norma completa o no*"[82]. Arrematam observando que "*es significativo que Kelsen mismo nunca da exemplo de una norma jurídica completa*"[83].

---

[79] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 62.
[80] ALCHURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 97.
[81] Ibid., p. 97.
[82] Ibid., p. 98.
[83] Ibid., p. 98.

Ora, segundo o próprio Kelsen - e aqui é imperativo citá-lo na íntegra -, o fato de toda norma geral apresentar uma sanção cuja aplicação depende da ocorrência de certas condições não significa que

> os órgãos legislativos tenham necessariamente de dar às normas a forma de um enunciado com um 'dever ser' hipotético. Os diferentes elementos de uma norma podem estar contidos em produtos bem diferentes do procedimento legislativo e podem ser exprimidos lingüisticamente de várias maneiras diferentes. Quando o legislador proíbe o roubo, ele pode, por exemplo, definir em primeiro lugar o conceito de roubo em uma série de frases que formam o artigo de um estatuto e, então, estipular a sanção em outra frase, que pode ser parte de outro artigo do mesmo estatuto ou até mesmo parte de um estatuto inteiramente diverso. Muitas vezes, essa última sentença não possui a forma lingüística de um imperativo ou de uma sentença com "dever ser".[84]

Embora uma metódica jurídica exigente como a resultante das purificações kelsenianas[85] reconheça a forma gramatical elíptica do texto legal, acaba não assumindo todas as conseqüências teóricas desta impostação. Admitir a fragmentariedade do discurso normativo do direito parece colocar em risco o prestígio da norma jurídica geral, conceito que rende aos juristas um argumento crucial: o sistema judicial dispõe de um instrumento de controle racional do ato de aplicação direito, resultando na legitimação de suas práticas jurídico-decisórias. Ademais, esta é categoria central sem a qual o edifício da epistemologia jurídica moderna sucumbe por inteiro.

O reconhecimento da fragmentariedade da norma impõe uma reflexão mais atenta à estrutura elíptica do discurso normativo legal, de modo a perceber como ela se dilui no corpo multidisciplinar e complexo do diploma legal. Diante das dificuldades e limitações de ordem estrutural e lingüística, o discurso jurídico moderno tratou de perseguir a mais rigorosa sistematicidade e coerência interna possível em sua base normativa positivada, perseguindo duas características fundamentais,

---

[84] KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 63.

[85] WARAT, Luis Alberto. *A pureza do* poder: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: UFSC, 1983.

especialmente em sua dimensão legal: 1) a estrutura elíptica e fragmentária do texto normativo, indispensável à estratégia de codificação do direito; 2) a concisão, onde se buscou minimizar a incômoda imprecisão da linguagem, especialmente da linguagem natural.

Da necessidade de elaboração de leis dotadas de completude e coerência lógica interna – regulando de modo coerente e num corpo único a totalidade de uma determinada matéria - desenvolveu-se a técnica da fragmentação dos discursos normativos legislados. Conforme aponta Larenz[86], a falência do método casuístico de elaboração legal desembocou no surgimento de estratégias legislativas mais flexíveis, tais como as dos métodos abstrativo-generalizador e por linhas de orientação, ambos com acentuado potencial de enxugamento e sistematização do texto legal. Assim, diante da consciência de não poder prever todos os casos de específica relevância para o direito, o legislador disposto a confiar na capacidade de especificação concretizadora dos juízes para aplicar regras gerais e abstratas aos casos individuais, irá optar pelo método abstrativo-generalizador ou o de linhas de orientação, "*o bien una conbinación de ambos. En uno y otro caso pretenderá exponer puntos de vista generales que sean aplicables a una pluralidad de casos posibles, aun a aquellos que no pueda prever en los pormenores*"[87].

O método abstrativo-generalizador, perseguindo a sistematização do discurso legal, lançou mão da técnica de fragmentar as proposições da linguagem normativa, evitando a desnecessária repetição de fórmulas desdobradas a partir dos conceitos mais gerais que participam da "tipicidade geral" de um determinado campo normativo. Em suma, o texto legal torna-se, em face dessas condições emergentes, um texto elíptico. A elipse, como figura de linguagem, traduz uma "omissão de palavras", típica dos enunciados que pressupõem algo implícito. O texto elíptico faz presumir o subentendido para adquirir seu sentido completo. Ora, o reconhecimento da estrutura elíptica do enunciado legal

---

[86] LARENZ, Karl. *Derecho civil:* parte general. 3. ed. Jaén: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 30-41.
[87] Ibid., p. 31.

é um forte sintoma da fragmentariedade da norma no corpo da lei e suas adjacências, onde oferecem suas contribuições normativas a doutrina e a jurisprudência, além de outras valorações ético-sociais.

Com o advento do Estado Constitucional de direito, conforme já anotamos, o direito público adquire maior relevância, em detrimento dos códigos e do correspondente pensamento dogmático, pautado basicamente na lógica das construções conceituais paradigmáticas da teoria geral do direito privado. Neste caminho, o método abstrativo-generalizador e suas estratégias de legislar por suportes fáticos entraram em declínio, abrindo espaços à dimensão principiológica do direito, mais abstrata e generalizadora ainda, inclinando-se àquilo que Larenz chamou de "estilo de linhas de orientação", projetando-se em direção à criação e tutela de direitos coletivos e de interesses difusos, ambos de natureza transindividual.

2.3 INCOMPLETUDE LÓGICO-NORMATIVA E SUBSUNÇÃO: A INEXISTÊNCIA DA NORMA JURÍDICA GERAL

Há muito se anuncia a falência do modelo subsuntivo de aplicação do direito. As predições mais antigas remontam ao século XIX, com os primeiros sintomas de decadência do ultralegalismo da Escola da Exegese, era dos comentaristas do Código de Napoleão. As escolas juspositivistas que sucederam no âmbito do direito continental, apesar de matizarem o ato de aplicação do direito acusando variadas formas de irrupção da subjetividade do aplicador no ato jurídico-decisório, acabaram preservando a idéia de que o direito, em seu núcleo de significação normativa, resulta da atividade legislativa. De um modo ou de outro, fizeram coro a um dos mais renitentes dogmas do positivismo

jurídico: o princípio da onipotência do legislador[88]. Cumpre ao aplicador-intérprete valer-se do instrumental teórico da dogmática jurídica para esquadrinhar a *ratio decidendi*, ou seja, o conteúdo normativo contido aprioristicamente no corpo da lei.

Apesar das inúmeras críticas que se multiplicaram desde então, o modelo subsuntivo de aplicação do direito positivo - concebido originalmente como instrumento de jurisdição dos códigos civil e penal - ainda mantém amplos domínios no pensamento jurídico atual. Sem dúvida, o conceito mais caro a este modelo que subjaze às concepções positivistas do direito - em face tanto do dogma da onipotência do legislador quanto da necessidade de sistematizar o direito legislado - é o de norma jurídica geral.

A função lógico-normativa do direito é o ponto de partida para a compreensão de toda a engrenagem conceitual da teoria jurídica moderna. Sustentar a proposição jurídica completa ser dotada de uma hipótese fática firmada como condição de aplicação de uma determinada conseqüência normativa significa bem mais do que propor uma estrutura lógica para a norma jurídica: implica oferecer o vértice onde é suspenso todo o complexo conceitual sistematizado da teoria geral do direito. Articulando conceitos entre o direito material e o processual, esta teoria acaba fornecendo aos juristas uma metódica voltada à construção de decisões judiciais racionalmente fundamentadas.

Do estudo da função lógico-normativa da proposição jurídica, projetam-se as principais categorias da teoria geral do direito, tais como fato jurídico, relação jurídica, pretensão, ação material, direito subjetivo e dever. Categorias correspondentes e conceitualmente articuladas a estas compõem a teoria geral do processo, a exemplo de lide, pedido, causa de pedir, pretensão processual, ação processual. Estes conceitos jurídicos dotados de alto grau de generalidade, uma vez articulados entre si, garantem unidade ao *corpus* "científico" do direito da modernidade. De

---

[88] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 73.

um lado, eles constituem a base sistemática das teorias gerais do delito, do direito privado e do processo; de outro, servem de modelo ao legislador, emprestando sua unidade sistemática ao direito posto sob a forma codificada, onde inspiram especialmente as partes gerais dos códigos penal e civil.

A proposição normativa completa, como categoria em torno da qual se circunscreve toda esta metódica, tem por função imediata transformar os fatos da vida em fatos jurídicos. Ao imprimir significação jurídica ao conflito – ou seja, transformar o conflito (fato social) em conflito jurídico (fato jurídico) – empresta-lhes decidibilidade. O conflito juridicizado pela proposição normativa torna-se decidível uma vez dele irradiarem-se logicamente os direitos e deveres objeto de tutela.

De um lado, o fato jurídico como concreção da hipótese fática da norma; de outro, os direitos e deveres dele irradiados como concreção da conseqüência jurídica também normativamente prevista: neste plano lógico-normativo amarram-se estas categorias centrais da metódica jurídica subsuntiva. Como eficácia do fato jurídico, projeta-se a relação jurídica, ou seja, uma relação regulada pelo direito objetivo (a norma jurídica), onde um sujeito titulariza o direito subjetivo (pretensão) e o outro titulariza o correspondente dever (obrigação). O descumprimento da obrigação implica resistência ao exercício da pretensão (direito subjetivo), gerando a lide (conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida). Judicializa-se a lide pela dedução da pretensão em juízo (pedido processual). A causa de pedir é justamente a causa da pretensão, ou seja, o fato jurídico do qual a pretensão (o direito subjetivo, ou, mais precisamente, a sua exigibilidade) se irradia. Esta breve incursão lógico-metodológica permite perceber que em torno deste núcleo conceitual, cuja estrutura paradigmática é o vínculo obrigacional, construiu-se a teoria geral do direito moderno: uma teoria de índole acentuadamente privatista que serviu de base não apenas à sistemática civilística, mas também ao próprio direito penal, organizando os dois grandes ramos do direito moderno.

Sofisticando esta metódica positivista, a estrutura dualista das normas que ostentam sanção projetaria uma correspondente duplicidade no conceito de relação jurídica. A norma dotada de sanção, conforme já observado, possui uma estrutura dual, composta por uma norma primária, que estabelece o preceito, e uma norma secundária, que firma a sanção, ambas consistindo em proposições normativas que enlaçam uma hipótese fática a um dever ser jurídico: *dado o fato descrito (F), deve ser o preceito (P); violado o preceito P (ou seja, dado não-P), deve ser sanção (S)*. Diante desta estrutura dual, uma primeira relação jurídica irradia-se como eficácia da situação fática subsumida ao texto da norma primária; de outro lado, o descumprimento do preceituado nesta relação jurídica caracteriza ato ilícito, novo fato jurídico que é regulado pela norma secundária, donde emergirá uma segunda relação jurídica cuja conseqüência jurídica é a sanção. Na metódica jurídica tradicional costuma-se tratar tanto a norma jurídica quanto o fato e a relação jurídica de um modo desmembrado. Assim, o contrato de compra-e-venda é um fato jurídico inconfundível com o ato ilícito relativo em que se traduz o seu descumprimento. Há, de um lado, uma relação jurídica sinalagmática de pretensões e obrigações recíprocas irradiando-se como eficácia do contrato; de outro, há uma relação jurídica caracterizada por uma pretensão indenizatória contra uma responsabilidade civil contratual irradiando-se como eficácia do ato ilícito relativo, que é o inadimplemento contratual.

De qualquer sorte, tanto a aplicação da sanção quanto o reconhecimento de um direito material pela via da ação judicial legitimam-se na medida em que o fato judicializado, ao se subsumir a uma norma completa, faz irradiar o direito e a sanção como categorias lógicas eficaciais. Daí tomar-se a decisão como uma inferência silogística onde o conflito judicializado (o fato concreto, pensado como premissa menor) é subsumido à norma de decisão (a proposição jurídica completa, pensada como premissa maior). Nesse sentido, a “decisão” posta na sentença é a conclusão de uma inferência cujas premissas são geralmente

designadas, no âmbito da teoria geral do processo e nos debates judiciários, pelas expressões latinas *quaestio facti* e *quaestio iuris*.

Os juristas, de um modo geral, parecem estar convencidos do rigor técnico e da perfeição formal que este modelo subsuntivo empresta aos seus procedimentos. Em outras palavras, crêem na segurança jurídica aparentemente emprestada pela estrutura lógico-lingüística da proposição jurídica à atividade judiciária. Não atentam para a impossibilidade de se construir, a partir dos dispositivos legais, uma norma efetivamente completa, um texto que se legitime como norma de decisão – isto é, uma norma geral que descreva em sua hipótese fática todas as condições de aplicação judicial de uma conseqüência jurídica também descrita em todo o seu conteúdo e extensão. Ademais, além de completa em sua forma gramatical, ostentando a plenitude do seu corpo tomado como base sintática, a norma deve ser plena também em seu conteúdo, em seu alcance semântico. Em outras palavras, deve ser dotada de um sentido único já alcançado - ou ao menos alcançável - pelos instrumentos metodológicos da hermenêutica jurídica. Estes requisitos são indispensáveis à defesa da existência da norma jurídica geral, nos termos da metódica positivista: uma proposição jurídica completa imprimindo, de modo objetivo, significação jurídica aos fatos concretos fazendo deles se irradiarem os direitos e deveres tuteláveis pelo Estado.

Muitos autores, especialmente entre os lógicos deônticos, evitam trabalhar com um conceito de norma jurídica completa alegando as dificuldades metodológicas decorrentes deste modelo – especialmente a dificuldade de se estabelecer o *status* ontológico da norma jurídica. Com isto afastam-se da teoria geral do direito, deixando de enfrentar outras dificuldades, quiçá mais incontornáveis, especialmente a perda de precisão metodológica e instrumentalidade de conceitos fundamentais ao pensamento jurídico-decisório como fato jurídico, relação jurídica e direito subjetivo, dentre outros. A teoria geral do direito, ao se valer do conceito de norma jurídica, pressupõe a sua completude lógico-normativa. De igual modo, convém lembrar que a norma geral tomada como premissa maior do pensamento jurídico-decisório é também uma norma jurídica

completa. A norma não pode ostentar, atual ou potencialmente, qualquer exceção, sob pena de comprometer o alcance prático de sua função lógico-normativa.

Sendo lícito supor que a expressão norma jurídica geral designa uma proposição normativa completa, então é inevitável concluir, tal como já foi suscitado, nem todos os dispositivos legais lhe correspondem. Muitos dispositivos contêm apenas proposições enunciativas. Mesmo reduzidos gramaticalmente a enunciados prescritivos[89], do ponto de vista de sua função lógico-normativa são meros fragmentos que ora atraem, ora são atraídos por outros, perfilando elos de uma cadeia de significações em que se vai a norma jurídica potencialmente engendrando. Ela adquire maior completude normativa a medida em que avança o processo de enquadramento do fato judicializado no corpo da lei.

Ora, a tese de tais proposições enunciativas serem meros fragmentos adquire consistência quando observamos que, para cumprir função prescritiva, as proposições normativas vêem-se obrigadas a descrever uma hipótese fática. Dispositivos como o citado artigo 18, inciso II do Código Penal (*diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*) por óbvio é um fragmento componente da hipótese fática de qualquer crime doloso: não há crime sem tipicidade subjetiva, onde resta caracterizada a dimensão volitiva da ação criminosa, fundamento maior da responsabilidade penal. Este dispositivo só alcança o seu significado normativo se integrado a algum tipo penal previsto na parte especial do código.

Não apenas o dispositivo que se limita a enunciar deixa de ser uma norma jurídica em sentido pleno. Mesmo perfazendo uma proposição normativa, a rigor, não corresponde a uma proposição jurídica completa capaz de se impor como norma de decisão, pelo simples fato de não ostentar em seu corpo a completude lógico-normativa que tal conceito

---

[89] CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica:* ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 50.

supõe. Pensando o discurso normativo por este ângulo, a norma jurídica completa sempre estaria sintaticamente fragmentada no texto legal, manifestando-se através de inúmeros enunciados elípticos. Corretas estas premissas, é possível afirmar-se que o dispositivo legal, apesar de completo como enunciado lingüístico, é sempre incompleto como proposição jurídica geral.

A busca da concisão de linguagem e a sistematização da lei por meio da técnica de redigir por elipses sugerem que a atividade do jurista que maneja processualmente o texto legal - um conjunto de enunciados legais fragmentários, como de resto os enunciados jurídico-normativos em geral - é compô-los de forma a elaborar a norma jurídica geral para o caso concreto.

Diante disso, mesmo os enunciados legais dotados de uma estrutura lingüística prescritiva - tal como a quase totalidade dos tipos penais que compõem a parte especial do código, onde se divisa claramente uma hipótese fática e uma conseqüência jurídica - não reúnem em seu corpo lingüístico todas as condições normativas da imputação jurídica. Estas se espraiam fragmentariamente pelo corpo da lei, embora articuladas conceitualmente entre si: a aplicação do direito pressupõe uma técnica de integração dos dispositivos legais fragmentários de modo a perfazer a norma jurídica geral à qual irá subsumir-se o conflito judicializado.

Ora, tanto menos razoável afirmar-se que o artigo 121 do Código Penal constitui uma norma jurídica completa quanto maior for o número de exceções que se subsumem ao seu enunciado normativo. A rigor, são inúmeros os fatos que se subsumem a ele e que não fazem irradiar a conseqüência jurídica nele prevista. Por exemplo, o infante que brinca com a arma de fogo, matando o amigo. Ou mesmo o louco que comete homicídio, ou então o que mata para não morrer, em atitude de defesa. Todas essas hipóteses, além de outras tantas, são exemplos de "matar alguém", subsumindo-se, por si só, ao artigo 121, sem que se apliquem as conseqüências jurídicas ali previstas. Os tipos penais,

isoladamente, nunca perfazem uma norma jurídica geral completa. A proposição normativa completa não pode admitir exceção, sob pena de comprometer o rigor necessário à aplicação do direito.

Em face destas observações, poderíamos supor que o pensamento jurídico-decisório persegue a norma jurídica através da conjugação progressiva de inúmeros enunciados normativos fragmentários, alcançando, ao fim e ao cabo, a plenitude lógica almejada. Ou numa versão mais contida, este pensamento persegue, ao menos, a idéia regulativa da plenitude lógica pressuposta na norma jurídica geral, alcançando o máximo de completude possível. Esta é a utopia em que se apoia o modelo subsuntivo ao se valer do conceito de proposição jurídica ou norma geral. Entretanto, as práticas processuais mostram que a integração de dispositivos legais pelo pensamento jurídico progride, nos embates judiciais, apenas nos pontos controvertidos – o que permite ao conflito judicializado tornar-se "decidível" nos seus aspectos ostensivamente controversos; ou seja, apenas nos limites do aventado nas práticas argumentativas de autor e réu, de um lado, e na necessidade de fundamentação da sentença por parte do magistrado, de outro.

É preciso atentar-se, ainda, para duas características fundamentais do pensamento jurídico-decisório: de um lado, trata-se de um pensamento prático cujo ponto de partida é o fato (discurso do mundo no qual o jurista pretende intervir) e não a norma (discurso abstrato); de outro lado, este pensamento move-se numa perspectiva dialética, e não analítica, construindo-se no contraditório dos embates judiciais, no jogo da argumentação e da contra-argumentação, de um lado, e da fundamentação, de outro.

No âmbito da argumentação processual, é possível perceber que a atividade de integração normativa entre dispositivos legais concentra-se, de um modo geral, em dois pontos: 1) no núcleo de juridicidade do conflito judicializado, para incluir ou excluir definitivamente o conflito da condição de fato juridicamente relevante; 2) em algum aspecto da juridicidade do conflito que caracteriza o que a

metódica jurídica atual usa chamar de “caso difícil” (*hard case*) e que por isso mesmo é polêmico.

Ora, o fato relevante para o direito é quase sempre uma ação humana, de modo que o núcleo normativo de sua juridicidade está contido no dispositivo legal que ostenta o verbo que a designa. O crime de homicídio, por exemplo, possui o núcleo de sua juridicidade contido no *caput* do artigo 121 do Código Penal: “matar alguém”. Mas sua previsão normativa estende-se necessariamente a outros dispositivos, estabelecendo outras exigências normativas tal como “querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo”[90] e “ser capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”[91], dentre outros dispositivos penais. Por óbvio, tais dispositivos são fragmentos normativos pertencentes à hipótese fática que condiciona a aplicação da sanção nos crimes de homicídio. Assim, a respeito dos embates judiciários, se restar comprovado não ter ocorrido a ação “matar” (a morte não resultou da ação atribuída ao réu, por exemplo), nem a tentativa de fazê-lo, não faz sentido discutir-se a imputabilidade penal ou a tipicidade subjetiva dolosa - a intenção de matar. A atividade judicial é orientada por um sentido prático, e não analítico.

O conflito judicializado pode ostentar alguns aspectos de enquadramento tortuoso na base fragmentária do direito (*hard cases*) e outros não. De igual modo, estes fragmentos podem conter o núcleo da juridicidade do fato ou apenas uma ou outra especificidade, mais ou menos relevante. Tudo isto determina tanto as estratégias processuais das partes litigantes quanto as de fundamentação da sentença por parte do juiz. Por exemplo, um sujeito faminto que mata por um prato de comida certamente mata (perfaz a tipicidade objetiva do *caput* do art. 121 do Código Penal: “matar alguém”), mas é discutível se matou por motivo fútil (qualificadora contida no inciso II, parágrafo 2º, deste mesmo dispositivo legal). Trata-se, portanto, de um *hard case* quanto à

---

[90] BRASIL. *Código Penal*: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 18, inciso I.

[91] Ibid., Artigo 26, *caput*, a *contrario sensu.*

qualificadora, motivo para o debate judiciário concentrar-se neste aspecto da juridicidade do fato.

A análise dos debates judiciários demonstra que o pensamento jurídico-decisório em nenhum momento se volta para a construção de uma norma jurídica geral. Antes, concentra-se naquilo em que o fato judicializado situa-se na zona de penumbra (ou incerteza) do seu âmbito de incidência (o *hard case*), ou na análise da prova judicial, para excluir de imediato a juridicidade do fato ou o deslocar para um outro núcleo de significação jurídica. Na hipótese do homicídio, por exemplo, uma discussão em torno da tipicidade subjetiva pode desqualificar o crime para homicídio culposo ou para lesão seguida de morte, conforme o caso.

Ora, é possível supor permanecer oculto o acoplamento quanto aos dispositivos cujo enquadramento é muito óbvio; assim, embora não sejam aventados explicitamente no contraditório processual, permanecem implícitos em face dessa mesma obviedade. No entanto, dispositivos mais ou menos relevantes não são aventados simplesmente porque as partes não atentaram – ou, pelo menos, a parte a quem esta significação jurídica do fato poderia interessar.

No entanto, a questão parece ser outra. A tese de Sobota[92] traduz com muita acuidade a natureza estratégica dos embates forenses e do procedimento judicial: ao contrário do que supõem os juristas em geral, a argumentação judiciária não traduz um esforço de explicitação da norma jurídica. Antes, estratagemas processuais impõem às partes não mencionar os fragmentos normativos que não lhes interessam. O mesmo se diga em relação ao magistrado, quanto aos dispositivos que enfraquecem as teses em que se apóia a fundamentação da sentença.

Segundo Sobota seria contraproducente a um procedimento decisório expor todos os fundamentos na medida em que fragilizaria a sentença diante dos ataques recursais: “um bom juiz, dentro de um sistema jurídico extensivamente codificado, nunca se permite citar a

maioria das premissas maiores dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão"[93]. Isto porque seria embaraçoso e disfuncional verbalizar as premissas alegadas. A disfunção e o embaraço consistem em tornar explícitas as inconsistências do pensamento jurídico-decisório: seja porque postula uma sistematicidade inexistente no direito, seja por evocar contradições flagrantes diante da lógica clássica, da sistematização legal, do direito a igual tratamento e da legalidade positiva. Por último, explicitar as premissas normativas da decisão, ainda segundo Sobota, "revelariam a ingenuidade de nossas crenças básicas" como 1) as de que fatos existem, 2) que os tribunais são capazes de reconhecer fatos e significações, 3) que as normas são aplicáveis, 4) que os fatos podem corresponder às exigências de uma norma, 5) que o textos legais têm um sentido e, por último, 6) que tudo o que deve ser, é.

Apesar de ter tomado como norma o que em nossa perspectiva, em face de uma análise lógica da função normativa, é tão-somente fragmento, Sobota salientou dois traços do discurso normativo do direito que nos parecem essenciais, o seu caráter fragmentário e inacabado, ao situá-lo numa esfera de implicação (uma espécie de limbo onde a norma existe apenas como alusão) situada entre o silêncio e a explicitação verbal. Conclusões como estas só se tornam possíveis quando o estudioso do direito concentra-se no exame da retórica forense dos juizes e advogados, ao invés dos estudos acadêmicos de lógica normativa. Tais estudos poderiam conduzir a nossa perspectiva fragmentária a uma conclusão bastante ingênua: a de supor progredir o contraditório processual num acoplamento de dispositivos legais até perfazer a norma jurídica geral à qual o conflito se subsume: a norma da decisão. A norma da decisão nunca é geral. Bem observado, o contraditório processual progride numa "lógica" puramente procedimental, onde a discussão do

---

[92] SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 7, 1996, p. 80-93. Tradução de Don't mention de norm!.

[93] SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. Tradução de João Maurício Adeodato. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, n. 7, 1996, p. 80-93. Tradução de Don't mention de norm!. p. 85.

conflito submete-se à sucessiva preclusividade. Isto significa que toda juridicidade do fato não aventada no momento processual adequado é objeto de preclusão - salvo quando implicar nulidade. Decorre daí a "lógica" do procedimento decisório: ao invés de ser propriamente subsuntiva, é preclusiva. Antes de construir norma e subsumir, o que importa, judicialmente falando, é decidir. Donde resulta reforçada a importância da noção processual de preclusão para a decidibilidade do direito.

Portanto, ainda que fosse razoável supor um acomplamento progressivo de dispositivos legais em direção à norma, de um lado, e o alcance de uma razoável completude lógica, de outro, imprimindo decidibilidade ao fato judicializado, tratar-se-ia já de uma norma individualizada, até mesmo porque a interpretação de cada fragmento normativo seria uma dentre interpretações possíveis. Portanto, a construção normativa não perseguiria "generalidade", mas sim a um razoável enquadramento do fato ao contexto normativo que corresponde à ordem jurídica vigente, o suficiente para legitimar as práticas argumentativas dos juizes, promotores e advogados, emprestando autoridade à decisão a ser tomada ao final.

Estas observações põem em cheque a existência, seja qual for o momento do fenômeno jurídico, de normas gerais dotadas de completude lógico-normativa. Falamos de normas gerais "dotadas de completude normativa", eis não se poder negar a existência de conteúdos normativos "gerais" na ordem jurídica vigente. Os tipos penais, por exemplo, são regras gerais; no entanto, não constituem normas jurídicas gerais completas; em outras palavras, não exaurem as condições fático-normativas que ensejam as conseqüências jurídicas concretas de um determinado ato ilícito penal. Os juristas se valem desta base de conteúdos normativos fragmentários relativamente sistematizados que compõem o direito positivo visando à elaboração imediata de normas individuais. Correta esta premissa, tomam como um dado objetivo o que não passa de uma forma sintático-semântica ideal: a norma jurídica geral. Esta norma não se realiza senão no corpo de sua própria abstração

lógico-normativa. Na prática judiciária, os juristas não aplicam normas gerais. Constroem normas individuais com fragmentos normativos.

A existência de normas gerais mais ou menos completas, nos termos do modelo proposto, mostra-se mais improvável ainda quando se observa que este procedimento de integração normativa toma como ponto de partida o fato judicializado, forjando o simulacro de seu enquadramento na complexidade de um texto legal constituído por uma trama de proposições elípticas, genéricas e abstratas. Mais do que isto, um texto que se vale da linguagem natural em sua elaboração, o que atrai problemas de controle semântico como a vagueza e a ambigüidade da língua. A garantia de um controle racional objetivo do direito pressupõe uma precisão normativa estranha aos textos desta natureza.

Ademais, diante da impossibilidade de reduzir todo o jurídico a um sistema coerente de dispositivos legais, o direito positivo viu-se obrigado a agregar a complementariedade normativa da jurisprudência (*usus fori*) e doutrina (*communis opinio doctorum*). A estas cumpria inicialmente o papel de ora generalizar, ora particularizar o discurso normativo legal, passando pouco a pouco a inovar e, inclusive, a antepor-se à lei. Ademais, quando se trata de particularizar, tem-se na integração progressiva de fragmentos normativos gerais um processo de ajustamento dos conceitos legais a uma situação fática, como se cumprisse à jurisprudência e à doutrina construir a ponte imaginária (fundamentos convincentes, ou melhores razões de decidir) no abismo intransponível (indecidibilidade) entre o conceito legal e o fato judicializado.

Mesmo isoladamente considerado, o uso da linguagem natural pelo legislador, emprestando vagueza e ambigüidade semânticas às palavras da lei, já implica incompletude normativa. Portanto, o esforço pela construção de uma suposta norma geral, nas práticas judiciárias, demanda não apenas a conjugação de dispositivos legais, mas também de outros conteúdos normativos complementares oriundos das demais fontes do direito, tal como a jurisprudência e a doutrina, fontes que atuam por vezes determinando a intensidade conotativa dos termos da lei,

visando enquadrar o fato judicializado no seu campo extensional (extensão denotativa). Assim, a título de exemplo, a jurisprudência criminal oferece uma definição da expressão meio cruel¸ para efeitos de qualificação do homicídio, nos termos do artigo 121, §2º, inciso III do Código Penal Brasileiro, significa "meio cruel é aquele em que o agente, ao praticar o delito, provoca maior sofrimento à vítima, denotando ausência de elementar sentimento de piedade" (TJMG – SER - Rel. Mercêdo Moreira) [94]. Este precedente oferece ao aplicador da lei uma definição conotativa do conceito legal "meio cruel", isto é, revela um fragmento normativo complementar a ser conjugado com o dispositivo de lei objetivando a completude normativa indispensável à aplicabilidade do direito.

Assim, a pretensão de restringir ao direito objetivo à função de imprimir significação jurídica aos fatos e deles fazer irradiar conseqüências jurídicas pré-determinadas, de modo a garantir bases racionais à decisão judicial, peca por dois motivos básicos: de um lado, crê numa plenitude sistemática que o direito positivo não ostenta, nem as práticas judiciárias confirmam; de outro, o instrumental hermenêutico manejado pela metódica jurídica tradicional supõe um sentido correto inexistente na lei, abstraindo um dos maiores desafios do aplicador de textos: o abismo entre linguagem e realidade. Antes de elucidar objetivamente o "conteúdo implícito correto" do texto legal, toda interpretação promove uma verdadeira reconstrução do sentido do texto interpretado, numa operação intelectual comparável à figura da paráfrase[95]. Isto não significa que o ato de aplicação do direito não possa se valer de uma reflexão analítica, na medida em que grande parte da atividade do jurista consiste em reconstruções e redefinições dos enunciados linguístico-normativos cujos sentidos se fixam convencionalmente e que compõem o direito vigente, especialmente em sua base legislada.

---

[94] FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2133.

[95] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito:* técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1998. p. 256.

Por esses motivos, tomamos a ordem jurídica vigente como um complexo conjunto de fragmentos normativos que, embora não alcancem a condição de sistema, perseguem alguma sistematicidade especialmente no âmbito das pautas vinculantes, onde se manifesta com mais intensidade a busca da coerência lógica entre as pautas normativas. A norma geral não é um dado objetivo do sistema: antes, é apenas uma idéia regulativa, com uma função ideológico-legitimadora do que propriamente lógico-normativa. A norma de maior completude lógica é produto de uma intensa atividade intelectual do jurista, que se dá ora por atos de cognição, ora por atos de decisão, e resulta, por sua vez, da conjugação progressiva de enunciados normativos fragmentários.

Toda decisão judicial é uma dentre decisões possíveis, sendo a noção de plenitude lógica, tal como a de norma geral, não mais do que uma idéia regulativa da ordem jurídica. É sempre a norma do fato que adquire um certo grau e aparência de completude dentro dos limites de possibilidade do procedimento jurídico-decisório, e isto em relação ao fato que se busca julgar. Quando a construção normativa alcança a decidibilidade necessária, nestes mesmos limites, transforma-se num imperativo individualizado.

A norma jurídica não é um dado do qual o aplicador dispõe, como também nunca será posta, enquanto norma geral, em virtude da natureza prática do saber jurídico. Radicaliza-se assim a perspectiva metodológica que admite que a norma jurídica não é um dado objetivo do "sistema" jurídico: mais do que não ser um dado posto objetivamente, a norma jurídica, enquanto norma geral, simplesmente não existe, não é explicitada em nenhum momento do ato de aplicação do direito nem identificável em qualquer dos três níveis (sintático, semântico e pragmático) da linguagem normativa do direito. Resiste apenas como uma idéia regulativa que empresta a imagem de totalidade para a ordem jurídica, de modo a sugerir um sentimento de segurança jurídica. No entanto, nunca é evocada em sua plenitude nos embates judiciais. Insinua-se, e apenas fragmentariamente, no que o direito processual designa pela expressão latina *quaestio iuris*: assim, por exemplo,

conforme já suscitado, permanece oculta no que não foi objeto de inflexão nos debates conduzidos pelas partes litigantes e por outros personagens do processo, ou ainda por que a parte processual que a visualizou não dispunha do poder de iniciativa do debate (como na hipótese bastante comum dos direitos disponíveis), ou mesmo porque que nenhuma das partes alcançou compreender certos domínios do direito vigente relevantes para a solução normativa do conflito.

Por último, ainda que não se meçam esforços para explicitar toda a normatividade vigente que regula uma determinada conduta, muitos são os pontos de divergência sempre acabam permanecendo entre os próprios juristas, afastando-os de uma suposta norma geral, como, por exemplo, 1) a incompletude da ordem vigente, 2) a imprecisão dos conteúdos normativos existentes e 3) a impossibilidade de um acordo objetivo entre os operadores em torno da validade de certos fragmentos normativos, especialmente os legais (constitucionalidade, recepção, revogação, adequação do procedimento legislativo, competência legislativa, etc.).

O que se toma por norma geral na metodologia são apenas fragmentos normativos incompletos. Jamais o pensamento jurídico alcança, como resultado final de sua atividade, enunciar uma proposição normativa completa, capaz de abarcar com previsibilidade absoluta todas as hipótese fáticas futuras a ela subsumíveis: em outras palavras, uma norma que não apresente, nem atual nem potencialmente, uma exceção sequer.

Aliás, pela natureza prática do saber jurídico, não constitui tarefa do operador do direito enunciar a norma geral ao qual o fato *sub judice* subsume-se. Antes, obrigado a decidir, o jurista se vale dos conteúdos normativos do direito vigente para construir uma decisão, ou então, por outro ângulo, e dentro de certos limites plausíveis, para fundamentar esta mesma decisão. O conceito de norma jurídica não pode abstrair a dialética processual da decisão. A decisão judicial nunca deixa de ser uma obra aberta, passível de ser analisada e, por vezes eticamente

condenada, em nome de outra possível decisão, nos limites do mesmo "sistema" jurídico.

É de se observar, diante dessa disposição metódica fragmentária dos textos normativos, que o pensamento jurídico nunca atua de forma abstrata, pois o jurista só põe em movimento o seu raciocínio jurídico-normativo após tomar, como ponto de partida, o fato concreto ao qual pretende emprestar um enquadramento jurídico. Talvez esta seja uma das mais importantes características do pensamento jurídico, oculta pelo formalismo positivista: dada a sua natureza prática, o pensamento jurídico parte sempre do fato para a norma, e não ao contrário, como supõe o modelo analítico, especialmente ao conceber o direito como um sistema de normas gerais postas objetivamente a disposição do operador.

Conjugando a idéia de que o operador parte "do fato para a norma" com a perspectiva fragmentária do discurso jurídico-normativo, é possível concluir pela inexistência de uma norma geral. Resta superada a hipótese de que a atividade de síntese semântica dos fragmentos normativos promovida pelos operadores do direito resulte numa norma jurídica geral. É sedutor pensarmos que, mediante o procedimento de composição normativa que se dá no interior do processo judicial, o pensamento jurídico alcança uma proposição normativa geral e completa antes de subsumi-la ao fato judicializado; salvamos, com soluções teoréticas desta natureza, a idéia de uma "norma jurídica geral", tão cara aos juristas da modernidade. No entanto, uma análise perfunctória da atuação judicial é suficiente para mostrar a inadequação dessa idéia, pois os operadores do direito, ao comporem os conteúdos normativos fragmentários, não perseguem a criação de uma norma geral que se aplique a todos os casos semelhantes ao que se pretende decidir. Antes, tratam de construir teses jurídicas conjugando fragmentos até o ponto em que adquirem completude normativa suficiente para fundamentar a decisão do conflito judicializado, à luz das relevâncias jurídicas aventadas no procedimento judicial.

Ora, que a generalidade é atributo dos fragmentos normativos positivados, não há como se negar; no entanto, esta virtude não se comunica, necessariamente, com a norma individual resultante da composição de vários fragmentos de conteúdo geral ou não, produto final dos procedimentos decisórios. Não nos parece descabido afirmar que a norma individual – a sentença judicial -, observada desde o procedimento pelo qual é construída, não ostenta pretensões de generalidade nem de completude.

A norma jurídica geral, deste modo, é um conceito fetichizado que empresta uma aparência de racionalidade e de possibilidades sistêmicas ao discurso normativo do direito. Uma tal racionalidade normativa de matiz universalista é fundamental para que o discurso jurídico possa "vender" a idéia de imunidade do cidadão ordinário frente aos jogos de interesses das elites de poder.

Daí a natureza não apenas incompleta do direito vigente enquanto sistema aberto de normas; mais do que isso, este "sistema aberto" é também fragmentário. Bem observado, o direito posto constitui-se num "conjunto de fragmentos normativos" submetidos ao influxo sistematizador do discurso da dogmática jurídica, onde adquire a falsa aparência de um "sistema aberto" de normas. Se por um lado tais fragmentos, enquanto textos (e não conteúdos) vigentes, buscam delimitar o poder decisório dos operadores do direito, por outro, enquanto textos fragmentários, inacabados e com conteúdos normativos abertos, servem como manancial capaz de emprestar fundamentos jurídicos para as mais diversas decisões judiciais. Nota-se aqui uma tensão paradoxal entre vinculação e discricionariedade: de um lado, o discurso normativo do direito positivo perseguindo a delimitação do poder jurisdicional; de outro, o seu manancial de perspectivas normativas proteiformes servindo para legitimar as mais diversas decisões judiciais, permitindo que elas cumpram sua função societária.

Por último, dentre os autores de renome estudados, é possível ler no pensamento kelseniano o reconhecimento do caráter fragmentário e

inacabado do discurso normativo. O conceito de norma jurídica em Kelsen, diante do reconhecimento implícito da impossibilidade de se fixar o seu *status* ontológico, parece firmado numa dimensão puramente lógica: ora, não é outra coisa senão uma pura forma lógico-normativa o "sentido objetivo de um ato de vontade dirigido a conduta de outrem". Ao nosso ver, sob os auspícios de estar fazendo teoria ou epistemologia jurídica, Kelsen lança em sua Teoria Pura do Direito as bases para a lógica deôntica. Em sua obra, os critérios definitórios do que seja a norma jurídica não são nem sintáticos, nem semânticos, nem pragmáticos: simplesmente não se encontram em nenhum nível do fenômeno lingüístico. Do ponto de vista do seu *status* ontológico, a norma jurídica não ostenta corpo algum: nessa esfera, simplesmente não existe.

3 O SENTIDO DA NORMA

"A teoria do sentido é formada por uma série de paradoxos. Que esta
teoria não seja separável de paradoxos explica-se facilmente: o sentido é uma entidade não existente, ele tem mesmo com o não-senso relações muito particulares."

Gilles Deleuze

"En la medida en que los conceptos se refieren a la realidad, son vagos, y en la medida en que no son vagos, no se refieren a la realidad."

Alchourrón y Bulygin

3.1 ONTOLOGIA: ORIGENS DA LINGUAGEM CONCEPTUAL-ABSTRATA

Costuma-se apontar a linguagem natural como a principal fonte de problemas semânticos no campo da interpretação e aplicação da lei. Olvida-se, no entanto, a pretensão de generalidade que a modernidade imprimiu ao texto legal, levando ao uso desmedido do método abstrativo-generalizador na construção das grandes codificações, inspirado num manejo conceptual-abstrato do léxico.

Ora, ainda que se possa argumentar que a linguagem natural desenvolve-se muito mais no âmbito da narrativa, o fato é que a dogmática jurídica, ao tomar como paradigma uma concepção ontológico-objetivista de linguagem, se vale da linguagem natural numa perspectiva conceptual-abstrata, especialmente nos ramos do direito onde a teoria do tipo não se desenvolveu. É que a idéia de tipicidade traduz um ponto intermédio entre a absoluta generalidade do discurso conceptual-abstrato e a particularidade da linguagem narrativa, de modo que o tipo seria uma entidade mais concreta que o conceito, algo que "se situa de certo modo a

meio entre o individual, o intuído e o concreto, por um lado, e o conceito abstrato, por outro"[96].

Não se pode esquecer, no entanto, que fora da experiência do direito penal e, em menor grau, do direito tributário, ambas em face da força delimitadora do criacionismo imposta pelo princípio da legalidade estrita, o desenvolvimento dogmático de um pensamento tipológico foi quase irrelevante. Mais do que isto, a força de uma concepção tipológica do discurso jurídico-normativo esvai-se ante os fenômenos da descodificação, da deslegalização e da emergência das pautas principiológicas. Isto significa que os juristas atuais tomam as palavras da lei cada vez mais como conceitos gerais e abstratos, fato que se projeta na proliferação da técnica de definição por gênero nos catálogos jurisprudenciais. Estas definições, conforme iremos sustentar, traduzem uma concepção realista da linguagem e imprimem uma função ontologizante à dogmática jurídica atual. Ora, ontologia e linguagem conceptual-abstrata se co-implicam já no berço da racionalidade ocidental.

A tradição filosófica foi construída sobre o arcabouço mítico da Grécia arcaica, onde o regime da palavra mágico-religiosa imprimia ao verbo força demiúrgica, a palavra tomada como coisa entre as coisas, confundida com a própria existência quando proferida pela autoridade do rei-de-justiça, do poeta e do adivinho. O verbo desenhando-se numa lógica da ambigüidade, onde os contrários não se excluem de forma definitiva; antes, funcionam "*em uma relação de complementaridade que deixará de ser viável no processo de laicização da palavra, estreitamente ligado à invenção da democracia no mundo grego no assim chamado período clássico*"[97]. A palavra laica, ao enveredar a civilização grega num mundo organizado e explicado pela razão, afastou as contradições e outras "irracionalidades" usadas pelas narrativas míticas para impor mistérios em um mundo repleto de deidades.

---

[96] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 658.

[97] FRANCO FERRAZ, Maria Cristina. *Platão:* as artimanhas do fingimento. Rio de Janeiro: Relume-Dumará,1999. p. 10.

Na Grécia arcaica, onde a cultura mitológica era transmitida de geração a geração pela tradição oral, esses personagens eram vistos como os Senhores da Verdade, a *alétheia*, cujo prefixo 'a' designa negação, e '*léthe*' esquecimento: *a-létheia*, a verdade tomada como o não-esquecimento, o lembrado. O poeta, o adivinho e o rei-de-justiça são aqueles que não esquecem nem deixam os homens esquecer. O poeta, inspirado nas Musas, filhas da Deusa Memória, canta as façanhas dos heróis antepassados; o rei-de-justiça, com sua palavra mântica, diz a *diké*, distribuindo entre os homens a justiça pela vontade divina; o adivinho, em seus vaticínios, fala da obra dos Deuses e de sua relação com o destino dos homens: "a palavra dos três é mágica ou eficaz porque, quando o poeta canta, o passado se faz presente; quando o adivinho anuncia, o futuro se faz presente, quando o rei-de-justiça enuncia a justiça, cria a lei"[98]. A palavra mágico-religiosa é eficaz no sentido de que não há distância entre palavra e ação, entre falar e fazer.

No longo caminho trilhado desde instituições arcaicas como a "assembléia dos guerreiros" – em que a palavra-diálogo desenvolveu-se no exercício do debate e do contraditório, pré-instituindo o espaço público e inspirando a democracia e a lenta gestação da *polis*[99] - até a especulação cosmológica, ética e política dos grandes pensadores, a palavra laica foi abandonando a condição original de *dóxa*. Aos poucos, foi invadindo o espaço mântico da *alétheia* arcaica, tranformando-a primeiro numa *alétheia* poético-filosófica, uma palavra que ainda oscila entre a abstração conceitual emergente e a velha narrativa estético-mitológica. Especulando sobre as origens da *dóxa*, Detienne observa que, sob a condição de palavra-diálogo de caráter igualitário,

> o verbo dos guerreiros é também de tipo laicizado. Inscreve-se no tempo dos homens. [...] Instrumento de diálogo, este tipo de palavra não mais obtém sua eficácia através do jogo de forças religiosas que transcendem os homens. Está fundado essencialmente no acordo do grupo social, que se manifesta pela aprovação e

[98] CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 41.
[99] Cf. VERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. 12. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002. p. 54.

> desaprovação. É nas assembléias militares que, pela primeira vez, a participação do grupo social funda o valor de uma palavra. [...] Grupo social, fechado em si mesmo, a classe guerreira se direciona, no futuro da sociedade grega, para a instituição mais nova, mais decisiva: a cidade.[100]

A lenta transição de uma tradição oral para a escrita desencadeou-se a partir da criação do alfabeto pelos gregos[101], consolidando aos poucos a *alétheia* filosófica como produto de uma linguagem laica puramente conceitual. A tensão entre a origem política da palavra laica e a origem religiosa da *alétheia* filosófica, ainda que fundamental para a compreensão das disputas entre a sofística e a tradição filosófica, ocultava-se nas imbricações da linguagem dos primeiros filósofos.

Eric Havelock, buscando o motivo pelo qual os filósofos pré-socráticos escreveram daquela maneira estranha, ora entre o poético e o filosófico, ora por meio de aforismos, concluiu que eles eram pensadores orais, profetas do concreto presos ainda à velha tradição oral, onde as formas de expressão ainda se confundiam com a própria experiência do mundo. No entanto, estes filósofos precursores já manifestavam o esforço de construção de um vocabulário novo, voltado a um tipo de pensamento expresso em categorias organizadas por uma sintaxe adequada aos enunciados abstratos: "ao contrário de inventar sistemas à maneira filosófica posterior, estavam voltados para a tarefa primordial de inventar uma linguagem que tornaria possíveis os sistemas futuros". [102]

Segundo Marilena Chauí, a filosofia irá nascer oscilando entre esses dois tipos de palavra, a *alétheia* mágico-religiosa e a *dóxa* das atividades deliberativas e da palavra-persuasão, variando a cada período da forma emergente de pensamento. No final da tradição oral, os filósofos ainda falam como poetas e adivinhos, donos da palavra-verdade, e como chefes políticos, campo da palavra persuasão.

---

[100] DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1988. p. 51.
[101] HAVELOCK, Eric. *A revolução da escrita na Grécia e suas conseqüências culturais*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 63 et seq.
[102] HAVELOCK, Eric. *Prefácio a Platão*. Campinas: Papiros, 1996. p. 14.

A seguir, filósofos como Pitágoras de Samos e Parmênides de Eléia criticam a *dóxa* e fortalecem a *alétheia*. No entanto, a partir do desenvolvimento da democracia, sobretudo em Atenas, os sofistas invertem esta equação, afastando a *alétheia* e fortalecendo novamente a *dóxa*. Finalmente, com Sócrates e Platão, haverá um esforço gigantesco (decisivo para todo o pensamento ocidental) para colocar a *alétheia* no lugar da *dóxa*. [103]

Pelos caminhos desta transição, a palavra laica conduziu-nos, com a poética filosófica de Parmênides, a um ser racionalmente apreendido e calçado nas exigências da identidade e da não-contradição, os princípios mais radicais e fundantes não apenas da lógica, como da própria ontologia essencialista: *o ser é; o não-ser não é*, asseverava a Deusa que habitava os portões dos caminhos do Dia e da Noite, nos umbrais da jornada de iluminação do filósofo-poeta Parmênides. Em frente ao abismo hiante, apontava a divindade o caminho do ser como único possível para a razão alcançar a verdade[104]. Tão-somente o ser é cognoscível, pois o não-ser não é. Conforme observam José Trindade[105] e Marilena Chauí, o Poema de Parmênides foi a obra da cultura ocidental em que se definiu pela primeira vez os princípios reguladores da atividade a que se chama *pensar*: nela, restaram formulados "os dois princípios lógicos fundamentais de todo o pensamento: o princípio da identidade – o ser é o ser -, e o princípio de não-contradição – se o ser é, o seu contrário, não-ser, não é" [106].

Existência e predicação se confundem na poética filosófica de Parmênides, conduzindo a uma identidade última entre ser, pensar e dizer. O não-ser, por sua vez, é incognoscível tanto numa como noutra via: do ponto de vista da existência, temos que é impossível dar a conhecer o que não existe. Quanto à predicação, é impossível delimitar o

---

[103] CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 44.
[104] KIRK,G. S;RAVEN, J. E; SCHOFIELD, M. *Os filósofos pré-socráticos.* 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 249-273.
[105] SANTOS, José Trindade. *Da natureza:* Parmênides. Brasília: Thesaurus, 2000. p. 59-60.
[106] CHAUÍ, op. cit., p. 90.

não-ser, designando-o enquanto tal, vez que não ostenta qualquer predicado, e o ser dá-se ao conhecimento pela sua predicação. Não se pode conhecer o que não se predica, sendo indizível e impensável o não-ser. Portanto, "a mesma coisa é ser objeto de pensamento e existir", conclui Parmênides[107]: apenas o ser pode ser dito e pensado. Marilena Chauí sublinha o nascimento da ontologia em Parmênides, quando o filósofo eleata sustenta que a "*arkhé é o ser ou o que é, o ente – to ón – e que o não-ser, o não-ente – mè eón – não é*". Parmênides, com isto, não está defendendo a tese de que podemos pensar e dizer apenas o que existe, e que não pode existir o que não é dizível ou pensável. Antes, afirma a identidade radical entre ser, pensar e dizer, ou entre mundo, pensamento e linguagem: eis o coração da ontologia emergente no pensamento parmenidiano, que ele apontou como a única via da verdade[108].

Seguindo esta mesma lógica sem afastar-se da cunha radical em que se apoia, defende o eleata, em seu poema em hexâmetros, que o ser não tem origem nem fim, pois "o que é ingênito e imperecível existe, por completo, de uma só espécie, inabalável e perfeito[109]". Mas como e de onde viria-a-ser o ser senão surgindo e crescendo como os entes do mundo físico? Ora, se o ser é, não pode vir a ser outro ser, nem mesmo vir a ser o nada. Nem do nada ou de outro ser pode o ser advir. Não nasce, nem perece o ser: simplesmente é, por toda a eternidade. O ser é pura idealidade. A natureza, por oposição, é o não-ser, o mundo natural dos entes que crescem e vêm à nossa presença, revelando-se aos órgãos do sentido. Ora, sendo o pensamento conceitual, e sendo o conceito puro, a ele o ser se reduz em sua simplicidade e auto-identidade paralisadas[110], não se confundido com as aparências mundanas. Esta radicalidade

---

[107] PARMÊNIDES. Poema em Hexâmetros. Fragmento 292. In: KIRK, G. S., RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, M. *Os fisósofos pré-socráticos.* 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 257.

[108] CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 91.

[109] PARMÊNIDES, op. cit., p. 259.

[110] HEGEL. *Os pré-socráticos*: fragmentos, doxografia e comentários. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 68. (Os Pensadores).

lógico-formal – exigência do pensamento puro de inspiração matemática - os eleatas opunham às teses dos Jônios, filósofos da natureza, tal como Heráclito para quem tudo se reduz a um fluxo constante do devir, puro vir-a-ser: ninguém se banha duas vezes no mesmo rio.

O sofista Górgias formulou a mais contundente crítica a esta radicalidade lógico-formal do "ser" parmediano[111], denunciando a própria incapacidade da linguagem em dizer o ser:

> Pois se existem seres visíveis, audíveis e universalmente sensíveis, e de uma existência que nos é exterior, desses seres, os visíveis são percebidos pela vista, os audíveis pelo ouvido, e esses sentidos não podem trocar os seus papéis. Assim sendo, como se poderá revelar a outrem esses seres? Pois o meio que temos de revelar é o discurso; e o discurso não é nem as substâncias nem os seres: não são pois os seres que nós revelamos àqueles que nos cercam; nós só lhes revelamos um discurso que é diferente das substâncias. Assim como o visível não pode tornar-se audível, ou o contrário, assim também o ser que subsiste exteriormente a nós não poderia tornar-se nosso discurso: não sendo discurso [...], sua constituição resulta das impressões vindas dos objetos exteriores, isto é, dos objetos da sensação: do encontro com o seu sabor nasce em nós o discurso que será proferido com relação a esta qualidade, e da impressão da cor, o discurso referente à cor. Se é assim, o discurso não manifesta o objeto exterior; pelo contrário, é o objeto exterior que se manifesta no discurso[112].

Do ponto de vista da nossa capacidade lingüística de articular o ser, para Górgias nada é; se é, é incognoscível; se é e é cognoscível, é incomunicável: esta é a tese central pela qual ele se opõe a Parmênides, paradoxalmente por exigência extrema de fidelidade à tese de que o ser é: Górgias apõe ao seu "Tratado da Natureza" o irônico subtítulo "Sobre o Não-ser".

Por força da transmissão do referido texto pelo grande cético da segunda sofística Sextus Empiricus, o "Tratado do Não-Ser" do sofista Górgias "passou a ser tradicionalmente lido como paradigma do

---

111 Cf. CASSIN, Bárbara. *Ensaios sofísiticos.* São Paulo: Siciliano, 1990. p. 24-27.

112 NEF, Frédéric. *A linguagem:* uma abordagem filosófica. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1995. p. 12. Cf. SANTOS, José Trindade. *Da Natureza. Parmênides.*Brasília, Thesaurus, 2000. p. 125. Trecho reproduzido por Sextus Empiricus (Contre lês Mathématiciens, VII, 83-6).

ceticismo, e não, como apostam leituras contemporâneas com as de Barbara Cassin, como um texto que encena um confronto com o interlocutor a ele coetâneo: Parmênides e seu Poema" [113].

Ora, o nada é gorgiano - a despeito destas leituras céticas - pode ser interpretado como mais parmenidiano que o próprio poema de Parmênides[114], a coerência mais absoluta com as implicações dos princípios correlatos da identidade e da não-contradição. Afinal, se tais princípios impõem a identidade entre ser, pensar e dizer, então quando Parmênides afirma em seu poema que o não-ser não é ele incorre em dupla contradição: a uma, porque ao dizer o não-ser, por identidade entre ser e dizer, o não-ser é; a duas porque ao dizer que o não-ser não é empresta-se a ele ao menos este predicado. Portanto, tal enunciado (o não-ser não é) implica o reconhecimento da existência do não ser (ponto de vista ontológico) e da possibilidade de lhe emprestar predicados (ponto de vista lingüístico). Por esta dupla via em que se pode interpretar, a ontologia parmenidiana fracassa.

Platão, assim, vê-se obrigado a cometer parricídio[115]. Para superar a crítica sofista ao seu mestre, opõe ao ser não o não-ser, mas o falso. Logo, o ser é, o não-ser é o falso, comprometendo a pureza formal do princípio da não-contradição. Eis o ser e o não-ser irremediavelmente imiscuídos: o não-ser **é** falso, **é** aparência. O não-ser, em Platão, passa a ser e ter predicados, compondo o mundo das aparências. Agora o ser está definitivamente cindido em dois, eis o resultado da ambigüidade platônica: o ser é e vem-a-ser ao mesmo tempo. É, como idéia, forma arquetípica ideal habitante de um mundo superior; é, também, como falso ser, mera aparência, realização mundana imperfeita e incompleta do ser ideal. Portanto, cumpre ao filósofo fazer a ascese desde este mundo inferior e contingente das particularidades mundanas ao mundo universal e necessário das Idéias, concebidas como entidades objetivas. Tal ascese dá-se por meio de uma intelecção imediata, não sensível e não

---

[113] FERRAZ, Maria Cristina Franco. *Platão:* as artimanhas do fingimento. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999. p. 17.
[114] CASSIN, Bárbara. *Ensaios sofísticos*. São Paulo: Siciliano, 1990. p. 25.
[115] FERRAZ, op. cit., p. 11.

discursiva, isto é, uma espécie de intuição racional que Platão usou chamar de "a contemplação das idéias".

Aristóteles, em esforço de reunião dos mundos inteligível e sensível, derrubou a vocação acentuadamente idealista do objetivismo platônico ao retirar as idéias de um plano superior e jogá-las nas próprias coisas empíricas. Assim, as idéias universais de "cavalo" ou "mesa" não se encontram em um mundo supra-sensível. Antes, estão nas próprias coisas e são cognoscíveis pelo caminho da experiência, embora não apenas por ela. Manteve, no entanto, a cisão do ser em essência e aparência; no fundo, um desdobramento inevitável da perplexidade inicial da filosofia grega: de um lado o conceito imutável e sua universalidade imanente; de outro, a transcendente particularidade do mundo empírico, jogado no fluxo inexorável do devir. Esta ambivalência do ser deita suas raízes mais profundas nas disputas pré-socráticas entre Jônios e Eleatas.

3.2 CRÍTICA À FUNÇÃO DESIGNATIVA: LIMITES DO REALISMO LINGÜÍSTICO

Já no Crátilo[116] de Platão - o primeiro grande texto sobre a questão da linguagem oferecido pela tradição filosófica - aparecem perfeitamente desenhadas as duas principais concepções da linguagem que buscam responder à questão sobre a origem da significação das palavras: de um lado o realismo lingüístico, que garantia a cada objeto um nome e um significado por natureza, implicando o significado das palavras estar determinado pelo objeto justamente por expressar os predicados que conformam a sua essência, a estrutura íntima do seu ser; de outro, o nominalismo, sustentando o caráter meramente convencional

[116] PLATON. *Cratilo*: o de la Exatitud de las Palavras. Madrid: Aguilar, 1969. p. 508-552. (Obras completas).

dos nomes, onde os significados das palavras advêm exclusivamente dos usos lingüísticos, não ostentando nenhuma correlação com a estrutura ontológica do objeto designado.

Três questões fundamentais devem vincar a compreensão de o Crátilo: o objetivismo grego, manifesto na doutrina platônica das idéias, a crença numa intuição racional como fonte por excelência do conhecimento verdadeiro e, por último, a função meramente designativa da linguagem. Platão constrói um caminho de gradativa iluminação do conhecimento, onde traça a ascese filosófica do mundo sensível ao inteligível, das aparências ao mundo das Idéias. Este caminho indica, de um lado, dois níveis de representação sensível, que correspondem a um conhecimento baixo e desqualificado: o primeiro é a *eikasía* (imaginação), a intuição sensível imediata; a *pistis* (crença) e a *dóxa* (opinião), por sua vez, completam este plano de representação sensível; de outro lado, há duas formas superiores de conhecimento, a *dianóia*, correspondendo ao conhecimento racional-discursivo, por onde opera a inteligência pensante por meio da linguagem, e permite pela dialética apenas uma aproximação à verdade essencial das coisas. Por último, a *nóesis*, correspondendo à intuição racional imediata, um conhecimento puro não mediado pela linguagem, o único acesso à essência das coisas, ao mundo das Idéias.

Ora, se o ser verdadeiro, o ser em sua essência universal e imutável não se alcança nem pela *empiria*, nem pela linguagem, mas por uma espécie de visão espiritual por onde o intelecto humano capta intuitiva e imediatamente a ordem objetiva das coisas, somos obrigados a reconhecer à linguagem uma função meramente designativa. Ademais, tal ordem objetiva intuída pela razão filosófica era justamente o padrão transcendente pelo qual medimos, em cada linguagem, a capacidade de exercer sua vocação instrumental para designar com maior precisão possível o mundo. Se a essência intuída é *norma de retidão da linguagem*[117] - critério central da semântica realista que corresponde à

[117] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.* São Paulo: Loyola, 1996. p. 19-20.

perfeita adequação da língua à realidade - então é forçoso reconhecer que a língua não se constrói arbitrariamente, mas por relação ao real, devendo perseguir, sempre que possível, a correspondência isomórfica entre a sua estrutura gramatical e a estrutura do ser. Daí Platão comparar a linguagem a um instrumento, o *organon diacriticom*, instrumentalidade esta tanto mais eficaz quanto mais for respeitado o critério transcendente da adequação na construção da linguagem. Esta compreensão da linguagem por si já permite vislumbrarmos no edifício da tradição essencialista da filosofia ocidental, o critério de verdade que aos poucos foi se consolidando: a adequação do nosso intelecto à coisa, ou seja, a *rei adequatio intellectus*.

Os ecos da tradição filosófica atravessaram os séculos iterando esta vocação objetivista impressa na base da concepção platônica da linguagem: existe um mundo racional em-si-mesmo, cuja estrutura pode ser conhecida pela razão humana e comunicada por meio da linguagem.

A função da linguagem, portanto, limita-se a mero instrumento de designação de um mundo já previamente conhecido. Cumpre a linguagem copiar, com maior perfeição possível, a estrutura ontológica do real. Por óbvio, nesta busca de perfeição isomórfica a estrutura do mundo é sempre primacial, determinando a estrutura da linguagem. Decorre daí ser a linguagem dotada de sentido apenas porque há um mundo por ela designado. As palavras retiram o seu sentido das coisas e dos fatos que compõem este mundo.

Segundo o modelo objetivista do fenômeno lingüístico, ao significar a essência comungada por mais de um objeto do mundo, a palavra designa uma classe de objetos, e não apenas um objeto singular. Ora, tais "essências universais" constituem exatamente a estrutura ontológica do mundo, onde as coisas se agrupam em classes e subclasses, de modo que a palavra, ao reproduzir esta estrutura essencial, reconstrói o mundo sob a forma de conceito: eis o coração pulsante da ontologia essencialista em que se apóia a tradição filosófica.

A expressão máxima do realismo lingüístico foi alcançada por Wittgenstein, em sua filosofia primeira - a do *Tractatus Logico-Philosophicus*[118] - na teoria da figuração: a linguagem mantém seu estatuto secundário em relação ao conhecimento: é tão-somente um instrumento de afiguração do mundo, ao qual se refere e sobre o qual nos informa.

Para o realismo ou objetivismo lingüístico, as palavras têm sentido tão-somente porque há objetos por elas designados - coisas particulares dotadas de uma essência universal. Na composição do mundo entram distintos objetos, alguns muito especiais como os fatos, perfazendo situações objetais designadas pelas frases. Ora, o realismo lingüístico atinge o seu ápice justo na teoria da afiguração, que toma por base a correspondência estrutural entre frase e estado de coisas, desenvolvida por Wittgenstein no *Tractatus*. A frase representa, em conformação isomórfica, os fatos ou estado de coisas por ela referido. Assim, a teoria do *Tractatus* propõe uma nova formulação da concepção isomórfica entre o mundo e a linguagem: ora, se a linguagem não é mais que um reflexo, "uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. A essência da linguagem depende, assim, em última análise, da estrutura ontológica do real."[119] O mundo é um dado que independe da linguagem. Esta última, em sua função designativa, tem por tarefa exprimi-lo.

Se, por um lado, Wittgenstein mantém o caráter secundário da linguagem no *Tractatus*, por outro, insurge-se contra os excessos de uma tradição que insiste em restringir a linguagem a uma função exclusivamente designativa da essência das coisas: o conhecimento, para a tradição filosófica resulta da apreensão intelectual das essências universais e imutáveis das coisas, donde concluir-se que as palavras retiram seu significado dos próprios objetos por elas designados.

---

[118] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Nacional, 1968.

[119] OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.* São Paulo: Loyola, 1996. p. 121.

Ora, se para as impostações da filosofia essencialista, o conceito é o fundamento último da representação do mundo – eis que reproduz, no âmbito lingüístico, as essências das coisas reais -, então a verdade pressupõe o isomorfismo entre a estrutura da linguagem e a estrutura ôntica da realidade. Sendo o significado do conceito expressão das essências universais que estruturam o mundo, então é forçoso concluir que este isomorfismo de cunho essencialista é orientado, em sua projeção lingüística, por uma semântica de índole material. Wittgenstein, no entanto, propõem a substituição deste isomorfismo essencialista por um isomorfismo lógico-gramatical, cuja base de apóio está no que se poderia chamar de uma semântica puramente formal.

Para a teoria pictórica da proposição sustentada por Wittgenstein no *Tractatus*, as palavras não ostentam uma denotação independente do contexto da frase, nem o sentido da frase emerge de uma conjunção dos sentidos das palavras que a compõe, como sugere a semântica até então: calçada na ontologia do atomismo lógico[120] desenvolvido por Bertrand Russel, a teoria pictórica pressupõe ser o mundo constituído por fatos, e não por objetos simples, coisas individuais. Coisas e objetos compõem apenas a substância do mundo, e não a sua unidade estrutural: o fato. A forma dos objetos consiste em poder combinar-se entre si para compor "estados de coisas" logicamente possíveis, e tais "estados de coisas", quando ocorrem efetivamente no mundo, constituem os "fatos". Os fatos podem ser unidades isoladas, os fatos atômicos, ou estruturas complexas, os fatos moleculares, formados por relações entre fatos atômicos. Ora, cumpre à linguagem reproduzir esta estrutura em seus enunciados. Assim, o enunciado atômico reproduz o fato atômico, e os enunciados moleculares, os fatos moleculares. Desse modo, a linguagem representa o "estado de coisas" ocorrido no mundo, imprimindo-lhe uma figuração. A figuração lingüística se dá pela conjunção de enunciados atômicos, que são bivalentes (falsos ou verdadeiros), pelo que a figuração resultante pode ser logicamente

---

[120] MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia.* São Paulo: Loyola, 2000. t. 1. p. 227.

reduzida ao valor verdade. Por esta estratégia pictórica, ao mesmo tempo em que a representação lingüística copia a realidade, submete-se a uma tese verificacionista.

O atomismo lógico foi desenvolvido por Bertrand Russel em suas discussões com Ludwig Wittgenstein entre 1912 e 1914, e propõe uma estrutura lingüística que perfaz um esqueleto capaz de abrigar todos os enunciados sobre o mundo. Cada enunciado "simbolizado por uma letra proposicional, descreve um fato, isto é, um fato atômico. Assim como os enunciados se combinam por meio de conectivos, assim também os fatos atômicos se combinam formando fatos moleculares"[121].

Destarte, os fatos são estruturas extralingüísticas às quais a estrutura lógico-sintática das proposições deve se conformar. Portanto, segundo o atomismo lógico, a unidade constitutiva do mundo como sentido não são as coisas, entidades simples que as palavras supostamente designariam nos termos da tradição filosófica, mas os fatos, estruturas lógicas complexas designadas por enunciados lingüísticos cuja estrutura lógico-sintática lhes são isomórficas: "o mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas".[122]

Para o Wittgenstein do *Tractatus*, portanto, o pensamento não é uma entidade mental abstrata, tal como a idéia de consciência; antes, é constituído por formulações lingüísticas que perseguem a afiguração do mundo: é no pensamento que representamos a realidade. Logo, o papel da filosofia consiste em traçar os limites lingüísticos do pensamento, delimitando as regras lógicas subjacentes à representação simbólica da realidade promovida pela linguagem. Tais regras lógicas constituem a base sintática do conhecimento que corresponde à estrutura ontológica do mundo, impondo limites ao que pode ser dito e ao que deve ser calado.[123]

---

[121] MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia.* São Paulo: Loyola, 2000. t. 1. p. 227.
[122] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Nacional, 1968, p. 55.
[123] Ibid., p. 129.

Nesses termos, cumpre ao filósofo, não a ascese platônica do mundo das aparências (onde reinam as coisas particulares e empíricas) ao mundo das idéias (formado por essências universais); antes, sua tarefa é compreender a natureza da proposição, como ela se formula e qual a sua relação com aquilo que ela afigura: "a forma lógica essencial da linguagem é idêntica à forma metafísica essencial da realidade, uma vez que encerra os traços estruturais que a linguagem e a realidade precisam ter em comum para que aquela possa representar essa"[124].

Nas Investigações Filosóficas[125], Wittgenstein rompe com esta concepção analítica da linguagem, onde o significado deriva da estrutura lógica da proposição lingüística. A linguagem não mais encontra sua definição na sua relação isomórfica com o mundo real. Antes, a proposta de uma linguagem logicamente estruturada esvai-se, dando lugar a uma linguagem concebida por meio de uma figura viva e dinâmica, constituída por infinitos deslocamentos: uma concepção de linguagem pluralista e diversificada, calçada nos usos que dela fazemos cotidianamente: os jogos de linguagens. Não há significado pré-determinado, nem concordância formal entre realidade e linguagem. Wittgenstein rompe, fundamentalmente, com o objetivismo lingüístico.

3.3 O IRREDUTÍVEL ABISMO ENTRE O MUNDO E A LINGUAGEM

Partindo destas premissas filosóficas e tomando a língua na sua função potencialmente informativa e comunicacional, não é difícil perceber que se trata de um instrumento impotente para designar ou

---

[124] GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein.* Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998. p. 26.

[125] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

simbolizar o mundo a ponto de permitir ao homem alcançar a *rei adequatio intellectus* tão almejada pela tradição. Há sempre algo de constitutivo por detrás das formulações lingüísticas, o desempenho da tarefa demiúrgica de urdir o mundo como tecido de significados, que se mostra mais forte e explícita nos discursos ficcionalizantes. Por estas brechas do tecido lingüístico é possível entrever as desconcertantes dificuldades do verbo ao tentar alçar as verdades do mundo.

Aliás, a cisão pré-socrática entre Jônios e Eleatas, já no berço da filosofia, denuncia a perplexidade dos gregos pelo distanciamento cabal entre *phisis* e *logos*: afinal, como apreender intelectualmente o fluxo inexorável do vir-a-ser natural? Como conhecer e designar um mundo de coisas em permanente estado de mutação se a nossa linguagem persegue conceitos que se pretendem semanticamente híspidos? Como transpor o abismo insondável entre a abstração conceitual e a realidade, entre o universal e o particular, entre o necessário e o contingente?

Os gregos concebiam o seu mundo como um *cosmos*, uma realidade ungida de uma racionalidade imanente. Antes de ser racional, o mundo grego era ordenado pela narrativa mitológica; a razão tratou de ocupar o lugar dos mitos com suas próprias explicações. Ao perseguir uma explicação racional do mundo sem dispor de uma tradição filosófica, a Grécia viu-se obrigada a inventar a própria tradição, no berço da civilização ocidental. Ora, o mundo é realmente racional ou a tradição imprimiu racionalidade ao mundo, substituindo as explicações míticas? As coisas se agrupam naturalmente em classes e subclasses, gêneros e espécies, ou a é a razão que impõe à linguagem o seu destino de *ordo* - de "instrumento separador" capaz de distinguir, de separar as coisas por suas supostas essências, nos termos platônicos - apreendendo o mundo por este mote?

Reconhecemos à linguagem duas funções básicas: nomear e classificar os fenômenos que se apresentam ao homem. Agindo desse modo, o homem busca imprimir organicidade ao real. Organizamos o caos onde se dilui a diversidade circundante ao reunirmos sob um mesmo "nome" (termo geral) uma "classe" de objetos identificáveis pela comunhão

de alguns predicados, algumas características comuns (as supostas essências, segundo a tradição), pondo-os à margem dos demais objetos do mundo: eis a função de instrumento separante (*organon diacriticom*) indicada por Platão no Crátilo. Daí, falar-se que classificar implica segregar, separar. Mas há outra implicação fundamental definindo uma postura epistemológica: classificar as coisas do mundo implica, sobretudo, postular que cada entidade do mundo, apesar de particular e distinta, se enquadra num grupo de entidades "similares ou próximas ao qual pertence e com as quais conjuntamente se opõe a algumas outras entidades; e por fim tornar real o que se postula, relacionando padrões diferenciais de ação a diferentes classes de entidades"[126]. Ora, quando dizemos como uma entidade é constituída, não apenas comparamos com outras entidades como também as diferenciamos: a razão, quando reveste as estruturas lógico-formais, tem uma vocação taxonômica.

Segundo Zigmut Bauman, há uma desordem específica e inarredável na linguagem. Às dificuldades enfrentadas no manejo da língua tendemos qualificá-las de "usos incorretos", ou então de "opções circunstancialmente inadequadas" por linguagens carentes de maior precisão. De um modo ou de outro, estaríamos diante de linguagens que não respondem adequadamente à referida regra de retidão da linguagem proposta por Platão[127], deixando a desejar no que diz respeito ao cumprimento da exigência de isomorfismo entre a estrutura gramatical da linguagem e a estrutura ontológica do real. Mera ilusão: antes de caracterizar uma patologia específica da linguagem adotada, trata-se de um nível de incerteza traduzindo um certo *alter ego* inerente a toda e qualquer linguagem não formalizada, ou seja, que expressa efetivamente conteúdos significativos. Em outras palavras, a ambigüidade - dissimulada na pretensão de certeza - constitui propriamente a condição natural da língua. Embora mitigada pelo rigor conceptual dos discursos

---

[126] BAUMAN, Zygmut. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999. p. 9.

[127] PLATON. *Cratilo:* o de la Exatitud de las Palavras. Madrid: Aguilar, 1969. p. 508-552. (Obras Completas).

científicos, a ambivalência dos termos gerais acentua-se substancialmente nas linguagens naturais.

Se admitirmos, contra a tradição filosófica, não ser o mundo racional e as coisas não possuírem um sentido único, uma essência universal, e se o sentido é atributo das palavras e não das coisas por elas designadas, também as palavras não podem dispor de uma unidade semântica em face da própria natureza da linguagem. Talvez aí resida alguma sabedoria inerente às línguas vernáculas que a tradição filosófica não pôde assumir, pois implicaria admitir, por conseguinte, o relativismo dos sofistas. Para estes, as coisas, por si mesmas, não significam nada: antes de extrairmos delas os seus significados últimos, significamos o mundo para dominá-lo e, no mais das vezes, dominamos o mundo para dominar uns aos outros. Na guerra entre a sofística e a tradição filosófica, esta última parece renegar suas próprias origens: o berço da razão filosófica é político-religioso e não racional: a *alétheia* é, originalmente, uma palavra mântico-religiosa[128].

Roland Barthes, em sua aula inaugural no Colégio de França em 1977, denunciou e o caráter normativo – que ele tomava como repressor - da língua[129]. Acusando não haver o paralelismo pretendido pela tradição filosófica entre o real e a linguagem, chamou a língua de fascista "pois o fascismo não é impedir dizer, é obrigar a dizer". Por este caminho, Barthes denunciou o autoritarismo inerente ao uso epistemológico da língua, pondo a descoberto a biopolítica mal dissimulada na racionalidade discursiva da ciência e em sua pretensa objetividade.

Por isso mesmo, há quem sustente, com Barthes, que a poética e a prosa literária são os únicos caminhos possíveis de uma razão liberta de sua própria arrogância[130]: o texto não epistêmico fazendo pouco caso

---

[128] DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica.* Rio de Janeiro: J. Zahar, 1988.

[129] BARTHES, Roland. *A aula.* 8. ed. São Paulo: Cultrix, 1982. p. 14.

[130] Cf. BARTHES, Roland. *A aula.* 8. ed. São Paulo: Cultrix, 2000. WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

com a acusação aristotélica - dirigida originalmente aos sofistas - de que o desrespeito ao princípio de não-contradição empurra-nos a uma condição subumana, a de simples vegetais, meros seres irracionais. Segundo Aristóteles, para sermos racionais é preciso respeitar o princípio da contradição como condição de possibilidade da significação, ou seja, que se dê algo a entender[131], porque "*seria ridiculo dar razones a un hombre que habla sin razón, por cuanto no tiene razón ninguna: un hombre asi, en cuanto es asi, es semejante a una planta.*"[132] Para sermos racionais, temos que falar de alguma coisa, ou seja, falar para significar algo, de modo que a semântica institui-se como lugar privilegiado da razão, pois ela é que estabelece a conexão entre conotar e denotar, entre o conceito e a realidade, o que garantiria a linguagem uma função instrumental simbólica. Ora, esta mesma acusação encontra eco, embora em termos diversos, em Descartes[133], nos umbrais da modernidade. Ou reduzimos as coisas à evidência pela dúvida metódica, ou habitamos um mundo desqualificado e inferior, o mundo da mera opinião, das inverdades, o campo do irracional. Não há outra racionalidade possível senão a que emerge dos sistemas conceituais epistêmicos, em cujo interior vigoram inapeláveis os princípios lógico-formais de Aristóteles. A modernidade radicalizou a perspectiva epistêmica, negando peremptoriamente a existência de uma racionalidade prudencial, tópico-retórica, de uma lógica do razoável, do plausível, do verossímil, capaz de permitir a razão navegar com alguma lucidez no campo das aporias, justo ali onde se mostra absolutamente improficuo o esforço racional de imprimir sentido único e fechado aos entes da natureza e da cultura.

A palavra sonhando alcançar o reduto último das coisas, onde estas supostamente ocultam seu “verdadeiro sentido”. O verbo

---

131 TUGENDHAT, Ernest; WOLF, Ursula. *Propedêutica lógico-semântica.* Petrópolis: Vozes, 1997. p. 47. Cf. CASSIN, Bárbara. *Ensaios sofísticos.* São Paulo: Siciliano, 1990. p. 209.

132 ARISTOTELES. *Metafísica. Libro IV. Cap. 4. 1006a.* Madrid: Aguilar, 1967. p. 948. (Obras).

133 DESCARTES, René. *Discurso do método:* para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural. 1979. p. 25-71. (Os Pensadores).

alcançando a verdade. Comungar esta perspectiva essencialista implica não apenas violentar o mundo com uma prepotência semântica típica das deidades – os deuses, seres oniscientes e onipresentes, deitam no mundo seus olhares sobranceiros, olhares cuja plenitude paira acima de todo e qualquer ponto de vista, de modo a transpor o véu das aparências e invadir o estado natural dos objetos em si. Um olhar tão absoluto assim implica, de igual modo, interditar o sonho e a fantasia interpostos entre a capacidade humana de imprimir significado às coisas, por uso da linguagem, e o mundo como realidade transcendente.

Estes arroubos de racionalismo desmedido emergem de uma tradição filosófica encharcada de concepções metafísicas do ser e do sentido, ungida por uma ontologia otimista cujo esforço mais radical é o de reduzir o universo infindo das possibilidades semânticas que a vida nos oferece a uma ambivalência apofântica: a verdade verdadeira, de um lado, erigida como monumento unívoco e monolítico à correspondência radical do ser e do pensamento, a *rei adequatio intellectus*; a inverdade, de outro, o falso, as verdades ideológicas que mal dissimulam suas contradições internas, enfim, toda a trama das verdades não verdadeiras. Como resultado, construímos uma civilização científica onde a idéia de verdade se confunde com a objetividade do conhecimento, com a comunicabilidade imediata e não problemática dos objetos conhecidos e com uma unidade discursiva de vocação lógico-formal[134].

3.4 O ABISMO ENTRE O MUNDO E A LINGUAGEM NO DIREITO

Estes aportes essencialistas da tradição filosófica ocidental ainda hoje contaminam as práticas judiciais, especialmente no campo da

[134] DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica.* Rio de Janeiro: J. Zahar, 1988. p. 13.

interpretação e da aplicação das palavras da lei. Os juristas tomam a *interpretatio* e a *aplicatio* como um duplo movimento que caracteriza o núcleo dos afazeres cotidianos dos operadores do direito. Admitem, desse modo, que a linguagem normativa antes descreve uma hipótese fática para então prescrever um dever. Cumpre, portanto, função designativa de um fato conhecido não como acontecimento concreto e, por isso mesmo, situado no tempo e no espaço, nem como pura abstração conceitual: a linguagem normativa, ao descrever a hipótese fática, designa um fato intermédio entre o singular-concreto e o abstrato-conceitual: o fato-tipo.

O primeiro movimento deságua na *interpretatio,* onde a definição jurídica ocupa o epicentro da cena hermenêutica, deixando transparecer a função de *organom diacriticom* da linguagem normativa do direito positivo, isto é, a de um instrumento separante, articulado sob a forma de enunciação. Para esta impostação jusmetodológica, a definição jurídica dos termos da lei, por sua força demarcatória, sua capacidade de determinar os limites ou a extensão de algo, põe um determinado objeto à margem dos demais objetos do mundo. Em outras palavras, a definição legal é o instrumento que o operador se vale para separar do fato concreto o que é relevância jurídica (fato jurídico).

No segundo movimento, deparamo-nos com o papel propriamente prescritivo dessa linguagem, a *aplicatio*, consumada sob a forma de uma inferência silogística de cunho normativo, uma inferência subsuntiva donde emerge a conclusão prescritiva (eficácia jurídica).

A este duplo movimento do pensamento jurídico moderno subjaze uma teoria do tipo que pressupõe a racionalidade do mundo, seja o natural, seja o da cultura: um mundo constituído por entes reunidos em classes e sub-classes a partir da comunhão de propriedades essenciais e, portanto, universais. Ora, a existência de essências universais que delimitam o ser é fundamento para as definições essencialistas do objetivismo lingüístico. Segundo Warat é bastante comum entre os dogmáticos a suposição de que os termos da lei refletem uma conexão necessária e essencial com a realidade, de modo “que as

definições do campo jurídico se obtém mediante uma intuição intelectual da natureza intrínseca dos fenômenos denotados"[135], conduzindo à confortável conclusão dos juristas no sentido de que cada palavra só pode dispor de uma única definição válida: resta negado pela jurisprudência tradicional o abismo radical entre o mundo e a linguagem normativa.

Ao adotar a teoria objetivista da linguagem, as definições essencialistas da jurisprudência ocultam uma vocação fortemente jusnaturalista[136]: eis o paradoxo contido em uma atitude positivista que sonhou reduzir todo o fenômeno jurídico ao direito posto, e demandou uma concepção de mundo e de linguagem que permitisse uma aplicação correta deste mesmo direito. Ora, se os termos lingüísticos adotados pelo legislador designam objetos do mundo, é possível esta "interpretação correta" da lei: interpretar é fornecer o conteúdo e o alcance das palavras da lei: "a indicação do conteúdo é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais [...]. A indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos individuais" que subsumem-se ao conceito legal."[137]. Percebe-se, daí, que as impostações jusmetodológicas dos positivismos jurídicos pressupõem, no mínimo, uma concepção implícita de "ser" e de "sentido" originárias da tradição filosófica, especialmente de sua vertente platônica.

No entanto, por mais falem os juristas em jurisprudência pacífica, o sentido das palavras da lei nunca estará totalmente acomodado. A interpretação jurisprudencial é também enunciação lingüística, sendo necessariamente objeto de uma nova interpretação, apesar do acréscimo de racionalidade que pode resultar daí, ao demarcar com alguma força persuasiva alguns caminhos possíveis dentre infinitas possibilidades de se transpor o abismo entre o conceito, visto como pura idealidade, e a realidade, vista como pura possibilidade de significação. Não há como predeterminar logicamente tudo o que é potencialmente

---

[135] WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica.* Porto Alegre: Atrium, 1977. p. 14.
[136] Ibid., p. 16.
[137] ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 126.

jurídico na realidade: "a distância existente entre a generalidade da lei e a situação concreta, no caso particular, é insuperável por essência"[138].

Ora, o abismo entre o ser e a linguagem tem projeções sensíveis na pratica judiciária cotidiana. A lei, a doutrina e a jurisprudência são textos escritos por homens e para homens (como todo e qualquer ato lingüístico). Não há nesses textos um sentido intrínseco – de modo que a sua reconstrução hermenêutica em novos enunciados lingüísticos não carrega, nem poderia carregar, verdades apofânticas. Cada sentido tramado a partir deles é sentido posto por um sujeito, histórica, política e culturalmente determinado. A responsabilidade pela produção da justiça, portanto, não encontra epicentro no texto da lei. Ela é sempre, em forte e decisiva medida, dos seus aplicadores.

3.5 LIMITES SEMÂNTICOS DAS PALAVRAS DA LEI: O MITO DAS TRÊS HEURÍSTICAS

Diferenciamos duas instâncias fundamentais no discurso jurídico: a instância normativa, onde o direito se concretiza como sistema de normas, e a instância doutrinária, onde se traduz num corpo de doutrinas e teorias. No plano normativo o direito vê-se obrigado a utilizar a linguagem natural, para que os destinatários dos comandos da norma possam compreender a mensagem normativa. No plano teórico e doutrinário, o direito se vale de uma linguagem com um perfil mais propriamente técnico-científico. A diferença é que esta última persegue a univocidade de seus termos gerais. A linguagem natural não; nela, as palavras estão carregadas de vagueza e ambigüidade semânticas.

---

[138] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II:* complementos e índices. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 465.

O uso da linguagem natural, em face de sua indeterminação semântica, revela a incompletude normativa dos textos legais, de modo que a construção do fundamento normativo das decisões judiciais nos sistemas de direito legislado demanda não apenas a conjugação de dispositivos legais, implicando também o uso de outros conteúdos normativos complementares oriundos das demais fontes do direito, a exemplo da jurisprudência e da doutrina. Estas duas fontes do direito cumprem em regra o papel de especificar o texto legal, seja por emprestar definições às suas palavras, seja por relacioná-lo a casos concretos.

Tomando-se por heurística a prática judiciária de descoberta do direito aplicável ao caso concreto, partindo de uma pesquisa de suas fontes, e considerando as características do sistema jurídico acima apontadas, temos então que todas as heurísticas jurídicas, de uma forma ou de outra, acabam por circunscrever-se ao texto da lei: descobre-se o direito do fato judicializado *secundum legem* ou *praeter legem*. Ou então, decide-se *contra legem*. De toda sorte, a lei é sempre o epicentro do pensamento jurídico-decisório, a referência taxionômica de todo ato judicial no direito continental.

As decisões *secundum legem* são construídas no âmbito da interpretação da lei, ou seja, nos limites de possibilidade semântica do texto legal, demarcados pelas técnicas de interpretação restritiva, de um lado, e extensiva, de outro. Em poucas palavras, a interpretação da lei não pode conduzir a um sentido normativo que ainda não se amoldou ao teor literal do texto, ou que já não cabe mais nele. No interior desses marcos agitam-se inúmeros outros métodos interpretativos, tal como o histórico, o lógico-sistemático, o teleológico, o sociológico, dentre outros, todos perseguindo definir um dentre os vários sentidos possíveis. Tais métodos, é de se frisar, não podem conduzir a atividade hermenêutica para fora dos limites demarcados pelas interpretações extensiva e restritiva.

A heurística *praeter legem*, por sua vez, apesar do aparente descompromisso com o texto legal sugerido pelo nome latino, não apenas

circunda o texto da lei; antes, segundo a teoria jurídica atual, nela encontra o seu próprio fundamento. É que o sistema jurídico está calçado num axioma pelo qual "tudo o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido". Ora, no sistema de direito legislado é a lei que tem o condão de apontar o que é e o que não é jurídico. A idéia de "sistema", por sua vez, constitui a lei como uma totalidade, uma unidade complexa composta de partes que se entrelaçam em íntima conexão. Uma totalidade pode ou não estar completa, desde o ponto-de-vista do fundamento que lhe empresta unidade. Desse modo, é possível admitir - e até mesmo identificar - no seu corpo a ocorrência de certas incompletudes insatisfatórias, as chamadas lacunas da lei. Somente na própria lei, portanto, pode-se fundamentar a existência de uma lacuna, daí porque a atividade de colmatação destas lacunas – a integração jurídica - circunda em torno dela. A heurística *praeter legem*, à qual os juristas estariam legitimados em certos ramos do direito, se realiza pelo recurso aos costumes, aos princípios gerais do direito e à técnica da aplicação analógica do próprio texto legal, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Note-se ainda, em certos ramos do direito é defesa a heurística *praeter legem*, como é o caso dos direitos penal e tributário.

Enfim, a heurística *contra legem* não é permitida em nosso direito, em face das relações de hierarquia travejadas pelo "dever ser" no interior do sistema normativo: a validade de todo "dever ser" decorre de um "dever ser" hierarquicamente superior, segundo a tese kelseniana francamente adotada pelos juristas. Assim, a validade da sentença penal, por exemplo, decorre da validade do Código Penal, que é lei federal no sentido lato. Se a sentença contraria a lei, ela é inválida. Daí sustentarem os juristas a impossibilidade da heurística *contra legem*.

Em que pese esta busca de rigor metodológico, difícil é saber quando se está aplicando o direito nos exatos limites da lei e quando o ato jurídico-decisório desata para o campo do criacionismo judicial.

Tomando algumas noções básicas de semântica[139], temos que a linguagem natural apresenta fundamentalmente dois tipos de termos lingüísticos: o nome próprio e o termo de classe. O primeiro designa um objeto único, - tal como a palavra "Brasília", ou a expressão "lago do Paranoá". O segundo reúne numa mesma classe um sem número de objetos – tal como a palavra "torre" ou a expressão "cidade americana".

Os termos de classe, por sua vez, apresentam dois atributos semânticos: 1) a conotação, que traduz o conjunto de atributos e características que lhe dão significado (palhaço, por exemplo, conota um homem brincalhão que se veste com roupas largas e coloridas, cara pintada, etc.) e, 2) a denotação, que corresponde à classe de objetos reunidos pela palavra (palhaço, por exemplo, denota Bozo, Carequinha, Pirulito, etc.). Nestes termos, interpretar uma palavra é oferecer o seu significado, o que se alcança no mais das vezes mediante uma definição conotativa (palhaço significa homem brincalhão que conta piadas, vestido com roupas largas e coloridas, etc.). É de se observar, entretanto, não ser possível determinar com precisão quais atributos uma pessoa deve necessariamente ostentar para pertencer à classe dos palhaços. Didi Mocó, personagem televisivo de Renato Aragão, por exemplo, seria um palhaço? E o vagabundo de Charles Chaplin?

Quanto mais ampliamos as exigências de atributos que algo deve ostentar para pertencer à classe designada pela palavra (intensidade conotativa), menor o número de objetos pertencentes a esta classe (extensão denotativa). Em outras palavras, há uma relação inversamente proporcional entre a intensidade conotativa e a extensão denotativa de um termo de classe. Ora, este é o mecanismo da interpretação extensiva ou restritiva do texto legal: interpretar extensivamente é o mesmo que oferecer definições conotativas das palavras da lei que ostentam o menor número possível de exigências conotativas, e vice-versa. Um exemplo:

---

[139] VERNENGO, José Roberto; WARAT, Luis Alberto; CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. *O problema do significado da linguagem natural.* São Leopoldo: Unisinos, 1976. Caderno publicado pelo Diretório Acadêmico Visconde de São Leopoldo – Direito.

segundo a jurisprudência, a expressão "chave falsa" utilizada no artigo 155 do Código Penal significa "todo instrumento, com ou sem forma de chave de que se utiliza o ladrão para fazer funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando, assim, a execução do furto" (TACRIM – SP – AC. Rel. Rubens Gonçalves)[140]. Analisemos esta jurisprudência. Em primeiro lugar, trata-se de uma interpretação da expressão "chave falsa". Em segundo lugar, a técnica utilizada foi a de oferecer uma definição conotativa. Em terceiro, as exigências conotativas são as mínimas possíveis, ou seja, algo para ser chave falsa tem que ser "todo instrumento" (ou seja, qualquer coisa) que "faz funcionar o mecanismo da fechadura" (o mínimo que se pode exigir do ponto de vista teleológico). Podemos agora reconhecer nessa jurisprudência uma interpretação extensiva limítrofe da expressão legal "chave falsa".

Os termos de classe surgem por pactos de uso, traduzindo uma necessária irracionalidade, uma indeterminação inafastável dos seus limites semânticos. De outro lado, a realidade – o mundo dos objetos naturais e culturais - não é passível de ser dividida em classes tão perfeitas como se poderia esperar, ainda que sejamos obrigados a reconhecer que este ímpeto taxionômico seja uma tendência não apenas da razão, mas da própria linguagem. O mundo oferece sempre um conjunto de objetos que, ao mesmo tempo, tendem e relutam em se enquadrar numa determinada classe. É o caso do Didi Mocó e do Vagabundo, em relação à classe dos palhaços. Em termos lingüísticos, em face da indeterminação da intensidade conotativa da palavra palhaço, surge uma zona de vagueza na extensão denotativa, uma zona em que os objetos podem ou não se enquadrar na classe, dependendo de como se articularem as exigências conotativas, ou seja, como se delimitar o significado do termo, como se interpretá-lo. Hart, em O Conceito do Direito chama este fenômeno de textura aberta da linguagem.[141]

---

[140] FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7, ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2518.

[141] HART, Herbert. *O Conceito de direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 141.

Há uma íntima relação entre a interpretação extensiva e a integração analógica, pois o transbordamento dos limites semânticos do texto implica invadir imediatamente o universo dos casos análogos. Dentre os métodos de integração jurídica, a mais importante e funcional, sem dúvida, é a técnica de aplicação analógica da lei. A analogia se justifica quando o legislador foi demasiadamente específico no tratamento dado à descrição hipotética da conduta regulada pelo texto legal, deixando de enquadrar casos que o bom senso indica necessidade normativa oposta. Nessa hipótese, por mais que se enxuguem as exigências conotativas das palavras da lei, resta infrutífera a busca do enquadramento legal do caso análogo. É o caso da regra que proíbe a entrada no parque com animais quadrúpedes, à qual não se subsume o caso do domador que pretende passear no parque conduzindo pela coleira seu avestruz domesticado. Por mais que se amplie o alcance do conceito de "animal quadrúpede" mediante uma interpretação extensiva, a ele não se subsume o bípede emplumado em questão, pois estaríamos obrigados a sustentar não ser atributo conotativo essencial ao quadrúpede ter quatro patas, implicando a irracionalidade de se argumentar contra uma evidência.

A analogia, portanto, consiste num retorno, por indução retórica, a um princípio normativo mais geral do qual a regra é uma especificação supostamente excessiva. O caso análogo, embora não se enquadre na regra, é subsumível a este princípio superior. Segundo os arautos de sua natureza lógica, trata-se de um duplo movimento: uma indução até um princípio retor superior, seguida de uma dedução até o caso análogo. Por exemplo: a regra da proibição da entrada de quadrúpedes no parque está inspirada numa regra mais geral, segundo a qual não se deve adentrar com animais domesticados para não se perturbar os animais silvestres e os usuários. Ora, deduz-se deste princípio mais geral não ser permitida a entrada de uma avestruz domesticada. É claro, para construirmos esta decisão, por certo estamos identificando uma incompletude insatisfatória no "todo" do regimento do parque, não desejada pelo legislador. A colmatação desta lacuna pelo

método analógico permite enquadrarmos o caso da avestruz, eis que, na hipótese, é razoável exigir regulamentação normativa.

Assim como não se pode sustentar a existência de um sentido correto no texto legal em face da textura aberta da linguagem normativa, também não é possível estabelecer com precisão quando a aplicação do texto se vale de uma interpretação extensiva ou transborda os limites do seu teor literal, passando a caracterizar integração analógica. Entre a interpretação extensiva e a integração analógica de uma regra há sempre uma zona limítrofe obscura de indefinição e sobreposição dessas técnicas dogmáticas. O âmbito de incidência do texto legal possui uma aura de indeterminação do seu alcance normativo, uma zona cinzenta de borda onde é possível sustentar-se, ao mesmo tempo, um determinado fato 1) se enquadra num sentido limítrofe do texto, ou então este mesmo fato 2) não se deixa subsumir a ele, pelo que sua aplicação depende da mediação analógica de um princípio superior ou um elemento essencial comuns ao fato e ao texto. Ora, a aplicação do texto a este fato, na primeira hipótese, caracterizaria interpretação extensiva; na segunda, integração analógica. A diferença não produz maiores conseqüências em diversos ramos do direito; no direito penal, no entanto, ela é decisiva, em face da denegação da atividade integradora.

Nessa mesma hipótese, a textura aberta do texto legal permite ainda uma terceira tese jurídica, sustentada mediante o argumento a *contrario sensu*: o fato situa-se na zona de permissividade do direito, seja por não se enquadrar no texto da lei; a uma porque dentre as identidades entre fato e situação normada não há nada de “essencial” que legitime a integração analógica; a duas, porque defender como essenciais as identidades ou as diferenças entre a hipótese legal e a situação fática - de modo a aplicar analogicamente o texto normativo ou afastar a sua incidência a *contrario sensu* - supõe o cometimento de juízos valorativos. A solução de casos como este se situa no campo das conclusões aporéticas.

Assim, a aplicação da lei por 1) interpretação extensiva ou 2) integração analógica, e o afastamento da incidência legal mediante 3) o argumento *a contrario senso* são teses perfeitamente sustentáveis para uma mesma situação fática, sem que se possa apontar uma solução objetiva apriorística, sempre que ela se encontre numa situação limítrofe aos sentidos possíveis do texto legal. Estes fatos de borda – que a doutrina costuma chamar de casos difíceis (*hard cases*) - são bastante comuns na prática judicial e acabam consolidando-se jurisprudencialmente sob a forma de conflito. A profusão de jurisprudência conflitante no direito atual, observável nas inúmeras publicações de catálogos jurisprudenciais, aponta o grau de indeterminação que traspassa os conteúdos normativos da ordem jurídica vigente, revelando não se render aos instrumentos da dogmática tradicional - nos termos conjecturados pelo senso comum teórico dos juristas - a complexidade do ato de aplicação do direito. Em sede criminal, não há como se negar, questões como estas mitigam substancialmente o alcance normativo do princípio da reserva legal.

Diante destas considerações, observa-se que a heurística jurídica de vocação analítica desenvolvida para os modernos sistemas de direito legislado não garante um alcance metódico tão eficaz como pretende o pensamento jurídico tradicional, nem mesmo no âmbito da aplicação dos códigos de lei. Basta um estudo de caso, seja qual for o campo do direito codificado, para confirmarmos na prática esta indisfarçável inconsistência instrumental das técnicas de aplicação do direito moderno. Tomemos, como breve ensaio, o mais radicalmente analítico dos direitos modernos: o direito penal.

Vamos supor um furto em que o agente se vale de uma micha para abrir um cadeado e subtrair do interior de um ambiente fechado um objeto de valor. Os três principais operadores - o Promotor, o Juiz e o Defensor - apresentam teses distintas sobre a valoração jurídica do fato. Fixada a questão de fato pela prova inconteste, o debate processual circunscreve-se em torno da questão de direito. O Promotor denuncia o réu e pede a condenação pelo crime de furto qualificado pelo uso de chave

falsa. Nas suas alegações finais, sustenta que o uso da micha qualifica o furto por ser esta uma chave falsa, lançando mão de uma jurisprudência criminal onde se afirma que o uso da micha qualifica o furto pelo "emprego de chave falsa", nos termos do artigo 155, §4º, inciso III do Código Penal Brasileiro, na medida em que "chave falsa é todo instrumento, com ou sem forma de chave de que se utiliza o ladrão para fazer funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando, assim, a execução do furto" (TACRIM – SP - AC – Rel. Rubens Gonçalves)[142].

Este fragmento jurisprudencial, a toda evidência, apresenta uma definição da expressão "chave falsa" onde as exigências conotativas são bastante reduzidas: para ser uma chave falsa, não precisa ser uma chave; basta ser um instrumento que funcione como a chave para abrir o cadeado. Segundo esta definição, um grampo também pode ser uma chave, desde que o agente o maneje com suficiente habilidade para fazer abrir uma fechadura. O mesmo se pode dizer de um pedaço de arame qualquer. A falta de maiores exigências conotativas põe-nos diante daquilo que os juristas tradicionais usam chamar de interpretação extensiva. Trata-se, ainda, de uma heurística *secundum legem*, legítima no campo penal por circunscrever-se ao princípio da legalidade estrita. É absolutamente razoável a definição de "chave falsa" oferecida pelo precedente judicial, e demonstra uma boa força persuasiva. No entanto, é fácil perceber que as definições lingüísticas – especialmente as definições possíveis dos termos da linguagem natural – não são redutíveis à evidência, não se deixam enquadrar em fórmulas analíticas da demonstração. A uma só expressão, não permitem conclusões apodícticas.

O Defensor oferece argumentação contrária: admite o crime de furto ante a prova inconteste, mas sustenta ser furto simples, alegando não se poder aplicar imediatamente o conceito legal de "chave" (que é

---

[142] FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2518.

espécie) a todo e qualquer "instrumento" análogo (que é gênero). Portanto, defende a tese de o Promotor ter escamoteado sob a aparência de interpretação extensiva um movimento indutivo de redução do conceito da espécie "chave" ao gênero "instrumento" que faz abrir o cadeado, seguido de uma dedução ao conceito de micha. Portanto, trata-se de uma identificação e colmatação de uma lacuna de *lege lata*, um procedimento defeso em sede penal. Assim, busca ocultar uma heurística *praeter legem* sob a roupagem de interpretação extensiva. O argumento, tal qual o do Promotor, é dotado de força persuasiva em face de sua razoabilidade, mas também não se reduz a uma conclusão apodíctica.

O Juiz, por sua vez, discorda de ambas as teses apresentadas pelos litigantes, condenando o réu pelo crime de furto simples com o seguinte fundamento: "Chave falsa [...] é chave mesmo, não se lhe equiparando o objeto cujo labor do agente conduziu ao contorno da chave. Mas a micha sequer se assemelha à chave". (TACRIM – SP – AC – Rel. Camargo Sampaio)[143]. Segundo esta interpretação, uma decisão condenatória pelo furto qualificado carregaria o vício de ser fundada numa heurística *contra legem*. Ora, bem observado, trata-se de um argumento *a contrario sensu*, envolvendo também razoabilidade e, portanto, força persuasiva. A rigor, é tão cabível quanto os dois argumentos restantes, não sendo possível sustentar a sua invalidade ou incorreção.

Deste simples exemplo extrai-se a conclusão de que as ferramentas metodológicas do pensamento jurídico moderno não possuem o rigor e a precisão que os juristas tradicionais costumam lhe emprestar. Antes, diante de um caso concreto, sobrepõem-se com igual força persuasiva todas as heurísticas jurídicas oferecidas pela metódica tradicional. Resulta daí não ter alcançado a modernidade resgatar o direito do âmbito da prudência para os campos analíticos da ciência, insinuando-se uma irresistível natureza retórica na argumentação judicial.

---

143 FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2518.

Não se pode apontar uma interpretação correta e outra falsa. Apenas podemos, dentro de certos critérios também discutíveis, admitirmos algumas interpretações como razoáveis, outras não. Ora, delimitar o sentido de um conceito semanticamente vago, visando a aplicá-lo a um caso concreto, significa exercer função normativa, embora de modo complementar a uma base (teor literal do texto legal) normativa já pré-determinada. Implica o cometimento de atos de escolha, em que se adota uma significação do texto em detrimento de outras possíveis. Assim, o operador do direito participa da elaboração complementar da norma, de modo que a definição jurídica final dada ao fato depende, em princípio, de uma decisão cometida *ex post facto*.

No limite, é o fato que pretendemos subsumir ao texto que problematiza a sua interpretação, eis que alguns objetos tornam absolutamente problemática a interpretação, justo por habitarem a zona de vagueza denotativa do termo de classe que tendencialmente os designa. O sentido das palavras só pode ser ultimado diante do mundo concreto, diante da coisa real que com elas pretendemos designar. Não se interpreta palavras em tese. Em termos semióticos, o significante relativiza o significado do signo lingüístico. Projetando esta questão no direito, podemos dizer que a realidade problematiza o sentido do texto legal. Se o sujeito falsifica uma chave para abrir um cadeado e subtrair do interior de um quarto um objeto de valor, comete furto qualificado por emprego de chave falsa. Mas se utiliza uma micha, ou mesmo um pedaço de arame para fazer funcionar o segredo do cadeado, trata-se ainda de furto qualificado com emprego de chave falsa? A expressão legal "chave falsa" certamente recebeu outras interpretações jurisprudenciais, algumas bastante distintas das hipóteses oferecidas por nós, tal como "não possuindo os ônibus chaves de contato próprias para cada um deles, a chave comum a todos eles não pode ser considerada falsa, para qualificar o furto" (TACRIM – SP – AC – Celso Limongi)[144] Conclui-se que um termo de classe da linguagem natural pode conter mais de um sentido

[144] FRANCO, Alberto Silva et al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2518.

possível, ou seja, é sempre plurívoco. Eis os fatos problematizando - uns mais e outros menos - o sentido do texto legal.

Não por outro motivo muitos autores vêem a tarefa de interpretação e aplicação da lei como "hermenêutica" no mais radical sentido etimológico, o de Hermes Trismegisto, uma figura mitológica sedutora e complexa, semideus de natureza móbil e ambígua, tecida por infinitos deslocamentos: o mensageiro que traz à luz os sentidos ocultos da palavra divina[145]. Mais do que um Trismegisto - ou mesmo um oráculo urdindo o julgamento das ordálias, procurando Deus entre fumos e faíscas -, o jurista moderno, em suas práticas hermenêuticas pretensamente controladas pela razão, sonha fazer de Deus a sua própria imagem: em sua vocação evemerista assume de imediato a postura do justo, o que promove e distribui entre as gentes, através de sua hermenêutica jurídica, a Justiça oculta sob o manto divino das palavras da lei.

Para além dessas epifanias antropomórficas, o direito da modernidade manifesta a reencarnação do último grande mito da civilização clássica: o mito da razão. Para o direito da modernidade, nada mais racional do que o fundamento normativo, a *ratio decidendi* apriorística contida no texto legal, não como base sígnica, mas como pleno sentido normativo. Eis em toda a sua plenitude o mito da razão normativa. Se as palavras da lei não possuem tal sentido apofântico, se o texto legal, como de resto qualquer texto, é antes um receptáculo do que um portador de sentidos, então não há propriamente um fundamento normativo, não há o que se fiscalizar na lei nem o que possa ser objeto de jurisdição. A lei é apenas um ponto de partida, uma fórmula vazia, nem tão vinculante, nem tão inafastável como a metodologia jurídica moderna sempre pretendeu.

---

[145] FAIVRE, Antoine. Hermes. In*:* BRUNEL, Pierre. Dicionário de mitos literários. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998. p. 448-465;

3.6 A FUNÇÃO ONTOLOGIZANTE DA DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL

As imprecisões semânticas da linguagem natural que veicula os conteúdos normativos e descritivos da lei geram dificuldades incontornáveis no controle do significado dos enunciados legais. Limitações desta natureza apontam para a indeterminação dos conteúdos normativos que perfazem o direito positivo, deixando desvelar uma intensa atividade discricionária e criadora por parte dos aplicadores da lei.

Por regular os fatos da vida ordinária, o direito viu-se obrigado a se valer, na elaboração do seu discurso normativo, da linguagem natural – uma linguagem dotada de uma textura excessivamente aberta, conforme definiu Hart[146], a única linguagem acessível ao cidadão comum. Sem o rigor conceptual das linguagens técnico-científicas, a linguagem natural carece de maior precisão no significado de seus termos, resultantes de pactos de uso de gestação espontânea. Esta origem consuetudinária faz suas palavras padecerem de uma irredutível indeterminação semântica: os termos gerais da linguagem natural possuem vários sentidos possíveis, decorrentes dos mais variados usos da língua. O fenômeno pode ser observado ao nível da vagueza semântica, pois resulta na existência de uma zona de indeterminação de sentido, casos limítrofes onde a aplicabilidade do termo geral resta duvidosa, ou da ambigüidade, onde as palavras manifestam variações nas características individualizadoras dos objetos por elas designados, apontando propriedades conotativas diversas.

Como resultado desta plurivocidade, tem-se que diante do fato judicializado, o aplicador da lei pode optar pela adoção de um sentido específico em detrimento de outros possíveis, de acordo com a definição

---

[146] HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 137-149.

adotada ao cabo da atividade interpretativa, garantindo-lhe uma indisfarçável discricionariedade.

Para transpor o problema das múltiplas possibilidades de interpretação dos conceitos valorativos e indeterminados contidos na lei, o jurista vê-se obrigado a cometer atos decisórios complementares, de modo a fulminar a indeterminação significativa - ora extensional, ora intencional. Uma tal decisão resulta, ao fim e ao cabo, na inclusão ou exclusão do caso "difícil" na classe potencialmente referida pelo conceito legal.

O jurista enfrenta estes problemas de "interpretação" da lei tratando de oferecer "definições" às palavras semanticamente indeterminadas ostentadas pelos textos legais. Ao optar por uma definição em detrimento de outras, comete os referidos atos decisórios complementares, de modo a excluir a indeterminação extensional ou intencional do texto legal, conforme o caso. Desta opção resulta o fato subsumido ou não ao texto legal interpretado.

A mais comum e usual das definições, a título de exemplo, é a definição por gênero e diferença, consistente em oferecer um conjunto de características identificadoras da classe à qual o objeto pertence. Nessa perspectiva, definir é fixar o *genus proximum et differentia specifica*, ou seja, estabelecer o gênero próximo ao qual o objeto pertence, acrescentando as diferenças específicas individualizadoras que o diferenciam das demais espécies do gênero.

No exemplo do furto com uso de uma micha nos valemos de um enunciado descritivo caracterizado por uma definição deste tipo: chave falsa é toda ferramenta que faz abrir o segredo da fechadura. Portanto, a chave falsa é um objeto que pertenceria ao gênero das ferramentas, e seria dotada da característica específica de fazer abrir o segredo da fechadura.

Conforme já anotado, o problema da definição jurídica dos termos da linguagem normativa encobre uma discussão mais ampla, de alcance filosófico, e varia conforme se adote a tese platônica do *realismo*

ou as modernas tendências *nominalistas* da linguagem. A adoção da tese realista, bastante difundida na prática judicial, implica o reconhecimento de uma correlação imediata entre o signo lingüístico e o objeto por ele designado, de modo que a definição jurídica extrairia da própria realidade os critérios para determinar os significados das palavras da lei. Tais critérios definitórios – transcendentes, do ponto de vista gnoseológico - devem refletir as propriedades essenciais do objeto designado pelo signo lingüístico. Em muito se amolda à tese realista as definições que se valem da técnica do "*genus proximum et differentia specifica*" acima indicada, multiplicando-se em profusão nos catálogos jurisprudenciais.

Assumida a tese realista, é possível sustentar-se a verdade ou falsidade do significado expresso por uma definição qualquer, eis que as palavras da lei, por refletirem conexões necessárias e essenciais com o mundo real, seriam dotadas de um sentido unívoco. Warat observa que a construção de definições para os termos da lei, tomando por base o realismo lingüístico, reflete "atitudes ideológicas encobertas, porque encerrando intenções retóricas, são formas argumentativas através das quais se pretende identificar a realidade com nossos ideais valorativos" [147]. No campo do direito, a adoção da tese platônica do realismo conduz a impostações teóricas de perfil jusnaturalístico.

Em oposição à tese realista, o nominalismo sustenta o caráter convencional – e, portanto, variável - dos significados lingüísticos, onde há de se reconhecer uma mera relação nominal na identidade entre o signo lingüístico (*definiens*) e o significado adotado (*definiendum*), uma simples identidade entre termos, e nunca uma identidade ontológica entre o signo lingüístico e as propriedades essenciais do objeto por ele referido.

Aplicada ao direito, a tese nominalista, ao afirmar o caráter convencional da linguagem e sustentar a impossibilidade de uma única definição válida para cada palavra da lei, deixa entrever a intensa atividade de criação judicial do direito pelo operador, inerente ao ato de aplicação do texto legal aos fatos judicializados.

---

[147] WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica.* Porto Alegre: Atrium, 1977. p. 18.

O já utilizado exemplo da micha é bastante esclarecedor. A despeito da discussão linguístico-filosófica no sentido de que em nenhum momento se pode pretender a correspondência do *definiens* com as características essenciais do objeto definido, por se tratar de um objetivismo ontológico de índole metafísica, ao menos se mostra absolutamente despropositada esta identidade entre o discurso e a realidade em proposições ao estilo das utilizadas pela jurisprudência, tal como a que serve de suporte para enquadrar a "micha" na extensão denotativa da expressão "chave falsa" utilizada pela lei penal, onde se sustenta que "chave falsa é todo instrumento, com ou sem forma de chave de que se utiliza o ladrão para fazer funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando assim a execução do furto" (TACRIM – SP – AC – Rel. Rubens Gonçalves)[148]. Tanto não se trata de uma definição que corresponda com a realidade, que se pode opor outra definição, não menos razoável, habitante também dos catálogos jurisprudenciais. É o caso deste outro fragmento normativo jurisprudencial: "Chave falsa [...] é chave mesmo, não se lhe equiparando o objeto cujo labor do agente conduziu ao contorno da chave. Mas a micha sequer se assemelha à chave" (TACRIM – SP – AC – Rel. Camargo Sampaio) [149].

É de ser observar que estes fragmentos jurisprudenciais cumprem o papel de conteúdos a serem conjugados com o dispositivo legal para atingirem os seus significados normativos, exercendo assim a função de normatividade jurisprudencial. Também, não se pode olvidar que a explícita contradição entre ambos demonstra que os catálogos jurisprudenciais não respondem internamente aos princípios lógico-aristotélicos, pelo que neles coabitam fragmentos normativos com conteúdos díspares e até mesmo frontalmente contraditórios, de modo que a opção por um ou por outro fragmento conduz à possibilidade de construção de normas individuais distintas para o mesmo caso concreto. O fenômeno é importante para o direito, pois dele se percebe existir um

[148] FRANCO, Alberto Silva et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2518.

espaço de anomia interna ao próprio conceito de norma jurídica, por paradoxal que possa parecer: em outras palavras, o "significado normativo" da norma não é autônomo, mas heterônomo, sempre a depender, em menor ou maior grau, da subjetividade do interprete. Reconhecer estas contradições implica comprometer, do ponto de vista lingüístico, não apenas as pretensões realistas das definições jurisprudenciais, mas especialmente as teses fundamentais do positivismo jurídico.

O uso da linguagem natural implica assumir o problema da vagueza e a da ambigüidade das palavras da lei, evidenciando, já no plano semântico da linguagem normativa, a incompletude dos textos legais. Ainda que se queira emprestar a máxima força normativa ao texto da lei, buscando construir decisões com absoluta vinculação aos seus conteúdos, a elaboração da norma individual ainda assim demandaria não apenas a conjugação de dispositivos legais, mas também de outros conteúdos normativos complementares oriundos das demais fontes do direito, tal como a jurisprudência e a doutrina, alcançando, ao final, conteúdos com função normativa que não respondem a um conceito de validade jurídica – condição pela qual transitaram todos os conteúdos jurisprudenciais antes de se consolidarem como *usus fori* pela repetição de conduta decisória dos magistrados.

Ademais, a indeterminação semântica das palavras da lei coloca em xeque o verdadeiro alcance sistematizador das estratégias normativas modernas. É de se perguntar até que ponto os sistemas jurídicos alcançam coerência interna e plenitude normativa. As múltiplas possibilidades interpretativas do texto legal tornam insustentável a idéia de que direito moderno tenha alcançado determinar aprioristicamente uma *ratio decidendi* unívoca objetivamente determinável, como se as palavras da lei remetessem a um significado único de modo a garantir o silogismo judiciário e, conseqüentemente, a aplicação do direito positivo através de atos técnicos de mera cognição. Correta esta premissa, não é

---

[149] Ibid., p. 2518.

legítimo emprestar ao jurista moderno o epíteto de “órgão politicamente irresponsável”.

As inevitáveis indeterminações semânticas do texto legal exigem uma incursão no campo da retórica para uma melhor focagem do ato de aplicação do direito, mesmo ali onde a sistematização codificadora foi levada às últimas conseqüências pelo princípio da legalidade estrita, como é o caso exemplar do direito penal. Ora, a dogmática tradicional concebe o direito como um sistema de normas legais que legitimam o ato de decisão judicial em níveis diferenciados de vinculação, onde resta limitada discricionariedade da atividade jurídico-decisória, conforme o ramo do direito. É dentro de limites que oscilam desde uma legalidade estrita a uma legalidade mitigada que se move a tradição do positivismo legalista, onde busca inspiração a dogmática jurídica atual, "valorizando apenas os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando somente as tradicionais questões relativas à validez da norma, à determinação do significado das regras, à integração das lacunas e à eliminação das antinomias”[150].

3.7 ENTIMEMA E ARGUMENTAÇÃO JUDICIÁRIA: O USO RETÓRICO DAS PALAVRAS DA LEI

A retórica deve sua origem aos embates judiciários em torno dos conflitos sobre o domínio de terras da Sicília, decorrentes da derrubada da tirania e do advento da democracia na ilha, numa época em que não existia ainda a figura do advogado. Tomou corpo numa obra intitulada *Tekhne Rhetoriké* (arte oratória), publicada por Córax e seu discípulo Tísias[151]. Nesta concepção original a retórica era tratada como uma arte oratória judiciária criadora de persuasão, na qual o retor partia

[150] FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992. p. 43.
[151] REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 2-6.

não da verdade (*alétheia*), mas da verossimilhaça (*eikos*). Foi Górgias, sofista de origem igualmente siciliana, que imprimiu perfil literário e levou-a para o Peloponeso, onde esta técnica de persuadir pela palavra encantou os cidadãos atenienses. Tendo servido de base ao desenvolvimento da sofistica e se desviado de uma condição ética, a retórica acabou sendo objeto de duros ataques promovidos por Sócrates e Platão.

Aristóteles, cerca de quatro séculos antes da era cristã, buscou enquadrar a retórica no seu sistema filosófico, apresentando-a como modelo de racionalidade alternativa ao apodíctico e ao dialético. Para atingir este fim, promoveu uma classificação dos raciocínios dedutivos, onde tratou de diferenciar os silogismos apodícticos, dialéticos, retóricos e erísticos. Os três primeiros formam o grupo dos silogismos formalmente válidos, diferenciando-se uns dos outros em função do *status* gnoseológico das premissas em que se fundam.

Apodícticos são os silogismos que operam premissas demonstráveis, ou seja, proposições redutíveis à evidência - certeza manifesta perante a qual todo espírito é obrigado a inclinar-se. Contra a evidência não se argumenta, sob pena de irracionalidade. Apodíctico é o clássico exemplo de silogismo: “todos os homens são mortais; Sócrates é homem; logo, Sócrates é mortal”.

Já os silogismos dialéticos e retóricos tendem a confundir-se naquilo em que ambos partem de premissas não demonstráveis, portanto irredutíveis à evidência. Antes, tratam apenas de premissas plausíveis ou verossimilhantes. É o próprio Aristóteles quem reconhece as dificuldades de se vincar as diferenças entre ambos ao sustentar que a retórica não pertence a nenhum gênero particular e definido, antes se assemelha à dialética. Os argumentos dialéticos partem de premissas plausíveis, que Aristóteles usou chamar de *endoxa*. São noções admitidas pela maioria das pessoas, pelos mais sábios, ou pela maioria dentre os mais sábios.

Do mesmo modo que aos raciocínios dialéticos, Aristóteles reconhece a natureza racional dos argumentos retóricos em face de sua

utilidade prática e do seu alcance metódico, pois eles não se reduzem a meras técnicas axiologicamente descomprometidas de persuasão, "sua função não é persuadir, mas discernir os meios de persuasão mais pertinentes a cada caso, tal como acontece em todas as outras artes"[152]. Decorre daí que a retórica trata de averiguar, diante de cada caso, o que é possível admitir-se como razoavelmente persuasivo. Em outras palavras, antes de perseguir pura e simplesmente convencer por argumentos, a retórica é uma técnica de se buscar, diante do caso concreto, o que ele efetivamente têm de mais convincente, compromisso este que sem dúvida lhe garante um certo estatuto ético.

Os silogismos erísticos, por sua vez, constituem o universo das falácias, dos argumentos traiçoeiros que, por parecerem verdadeiros, induzem o auditório ao erro, seja por vícios formais ocultos, seja por trabalharem com premissas cuja falsidade é escamoteada, ou sua construção é maliciosamente ambígua. Espécie comum de argumento erístico formalmente inválido é aquele em que se incorre na falácia lógica do *non distributio medii* (todos os peixes nadam; o golfinho nada; logo, o golfinho é peixe), onde se troca a função do conseqüente (nadam) pela do antecedente (peixes) na construção lógico-formal da inferência dedutiva.

Difundiu-se nos meios jurídicos, a ponto de vulgarizar-se, a idéia de que as decisões judiciais são construídas a partir de um modelo de raciocínio dedutivo, cuja concludência identifica-se com a estrutura de inferência silogística - técnica de concluir por implicação a partir de premissas, onde se alcança a irrefutabilidade do resultado por necessidade lógico-formal. Eis o clássico exemplo de silogismo:

Todos os homens são mortais (premissa maior);

Sócrates é homem (premissa menor);

Logo, Sócrates é mortal (conclusão).

---

[152] ARISTÓTELES. *Retórica. Livro 1*. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1998. p. 47.

Na versão judiciária do modelo silogístico o juiz toma a regra de direito como premissa maior e o fato conflituoso como premissa menor, donde a subsunção do fato à hipótese geral da norma legitimaria objetivamente a conclusão jurídica contida na sentença judicial, onde se aplica ao caso concreto o preceito contido na norma. Eis um exemplo simplificado:

Matar alguém, deve ser pena x (regra de direito);

A matou B com uma facada. (fato judicializado);

Logo, A deve ser condenado à pena x. (conclusão judicial)

A primeira insuficiência a se observar no modelo silogístico é que sua validade lógica nunca extrapola o limite meramente formal. Isto significa, em outras palavras, ser possível raciocinar-se silogisticamente a partir de premissas falsas, ou pouco plausíveis, e mesmo assim chegar-se a conclusões logicamente válidas. É que a lógica formal ocupa-se apenas da coerência do pensamento consigo mesmo, abstraindo o problema da coerência do pensamento com o objeto pensado, campo das reflexões filosófico-gnosiológicas da teoria do conhecimento.

Para que o raciocínio lógico-dedutivo alcance conclusões verdadeiras, portanto, é preciso antes garantir a verdade de suas premissas. A rigor, a grande dificuldade de firmar a irrefutabilidade de uma proposição resultante de um raciocínio silogístico é justamente demonstrar a verdade de suas premissas. A validade do raciocínio desenvolve-se num plano meramente formal. Nos silogismos, há um controle formal do argumento através das regras da inferência, de modo que se as premissas forem verdadeiras, a conclusão necessariamente o será. O que o silogismo não controla, mas pressupõe, é a verdade das premissas, estabelecidas por outra ordem de argumentação. Daí o seu caráter puramente formal.

Ademais, outras questões devem ser previamente demarcadas para assimilar-se o alcance desse modelo de raciocínio para o direito. O silogismo judiciário apresenta diferenças significativas em relação ao silogismo tradicional: é que se trata de um silogismo prático ou normativo, e não de um puro e simples silogismo teórico. Vejamos outro exemplo, retomando a hipótese do furto com emprego de chave falsa, já enfrentada no campo da análise semântica:

Subtrair coisa alheia móvel mediante uso de chave falsa, deve ser pena por furto qualificado (proposição normativa 1).

A subtraiu um televisor da residência de B mediante valendo-se de uma micha para abrir a porta (proposição fática 1).

Logo, A deve cumprir pena por furto qualificado (proposição normativa resultante da inferência).

Para construir sua inferência lógico-dedutiva, o silogismo teórico lança mão de proposições descritivas, ou seja, enunciados verbais redutíveis a um conceito de verdade ou falsidade. Já o silogismo judiciário utiliza uma proposição normativa em sua premissa maior e, embora a premissa menor seja um enunciado fático, a conclusão final também traduz um enunciado normativo. Desse modo, tanto a premissa maior quanto a conclusão do silogismo prático não são proposições redutíveis ao binômio verdade-falsidade.

No silogismo teórico, demonstrada a verdade das premissas, a implicação é necessária, pelo que a conclusão é irrefutável. Nos silogismos práticos, no entanto, não há de se falar em verdade ou falsidade da conclusão. Antes, o enunciado que resulta desta inferência pode ser no máximo uma conclusão válida ou inválida, do ponto de vista de um sistema normativo qualquer. Ademais, tanto no silogismo teórico, como no silogismo prático, a verdade ou validade respectiva das premissas – e não da conclusão - não são passíveis de verificação pelo

argumento dedutivo, pelo que devem ser objeto de outra forma de argumentação e fundamentação.

Se tomarmos por "argumentação" todo e qualquer raciocínio que parte de premissas para inferir conclusão, então é necessário reconhecer que o silogismo retórico é um dentre outros argumentos que habitam os embates judiciais: trata-se do chamado "argumento dedutivo". No entanto, a função mais importante desse modelo de racionalidade é a de emprestar sua estrutura de inferência, não para exaurir a concludência no direito, mas apenas para organizar e delimitar o campo das práticas argumentativas. Trata-se, portanto, de modelo global no interior do qual se situa um procedimento argumentativo bem mais complexo.

Considerando, de um lado, o caráter fragmentário e inacabado do discurso legal, onde se exige a interpretação de textos que se valem da linguagem natural e a concreção de conceitos valorativos e indeterminados, e de outro, os limites processuais da obtenção e valoração da prova judicial, não é difícil perceber que as exigências da concludência jurídico-decisória não se limitam a mera aplicação de normas gerais a casos particulares mediante as inferências lógico-dedutivas do silogismo prático. Antes, as decisões judiciais ostentam núcleos decisórios que demandam justificação em outros tipos de argumentos, ora cunhados em lugares-comuns que se cristalizam sob a forma de fragmentos jurisprudenciais, ora fundados em juízos de valor mais ou menos explícitos, ora com suporte em máximas da experiência, ora recorrendo a força persuasiva da autoridade, da qualidade ou da quantidade, entre outros. Estes argumentos caracterizam, em sua totalidade, o esforço da atividade judicial na busca incessante de um *topos* da razoabilidade – ainda que os argumentos elencados acima sejam originais do campo da retórica e, por esse motivo, tenham recebido do pensamento moderno a pecha de "irracionais".

É intensa a atividade processual que reside nos embates em torno dos sentidos das palavras da lei, onde os juristas supõem perseguir

as premissas da concludência judiciária. Estes jogos de linguagem ocultam infinitas mediações argumentativas de vocação tópico-retórica. Basta retomar o exemplo do silogismo prático do furto com emprego da micha para percebermos que o raciocínio ali representado contém outras inferências não previamente explicitadas. A afirmação no sentido de que a micha qualifica o furto por subsumir-se ao conceito de chave falsa, por exemplo, implica outras inferências que foram omitidas. Vejamos:

O furto com emprego de uma chave falsa deve ser punido com pena de furto qualificado.

Micha é uma chave falsa.

Logo, o furto com emprego de uma micha deve ser punido com pena de furto qualificado.

Posto deste modo, o argumento omite uma outra passagem:

Chave falsa é toda ferramenta que faz abrir o segredo da fechadura.

A micha faz abrir o segredo da fechadura.

Logo, a micha é chave falsa.

Conforme já sustentamos, este tipo de argumentação é construído por sínteses semânticas de fragmentos normativos que se originam de fontes diversas. No exemplo dado, a premissa maior (premissa normativa) é produto, no mínimo, de uma síntese entre um enunciado legal e um enunciado jurisprudencial, ambos positivados na ordem jurídica. Vejamos a passagem da argumentação prática do direito:

Enunciado legal: Código Penal, Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. (pena X) § 4º. Qualifica-se o furto pelo: Inc. III emprego de chave falsa (pena X + Y).

Enunciado jurisprudencial: Chave falsa é todo instrumento, com ou sem forma de chave de que se utiliza o ladrão para fazer funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando assim a execução do furto (TACRIM – SP – AC – Rel. Rubens Gonçalves).[153]

Enunciado resultante: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, utilizando-se de um instrumento para fazer funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo de uma fechadura, possibilitando a execução do furto, deve ser pena (X + Y).

Este enunciado normativo resultante passa a cumprir o papel de premissa maior na concludência jurídica, nos seguintes termos:

Premissa maior: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, utilizando-se de um instrumento para fazer funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo de uma fechadura, possibilitando a execução do furto, deve ser pena (X + Y).

Premissa menor: A subtraiu, para si, um televisor do interior da residência de B, utilizando-se de uma micha, instrumento que fez funcionar, em lugar da chave verdadeira, o mecanismo da fechadura da porta dos fundos, o que possibilitou a execução do furto.

Conclusão: Logo, A deve cumprir pena (X + Y).

O exemplo permite vislumbrarmos, ainda que de relance, a natureza fragmentária do discurso normativo do direito, bem como o modo de argumentação do jurista prático, que parte sempre do fato para o enquadramento normativo. A premissa fática – premissa menor do modelo dedutivo - não apenas determina o epicentro como também o ponto de partida da argumentação jurídica. Ademais, a complexa argumentação para se estabelecer a premissa normativa (premissa maior)

[153] FRANCO, Alberto Silva et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.

faz perceber que a norma jurídica não é um dado acabado a disposição do jurista-aplicador, como o modelo silogístico supõe. Antes, é produto de uma intensa atividade argumentativa que se situa num movimento pendular entre a premissa menor e a ordem jurídica vigente.

Daí se conclui ser um entimema o suposto silogismo judiciário: o argumento entimêmico, segundo Aristóteles, traduz um silogismo calçado em premissas apenas plausíveis (*endoxa*), sendo, portanto, um silogismo da retórica por sua concludência carecer de necessidade lógica, o que pode conduzir tanto a resultados razoáveis como a paralogismos.

Na realidade, não estamos diante de uma argumentação propriamente dedutiva, embora como modelo totalizador o pensamento jurídico moderno tenha se inspirado neste tipo de raciocínio, propondo uma "versão normativa". Deste modo, a concludência jurídica seria redutível a um imenso entimema onde se busca a subsunção final da premissa fática à premissa normativa, e no interior do qual se exerce a verdadeira arte de argumentar juridicamente para construir estas duas premissas que emprestam fundamento à decisão judicial: a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*, ou seja, as duas questões fundamentais objeto de amplos embates no interior dos processos judiciais.

A determinação das premissas deste "silogismo" judiciário envolve sucessivos atos decisórios: de um lado, no que tange à interpretação da lei, onde a questão da linguagem e da definição do significado das palavras da lei mostra-se como uma irredutível aporia; de outro, na escolha de um enquadramento normativo, dentre outros possíveis, à luz da premissa menor resultante da prova colhida, o que implica em outros níveis de debate e argumentação entre as partes processuais.

Conclui-se daí que o decantado silogismo judiciário – na realidade um argumento entimêmico - não trata por inteiro da argumentação jurídica, sendo apenas um modelo global e genérico no interior do qual se dá, de forma intensa e fragmentada, toda a prática

---

7, ed. São Paulo: RT, 2001. p. 2518.

argumentativa do direito, cujo papel fundamental é justamente a busca das premissas (questão de fato e questão de direito) desta conclusão derradeira que perfaz o conteúdo decisório da sentença, que pode ser assim resumida: diante do que se concluiu como fato provado a partir de amplas considerações argumentativas em torno do conjunto probatório coligido na instrução, deve ser o que se concluiu como conseqüência jurídica a partir de não menos intensos debates sobre os textos legais a que o fato provado deve subsumir-se, e quais os sentidos das palavras da lei deve-se adotar para promover esta subsunção.

Daí salientar-se que a lógica formal pouco faz pelo raciocínio jurídico, pois a subsunção da premissa menor (*quaestio facti*) à premissa maior (*quaestio iuris*) - ambas resultantes de intensos debates e batalhas argumentativas processuais - é procedimento meramente formal e traduz um aspecto pouco relevante e problemático da argumentação jurídica. Em outras palavras, a chave de compreensão do pensamento jurídico reside antes no modo como os juristas constroem as premissas de sua conclusão normativa do que propriamente na sua estrutura lógico-formal. De tudo isto, não é difícil concluir-se que a busca do modelo de racionalidade mais adequado para operar esta busca das premissas aponta para o campo da teoria da argumentação, com incursões no pensamento tópico-retórico e na hermenêutica crítica e filosófica.

Excluída a experiência cientificista da modernidade, o direito desde a Antigüidade Clássica sempre pertenceu ao campo da *philosofia practica*, sendo antes uma forma de saber *prudencial* do que uma instância da experiência humana redutível a uma abordagem analítica pelos sistemas conceituais da razão epistêmica. A retomada do direito para o campo da prudência - que traduz uma “virtude” da alma, e não uma “ciência” dotada de rigor lógico-formal – permitiu ao Direito reconciliar-se com a retórica e, deste modo, recuperar os matizes e sutilezas perdidos pela “intransigência cientificista conservadora, quais sejam: seu caráter lúdico, situacional, sua ligação com a arte, com a

moral e com a ética, com o poder e com os mitos, enfim, todos os matizes do Direito que não nega seu caráter prudencial[154]".

Dissipou-se, também por este viés, o imenso hiato entre a racionalidade do pensamento sistemático e as demais formas de pensar e argumentar, qualificadas pela razão moderna de concludências irracionais: há outras razões que não a epistêmica, outras formas de construir e fundamentar conclusões que, embora não apodícticas, sustentam-se num procedimento racional. Ao cabo de contas, recuperou-se o que a modernidade havia jogado na lata de lixo da história: a *phrónesis*, saber que a Antigüidade Clássica já conhecia como forma de racionalidade alternativa e/ou complementar à *epistéme*, da qual se deve lançar mão sempre que a realidade ou experiência humana não se mostram redutíveis a construções teoréticas, ou seja, a organização sob a forma discursiva analítica dos sistemas conceituais, axiomatizados ou não, conforme a origem racional ou empírica.

Viehweg, recuperando a retórica aristotélica, sustentou com boas razões a natureza tópica do pensamento jurídico-decisório, descrevendo a tópica como uma técnica de pensamento problemático que opera fundamentalmente com *topoi*, lugares-comuns argumentativos que servem como ferramentas para se buscar, num horizonte apenas razoável, plausível e de modo a ser assimilável pelo grupo debatedor, as premissas da questão em debate. Um método de pensamento, portanto, onde se destaca a delimitação material das premissas e não a construção formal da conclusão, onde o debate é a instância por excelência de controle da discussão do problema[155].

O pensamento jurídico, deste modo, vale-se de um método que parte do problema e se propõe a encontrar argumentos, onde problema é toda a questão que "admite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual

---

[154] CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen. *Teoria e prática da argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 104.

[155] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 42.

toma o aspecto de questão que há que se levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução".[156]

Tomando-se como ponto de partida a idéia de que as questões que oferecem uma única solução como verdadeira não demandam uma concludência tópico-retórica – antes, expõem-se inferências lógico-dedutivas e suas demonstrações apodícticas -, é imperioso admitir que os problemas jurídicos, em regra, por admitir sempre decisões alternativas e excludentes, apresentam-se sob a forma de aporias.

Isto impõe algumas observações a respeito do direito positivo, uma vez que a ordem jurídico-normativa persegue sistematicidade, o que é perfeitamente observável com os referidos fenômenos da codificação e da constitucionalização – esta última implicando em hierarquização sistêmica – das normas de direito, bem como pelas técnicas de solução de antinomias e de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Esta questão está intimamente ligada com a forma do argumentar jurídico, pois se o direito vigente articulasse efetivamente um sistema de normas capaz de responder aos princípios lógico-aristotélicos da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído, seria forçoso admitir que ele, enquanto sistema, determinaria o problema, excluindo as questões que nele não se enquadram sob o pálio de falsos problemas. Um sistema de previsões normativas dotado de plenitude lógica regularia, por óbvio, somente os fatos nele previstos e, portanto, passíveis de serem nele enquadrados, pelo que o campo jurídico resultaria delimitado por máximas tal qual o axioma ontológico do direito, segundo o qual "*tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido*".

A idéia é sedutora, e resiste aos ataques do tempo e da evolução do pensamento jusmetodológico e jusfilosófico, ocultando-se por detrás de teorias como a do fato jurídico, ao estilo do positivismo factual de Pontes de Miranda, de inspiração germânica, que tanto influencia a nossa cultura jurídica. Segundo tais impostações teóricas, é o sistema

---

[156] VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. p. 34.

normativo que determina que eventos (atos humanos e fatos naturais) do mundo fático são propriamente jurídicos, restando os demais excluídos de qualquer solução judicial ou, de um ponto de vista mais geral, de qualquer valoração ou significação jurídica. Nesta perspectiva, a concludência jurídica só poderia mesmo reduzir-se a um sistema de inferências lógico-dedutivas, viabilizando a idéia de uma "incidência lógica" das normas sobre os fatos sociais, de modo a juridicizá-los. A atividade judicial resultaria restringida a uma perspectiva meramente cognitiva, ou seja, a explicitação de uma incidência lógico-normativa que se dá incondicionalmente e a despeito do operador jurídico, desde que se suponha a validade – critério formal de pertinência ao sistema -da norma jurídica a que ele se subsuma.

Ora, um tal modelo de racionalidade jurídica supõe a existência, como dado objetivo, de uma norma jurídica geral e completa, pertencente a um sistema fechado do qual o operador jurídico - um técnico altamente especializado na aplicação desta norma – lança mão para identificar dentre os conflitos que se lhe apresentam, quais se enquadram no sistema e que solução normativa devem receber. Este tipo de impostação teórica desconhece por total a falência dos esforços neopositivistas em dotar o direito de uma linguagem rigorosa e formalizada, capaz de afastar definitivamente as incertezas significativas das palavras da lei e, conseqüentemente, toda a problemática de sua interpretação, onde resta infrutífera a busca por um sentido fundante original, uma *mens legis* originária dotada de um sentido unívoco capaz de legitimar a idéia de que possam resultar enunciados apofânticos da atividade de interpretação do direito.

Ademais, ainda fosse possível garantir a objetividade da premissa maior da concludência jurídica ao tomar-se a norma como um dado disponível ao jurista, seria preciso admitir a objetividade da premissa menor, e, desta forma, tratar a relação do jurista com o fato judicializado numa perspectiva epistêmica naturalista. Isto implicaria desconhecer todas as mediações normativas impostas pela teoria da prova, sobretudo no que tange a valoração da prova e sua fundamentação

– que alcançam resultados meramente plausíveis e subjetivos – bem como na aceitação de presunções e ficções de todo o tipo, inclusive as que não admitem provas em contrário ao estilo das presunções *iure et iure*.

Bem observado, nem a norma geral existe como um dado acabado, nem o jurista lida objetiva e imediatamente com o fato, pelo que ambas as premissas da concludência jurídica são altamente problemáticas, indefinidas e indefiníveis objetivamente sem a intervenção de um sujeito historicamente determinado: o operador do direito. Resta deslocado o pensamento jurídico para o campo das conclusões mais aporéticas do que propriamente apodícticas. Diante de aporias, é forçoso admitir-se que o método tópico-retórico é mais adequado do que os modelos de racionalidade epistêmica, típica dos sistemas axiomatizados da ciência.

3.8 A INDISFARÇÁVEL IDEALIDADE DOS CONCEITOS: O VAZIO DA LEI

Conceituar é idear, o que implica conceber mentalmente, ou seja, uma forma de gerar o ser no espírito. Nessa perspectiva - unilateral, por certo - o homem compreende tão-somente aquilo que concebe: o ser, a sua criatura. O ser e o conceito se confundem já por não habitarem o mundo empírico. No mundo empírico o que há nunca é igual a si mesmo, em face do abismo inexorável do tempo. Nele, não há ser; só há devir, que pressupõe a eterna mudança - o ser e o já não ser mais, no próximo instante, o que se é. O ser, do mesmo modo que o conceito, pressupõe a não-contradição, pelo que nem do nada, nem de outro ser pode advir: o ser é ingênito; e é também eterno, pois não pode transformar-se noutro ser, nem tampouco em não-ser. É o dito por Parmênides no seu poema em hexâmetros.

Mas o ser, tomado como idealidade conceitual, é forma de que a inteligência humana se vale para representar o devir. De um lado a idealidade absoluta e supostamente imutável do conceito; de outro, a voragem incansável do fluxo dos fenômenos. É nesse abismo inelutável entre o conceito e a realidade que se urdem, consomem e subvertem permanentemente os sentidos do mundo.

Ora, mas se não há ser no mundo concreto, somente devir, então não há como negar a natureza puramente metafísica dos conceitos; todo conceito não passa de um termo lingüístico idealizado, ao qual foi emprestada uma pretensão de plenitude, um sentido absoluto capaz de o transformar numa ferramenta útil aos juízos apofânticos.

Se não há conceito, há tão-somente termos lingüísticos. Portanto, é dos termos lingüísticos que se permitem os sentidos do mundo, embora não apenas deles o sentido advenha. A questão é de se saber se há ou não consciência fora da linguagem: se a resposta for negativa, então é forçoso concluir só haver sentido porque há linguagem.

De qualquer sorte, pode-se sustentar que todo sentido é relativo, mas funda-se por referência a um sentido absoluto: o conceito. Daí porque a instrumentalidade da imagem do conceito como termo lingüístico absolutizado. O conceito, como epicentro ideal há de ser pressuposto para que se possa garantir força gregária à linguagem. Seu tecido consiste em padrões, ora mais precisos, ora mais difusos, embora sempre dotados de alguma mobilidade, mas que acabam garantindo um nível de eficiência à comunicação verbal.

Corretas estas premissas, é de se admitir com Bakhtin só haver sentido na linguagem em movimento, pois toda compreensão é responsiva,[157] pressupondo sempre a comunidade dialógica: só há sentido na comunhão pois esta é pressuposto da compreensão. Todo ato lingüístico é comportamento humano: de um lado, persegue significações ao respeitar determinadas regras e leis; de outro, realiza-se como

exercício de liberdade. Não por outro motivo, na comunicação verbal, toda fala pretende ser a última palavra, embora alimente sempre a expectativa da ocorrência de uma resposta. Todo falante sabe que a recepção de sua fala não é apenas passiva. É que toda a compreensão é prenhe de resposta.

Em outras palavras, o sujeito que enuncia o discurso não deposita pleno sentido em sua obra; antes, com sua obra coloca sentidos nas pessoas, e assim procedendo, assume sentidos para si mesmo. Todo enunciado, segundo Bakhtin, desde a breve réplica até o romance ou o tratado científico, comporta um começo e um fim absolutos: antes do seu começo "antes de seu início, há os enunciados dos outros, depois de seu fim, há os enunciados-respostas dos outros (ainda que seja como uma compreensão responsiva ativa muda ou como um ato-resposta baseado em determinada compreensão)"[158]. Ao findar o enunciado, cumpre ao locutor passar a palavra ou dar lugar à compreensão responsiva do outro.

Não há se falar em sentido intrínseco-objetivo, de um lado, e a singularidade do interprete-ouvinte, de outro. Existem apenas, em cada situação dialógica, contribuições distintas e singulares para a construção do sentido final - o sentido do caso concreto (interpretar e aplicar são faces do mesmo ato) na hipótese dos diálogos judiciários, travados à luz do texto legal.

Aplicando estas premissas às práticas jurídico-decisórias, percebemos a existência de uma comunicação prescritiva centrada no diálogo judiciário dos operadores com o texto legal e suas adjacências. Neste diálogo processual, supomos que cada enunciado legal é um elo a mais na cadeia de outros enunciados – legais, jurisprudenciais, doutrinários, além de outros com natureza não-jurídica - que vão tecendo o discurso normativo. Mas, correta a premissa de toda compreensão ser responsiva, e por isso mesmo pressupor a comunhão, então é forçoso

---

[157] BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 293.

[158] BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p. 293.

concluir que o enunciado normativo só se ultima como sentido prescritivo pela intervenção dialógica do operador. Isto significa, em outras palavras, que o discurso normativo do direito só se realiza na dimensão pragmática da linguagem prescritiva.

A dogmática jurídica tradicional, assentada num paradigma ontológico-objetivista,[159] opõe-se frontalmente a estas reflexões de cunho semiológico, defendendo uma concepção lingüística do fenômeno jurídico que, em primeiro lugar, crê na completude do enunciado normativo, como unidade da comunicação prescritiva. Depois, acrescenta que este suposto "enunciado completo" satisfaz uma outra plenitude, a do seu objeto, o conteúdo normativo[160]. No entanto, as práticas judiciárias apontam para um uso retórico do discurso normativo do direito, que se mostra irredutível a uma suposta unidade estruturante: a norma jurídica. Não por outros motivos, a falência do modelo de racionalidade jurídica subsuntiva tem provocado o crescimento da reflexão jusfilosófica em torno da teoria da argumentação.

Este retorno do direito ao campo da retórica e da teoria da argumentação vem provocando um processo de ruptura gradual com a racionalidade epistêmica imposta pela razão moderna, retomando ao direito o *status* de prudência. Esta ruptura, ainda em andamento, no seu alcance mais profundo permitiu também o abandono dos aportes da filosofia da consciência como matriz gnosiológica, passando a privilegiar o problema da linguagem e a relação dos signos com os seus usuários, alçando vôo em direção aos campos da reflexão hermenêutico-filosófica.

Estes deslocamentos gnoseológicos tomam corpo no cenário mais amplo da crise geral dos paradigmas da modernidade, vertendo seus fundamentos últimos no giro promovido pela filosofia contemporânea ao abandonar a tradição ontológico-objetivista em direção à dimensão propriamente lingüística e comunicativa dos fenômenos da compreensão e da construção dos sentidos do mundo.

---

[159] Cf. início deste capítulo.
[160] Cf. a crítica à doutrina da proposição jurídica proposta no capítulo anterior.

O giro lingüístico que demarcou definitivamente a filosofia do século XX, especialmente pela sua intensa propagação nestas duas últimas décadas, rompeu definitivamente a idéia de os signos lingüísticos possuírem um sentido imanente. Projetando-se esta ruptura no campo da teoria do conhecimento, a relação cognitiva acabou deslocada do tradicional binômio sujeito-objeto para a relação entre sujeitos mediada pela linguagem, uma relação entre sujeito e o significado de proposições lingüísticas.

Assim, firmou-se a importância da linguagem para a fundamentação do conhecimento filosófico, função de legitimação do saber tradicionalmente exercida por noções metafísicas como a de *consciência de si*, expressa no *cogito* cartesiano - consciência esta tomada como ponto de partida exclusivo e inafastável para galgar-se a consciência do mundo -, ou de *transcendentalidade*, ao estilo da filosofia de Kant. Os pressupostos do compreender, assim deslocados para o âmbito da linguagem, passam a ocupar o nível da intersubjetividade, rompendo-se com o primado do ser - ou seja, o antecedente supostamente necessário de que se algo efetivamente é, pode ser objeto de investigação por um sujeito, de modo que a trama do conhecimento seria tecida no interior da relação sujeito-objeto.

Tanto a filosofia analítica, que tomou a linguagem como estrutura lógica subjacente a todas as formas de representação lingüísticas ou mentais, como também a ontologia fundamental de Heidegger, para quem a linguagem é a morada do ser, trataram de não medir esforços no sentido de salvar a filosofia ocidental - uma filosofia da consciência - da armadilha metafísica herdada da antigüidade clássica, tanto da tradição platônica como da versão estagirita. Destacando o papel constitutivo da linguagem e mantendo à crítica ao primado ontológico da tradição filosófica ocidental, estas vertentes atuais acusaram a filosofia da consciência de se traduzir numa "metafísica" por gerar, a partir dos seus pressupostos gnoseológicos, teorias objetivadoras do ser, em lugar de perceber "o ser numa dimensão puramente lógico-semântica ou formal-semântica. A metafísica é basicamente [...] o nome para um pensamento

objetivador que não tem percepção da diferença entre o objeto e significado".[161]

A abertura para a verdade, em Heidegger[162], não pretendia predispor uma descrição mais adequada da *verdade*, mas responder ao sentido do ser como acontecimento: o ser como *dasein,* como se dá? Em síntese, herdamos de Heidegger a importante lição de recusar pura e simplesmente a identificação da estruturas do ser com as "da nossa gramática histórica e da linguagem efetivamente dada; logo, também a identificação imediata do ser com o que é dizível sem contradições performativas no âmbito da linguagem que acontecemos falar".[163]

A experiência da verdade passa a ser uma experiência profundamente existencial do ser enquanto acontecimento, uma experiência de inconfundível viés interpretativo cujo pressuposto é a consciência – histórica e culturalmente determinada - do indivíduo que "conhece". Não por outro motivo, é profundamente sustentável a idéia de que um dos mais importantes aportes da hermenêutica filosófica contemporânea foi a descoberta de que a compreensão de qualquer coisa, situação ou acontecimento pressupõe a pré-compreensão do que se quer compreender. Somente se compreende algo desde um preconceito: a compreensão pressupõe que o sujeito que compreende esteja situado em um horizonte histórico, ou seja, inserido em uma tradição. Interpretar nunca se limita a apreender um dado objetivo preliminar, de modo a sucumbir, definitivamente, a pretensão moderna de dotar a lei de um sentido apofântico que legitimasse ao direito o modelo de racionalidade cientificista. Nessa perspectiva, ao adentrarem no campo da definição jurídica dos termos da lei diante dos fatos judicializados, os juristas mais do que trabalhar para possibilitar a aplicação da norma, levam a cabo a tarefa inaugurada pelo legislador: a de elaboração da própria norma.

---

[161] STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 88.

[162] HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. Parte I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 280-300

[163] VATTIMO, Gianii. *Para além da interpretação*: o significado da hermenêutica para a filosofia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p. 115.

Observando-se as incontáveis dificuldades da atividade judiciária em geral, duas questões de difícil resposta inquietam um observador mais atento. Em primeiro lugar, o que é na lei aquilo que se jurisdiciona; em segundo, como se jurisdiciona o que é na lei passível de ser jurisdicionado. Estas questões por si põem em cheque a idéia de uma jurisdição objetiva, meramente cognitiva, que possa conduzir ao magistrado ideal - politicamente irresponsável do ponto de vista da elaboração normativa, ao qual cumpre a tarefa fundamental, "dizendo objetivamente a lei", de solucionar os conflitos judicializados. O argumento pode ser estendido a todas as funções estatais que lidam com a lei, perfazendo o rol das profissões dos chamados "operadores do direito". Tomando estas questões pelo viés da linguagem, talvez possamos colocar em cheque a verdadeira natureza dessas funções, deixando entrever algo escandalosamente distante do que cada um destes "órgãos" do poder público julga efetivamente fazer em suas atividades estatais cotidianas.

O que se jurisdiciona na lei não é a sua formulação lingüística, uma seqüência gramaticalmente articulada de palavras, nem o sentido normativo que ali se julga veicular. A filosofia e a ciência da linguagem – tanto nos campos da semântica como da pragmática, desde o século XIX sabem que os textos em geral, e a lei em particular, não possuem sentidos apofânticos passíveis de serem corretamente explicitados pela via da interpretação. Em síntese, nenhuma linguagem é capaz de emprestar aos signos razoável unidade de sentido, salvo as linguagens formalizadas, carentes de qualquer tipo de conteúdo, onde se comunicam somente as formas puras das estruturas lógicas.

Interpretar é bem mais do que extrair um sentido prévio. É algo como parafrasear, reinventar o sentido supostamente intencionado, numa reconstrução lúdica e criativa. Antes de simplesmente extrair, interpretar é também colocar sentido nos signos verbais. A literatura desde sempre intuiu a absoluta equivocidade do significado das palavras. Nem é preciso sustentar-se ser o sentido das palavras irreal, algo de absoluta

inexistência, como sugere Deleuze[164]: o fato que parece insofismável é ele ser terrivelmente irrequieto e difuso e, por isso mesmo, indomável. Bem observado, o sentido é um vulto esquivo que reluz e se esvai entre sílabas, pontos e ditongos para ressurgir logo adiante, totalmente reinventado por outros acidentes lingüísticos.

Todo ato de interpretação lingüística transborda a tarefa de mera extração de sentido, pois implica sempre, em certa medida, colocar sentido nas palavras. Deste modo, o sentido não se encontra em um nível qualquer de objetividade semântica das palavras, nem na discricionária subjetividade do intérprete. O sentido emerge da união entre a palavra e o intérprete, do contato entre ambos tomado como acontecimento único e irrepetível, como singularidade histórica e culturalmente condicionada.

Um outro limite decorrente dessas observações é não haver como ultimar os sentidos dos termos da lei senão diante dos fatos concretos. Portanto, resta sempre uma sensação de um sentido não perfeitamente apreendido em qualquer ensaio de "elaboração conceitual", uma sensação de incompletude da tarefa. O conceito, como sentido absoluto, é pura idealidade. Não existe no mundo. Como sentido ainda não ultimado, é sempre mera possibilidade, que ainda habita o campo da indeterminação.

Justamente em face desta imponderabilidade irremediável do sentido das palavras é que a dogmática jurídica acaba perseguindo um papel conformador das práticas judiciárias. Pretende com isso garantir, de um lado, uma suposta instrumentalidade ao discurso da lei: uma instrumentalidade jurídico-normativa que vende a utopia de um sistema jurídico idealizado por noções como as de totalidade, unidade lógica, e não-contradição. No fundo, empresta catálogos de possíveis especificações do sentido normativo dos textos legais aos profissionais das lides forenses, de modo a facilitar o uso destes textos como fundamento legitimador das práticas jurídico-decisórias.

---

[164] DELEUZE, Gilles. *A lógica do sentido*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

Em defesa da dogmática, argumenta-se que suas lapidações dos significados das palavras da lei buscam cumprir também a tarefa de conformar um pacto axiológico em torno do conceito legal, ou seja, emprestar ao texto convergência semântica capaz de imprimir razoável previsibilidade às decisões, estreitando a vinculação do juiz ao texto; enfim, perseguindo o que os juristas chamam de segurança jurídica. De qualquer sorte, não se pode negar que imprimir definição a conceitos jurídico-normativos é função jurislativa. Emprestar maior especificidade aos conteúdos normativos implica dar continuidade à tarefa de elaboração do discurso da norma. Portanto, o definir as expressões da lei pela dogmática jurídica, antes do que desnudar realidades institucionais significa urdir ferramentas de atuação judicial.

Cremos que toda a elaboração conceitual – a interpretação é exemplo deste tipo de elaboração - é tarefa retórica, urdida no campo das aporias, a busca de uma racionalidade que enfrenta um inarredável *quantum* de imponderabilidade, exercendo uma função decisória que transborda a aparência de mera atividade cognitiva, uma construção que, ao fim e ao cabo, traduz um ato político.

Nesse sentido, não é possível uma hermenêutica concebida como aparato teórico-metodológico pelos quais o pensamento jurídico moderno pretendeu garantir à lei um sentido "correto", um sentido único e verdadeiro desentranhável pelo manejo adequado das técnicas de interpretação. Não há dúvida ter sido indispensável ao pensamento jurídico moderno emprestar um suposto sentido unívoco ao texto legal para se garantir a separação radical das funções de elaboração e aplicação do direito; em síntese, imprimir racionalidade ao exercício do poder, criando um mundo racional onde o jurista é um técnico politicamente irresponsável, um autômato da subsunção: *la bouche de la loi*. O declínio do "sentido correto da lei" – Kelsen já denunciara esta ingenuidade em sua teoria pura -, implica também a sucumbência do modelo subsuntivo de aplicação do direito, do juiz (promotor, procurador, delegado, etc.) politicamente irresponsável legitimado para o exercício de suas funções por critérios técnicos auferidos em concursos públicos. Eis

um modelo arcaico de racionalidade jurídica, dentre de certos limites persistente até os dias de hoje.

Ora, parafraseando o sofista Górgias de Leontinos, esta hermenêutica objetivadora e tecnicista capaz de atingir o sentido correto da lei nunca existiu; se existiu, nunca interpretou; se interpretou, ofereceu prestígios em nome de um suposto "sentido correto" da lei: mesmo diante da fragilidade das palavras, ousou falsear significados no abismo insondável aberto pelo sistema sintático-semântico que manejamos. Oscilou - e ainda oscila - entre a ingenuidade e o cinismo, ocultando as efetivas condições de constituição de significados normativos a partir das palavras da lei. A lei enquanto fenômeno lingüístico, desconsiderada a dimensão pragmática da linguagem normativa, não passa de um discurso vazio.

4 O FUNDAMENTO DE VALIDADE

"Do mesmo modo que os alquimistas desde séculos buscam a pedra filosofal que lhes permita transformar os metais em ouro puro, os juristas não deixarão nunca de sondar os segredos da validade, que assegura o logro do objetivo jurídico. A esta tarefa não só lhes anima o príncipe, buscando razões para legitimar seu poder, senão que também lhes empurra o povo, em seu constante afã por encontrar novos motivos para crer na autoridade legítima."

François Ost

4.1 DECISÃO E SUBSUNÇÃO

De um modo geral, é traço característico do senso comum teórico dos juristas[165] pressupor que a decisão judicial constrói-se sob a estrutura formal dos silogismos - forma de raciocínio lógico onde uma conclusão necessária é inferida de duas ou mais premissas demonstráveis ou evidentes de *per si*. Nesse procedimento lógico os juristas supõem encontrar a validade da decisão. Ora, se toda ilação traduz mera cognição, é óbvio não ter o raciocínio silogístico o condão de veicular qualquer conteúdo decisório. Conhecer e decidir são duas atividades intelectuais radicalmente distintas. Do ponto de vista lógico, ou se decide e não se conhece, ou se conhece e não se decide. Não se pode decidir silogisticamente: *tercius non datur*.

Pretender que a sentença é válida por subsumir-se ao texto legal significa, sobretudo, emprestar um fundamento racional de legitimação do ato jurídico decisório. Tal fundamento deriva, em última

[165] WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito I*: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. p. 13.

análise, de um princípio racional de organização política, o princípio da separação dos poderes - mito cuja recorrência, em face da força com que empresta aparência de legitimidade aos atos de poder do Estado, acaba impondo ao discurso dos operadores do direito a assunção de inconsistências teóricas como a idéia do silogismo judiciário.

A filosofia ocidental, desde o berço, diferenciou conhecimento e ação promovendo a sua divisão em dois campos temáticos: a filosofia pura e a filosofia prática. A especulação filosófica em torno do conhecimento, com o suporte da gnoseologia e da lógica, desenvolve-se como filosofia pura. A reflexão em torno da ação – e todo agir humano é orientado por valores - é filosofia prática. A primeira filosofa o homem como ser que pensa e, portanto, conhece o mundo; a segunda, como ser que age no mundo. Assim, segundo a tradição filosófica, uma coisa é conhecer: no conhecimento é o objeto que determina o sujeito; outra é agir: na ação, o sujeito determina o objeto.

Ora, inferir silogisticamente é conhecer nos exatos limites da lógica, traduzindo uma forma de conhecimento puro. Assim, ao enquadrar a decisão num modelo silogístico o pensamento jurídico moderno pretensamente a transforma num ato de mera cognição, ou seja, um ato técnico, e não político. No entanto, este modelo oculta uma questão fundamental: decidir é uma prática, um procedimento, ou seja, é ação. Isto significa que ao construir a sentença judicial, ou o juiz infere a sentença silogisticamente, e nada decide, ou decide, comete a ação decisória que implica exercício de liberdade, pelo que não realiza uma simples inferência.

A decisão judicial é antes um ato de poder do que um ato técnico de subsunção de um fato a uma norma. Mais do que mera cognição e aplicação de uma solução normativa aprioristicamente determinada por uma ordem de validades, a sentença judicial é construída pela vontade do decididor justo ali onde representa efetivamente uma decisão; e, naquilo em que é decisão, ostenta indisfarçável matiz político e axiológico.

Para construir um modelo subsuntivo de aplicação do direito foi necessário colocar o poder, de um modo geral, e o poder de julgar, em especial, sob o patrocínio da lei, demandando a clássica tripartição do poder estatal em funções especializadas. Assim, o poder de julgar deve declinar absoluto respeito à autoridade da lei, o que significa limitar-se tão-somente à aplicação técnica da lei válida, ou seja, da lei elaborada pelo poder legislativo, nos limites de sua competência legalmente determinada, respeitados os procedimentos também legalmente previstos. Trata-se, portanto, de uma pretensão que teve origem no berço do pensamento político moderno. Montesquieu sustentava a idéia de que os juízes de uma nação não deveriam ser "mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor".[166]

O conceito normativista de validade é produto de uma inversão: o poder político, cujo epicentro é a faculdade de criar e aplicar coativamente o direito, com o advento do Estado de Direito, converte-se num feixe de competências normativamente determinadas. A raiz desta inversão encontra-se no conceito de soberania, elo fundamental entre o jurídico e o político que resultou da síntese da *auctoritas* com o *potestas* do mundo romano e medievo. Em outras palavras, com a consolidação histórica do Estado de Direito, a teoria jurídica moderna pretendeu transformar a soberania interna numa ordem de validade. Por este viés, fundou a crença na autoridade da lei.

Para resgatar o sentido genético mais profundo desses conceitos – soberania, validade e poder estatal - e compreender como a modernidade resolveu o problema da legitimação do poder político, de modo a fundar uma crença que lhe emprestasse eficácia e durabilidade, é preciso perseguir os étimos da palavra *auctoritas*, bem como sua relação com *potestas* e com o conceito de soberania.

---

[166] MONTESQUIEU. *Do espírito das leis. Livro XI. Capítulo VI.* 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, p. 152. (Os Pensadores).

4.2 PODER, SOBERANIA E AUTORIDADE DA LEI

Em suas mais remotas origens etimológicas, a raiz *Kens* – base da palavra latina *censeo*, censor - significa "afirmar com autoridade uma verdade (que se faz lei)"[167]. A idéia de *censor* é visceralmente ligada à de *autoridade*: quem fala em posição de autoridade não enuncia tão-somente a realidade dos fatos; prescreve como esta realidade deve ser tomada e interpretada. Em face da *autoridade* em que está investido, a palavra do *censor* tem força de lei: ao mesmo tempo em que diz como o mundo é, impõe como ele deve ser.

Como o uso da palavra *censeo* pelos romanos está intimamente ligado a termos como *auctor* e *auctoritas*, filólogos, cientistas políticos e filósofos do direito, observando que *auctor* é aquele que realiza o *augeo*, tendem a concentrar-se no sentido etimológico da palavra *autoridade* residente na raiz *aug-*, o de "aumentar"[168].

Entretanto, é preciso observar com Benveniste, que *auctor* e *auctoritas* são expressões pertencentes, desde a origem, às esferas política e religiosa da vida social, ligando-se não apenas à *augeo* como também à *augur*, palavras cujos sentidos exorbitam o mero "aumentar": a raiz *aug-* em indo-europeu significa força. O que tem *aug-* é dotado de uma força criadora, um poder demiúrgico. Ora, *augur* está ligado à *augurium*, ciência do augúrio, dos que tinham o dom da adivinhação, do agouro e do vaticínio, ou seja, o dom de enunciar palavras mânticas, dotadas de um sentido mágico-religioso, uma palavra numinosa que, desde a Grécia arcaica, uma vez enunciada era tomada como coisa entre coisas; uma palavra com o dom de acrescer "mundo" – ainda que puramente simbólico - à realidade empírica. O verbo como experiência do sagrado implica uma

---

[167] BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições Indo-européias*: poder, direito, religião. Campinas: Unicamp, 1995. p. 145.

[168] ARENDT, Hanna. *Entre o passado e o futuro.* 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 162 et seq.

concepção numinosa do tempo, da linguagem, do ser e da verdade[169]: esta palavra, regida por uma lógica da ambigüidade, tinha o poder de assegurar a ordem das coisas, mantendo o ser presentificado.

Estas ligações etimológicas parecem-nos suficientes para mostrar que a experiência da autoridade, em um sentido bastante íntimo, identifica-se com a experiência do sagrado, trazendo a lume a poderosa síntese contida na máxima agostiniana: *quod credimus autoritatis*.

Segundo Benveniste, a insistência em se traduzir *augeo* por "aumentar" é exata na língua clássica, "mas não no início da tradição. Para nós, 'aumentar' significa 'acrescer, tornar maior *alguma coisa que já existe*'. Aí está a diferença, despercebida, com *augeo*. Em seus mais antigos usos, *augeo* indica, não o fato de aumentar o que existe, e sim o ato de produzir fora de seu próprio seio; ato criador que faz surgir alguma coisa de um meio fértil e que é privilégio dos deuses ou das grandes forças naturais, não dos homens".[170]

Portanto, o sentido primitivo de *augeo* "é retomado por intermédio de *auctor* em *auctoritas*". É por isso que a palavra enunciada com autoridade "determina uma mudança no mundo, cria alguma coisa".[171] *Auctoritas* é dom de fazer surgir, de acrescer, de trazer à vida, pelo que é reservado a poucos homens: entre outros poderes, inclui o de dar "vida a uma lei".[172]

Nas sociedades palacianas da Idade do Bronze, tanto nos reinos do Oriente Próximo quanto nos do mar Egeu, não havia ainda uma separação entre o divino e o humano. O personagem do Rei divino atraía para si uma crença que figurava como epicentro da autoridade religiosa e política.[173] A autoridade do Rei-Deus emanava imediatamente de sua

---

169 TORRANO, Jaa. O mundo como função de musas: estudo introdutório. In: HESÍODO. *Teogonia:* a origem dos deuses. 4. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001.
170 BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições Indo-européias*: poder, direito, religião. Campinas: Unicamp, 1995. p. 151.
171 Ibid., p. 152.
172 Ibid., p. 152.
173 Cf. FINLEY, M. I. *Grécia primitiva*: idade do bronze e idade arcaica. VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. 12. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002. p. 23-38.

natureza divina. A Grécia Arcaica experimentou uma primeira ruptura entre o divino e humano, criando a necessidade de elos de comunicação entre esses dois mundos, função exercida pelo uso da palavra numinosa do poeta, do profeta e do rei-de-justiça[174]: os deuses falavam com os humanos por meio dessa tríade de personagens, que ao fim e ao cabo caracterizavam importantes instituições sociais. De certo modo, estes personagens dotados de saber mântico não detinham autoridade; antes, a autoridade divina manifestava-se através deles, pela palavra mágico-religiosa. Daí porque estranha aos gregos arcaicos a idéia de ser o poeta *autor* das epopéias.

Com o advento da *polis* e a invenção da *ágora*, os gregos criam um espaço público para o exercício de uma liberdade política calçada na *peithó*, a arte da persuasão cujo pressuposto de exercício é a igualdade dos participantes. Se o poder se exerce como persuasão numa relação entre iguais, a autoridade na Grécia Clássica é uma noção obscura, não realizada plenamente, o que levou Platão e Aristóteles a grandes esforços para o seu devido equacionamento.[175] Mas foram os romanos que alcançaram a separação entre poder e autoridade, rompendo o pressuposto da igualdade no exercício da liberdade política. Assim, os romanos estabeleceram a hierarquia pressuposta pela autoridade, fazendo a cisão entre governantes e governados sem destruir o espaço público.[176]

Ora, se os romanos estabeleceram a cisão entre *auctoritas* e *potestas*, garantindo eficácia e estabilidade ao exercício do poder, com esta invenção alcançaram construir um império. Os medievos herdaram esta cisão romana entre *auctoritas* e *potestas*[177] e a usaram em suas disputas pelo poder político. No século XI, confrontos envolvendo o

---

[174] Cf. DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica.* Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

[175] ARENDT, Hanna. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002. p. 142 et seq.

[176] ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade*: no rastro do pensamento de Hanna Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 37.

[177] BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 165 et seq.

Imperador germânico e o Papa, na disputa pelo poder político, fixaram aos poucos o conceito de soberania, a busca de uma síntese entre a autoridade e o poder: o poder absoluto é autoridade absoluta.

Tais disputas situavam-se no campo da jurisdição, limitada não apenas ao poder de julgar e punir, distribuindo o direito aplicável à solução da controvérsia, mas alcançando o poder de ditar e impor coativamente as normas que compõem este mesmo direito. Este largo feixe de poderes definia o perfil do legítimo governante, pelo que os atos de governo confundiam-se com o exercício da jurisdição. A idéia de soberania encontra suas raízes numa época em que se exercia uma jurisdição plena acumulando, dentre outras, as funções de elaboração e aplicação do direito. A validade do direito decorria tão imediatamente do poder político que "política e direito eram termos permutáveis no período medieval".[178]

Em uma tal concepção de jurisdição não é possível o conceito de norma geral. O soberano "diz" o direito para o caso concreto como imputação subjetiva, como ato de vontade própria. Ora, cria, ao dizê-lo, no exato alcance de seu poder soberano: o poder de criar e aplicar o direito.

Kelsen explicitou de modo genial as condições de possibilidade de um sistema normativo: a idéia de uma norma geral como sentido objetivo de um ato de imputação.[179] Esse sentido objetivo do "dever ser" é justamente a norma geral que "vale". Exatamente por isso, vale objetivamente. Ora, numa jurisdição tomada nos termos medievos, onde o soberano cria o direito ao dizer que direito vale, não há norma geral justo porque o sentido do "dever ser" é sempre subjetivo: é o sentido do soberano. Para se construir um conceito de validade foi preciso desmontar o de soberania. O poder agora não resulta de uma vontade concreta, com lugar no tempo e no espaço. Resulta de uma vontade

---

[178] BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco, 2001. p. 167.

[179] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1974. p. 22.

abstrata, qual seja, o sentido objetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem: uma vontade corporificada no texto da lei.

O conceito de autoridade sedimenta-se na história do ocidente como um fator legitimador do exercício do poder. Designa, em síntese, o poder estável exercido em face de uma obediência incondicional que o faz prescindir de qualquer fundamento específico que não a própria crença na autoridade[180]. A crença, portanto, é o fator definitório decisivo do conceito de autoridade, vez que nem todo poder dotado de estabilidade é fundado em autoridade, mas apenas "aquele em que a disposição de obedecer de forma incondicionada se baseia na crença da legitimidade do poder".[181]

Em outras palavras, confirma-se a hipótese de que "autoridade" é um vínculo cujo fundamento último é a crença: tanto os que encarnam a autoridade como os que a obedecem crêem que o seu titular "tem o direito de mandar ou de exercer, pelo menos, o poder e que os que estão sujeitos à Autoridade têm o dever de obedecer-lhe ou de seguir suas diretrizes".[182]

Ora, sendo todo poder social, antes de tudo, poder de determinar a conduta dos outros por meio de comandos normativos, a crença na autoridade agrega ao poder uma força legitimadora, garantindo-lhe maior eficácia, estabilidade e durabilidade. "A crença, eis para nós um termo chave", pois assim "na instituição social como na neurose, não estamos longe do fazedor de fetiches"[183]. Daí Pierre Legendre concluir que a grande obra do Poder consiste em se fazer amar, mediante uma ciência dogmática que solda as instituições ocidentais modernas, permitindo a comunicação das censuras até os sujeitos das relações sociais: o direito, com sua lei.

---

[180] STOPPINO, Mario. Autoridade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1986. p. 90.
[181] Ibid., p. 90.
[182] Ibid., p. 90.
[183] LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 7-15.

A lei não traduz simplesmente um comando atual; antes, trata-se de um discurso normativo dotado de autoridade, capaz de adaptar-se aos tempos mediante uma sofisticada casuística. Percebe-se, assim, uma importante função da dogmática jurídica: a de adaptar a autoridade atemporal da lei ao tempo histórico do homem, por uma técnica dogmática onde a pretensão de universalidade da razão é a expressão de sua atemporalidade laicizada. Assim, a idéia do sagrado subsiste oculta por detrás do conceito legal justo ali onde o direito moderno fundamenta a sua racionalidade, na medida em que os juristas assumem a autoridade das palavras da lei como termos lingüísticos absolutizados - palavras dotadas de um sentido determinado e unívoco. A manipulação dogmática do direito positivo é uma técnica sofisticada que empresta a aparência de sistema e de sentido normativo apriorístico ao texto da lei. No fundo, uma técnica calçada no grande mito da modernidade: o mito da razão.

No entanto, apesar de perseguir aparência de sistema, a lei moderna jamais poderia transfigurar-se efetivamente num texto dotado de um sentido único e apriorístico, seja porque não instituiria a autoridade, seja porque não alcançaria organizar as censuras: é que o poder tem que ser, necessariamente, proteiforme, e desde que se admita que ele seja tão-somente um feixe de competências legislativamente determinadas, ele perderia esse importante atributo. Assim, pela casuística, a dogmática jurídica maneja e conduz o homem em sua estratégia de eterna recondução a um texto instituído – o texto legal – e nunca a um sentido normativo. Técnica ancestral de fazer-crer, o saber jurídico e suas leis traduzem uma ciência do poder, cumprindo a função de camuflar sob o texto instituído - agora tomado como autoridade – um fundamento legitimador da instituição de censuras: daí porque o saber jurídico traduz uma técnica subreptícia de adestramento político que, no mundo moderno, institui o indivíduo como cidadão: o discurso dogmático, um saber que faz o sentido normativo da lei emergir de um acréscimo dialético e autorizado ao texto da lei: a palavra de um doutor.[184]

---

[184] LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983. p. 10.

Ora, se a lei empresta legitimidade à autoridade, ela é o seu fundamento, como Deus era o fundamento da autoridade da Igreja. Em outras palavras, a construção do conceito de validade objetivava colocar a razão como fundamento da autoridade: a razão legisladora, capaz de intuir os princípios universais da justiça e de transformá-los em regras gerais de conduta, distribuindo segurança e previsibilidade às relações sociais. Não poderia ser outra a base do conceito de validade: uma razão prestidigitadora, velha e indisfarçável raiz jusracionalista do positivismo jurídico.

O conceito de soberania está intimamente ligado ao de poder político; soberania é atributo de uma sociedade politicamente organizada; "pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito".[185]

O conceito de soberania, nesse sentido, traduz uma versão primitiva, política e jurídica a um só tempo, do conceito de validade, fundamento lógico-formal do direito moderno; visa a conciliar o poder de fato com o de direito; fixa os enlaces e conexões entre a teoria jurídica e a teoria política. O soberano ocupa o centro e o vértice superior da organização política. Desde suas origens, entre Bodin e Hobbes, a pergunta sobre quem é o soberano oscila entre o poder e a norma, entre o fato e o direito. De toda sorte, o conceito de soberania organiza o fenômeno do poder desde uma perspectiva monista, sendo instrumento de construção do Estado Moderno pelo combate ao pluralismo político medievo (poder papal, reis, imperador e senhores feudais).

O poder político é, em última instância, o fundamento de "validade" de todo e qualquer ato estatal (legislativo, judicial e administrativo). Todo poder político é poder político porque é efetivo, e justamente por ser efetivo, é absoluto naquilo em que se realiza - ou não se realiza; ser absoluta é um dos atributos fundamentais da soberania, que é a quintessência de um poder político monista: a soberania "é

---

[185] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1986. p. 1179.

'absoluta' por não sofrer limitações por parte das leis, visto que essas limitações somente seriam eficazes se houvesse uma autoridade superior que as fizesse respeitar".[186]

Jean Bodin apontou vários atributos demarcatórios da soberania, tal como o de nomear os mais altos cargos da magistratura, julgar em última instância acima destes cargos, exercer o direito de vida e morte acima da lei e declarar a guerra. Mas a marca essencial do soberano, para o eminente jurista medieval, era a de promulgar e anular leis: "*El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular*"[187]. O poder de legislar era para Bodin o "primeiro e mais importante direito, porque a partir dele todos os demais são definidos"[188]. Thomas Hobbes põe em evidência a capacidade de aplicação coativa do direito como definidora da soberania, e vê no exercício efetivo do poder de coação o único meio adequado à finalidade de se fazer obedecer num mundo em permanente luta de todos contra todos, onde o homem é lobo do homem. Segundo Bodin, soberano é quem detém o poder legislativo, ou seja, o monopólio da criação das leis; de acordo com Hobbes, soberano é aquele que detém o monopólio da força, do poder de coação física. O caráter unilateral destas concepções primevas do fenômeno da soberania "poderia conduzir ou a um direito sem poder ou a um poder sem direito, quebrando assim o delicado equilíbrio entre força e direito que continua sendo, em qualquer situação, o objetivo último dos teóricos da Soberania".[189]

Com efeito, num Estado de Direito todos estão submetidos à lei, diluindo-se a idéia de um poder pairando acima da legalidade e não reconhecendo qualquer vontade superior que o limite. O poder decorre de uma lei que lança seus fundamentos no conceito de validade. O conceito

---

[186] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1986. p. 1181.

[187] BODIN, Jean. *Los seis libros de la república.* 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000. p. 74.

[188] BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin.* São Paulo: Unimarco, 2001. p. 241.

[189] MATTEUCCI, Nicola. *Soberania.* In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política.* Brasília: UNB, 1986. p. 1180.

de validade é uma depuração unilateral e juridicista da idéia de soberania, onde o fenômeno do poder político deixa de ser reconhecido como fundamento do direito. O direito foi depurado de toda e qualquer valoração política, numa progressiva neutralização e despolitização das estruturas que aos poucos foram compondo o Estado de Direito. Ora, toda teoria jurídica deve conter, indefectivelmente, uma valoração política, sob pena de perder de vista o seu próprio objeto. Tem razão Heller quando, acusa o purismo metódico de Kelsen de desembocar numa teoria do estado e do direito sem estado e sem direito, de um lado, e numa soberania do direito sem direito, de outro[190].

4.3 DA VALIDADE DO PODER AO PODER DA VALIDADE: UMA INVERSÃO NORMATIVISTA

O Estado de Direito resulta da juridificação do poder, fenômeno que se desdobra, de um lado, na legalização do poder num leque de competências e, de outro, na constitucionalização da soberania interna, submetida ao epíteto juridicista do "poder constituinte", seja na sua forma originária ou derivada. Todo o poder resulta juridicamente determinado, inclusive o poder de criar o jurídico: ao fim e ao cabo, todo poder encerra-se num feixe de competências jurídicas e de procedimentos determinados pelo próprio direito.

A adoção desta tese exigiu a inversão, pela epistemologia jurídica moderna, da relação entre validade da norma e poder. Sendo o Estado de Direito supostamente o produto da engenharia normativa, a soberania é exercida por competências juridicamente determinadas.

---

[190] HELLER, Herman. *La soberania:* contriuición a la teoria del derecho estatal y del derecho internacional. 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1995. p. 309.

Nessa ótica, o direito funda o poder, e não o contrário. Mais do que isto, o direito não apenas institui o poder como também delimita o seu exercício, pelo que o alcance do "poder" jurisdicional estrema-se no dizer o direito contido no texto vinculante da lei, aplicando-o ao caso concreto. Trata-se de um modelo teórico no qual a validade da decisão decorre da validade da norma que lhe empresta fundamento.

O equívoco fundamental desta impostação jusmetodológica é supor que a validade da norma pode conter o exercício do poder sob a forma de competências normativamente instituídas - isto, em última análise, significa a norma acabar determinando a própria soberania, pois não há soberania senão como potência exercível. Este preço o positivismo normativista teve de pagar pela sua pretensa pureza metódica: viu-se obrigado a criar um modelo alheio à realidade essencialmente política do direito, um modelo onde a validade da norma é que determina o poder, como se a norma tivesse o condão de instituir a realidade político-social, e não o contrário.

Tão distante da realidade, ensimesmado em sua lógica intrassistemática o positivismo normativista parece desconsiderar o fato de que o direito posto não tem o condão de criar a ordem social. A normalidade social é um dado sociológico anterior ao discurso do direito, pressuposto de qualquer disposição normativa. Ademais, em situações de caos absoluto, impor a ordem é sempre ato de poder, simbólico ou não: em outras palavras, um ato de força ou de autoridade. Tem razão Carl Schmitt quando observa que o discurso normativo do direito pressupõe uma situação de prévia normalidade. Uma regra de conduta só alcança sentido normativo em face de uma ordem pré-estabelecida.[191]

A falta de clareza sobre esta relação entre direito e realidade – fruto do conceito normativista de validade - tem levado muitos ao equivoco de pensar que basta criar leis para resolver os problemas sociais. As leis, por si, não podem modificar a realidade, são apenas

---

[191] SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

ferramentas que podem ser úteis para uma vontade política determinada - inclusive a vontade de fazê-las cumprir.

Por esta inversão radical, a versão normativista da Teoria Jurídica do Estado pretende pôr de parte a dimensão sócio-política do fenômeno estatal, para o recolher na sua pura forma jurídica: o direito como uma ordem de validades absolutamente autônoma, protegida do pluralismo axiológico que compõe o tecido social e das inconstâncias do poder político. Deixa, entretanto, de enfrentar a questão da soberania do Estado em todos os seus desdobros, concentrando-se apenas em "seu momento culminante, quando o estudioso faz abstração da força social criadora e propulsora de novas formas de Estado, para só considerar, por assim dizer, o poder que já se fez instituição".[192] Em outras palavras, a concepção juridicista do Estado divisa o fenômeno do poder já enquadrado na moldura normativa do sistema jurídico, sob a forma de um conjunto de órgãos e instituições pelos quais ele será exercido: o exercício do poder estatal é sempre exercício de competências legislativamente determinadas.

Se no âmbito das relações privadas vale o axioma segundo o qual tudo o que não juridicamente proibido está jurídicamente permitido, no exercício do poder público esta equação sofre uma inversão radical: no exercício das competências estatais, tudo o que não está juridicamente permitido está juridicamente proibido. Esta inversão do axioma ontológico do direito é a máxima expressão de um poder exercido nos estreitos limites da legalidade.

Ora, ao propor uma teoria jurídica onde o direito paira num limbo lógico-formal, ou seja, uma ordem de validades infensa a qualquer traço de realidade sócio-política, o positivismo acaba escamoteando as diferenças entre o valer como norma e o valer como decisão. Não há como se confundir um e outro: o primeiro ocorre no âmbito puramente racional, na idealidade das conexões lógicas decorrentes das exigências formais do

---

[192] REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 136.

pensamento; o segundo, de forte matiz sociológico, cunha o exato momento de interferência do direito na realidade social. Pois justamente no "valer como decisão", a abstração normativista pretende o reencontro do direito com a realidade social, ao supor uma unidade estruturante e sistematizadora do discurso da lei que empresta validade à sentença judicial: a norma jurídica geral. Este é o núcleo da pretensão racional de instituir normativamente o mundo dos fatos, alienação onde o logicismo puro perde toda a sua força instrumental, justo ali onde reside a sua finalidade última: a de garantir segurança jurídica dos cidadãos contra os arbítrios do poder.

4.4 CONTEÚDOS NORMATIVOS IRREDUTÍVEIS AO CONCEITO DE VALIDADE

O conceito positivista de validade não dispõe de alcance intrumental que o permita responder adequadamente às demandas de identificação do fundamento normativo que deve pautar a decisão judicial. De um lado, porque não enfrenta a difícil questão da determinação do conteúdo semântico das palavras e dos enunciados lingüísticos sobre os quais supõe edificar a norma jurídica por meio da atividade hermenêutica e integradora dos dispositivos legais. De outro, porque não demarca logicamente a pertinência de todos os conteúdos normativos de origem consuetudinária, cujo alcance normativo decorre da consolidação de valores por força da repetição de condutas. Estes últimos perfazem todas as chamadas "fontes do direito" que não a lei: o costume, enquanto norma resultante da repetição de condutas sociais pelos cidadãos; a jurisprudência, enquanto norma resultante da repetição de conduta decisória por parte dos magistrados e, por fim, a doutrina,

enquanto norma resultante da repetição da conduta de exprimir opinião doutrinária (*cummunis opinio doctorum*), por parte dos doutrinadores.

A existência de conteúdos normativos irredutíveis ao conceito de validade deixa entrever dois níveis de inconsistências no positivismo normativista. A primeira inconsistência situa-se no plano material. Por não enfrentar todos os desdobramentos decorrentes da indeterminação semântica dos textos legais, o conceito lógico-formal de validade não fixa critérios objetivos e instrumentais para a solução de incompatibilidades entre normas que, embora formalmente válidas, provocam disputas jurisprudenciais e doutrinárias quanto ao sentido normativo e, conseqüentemente, quanto à validade material. Isto impede o consenso entre os juristas no que diz respeito à revogação ou à recepção destes mesmos textos, conforme a hipótese. A jurisprudência apresenta incontáveis exemplos de decisões antinômicas fundamentadas no mesmo texto legal, onde são julgados casos substancialmente semelhantes, como resultado de interpretação divergente dos conceitos valorativos e indeterminados usados na elaboração da lei.

Uma segunda incongruidade é perceptível no âmbito formal da validade normativa de conteúdos que se originam de outras fontes que não a lei, por um lento decantar consuetudinário de valores social e juridicamente relevantes, ou seja, fontes cujas atividades nomogênicas resultam de processos consuetudinários, tal como a jurisprudência, a doutrina e os costumes. Há pelo menos uma contradição pouco observada pelos juristas, no que tange ao processo nomogênico da jurisprudência, vez que se opera por repetição de condutas especificamente jurídico-decisórias, ou seja, valoradas do ponto de vista da validade normativa. Ora, como sustentar, mantendo a coerência, que as decisões judiciais, para serem válidas, devem pautar-se em normas válidas e defender, ao mesmo tempo, que a repetição de conteúdos decisórios implica a positivação de novos conteúdos normativos jurisprudenciais. Do ponto de vista lógico-formal, é um contra-senso sustentar que a validade decorre de decisões válidas: não se pode constituir a validade do que já é válido.

A lenta decantação da validade dos conteúdos e valores que se consolidam como *usus fori*, instância onde a dogmática jurídica reinscreve o casuísmo na generalidade do discurso normativo, promovendo a renovação e lapidação do direito posto, acusa uma falha formal do pensamento juspositivista. Sendo verdade que somente uma norma válida pode fundamentar uma decisão, então a validade de um conteúdo jurisprudencial - critério de pertinência ao direito posto que empresta o *status* de fonte do direito à jurisprudência - não pode consolidar-se pela aplicação deste mesmo conteúdo em decisões precedentes, pois que não seriam ainda logicamente válidos. De qualquer sorte, não se pode negar que há conteúdos jurisprudenciais que inovam juridicidade, ou seja, dotados de força nomogênica, obrigando-nos a concluir, por necessidade lógica, que os juristas constroem suas decisões judiciais valendo-se de certos conteúdos normativos que não respondem a nenhum critério de pertinência ao direito positivo. Isto significa que, para além das tradicionais fontes jurídicas, o direito emerge ainda de valorações ético-sociais, oriundas do campo da política e da moral. Os conteúdos normativos jurisprudenciais, antes de sua positivação por repetição em outras decisões judiciais, respondem a um conceito de validade moral, mas não ao conceito de validade jurídica.

Por tais limitações metodológicas, o modelo normativista deixa mal equacionada uma das mais importantes dimensões nomogênicas do direito, onde são promovidas as adaptações casuísticas e as indispensáveis mudanças da ordem legal, viabilizadas pela natureza dinâmica e pela flexibilidade dos precedentes judiciais. A relevância funcional deste momento adaptativo e dinâmico do direito resta evidenciada por uma tensão no âmago do ato jurídico-decisório, entre duas necessidades que nem sempre se harmonizam. Segundo Habermas[193] toda decisão judicial responde a uma exigência interna de segurança jurídica (a necessidade de fundamentação na ordem vigente), e uma demanda externa de aceitabilidade social (justificação moral

[193] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 245-252.

legitimadora). Para legitimar-se racionalmente, o direito tem que responder simultaneamente a estas duas exigências sociais. Precisa, de um lado, adaptar-se permanentemente aos processos de mudança social e, de outro, responder às exigências da segurança que reside na previsibilidade resultante da estabilização de expectativas de comportamento. A função mediadora desta tensão, absolutamente indispensável quando estes pólos se extremam, é exercida modernamente pelas mutações jurisprudenciais.

Uma última característica relevante da jurisprudência - esta também comungada pelos costumes e pela doutrina - compromete o conceito positivista de validade, especialmente no que implica a idéia de plenitude e de coerência interna (sistematicidade) da ordem vigente. Todas as fontes de direito cujas normas se gestam pela repetição espontânea de condutas consolidam conteúdos normativos assistemáticos, que não respeitam as exigências de coerência interna da ordem vigente pressupostas pelo normativismo. A título de exemplo, embora seja comum a ocorrência de jurisprudência conflitante, não se nega a condição de fonte do direito para os conteúdos jurisprudenciais, pela simples razão de que os juristas se valem, normalmente, dos excertos da jurisprudência para compor e fundamentar suas argumentações judiciais e suas decisões usualmente reconhecidas como válidas.

A idéia de "sistema normativo" resta comprometida diante da estrutura catalográfica dos conteúdos jurisprudenciais que compõe a ordem jurídica. Uma tendência editorial crescente no sentido de se publicar catálogos de jurisprudência vem escancarando profundas contradições e divergências nas decisões judiciais, onde encontramos as mais variadas e conflitantes fundamentações e práticas argumentativas a partir dos textos legais.[194] A consolidação crescente de correntes jurisprudenciais divergentes e conflituosas demonstra que a ordem jurídica, naquilo em que ela é também composta por conteúdos

[194] Cf. FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial.* 5. ed. São Paulo: RT, 1995.

normativos jurisprudenciais, não persegue em todos seus domínios a tão decantada sistematicidade e coerência lógica.

Isto implica que o direito positivo, mais do que sintaticamente inacabado e semanticamente vago e ambíguo, é contraditório em campos normativos que lhes são fundamentais. Não é difícil constatar que os critérios positivistas emprestam validade jurídica a conteúdos normativos que não ostentam qualquer sistematicidade, ou seja, não perseguem a coerência lógica interna. São apenas reunidos em polimorfos catálogos, tal como a jurisprudência e, de certo modo, a doutrina. A rigor, somente no campo da legislação é que se percebe uma busca mais criteriosa e estrutural da coerência lógica interna.

Mais graves são as inconsistências no âmbito material do conceito de validade, problema que deve ser enfrentado sempre que se reconheça que todo o enunciado prescritivo é dotado de relativa indeterminação de sentido, o que implica a indeterminação de seu conteúdo normativo. Reconhecidos os limites semânticos das palavras da lei, tem-se que a indeterminação de sua validade decorre da própria natureza lingüística do discurso normativo. Isto revela uma grave impotência das impostações que reduzem o problema da validade normativa ao âmbito puramente formal, que se mostra insuficiente para levar a cabo a pretensão de separar objetivamente o direito do âmbito da moral.

O pensamento positivista esquivou-se da abordagem criteriosa do problema da indefinição dos conteúdos normativos das pautas jurídicas, reduzindo insatisfatoriamente a questão da validade ao plano puramente formal, onde os enunciados lingüísticos da lei qualificam-se como válidos ou inválidos independentemente do conteúdo a ser fixado em sua interpretação. O que é válido ou inválido é o teor literal - uma seqüência de palavras semanticamente vagas e ambíguas de modo a formar um texto plurívoco - e não um ou alguns dentre os sentidos possíveis do texto. Em outros termos, válido é o enunciado normativo e

não a proposição jurídica. Desse modo, o positivismo normativista reduz a validade ao plano sintático da linguagem normativa.

Há que se observar, no entanto, com a sistematização do direito moderno - especialmente o uso da técnica da sobredeterminação normativa que acabou por hierarquizar as normas positivadas – resultou que o texto legal pode ser válido apenas em algum(s) sentido(s), sendo inválido noutro(s). A incompatibilidade material com conteúdos normativos hierarquicamente superiores pode atingir apenas um (ou alguns) dentre os vários sentidos possíveis do texto. Um exemplo prático dessas insuficiências metodológicas é o caso já citado das atualíssimas declarações de inconstitucionalidade sem redução de texto, em que o texto da lei ordinária permanece formalmente válido apesar de ter sido declarado inconstitucional num determinado sentido.

Em contrapartida, admitir que a validade deve ser tomada em sua plenitude formal e material, de modo que os conteúdos normativos vinculantes só pudessem ser aferidos mediante a interpretação do texto, problematizaria ainda mais o conceito normativista de validez, máxime em se considerando os aportes da hermenêutica filosófica segundo os quais são incindíveis os momentos da *interpretatio* e da *aplicatio* dos textos. Muda-se radicalmente a perspectiva: é o fato que problematiza a interpretação do texto. A título de exemplo, não há dúvidas que um penalmente imputável que descarrega intencionalmente seu revólver contra a sua vítima, provocando-lhe o fim dos sinais vitais e início da decomposição dos tecidos (conceito fisiológico de morte) pratica uma conduta que se subsume à tipicidade objetiva do artigo 121 do Código Penal; no entanto, o médico-cirurgião que retira o coração de um acidentado com esmagamento craniano, ceifando-lhe a vida, também comete a conduta típica do referido dispositivo legal. Ou mesmo um sujeito que mata o "feto-criança" durante o parto, dificultando a demarcação objetiva da condição de ser ou não a pequena vítima "alguém" para efeitos jurídico-penais, questão cuja solução por um ou por outro caminho irá deslocar a tipicidade penal. Este dois exemplos, segundo nos parece, demonstram que o fato tem o condão de

problematizar o texto, indicando que o interpretar já pressupõe a aplicação do texto, nos moldes da tese sustentada pela hermenêutica filosófica. Bem observado, no primeiro exemplo o fato problematizou o sentido do conceito “matar”; no segundo, do conceito “alguém”.

Em outras palavras, sem o fato ao qual se quer aplicar o texto, a interpretação torna-se um exercício inócuo e diletante. Bem observado, o operador do direito interpreta textos apenas em vista dos fatos que se lhe apresentam.

As imprecisões de sentido permeiam todo o tecido normativo da ordem jurídica vigente, problematizando a noção de norma válida e, conseqüentemente, a de vinculação do jurista a uma *ratio decidendi* fixada aprioristicamente de modo a limitar seu poder decisório. Tais indeterminações normativas exorbitam o problema da incompletude lógica da ordem legal, equacionada pela dogmática sob o conceito de “lacunas da lei” - incompletudes insatisfatórias no seio de uma totalidade. Bem observado, estamos diante de “incompletudes” que atingem o direito já em sua específica noção de norma jurídica geral. Admitindo-se a tese da hermenêutica filosófica, revela-se problemático afirmar uma validade apriorística do texto normativo. Por este ângulo, a plenitude da validez jurídica somente restaria determinada em toda a sua extensão no próprio ato de aplicação do direito, denunciando, por mais este indicador, a dimensão sociológica incindível do fenômeno jurídico.

Correto o pressuposto de que o fato problematiza o texto - o que se mostra mais evidente nos casos difíceis - queda-se reduzido o alcance da noção de validade formal fixada *a priori*: o texto “matar alguém”, por exemplo, apesar de formalmente válido e valer efetivamente para determinadas hipóteses fáticas, noutras é inválido, podendo ainda ter a validade indefinida diante de certos fatos, de modo a tornar obscura a importante noção de vinculação.

É arriscado cindir a “validade formal” da “validade material”, especialmente porque tal cisão tende a desencaminhar esta última para o campo da interpretação jurídica, pelo que válido seria apenas o teor literal

dos textos normativos. Ora, desde que se admita que a questão da validade não possa reduzir-se ao âmbito puramente formal, há também de ser acolhido o fato dela ser dependente do ato de interpretação do texto na mesma medida em que o seu sentido também dela o depende. Portanto, as impostações que reduzem o direito à dimensão exclusivamente normativa pecam por tentar construir uma teoria jurídica alheia ao contexto onde o direito se realiza e que, *pari passu* com a sua dimensão lógico-normativa, constitui-se num momento fundamental do fenômeno jurídico: o ato decisório. O formalismo normativista não oferece respostas plausíveis para questões desta natureza.

Bem observado, a validade normativa depende desta dupla condição: de um lado, o plano formal; de outro, o material. Não é difícil perceber que a validade formal é pressuposto da validade material, eis que não se pode falar de sentido válido de um texto inválido, pelo que toda validade material depende da validade formal, embora a validade formal não implique, necessariamente, nesta ou naquela validade material.

Mais do que isso, é preciso reconhecer que a questão da validade material problematiza a noção de direito vigente de tal modo, que não se pode mais afirmar categoricamente os seus limites. Antes, é de se reconhecer que os textos normativos aplicados pelos juristas, ora não apresentam problemas substanciais de validade em face dos fatos a eles subsumidos, ora apresentam validade extremamente problemática e duvidosa. São exemplos de indefinição da validade formal e material de textos legais, bastante comuns na prática forense: 1) nas hipóteses em que não se alcança um consenso sobre a recepção do texto por regras constitucionais mais recentes; 2) onde não há convergência de opiniões sobre revogação ou não do texto em face do conteúdo material de outra regra posterior ou superior; 3) onde há discórdia em torno da ocorrência ou não de um processo dessuetudinário da regra, decorrente da falta de aplicação sistemática do texto formalmente válido, pondo em cheque sua validade material.

É preciso reconhecer, mesmo ao largo das concepções tradicionais do direito, que ao compor a norma individual mediante procedimentos decisórios valendo-se da base normativa fragmentária do direito posto, o jurista vê-se obrigado a lançar mão de certos conteúdos normativos complementares à lei, à doutrina, à jurisprudência e aos costumes. Tais conteúdos normativos não ostentam qualquer pretensão de responder a um critério de validade jurídica, ainda que nos limites tradicionais do âmbito exclusivamente formal do conceito.

Diante destas ponderações, percebe-se que o conceito de validade jurídica manifesta limites substanciais que põem em cheque as impostações metodológicas do positivismo normativista: de um lado, ele não reduz toda a normatividade veiculada no procedimento jurídico-decisório; de outro, ele não pode ser desvinculado da dimensão material do direito, sob pena de mutilar o seu objeto e perder o alcance e a instrumentalidade prática.

Ademais, além de admitir que as decisões judiciais utilizam também fundamentos normativos morais - pelo que nem todo conteúdo normativo que empresta fundamento a uma decisão judicial é juridicamente válido -, é preciso reconhecer a dificuldade de se fixar um critério de validade capaz de separar objetivamente, numa decisão judicial, o que é fundamento especificamente jurídico (conteúdo normativo que responde ao conceito de validade) e o que é conteúdo normativo de cunho moral (conteúdo normativo de natureza deontológica que não responde a um critério de validade).

Para concluirmos estas observações a respeito do conceito de validade, é de se tentar complementar o estudo da validade formal do texto normativo com a abordagem de sua validade material, ampliando a compreensão do fenômeno jurídico em seus mais sutis matizes e vicissitudes. Restaram apenas assinaladas e brevemente esboçadas, nos termos de nossa exposição, as profundas repercussões metodológicas que a construção do conceito de validade material implica, dentre elas, em especial, 1) o enfraquecimento dos referenciais teoréticos do conceito de

vinculação, 2) a implosão das "fronteiras oficiais" da ordem jurídica, retomando as profundas conexões entre o direito e a moral, 3) o desmonte da teoria tradicional da interpretação jurídica, por sobrepor-se à teoria da norma jurídica ao confundir e ocultar sob o rótulo de "interpretação" todo e qualquer acréscimo de novos conteúdos (fragmentos) normativos às pautas jurídicas positivadas tendente a suprir a sua incompletude natural.

Assumir a noção de validade material, em última instância implica transbordar substancialmente os limites teóricos e o correspondente arcabouço conceitual do positivismo jurídico.

4.5 VALIDADE DA LEI E VALIDADE DA DECISÃO

A *ratio decidendi* supostamente contida no direito posto é sempre obra aberta, inacabada, nunca está perfeitamente determinada em seu conteúdo e extensão - salvo como decisão *ex post facto*. Já em face desta natureza informe do discurso normativo vigente, há que se mitigar a tese da vinculação do ato decisório a uma ordem de validades. A rigor, assumir a indeterminação normativa do direito implica tolher a idéia de norma geral como unidade estruturante do sistema jurídico, comprometendo o alcance instrumental do conceito de "validade" normativa, este atributo da norma que teria o condão de fazer o ato decisório "valer". Restrições como estas impõem à metódica jurídica atual a necessidade de perseguir outras formas de compreensão do direito para além das estruturas lógicas intrassitemáticas do positivismo tradicional.

Cremos inevitável supor, epistemologicamente falando, que a natureza "decisória" da atividade judicial implica a assunção de teses "decisionistas", vez que os conteúdos decisórios das sentenças e acórdãos não incidem tão-somente sobre a *quaestio facti*. É absolutamente pacífico

na metódica jurídica atual que os conteúdos da decisão alcançam de igual modo a *quaestio iuris* - fato notório, à primeira vista, nas incontáveis consolidações catalográficas da multifária e desarmônica produção jurisprudencial[195].

Ora, decidir sobre um conteúdo jurídico-normativo significa admitir que a norma jurídica não é um dado objetivo passível de mera cognição. Antes, trata-se de uma premissa irresoluta que os juristas ocultam sob a máscara do apodíctico, mas cuja certeza supõem defluir, num toque de mágica lógico-normativa, não de um critério de verdade, e sim de um critério de pertinência normativa: a validade.

Do ponto de vista lógico-metodológico, quando se admite que os conteúdos decisórios da sentença judicial recaem sobre a *questio iuris*, admite-se, entre outras coisas, que o objeto da decisão é justamente "o direito que vale", deixando entrever uma instigante inversão na lógica intrassistemática do pensamento jurídico moderno: a validade, nesse viés, não é o critério de decisão; antes, a decisão passa a ser o critério de validade.

Não obstante a crucialidade desta questão, as decisões que apontam "o direito que vale" são construídas com habituais divergências e contradições entre si, por vezes em desconformidade com o próprio texto legal em que buscam arrimo. São decisões irredutíveis a um fundamento normativo unitário, qual seja, a norma geral válida, o que significa, trocando em miúdos, irredutíveis à idéia de "sistema" ou "ordem de validades". Indiferentes à irrupção destas incompatibilidades normativas no exercício cotidiano de suas competências, os práticos do direito tomam tais decisões por "válidas" e ultimam a efetiva aplicação das mesmas aos conflitos judicializados, lançando mão, sempre que necessário, do aparato coativo do Estado.

Apesar de antinômicos, é difícil não admitir que estes atos do Poder Judiciário "valem". Corre-se o risco de reter o pensamento jurídico

---

[195] Cf. FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial.* 5. ed. São Paulo: RT, 1995.

na lógica abstrata do sistema normativo, alheio à fatualidade do mundo real, isto é, à realidade do Estado e do próprio Direito. Insistir no logicismo importaria defender a estranha tese de que algumas decisões judiciais - dentre as efetivamente construídas e aplicadas pelos órgãos dotados de poder para tal - valem; outras, mesmo reconhecidas e aplicadas pelo Poder Público, não valem. O logro lógico-normativo, a toda evidência, não oferece respostas consistentes à questão da validade da decisão judicial.

Eis o ponto central de nosso questionamento: afinal, se afastarmos a ilusão normativista de uma legitimação intrassistemática do direito, onde poderemos buscar o fundamento de validade para os atos jurídico-decisórios da magistratura? Abandonado o conceito de validade, qual fundamento emprestaria legitimidade às decisões judiciais? Questões como esta põem em dúvida a aceitabilidade, do ponto de vista epistemológico, e a instrumentalidade, do ponto de vista prático, da noção de "norma geral", pensada como unidade estruturante de uma ordem de validades lógico-normativas. Sendo pura ficção lógica, a função prática do conceito de norma geral limitar-se-ia a imprimir uma falsa atmosfera de segurança ao tráfego jurídico, escamoteando a falta de um fundamento de legitimidade consistente para as decisões judiciais. Daí, mais uma vez, a necessidade de se buscar um fundamento legitimador das práticas judiciais no âmbito sociológico do direito.

O positivismo jurídico falhou em sua tentativa de equacionar o problema da validade da sentença judicial dentro de uma lógica ínsita aos sistemas normativos. Esta lógica, estrategicamente infensa aos conteúdos éticos, sociais e políticos ínsitos aos discursos jusnormativos, instaura o domínio da mais pura abstração formalista do direito, cujo ápice encontra-se na obra de Kelsen. Segundo este pensamento, há uma cadeia de sobredeterminações da validade no interior dos sistemas normativos, de modo que a validade da norma inferior decorre da validade da norma superior. Nos sistemas de direito legislado a sentença - norma individual e inferior à norma legal - é válida quando seus conteúdos decisórios subsumem-se ao texto da lei. Noções desse matiz encontram-se

amplamente disseminadas entre os operadores do direito, perpetuando-se nas impostações teóricas que dominam os meios acadêmicos, de um modo geral, especialmente na graduação.

A validade da decisão judicial oculta uma questão de fundo, cujos fundamentos deitam raízes nas origens históricas do Estado Moderno: para o seu equacionamento teórico, é preciso antes definir se o poder estatal decorre da lei ou se a lei decorre do poder estatal. O normativismo responde a esta questão, de forma categórica, sustentando que o poder decorre da lei, pois a própria Constituição (Lei Maior) institui o Estado, organizando suas estruturas de poder. Assim, numa leitura imediata, a competência jurisdicional, como expressão do poder da magistratura, decorre de normas constitucionais, sendo válidos os atos jurídico-decisórios nos limites das atribuições delegadas ao poder judicante por força de lei.

Já em Kelsen, onde o normativismo foi levado às últimas conseqüências, a relação entre poder e validade recebe um tratamento hipostático: calçado na identidade máxima entre Direito e Estado, Kelsen sustenta que o Estado não passa da personificação do conjunto unitário das normas em vigor. Atrás do direito não existe um poder que o sancione, sendo que o poder se confunde com a própria validade normativa.[196]

Idéias como as de norma, validade e sistema são instrumentos que serviram à edificação de um direito que necessitava firmar a impressão de segurança para os cidadãos, ou seja, um direito livre das indeterminações pluralistas de um fundamento moral (a justiça) e da imponderabilidade do político (os fatos, inclusive o fato da decisão como exercício de poder). Edificou-se um direito dotado de uma unidade conceitual capaz de reduzir seus diversos elementos discursivos a uma noção de sistema seguro e previsível: a norma jurídica, supostamente identificável por critérios de origem que determinam a sua pertinência ao

---

[196] REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 81.

sistema. Em seu conjunto, tais critérios conformam o conceito de validade.

Ora, sendo a validade um conjunto de critérios concernentes ao modo pelo qual a norma se origina, todos determinados pelo próprio sistema normativo, chega-se ao círculo vicioso donde emerge a idéia de auto-regulação do direito: válida é a norma com origem na própria ordem de validades da qual faz parte, respeitadas as regras (também válidas) de elaboração normativa.

Agarrada à noção de validade lógica, a filosofia juspostivista supôs ter-se livrado dos critérios axiológico e sociológico de definição do jurídico: nem o *ius quia iustum* das impostações jusnaturalistas, nem o *ius quia iussum* de perfil realista. De um lado, o valor não pode ser critério definidor do direito em face de sua eterna indeterminação, sua pluralidade de concepções; de outro, a decisão eficaz também não pode traduzir o direito válido, por comprometer a segurança do cidadão diante do arbítrio de um poder exercido sem definição prévia de seus limites. Assim, respondendo aos anseios burgueses de segurança nos umbrais do Estado de Direito, o positivismo fundou a validade como critério definidor do direito, uma espécie de teste de origem desenhado pelo próprio sistema: uma norma é jurídica porque é válida e é válida porque elaborada conforme o próprio ordenamento jurídico.

Ao fim e ao cabo, num salto mágico do âmbito lógico para o sociológico, pretendeu o pensamento jurídico positivista fosse a validade abstrata desta norma geral capaz de se comunicar às decisões judiciais, tornando-as válidas a despeito do abismo entre a idealidade lógico-conceitual da norma e a decisão como ato concreto de poder. Trata-se, a toda evidência, de uma tentativa de conter o mundo empírico da decisão judicial no saber meta-empírico de uma norma geral – ente abstrato e ideal, fundante de uma validade puramente formal. Assim, busca-se demarcar os exatos contornos da ação decisória tomando como instrumental teorético a idealidade formalista de um pensamento lógico-normativo. Em outras palavras, pretende-se com esta estratégia

conceitual reduzir o fenômeno jurídico à neutralidade política e axiológica mediante uma abstração logicista.

Ao nosso ver, uma apreensão rigorosa do fenômeno da validade da decisão judicial exige que também se lance fundamentos no plano empírico das relações sociais. Uma decisão é válida por concretas relações sociais, postas num contexto histórico e cultural determinados. A atitude, por parte da magistratura, de um respeito à lei tão reto quanto possível - por mais inexatos que sejam seus limites semânticos - empresta força normativa aos textos que compõem o direito posto. No entanto, trata-se de um fenômeno contingente, de natureza histórica e cultural, e não o resultado de uma lógica normativa de alcance universal e necessário, capaz de engendrar um poder infenso ao contexto político-axiológico, um poder estruturado sob o rótulo de um neutro feixe de competências juridicamente determinadas.

Uma coisa é determinar formalmente a validade de um texto normativo dentro de uma lógica intrassistemática, ou então determinar quais são os critérios de validade de uma proposição normativa - critérios de validade dos conteúdos de textos normativos estruturados sob a forma de uma norma geral; outra coisa bem diversa é sustentar que esta lógica intrassistemática tem o condão de emprestar validade a um ato de poder: a decisão judicial. Aqui é preciso maior cautela às impostações jusmetodológicas, pois as validações puramente formais do discurso normativo do direito situam-se num plano exclusivamente lógico, não passando de uma tentativa de cumprir a exigência de coerência do pensamento normativo consigo mesmo, alheia à necessidade de coerência desse mesmo pensamento com o objeto pensado: o direito como fenômeno social, política e historicamente determinado.

Bem observado, a decisão judicial toma lugar no âmbito das relações sociais concretas como um ato de poder. A questão, portanto, é a de saber qual o verdadeiro fundamento de validade da sentença. Saber, entre outras coisas, porque vale efetivamente um ato decisório do Poder Judiciário transitado em julgado, consolidado ou não por uma ação

rescisória, ou mesmo prolatado em última instância. Saber, por último, se esta forma de validação lhe garante legitimidade. O que os juristas usam chamar de "norma geral" - a suposta premissa maior da concludência judiciária - é discurso fragmentário estruturado no campo das idéias; a decisão judicial é ato que se materializa no mundo empírico.

4.6 PRECLUSÃO COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DA VALIDADE: O TRIUNFO DOS FATOS SOBRE A LÓGICA NORMATIVA

Tomando o direito como um fenômeno de poder percebe-se não haver como reduzir as práticas jurídicas concretas a um conjunto de atos de cognição, cuja natureza técnica consiste supostamente em interpretar e aplicar objetiva e desinteressadamente o direito posto - uma base normativa que supostamente oferece conteúdos decisórios relativamente definidos e que vinculam as decisões judiciais.

Por certo, não se pode negar a importância do texto normativo na construção das decisões judiciais no direito continental. Nem por isso resulta daí possa o texto legal reger os conteúdos da decisão tal como propõe o modelo subsuntivo, determinando inclusive a sua validade. Não existem juízes hercúleos[197] infensos ao contexto sócio-politico, nem significados normativos unívocos no texto da lei; menos ainda proposições jurídicas completas passíveis de mera cognição. Do mesmo modo que não se confirma o discurso normativo do direito como um sistema de normas gerais, seria ingênuo supor um isolamento das práticas jurídico-decisórias em relação às contingências políticas e axiológicas que trespassam todo o tecido social. Em toda decisão judicial manifesta-se uma permanente tensão entre o texto normativo e o contexto decisório.

---

[197] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 127-203.

Mesmo fragmentário e inacabado, o discurso normativo do direito fixa no texto da lei um tecido de valores mais ou menos flexíveis que poder de ser identificados. No entanto, os valores não se reduzem à lógica disjuntiva de "tudo ou nada" que subjaze ao modelo subsuntivo. Ademais, sendo a atividade jurídico-decisória uma prática social, ela também não se mostra infensa ao eterno oscilar entre o "valor" e o "interesse" que motivam as condutas humanas em geral. Aos valores relativamente consolidados no texto normativo opõe-se o contexto dos interesses e das relações de poder que envolvem cada decisão judicial. Assim as práticas judiciais podem ser vistas como um jogo de forças mediado pelo operador jurídico - um ser social historicamente determinado, imerso em uma cultura jurídica e num contexto político que cerca o ato de construção da decisão judicial. Nessa perspectiva, o direito não se reduz à norma de decisão, nem mesmo ao texto normativo: é também o contexto decisório.

Partindo destas premissas de inclinação sociológica, temos que o texto normativo não produz eficácia social em uma decorrência tão-somente de uma lógica intra-sistemática. Antes, a efetividade do direito como um todo, e de cada texto normativo em particular, submete-se à vontade política do aplicador. Em outras palavras, a força normativa do direito posto, em cada decisão – este valer efetivamente como ponto de partida para a construção da decisão -, demanda certas condições da própria realidade social que o direito aspira regular. Tal condicionamento recíproco entre normatividade e realidade inclina-se no sentido da garantia da dignidade normativa da ordem jurídica quando os operadores do direito estão imbuídos de um profundo respeito à autoridade da lei. No entanto, onde a lei se opõe aos interesses socialmente dominantes, observa-se uma tendência dos operadores jurídicos, sob influência do contexto decisório, mitigarem a sua força normativa, deixando de garantir-lhe efetividade. Nesta dialética, movida por um complexo de infinitas mediações, das mais gerais às mais particulares, gesta-se o direito que efetivamente vigora em cada decisão judicial.

Resulta daí a pouca instrumentalidade do modelo subsuntivo, ao ver na aplicação do direito apenas atividade cognitiva, deixando de perceber o ato jurídico-decisório como exercício de poder. Bem observado, antes de ser produto de um raciocínio subsuntivo construído com base no instrumental cognitivo de uma razão normativa, a decisão judicial faz jus ao próprio nome, sendo ato de poder que se consolida num procedimento jurídico-decisório cuja ferramenta principal é a noção de preclusão processual. Tomar a decisão como ato de poder impõe enquadrar a sua validade num plano sociológico-procedimental.

Ora, enfrentar a questão da validade do discurso normativo e da decisão judicial, bem como a relação que ambas as categorias possam estabeler entre si, é tarefa indispensável à defesa da tese da inexistência de uma *ratio decidendi* apriorística - a norma geral. Conforme já exposto, o positivismo jurídico exagera no alcance instrumental do conceito de validade, deixando ocultas inconsistências e limitações lógico-metodológicas significativas: de um lado, encobre o fato de que as práticas jurídico-decisórias são trespassadas por conteúdos normativos irredutíveis ao critério de validade, sem os quais não seriam possíveis as decisões judiciais; de outro, não assume todas as conseqüências da infecunda purificação política e axiológica do seu conceito de validade normativa, pois o ímpeto cientificista que buscou protegê-lo das contingências da vida social acabou selando sua impotência para exorbitar o berço lógico e retornar ao mundo dos fatos, emprestando validade a um ato de poder: a decisão; por último, inverte a lógica do poder na idealidade de um modelo onde este se limita ao exercício de competências normativamente determinadas.

Ora, se a validade da lei não tem o condão de se comunicar à decisão judicial, qual o fundamento pelo qual uma decisão transitada em julgado vale? A teoria jurídica dominante sustenta que a validade de uma sentença judicial decorre da validade da norma geral em que se funda. Assim, a validade de uma sentença criminal decorre da validade da lei penal, que por sua vez decorre da validade da norma constitucional, formando uma cadeia de sobre-determinações normativas que apontam

para um critério lógico-metológico (norma fundamental) ou empírico (regra de reconhecimento) de validade.

As sentenças que ofendem a um ou outro fragmento normativo que compõe o seu fundamento submetem-se ao duplo grau de jurisdição, instrumento, segundo o senso comum teórico dos juristas, adequado para a sua correção. Ora, esta linha de argumentação omite, no entanto, que em face da necessidade de se construir uma decisão final, se esta mesma sentença não for objeto de recurso no prazo estipulado pela lei, ainda que com fundamento manifestamente contrário ao direito posto, ela transita em julgado. Apesar de materialmente ofensivo à ordem jurídica posto, o *decisum* convalida-se. A teoria subsuntiva parece não se concentrar nesses aspectos práticos do procedimento jurídico-decisório que, entre outras coisas, dão sentido à atividade advocatícia e ministerial. Afinal, num modelo subsuntivo, a decisão depende apenas de uma magistratura técnica, "autômata da subsunção". A atividade do poder judiciário não tem um sentido jurídico-decisório ou *status* de poder num modelo desta natureza.

Tais considerações nos conduzem ao instituto da coisa julgada, corolário da preclusão processual: em relação a cada conteúdo decisório que se agita no processo, em algum momento do procedimento judicial o poder judicante terá de prolatar uma decisão em última instância, da qual não caberá mais recurso algum, ainda que o conteúdo material do ato decisório seja manifestamente contrário ao discurso da lei.

Ora, é válido um *decisum* onde o órgão julgador competente para julgar em último grau de jurisdição decide contra o conteúdo da lei na qual manifestamente deveria buscar o fundamento de validade para o ato decisório? A corte recursal tem legitimidade para julgar validamente contra o próprio "sistema" normativo? Uma decisão inconstitucional vale? As respostas a estas questões seriam relativamente simples do ponto de vista lógico-normativo, mas tomam rumo diverso nas práticas jurídico-decisórias.

A abordagem da decisão judicial por meio do fenômeno da preclusão processual conduz-nos a uma conclusão oposta ao normativismo: o fundamento último de validade de uma decisão judicial não se encontra no direito positivado. Antes, uma sentença de último grau torna-se válida e é aplicada por força de sua imutabilidade, atributo que decorre da irrecorribilidade imposta pela coisa julgada, e mesmo contrária ao direito positivo, ela se convalida em face do instituto da preclusão. Ora, a idéia de preclusão opõe-se, de certo modo, às de cognição e subsunção: precluir significa interditar o debate judiciário, eis que o tema já foi objeto de decisão. A decisão interdita a cognição e a discussão: decidir, portanto pressupõe indecidibilidade. A teoria jurídica pouco se debruçou sobre a natureza decisória das práticas judiciais e do próprio direito.

Não é correto sustentar-se que um processo judicial, como procedimento decisório, inicia-se com a atividade cognitiva do juiz diante dos argumentos e contra-argumentos constantes da petição do autor e da contestação do réu. Antes, a própria instauração do processo já é um ato com alcance preclusivo, ainda que numa perspectiva puramente intra-procedimental: é que o pedido delimita a jurisdição, o que significa que todas as dimensões do conflito que não se enquadram nos limites do pedido estão "preclusas", *ab initio*, no interior daquele processo.

Também não é correto, nem instrumental, conceber o processo judicial como uma dialética argumentativa em torno do conflito judicializado, cujo único sentido é permitir ao juiz conhecer o conflito e proceder, aos poucos, sua correta subsunção ao direito, e ato final deste procedimento, oferece a decisão judicial consolidada pelo trânsito em julgado.

Se toda decisão supõe indecidibilidade - no sentido de que não há uma resposta correta, um caminho já definido *a priori* a ser descoberto pelo decididor -, então decidir implica a escolha de um caminho dentre outros possíveis, pelo que seu atributo definitório é a irreversibilidade. Antes de traduzir-se em um procedimento subsuntivo controlado por uma

razão normativa, a decisão judicial é um procedimento preclusivo que dever ser fundamentado num discurso normativo aberto, fragmentário e multívoco que oferece múltiplas alternativas decisórias. É portando, uma atividade conduzida por atos de vontade, em regra circunscritos aos limites vagos da ordem jurídica, no qual vai-se imprimindo sucessivas irreversibilidades ao âmbito da discussão do conflito judicializado, cujo limite é estabelecido pelo pedido judicial. Em síntese, decidir, em direito, é fazer precluir e não subsumir.

Ora, a falência do modelo subsuntivo, resulta de um modo geral, não apenas da indisfarçável natureza política do ato decisório, mas de um conjunto de motivos enfrentados em nossa exposição. Em primeiro lugar, pelo fato de simplesmente não haver no que subsumir o conflito judicializado, vez que a suposta norma jurídica geral não existe, senão como uma categoria lógica fetichizada, ou seja, uma categoria a qual os juristas emprestam um *status* ontológico que ela não ostenta. Não se pode subsumir um conflito a uma categoria lógico-normativa e pretender, com isso, construir-se uma decisão. É preciso que exista a norma para que se possa efetivamente subsumir o conflito a ela. Sem uma proposição jurídica completa, não há que se falar em pura subsunção; o alcance da idéia de uma norma como categoria estruturante do discurso normativo é meramente ideológico, emprestando ao procedimento decisório uma aparência de racionalidade e de segurança jurídica que ele não dispõe. Em segundo lugar, porque o debate judiciário não aponta para uma explicitação máxima do fundamento normativo, espraiado no texto normativo em face da natureza fragmentária dos dispositivos legais. Antes, a natureza decisória e dialética do procedimento judicial implica em estratégias de ocultação parcial dos fundamentos normativos, tanto por parte do decididor quanto das partes em conflito. Por último, pelo fato de que num procedimento exclusivamente cognitivo nunca se chegaria a uma solução final, pois como toda cognição é relativa, caberia sempre novas discutibilidades na espiral infinita da reflexão problematizadora. Ainda assim, seria necessário interditar o processo reflexivo fixando

indiscutibilidades, ou seja, decidindo a despeito do risco de erro no âmbito da cognição.

Decidir, portanto, significa antes de tudo irreversibilidade. Como a aplicação do direito é atividade decisória, e não cognitiva, o processo constitui-se como um sucessivo acréscimo de preclusividades impostas ao debate judiciário do conflito, um conflito já previamente reinstitucionalizado por um enquadramento prévio aos textos normativos. A começar pela força delimitadora do pedido, avançando sobre questões que não foram objeto de recurso adequado - embargos declaratórios não oferecidos, pré-questionamentos não provocados, recursos improvidos, dentre outros. A cada passo desse procedimento, aumenta o grau de preclusividade da questão debatida. Tudo o que já foi objeto de preclusão, não pode mais ser suscitado no processo, ainda que manifestamente *contra legem*. Cabe apenas o argumento da ação rescisória, mas ainda aqui devemos opor a própria preclusão, sob pena de retornarmos a espiral infinita da atividade cognitiva.

A decisão judicial é o resultado de sucessivas indiscutibilidades impostas ao conflito judicializado em um procedimento resolutivo presidido pelo decididor, que evolui em direção a uma preclusão final. Sendo assim, vale independentemente do seu alcance subsuntivo em relação à ordem jurídica, sendo a irrecorribilidade o fundamento último de seu valer como decisão. Se há decisão judicial é porque a poder judicante. Toda decisão é ato de poder.

CONCLUSÃO

"Talvez o que é propriamente científico seja destruir a ciência que precede".

Roland Barthes

Como conclusão a estas reflexões críticas em torno do conceito de norma jurídica geral, epicentro da epistemologia jurídica desde as origens do mundo moderno, oferecemos XXV tópicos fundamentais, a seguir articulados:

I. O pensamento jurídico moderno lançou mão do alcance instrumental de noções como "norma geral" e "sistema" em seu esforço de fundar uma ciência do direito infensa à moral e à política. Nesse modelo, a norma jurídica cumpriria a função de unidade estruturante de um sistema auto-suficiente de comandos estatais que se reproduzem a partir de uma lógica interna, conferindo ao direito uma racionalidade lógico-formal. O conceito de norma jurídica geral conferiu à lei a aparência de um discurso dotado de sentido objetivo e de organização sistemática.

II. A idéia de sistema normativo, símbolo do esforço de racionalização do direito pelo pensamento jurídico moderno, não se concretizou na história: o sonho de um direito contido num sistema de normas positivas, válidas para todos e aplicáveis por critérios objetivos, foi construído sobre o conceito de norma jurídica geral - fetiche que demarca a relação de alienação do jurista com o direito posto, dissimulando as categorias estereotipadas da teoria jurídica e seu uso retórico nos embates judiciais. A idéia de subsunção do conflito a uma norma geral oculta, de um lado, a fragmentariedade e a incompletude do discurso normativo do direito e, de outro, o caráter francamente cerimonioso e ritualizado dos procedimentos forenses. O direito ressente-

se dos efeitos ilusórios do fundamento normativo unitário e racional que simula, a um só tempo, sistematizar o discurso da lei e emprestar um objeto à epistemologia jurídica.

III. Analisando o direito em sua dimensão lingüística, chega-se à conclusão que não há como se fundar o *status* ontológico da norma jurídica geral, definindo em que nível do fenômeno da linguagem podemos afirmar a sua existência. A idéia de norma geral não se realiza na dimensão sintática da linguagem, na condição de enunciado normativo completo, ou seja, como uma entidade de natureza gramatical que se possa por de parte do restante do texto da lei. Também não se realiza na dimensão semântica, como proposição jurídica identificada com o significado do enunciado, onde conteúdo da norma geral supostamente alcançaria a necessária completude lógico-normativa. Por último, na dimensão pragmática da linguagem há que se reconhecer a contingência de toda ação comunicativa, pelo que o direito só pode realizar-se como norma individual.

IV. A tradicional identificação da norma jurídica com o dispositivo legal é metodologicamente insustentável, visto o caráter elíptico e fragmentário do discurso da lei, cujas palavras são extraídas da linguagem natural e carregam irremediável indeterminação semântica. Assim, o discurso jurídico-normativo que compõe o direito positivo, do ponto de vista sintático, é fragmentário e elíptico (inacabado). Do ponto de vista semântico é indeterminado, em face da vagueza e da ambigüidade lingüísticas (vazio). Estes atributos não permitem a sua redução à suposta unidade ordenadora que a teoria jurídica identifica pela categoria "norma geral".

V. Os juristas modernos e contemporâneos, de um modo geral, acabam fazendo um uso retórico da idéia de norma jurídica geral, inclusive nas teorias que adotam uma postura epistemológica crítica e interdisciplinar, constituindo no que há de mais avançado na reflexão jusfilosófica. A idéia de norma geral é tão arraigada entre os juristas que, mesmo dentre os mais críticos e lúcidos, muitos não percebem estar

lidando com um fetiche cujo poder simbólico cumpre, entre outros, o papel de atribuir ao ato jurídico-decisório e as práticas judiciárias em geral uma suposta neutralidade ética e política.

VI. Apesar do uso indiscriminado da idéia de norma jurídica geral, tanto na teoria como na prática do direito, os juristas não se ocupam da tarefa de conceituá-la com precisão, definindo de modo objetivo a relação entre o conceito e a realidade normativa do direito. É que a tarefa mostra-se improvável: bem observado, a norma jurídica não existe, não ostenta *status* ontológico em nenhuma das três dimensões em que se estuda o fenômeno lingüístico: os enunciados legais são vazios, do ponto de vista semântico, e inacabados, do ponto de vista sintático. Não há "norma" nesses enunciados, embora seja evidente a natureza normativa do direito.

VII. Mais do que um atributo da normatividade jurídica, ou mesmo da normatividade em geral, a fragmentariedade é um atributo da língua. Toda linguagem é fragmentária, e, por isso mesmo, fragmentário é o mundo concebido em nossas consciências. A elipse é uma condição natural de todo enunciado lingüístico.

VIII. O mais lúcido dentre os positivistas, Hans Kelsen, assumiu abertamente a natureza fragmentária do discurso normativo, evitando, no entanto, fixar o *status* ontológico da norma jurídica. Apesar de ser reconhecido como "pai" do normativismo, Kelsen é acusado de não oferecer, em nenhum momento de sua extensa obra, um exemplo concreto de norma jurídica. Ao sustentar que a norma jurídica é o sentido objetivo de um ato de vontade, Kelsen a define como uma categoria lógica, um modo normativo do pensar humano e não uma estrutura lingüística de natureza sintático-semântica que toma lugar no texto da lei.

IX. A norma jurídica constitui o eixo central da racionalidade lógico-formal do direito, sem a qual perde sua consistência o modelo subsuntivo de aplicação do direito. Com vícios decorrentes de uma concepção dogmática e formalista do direito, pautada nos cânones liberais do conceptualismo privatista, a cultura subsuntiva do direito vem

obnubilando a capacidade crítica dos juristas, embaçando sua compreensão sobre a função social e histórica do direito, bem como o alcance político-instituicional de sua atividade profissional, num mundo onde o poder de criar o direito é objeto de um deslocamento significativo do âmbito legislativo para o judicial.

X. Os juristas, em suas práticas judiciárias, recorrem aos fragmentos gerais da lei para fundamentar retoricamente a construção das normas individuais, lugar por excelência de produção dos sentidos normativos, num procedimento jurídico-decisório cuja lógica não é a de perseguir a mais ampla subsunção do conflito judicializado ao texto da lei; antes, o contraditório processual impõe estratégias de ocultação dos fragmentos normativos legais que enfraquecem ou comprometem as teses defendidas por autor e réu, por estarem em desacordo com os respectivos interesses processuais. Dessas mesmas estratégias vale-se a magistratura na fundamentação da sentença, pois quanto menos explícitos são os seus fundamentos normativos, tanto mais resta protegida dos ataques recursais, de modo a afirmar-se como decisão definitiva.

XI. Há uma inconsistência significativa no conceito de validade utilizado pelo pensamento juspositivista. Em face da construção exclusivamente lógico-formal do conceito, ele não tem o condão de enfrentar a tortuosa tarefa de firmar a validade dos conteúdos normativos do direito posto. Assumir a validade material do direito implica transbordar os limites teóricos do arcabouço conceitual do positivismo jurídico. Em outras palavras, o conceito positivista de validade não alcança o âmbito material do direito, deixando sem respostas questões metodológicas da máxima relevância para o direito atual, tal como as declarações de inconstitucionalidade sem redução do texto legal, no campo da jurisdição constitucional, onde restam declaradas inválidas tão-somente certas interpretações possíveis.

XII. As decisões judiciais não são construídas normativamente. Não há subsunção nem validação normativa da sentença. Antes, a dogmática jurídica constitui-se num saber exercido como poder pela ótica

cerimonialista do rito, modo pelo qual administra os conflitos sociais sem precisar resolvê-los.

XIII. O discurso normativo do direito não tem o condão de outorgar validade às decisões judiciais. Toda decisão é um ato de poder e não de mera cognição. Ora, se o positivismo jurídico está calçado nos pressupostos kantianos da separação entre razão e vontade, então não se pode decidir silogisticamente como supõe, implícita ou explicitamente, o correspondente modelo subsuntivo de aplicação do direito. Ou se decide e não se conhece, ou se conhece e não se decide: *tercius non datur*. Afastado a idéia de subsunção lógica, concluímos que a decisão é construída no interior do procedimento judicial, onde o conflito é objeto de sucessivas preclusividades, até alcançar o *status* final de coisa julgada, onde já não cabe mais qualquer discussão judicial.

XIV. Na perspectiva normativista, o direito não se fundaria por referência aos valores (jusnaturalismo), nem por referência aos fatos sociais e políticos (realismo jurídico), mas por uma pura lógica normativa. Assim, o positivismo jurídico inverteu alguns valores políticos fundamentais: o que importa é a segurança e a certeza ao invés da justiça – como se fosse possível segurança e certeza sem um mínimo ético. Este dilema do mínimo ético foi vivido com o fenômeno do totalitarismo no período entre as duas grandes guerras mundiais. Foi em nome da segurança e da certeza jurídicas, idéias que se co-implicam, que o pensamento juspositivista buscou isolar o direito da moral e da política.

XV. O individualismo liberal-burguês está na origem do pensamento normativista e subjaze a formação do Estado de Direito. Com a aparência de "certeza" e "segurança" conferidas pela impessoalidade das supostas normas gerais e abstratas, buscava-se superar uma forma de organização política fundada num sujeito do poder soberano que emite ordens a serem cumpridas espontânea ou coativamente pelos seus súditos. A lei moderna propõe-se como um discurso normativo dessubjetivado e despsicologizado, tal como se oferece o discurso da ciência que a inspira. Com a idéia de um comando geral e abstrato capaz

de instituir a igualdade formal de todos cidadãos, a soberania deixaria de ser atributo de um sujeito historicamente determinado para encarnar um ente exterior à realidade social, produto de uma abstração normativista: o Estado de Direito.

XVI. Ferramenta poderosa de domesticação política dos cidadãos, a dogmática jurídica é, ao mesmo tempo, produtora e resultado deste processo de fetichização do discurso normativo. A homogeneidade resultante da lapidação dogmática do discurso da lei aniquila as sutilezas e especificidades do mundo que ela regula, reunindo a multiplicidade infinita das possibilidades semânticas na vala comum de um sentido que se propõe como único e objetivo. Ao perseguir retoricamente a homonímia de fatos e estados de coisas relevantes para o direito, visando legitimar a subsunção normativa, transforma-se num discurso gregário. O discurso dogmático, embora dissimulado sob a aparência do óbvio e do previsível, dispõe de uma flexibilidade retórica tal que lhe permite, sempre que necessário, converter-se num instrumento eficaz de defesa dos interesses imediatos e casuísticos do poder. O saber dogmático do direito camufla, sob a aparência de ciência, a teatralidade que envolve todo discurso do poder, um discurso normativo cuja função primacial é comunicar as censuras, ocultando a finalidade política destas mesmas censuras sob o argumento da racionalidade, da neutralidade e do universalismo da norma geral que as veicula. Por almejar permanentemente a condição de discurso oficial, acaba constituindo-se num saber servil e obediente ao poder.

XVII. O Estado de Direito surge como produto de elaboração institucional da racionalidade normativa: toda instituição é fundada pela lei, e toda autoridade não passa de um feixe de competências legislativamente determinadas. Sob esta ótica, o direito é a mais importante ferramenta de construção do Estado, funcionando como um jogo de máscaras que representam cada cena do espetáculo do poder, impondo as censuras e a dominação sob a aparência da racionalidade.

XVIII. A máscara "constitucional" veste a face prefigurada do poder, oferecendo seus prestígios num campo irredutível ao domínio normativo. Tece uma camuflagem dogmático-normativa que organiza o exercício do poder sob a forma estatal, mas não determina o poder enquanto tal. Daí a dificuldade de se impor limites institucionais ao poder pela jurisdição constitucional.

XIX. A máscara "infraconstitucional" racionaliza os conflitos. Com suas estratégias de reinstitucionalização normativa da conflitividade social, transforma o conflito concreto em conflito jurídico. Diferentemente dos fatos humanos, o fato jurídico é decidível: o discurso normativo imputa um dever ser como resposta ao conflito, forjando a aparência de decidibilidade ao ocultar o óbvio: os conflitos humanos são substancialmente indecidíveis. Esta reinstitucionalização normativa formalizadora interdita o conflito pela estratégia da trivialização, ou seja, pela reconstrução banalizada e desideologizada do conflito.

XX. Desde a origem, o direito constitucional foi tomado como um direito político e não propriamente "normativo". Daí porque jurisdição constitucional é assunto relativamente novo. Há que se observar este traço esquizofrênico da teoria jurídica moderna: ao dividir o direito nos planos constitucional e infraconstitucional, tomou o primeiro como pura realidade política e o segundo como norma. Ferdinand Lassalle denunciou o indisfarçável realismo jurídico do direito constitucional, em conferência que se tornou célebre, pronunciada na antiga Prússia, em 1863: "*os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são*"[198]. O direito infraconstitucional é identificado como pura normatividade: um sistema de normas, preferencialmente codificadas, que imprimem significação jurídica aos fatos, emprestando-lhes decidibidlidade. Instrumentalizada no plano processual com mecanismos

[198] LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998. p. 26.

judiciais eficazes, esta base normativa pretende-se infensa aos influxos da faticidade do poder. Alienados por esta concepção normativista, os juristas não percebem que o direito sempre foi faticidade e validade normativa, conforme os interesses do poder.

XXI. O normativismo oculta o fenômeno do poder em sua aparente juridificação no corpo da lei, seja pela constitucionalização das estruturas político-institucionais, seja pela legalização da autoridade. É de se observar que uma das mais graves crises do Estado Contemporâneo é a da autoridade da lei, problema que decorre, dentre outros motivos, de uma série de deslocamentos e mutações do poder legislativo. Com o advento do Estado Constitucional de Direito deslocou-se uma fatia substancial do poder de elaboração jusnormativa do Poder Legislativo para o Judiciário. Por detrás deste fenômeno estão a emergência dos princípios jurídicos, especialmente no plano constitucional, e a multiplicação inflacionária das pautas normativas infraconstitucionais pela descodificação e deslegalização do direito.

XXII. Sob o ponto de vista exclusivamente teórico, é possível concluir-se que a modernidade falhou em sua dupla tentativa de sistematização do direito: a do discurso e a do meta-discurso jurídico-normativo: nem o processo de codificação do direito, onde a sistematização do discurso jurídico-normativo atingiu o seu ápice, foi levado levado às últimas conseqüências, nem o meta-discurso "teórico" atingiu propriamente uma condição de ciência. De um lado, a perda crescente de sistematicidade manifesta-se nos fenômenos da descodificação, da deslegalização e da emergência dos princípios jurídicos; de outro, é cada vez mais evidente o uso retórico das categorias da teoria do direito pelos juristas. No entanto, em nenhum outro momento histórico o direito ganhou tamanha importância na engenharia institucional do poder, nem se produziu uma forma jurídica de dominação política tão eficaz como o modelo dogmático do direito.

XXIII. A consolidação da dogmática jurídica na modernidade sustenta-se num mito fundamental, indispensável a sua eficácia: o mito

da norma jurídica geral, ou seja, a crença profundamente arraigada entre os juristas no sentido de que o discurso normativo do direito positivo possui uma unidade que lhe empresta a racionalidade da idéia de sistema. A norma geral é fundamento de um outro mito de origem do Estado de Direito, qual seja, o de que há um pacto social que se funda exatamente no pressuposto do reconhecimento intersubjetivo de um acordo em torno de normas gerais. A força normativa fragmentária da tradição que vigorava no mundo medievo, de vocação consuetudinária, cede espaço a um discurso do poder que se pretende agora organizado a partir de fundamentos racionais, universais e sistemáticos: um discurso organizado sob a forma de normas gerais e abstratas, passíveis de serem interpretadas e aplicadas objetivamente por uma burocracia de agentes profissionalizados. Nem mais a força da tradição, nem o discurso de um sujeito soberano, mas sim de uma casta de agentes públicos profissionalizados: os juristas. As atividades legislativas e judiciárias passam a ser procedimentos formais, exercidos a partir de competências normativamente determinadas.

XXIV. Na construção do Estado de Direito vingou a idéia de que é possível fundar uma soberania sob os auspícios de uma suposta racionalidade da lei. O Estado de Direito é uma abstração normativista que resulta de uma inversão radical: a validade normativa não mais decorre da vontade soberana do poder; agora o poder é produto da validade normativa, sob a forma de um feixe de competências legislativamente firmadas. Segundo o ideário normativista, todo o poder resulta do direito. Inclusive o poder de criar, modificar ou revogar o próprio direito. Diz-se "de direito" o Estado justamente por esta inversão entre validade normativa e poder. Daí o esforço crucial de se construir um juiz politicamente irresponsável, ocupado tão-somente com a tarefa de aplicar tecnicamente o direito posto pelo legislador. No entanto, nem o poder soberano é redutível a um arcabouço normativo, nem o discurso normativo do direito se deixa reduzir a uma unidade sistematizadora e racionalizadora, a norma jurídica geral. Nem, tampouco, há como se aplicar objetivamente o direito. As leis são apenas ferramentas a serem

utilizadas, nesse ou naquele sentido, por vontades políticas historicamente determinadas que ostentem poder para tal.

XXV. O criacionismo judicial é objeto de reflexão na filosofia e na metodologia jurídicas desde o início do século passado, denunciando a falência da pretensão juspositivista de separar radicalmente o direito da moral e da política.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O problema da legitimidade*: no rastro do pensamento de Hanna Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AGAMBEN, Giorgio. *O poder soberano e a vida nua.* Lisboa: Presença, 1998.

ALCHURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1994.

ARENDT, Hanna. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

ARISTÓTELES. *Metafísica. Libro 4. Capítulo. 4. 1006a* Madrid: Aguilar, 1967. (Obras).

_____. *Retórica*. Livro 1. Tradução de Manuel Alexandre Júnior; Paulo Farmhouse Alverto; Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1998.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho*: teoria de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

BARROS, Alberto Ribeiro de. *A teoria da soberania de Jean Bodin*. São Paulo: Unimarco, 2001.

BARTHES, Roland. *A aula*. 8. ed. São Paulo: Cultrix, 1982.

_____. *Elementos de semiologia*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

BAUMAN, Zygmut. *Modernidade e ambivalência*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1999.

BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições Indo-européias*: poder, direito, religião. Campinas: Unicamp, 1995. v. 2.

BOBBIO, Norberto. *Derecho y lógica*. Ciudad del México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1965.

_____. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. *Teoria general del derecho*. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1994.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1986.

BODIN, Jean. Los seis libros de la República. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2000.

BRASIL. *Código civil*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Código penal*. São Paulo: RT, 1999.

BRASIL. *Código penal*: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Código penal: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

Brasil. Lei de introdução ao código civil. In: _____. *Código civil*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULYGIN. Eugenio. Legal dogmatics and the systematization of law. In: ALCHURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 465-484. Tradução.

CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana Galera; ÉLER, Karen. *Teoria e prática da argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2000.

CASSIN, Bárbara. *Ensaios sofísticos*. São Paulo: Siciliano, 1990.

CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica*: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia*: dos pré-socráticos a Aristóteles. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

DESCARTES, René. *Discurso do método*: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

DELEUZE, Gilles. *Lógica do sentido*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FAIVRE, Antoine. Hermes. In: BRUNEL, Pierre (Org.). *Dicionário de mitos literários*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998. p. 448-465.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1992.

FERRATER MORA, Jose. Definição. In: _____. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRAZ, Maria Cristina Franco. *Platão*: as artimanhas do fingimento. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1999.

FINLEY, M. I. Grécia primitiva: idade do bronze e idade arcaica. In: VERNANT, Jean-Pierre. *As origens do pensamento grego*. São Paulo: M. Fontes, 1990.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial.* 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*: complementos e índices. Petrópolis: Vozes, 2002.

GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HAVELOCK, Eric. *A revolução da escrita na Grécia e suas conseqüências culturais*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. *Prefácio a Platão*. Campinas: Papirus, 1996.

HEGEL. *Os pré-socráticos*: fragmentos, doxografia e comentários. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo. Parte I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

HELLER, Herman. *La soberania*: contribución a la teoria del derecho estatal y del derecho internacional. 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1974.

KIRK, G. S; RAVEN, J. E; SCHOFIELD, M. *Os fisósofos pré-socráticos*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1989.

LARENZ, Karl. *Derecho civil*: parte general. 3. ed. Jaén: Revista de Derecho Privado, 1978.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor*: ensaio sobre a ordem dogmática. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción a la lógica jurídica*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1951.

MENDONÇA, Daniel. *Introducción al análisis normativo*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1992.

MONTESQUIEU, A. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

MORA, J Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2000.

NEF, Frédéric. *A linguagem*: uma abordagem filosófica. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1995. Trecho reproduzido por Sextus Empiricus (Contre lês Mathématiciens, VII, 83-6).

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

PLATON. *Cratilo*: o de la exatitud de las palavras. Madrid: Aguilar, 1969. (Obras Completas).

PARMÊNIDES. Poema em Hexâmetros. Fragmento 292. In: KIRK, G. S.,RAVEN, J. E.; SCHOFIELD, M.. *Os fisósofos pré-socráticos*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

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

SANCHÍS, Luis Prieto. Ley, principios, derechos. Madrid: Dykinson, 1998..

_____. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. (Cuadernos y Debates, 40).

SANTOS, José Trindade. *Da natureza*: Parmênides. Brasília: Thesaurus, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma!. Tradução de João Maurício Adeodato. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, n. 7, 1996, p. 80-93. Tradução de Don't mention de norm!.

STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

STOPPINO, Mario. Autoridade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UNB, 1986. p. 90.

TORRANO, Jaa. O mundo como função de musas: estudo introdutório. In: HESÍODO. *Teogonia*: a origem dos deuses. 4. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001.

TUGENDHAT, Ernest; WOLF, Ursula. *Propedêutica lógico-semântica*. Petrópolis: Vozes, 1997.

VATTIMO, Gianii. *Para além da interpretação*: o significado da hermenêutica para a filosofia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

VERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. 12. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

VERNENGO, Roberto José. *Curso de teoría general del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1995.

VERNENGO, José Roberto; WARAT, Luis Alberto; CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. *O problema do significado da linguagem natural*. São Leopoldo: Unisinos, 1976. Caderno publicado pelo Diretório Acadêmico Visconde de São Leopoldo – Direito.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

_____. *A definição jurídica*. Porto Alegre: Atrium, 1977.

_____. *A pureza do poder*: uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: UFSC, 1983.

_____. *O direito e sua linguagem*. 2. versão. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1984.

_____. *Introdução geral ao direito I*: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994.

_____. *Introdução geral ao direito II*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

_____. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: Nacional, 1968.

_____. *Tratado lógico-filosófico e investigações filosóficas*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

WRIGHT, Georg Henrik von. *Norma y accion*: uma investigación lógica. Madrid: Tecnos, 1970.