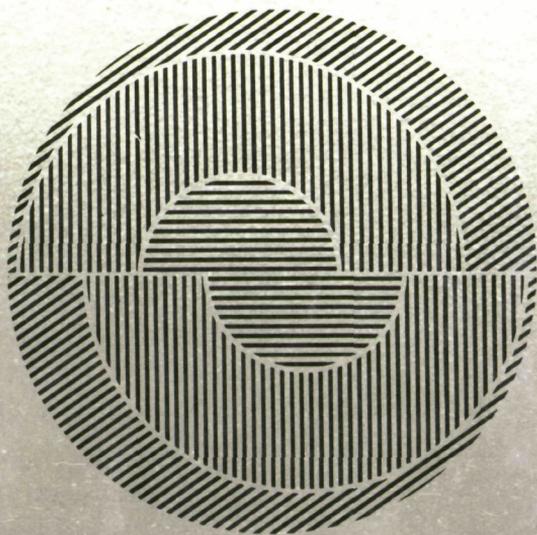


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO — 1989
ANO 26 • NÚMERO 104

Hermenêutica e completude do ordenamento

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES
Professor assistente da Faculdade de Direito
da USP

S U M Á R I O

- I — *O dogma da completude.*
 - 1 — *Pressupostos dogmáticos.*
 - 2 — *Pressupostos históricos.*
 - a — *Unificação das fontes.*
 - b — *Divisão das funções.*
 - c — *Burocratização.*
 - d — *Defesa contra o arbitrio.*
- II — *O lugar estrutural das lacunas na Teoria do Direito.*
 - 1 — *Distanciamento entre língua e discurso.*
 - 2 — *Distanciamento entre língua e escrita.*

O momento da aplicação do direito constitui-se em objeto de explicação às vezes embaraçosa. A razão disto reside em muitos pontos não esclarecidos para os juristas tanto quanto para os leigos em direito. Uns e outros compartilham vagamente — e até inconscientemente — a idéia de que existem por princípio normas absolutamente claras aplicáveis a casos absolutamente claros, que impõem por si decisões ou julgamentos evidentes.

Trata-se de convicção que descreve assim o processo decisório: a premissa maior é a lei, a premissa menor o fato, a conclusão é a sentença. A conclusão chega-se por inferência. A conclusão não seria nada mais do que a conclusão de um silogismo à moda da lógica formal.

E quando não existe clareza na premissa maior e nem certeza quanto à verdade do enunciado da menor, como inferir daí a conclusão a um tempo válida e verdadeira? A resposta pode tomar dois caminhos ou justificativas: ou a decisão é livre e o julgador decide como quiser, ou torna-se necessário afirmar a existência de critérios seguros para obter-se a clareza da premissa maior (o problema dos métodos de interpretação do direito) e verificabilidade da menor (o problema das provas dos fatos).

As respostas seguras e prontas não são do agrado de quem ousa saber, como diriam os iluministas, ou qualquer pessoa que, à maneira dos gregos da idade clássica, acredita que o assombro diante das coisas é causa e princípio de mais saber. As respostas prontas, hoje formuladas pela dogmática jurídica, foram na sua época fruto de muitos e antigos assombros e de muita ousadia. Hoje novas contribuições continuam chegando ao saber jurídico. A da hermenêutica filosófica é uma delas, que tomamos por base para compreender o que se passa com o dogma da completude do ordenamento e por consequência com os obstáculos encontrados (ou criados) sob a forma de lacunas do direito.

I. *O dogma da completude*

1. *Pressupostos dogmáticos*

Resumidamente, a completude do ordenamento jurídico torna-se um dogma caso ocorram duas condições: em primeiro lugar, quando existir o dever de recorrer apenas às regras do próprio ordenamento, ou àquelas por ele de algum modo reconhecidas. Em segundo lugar, quando houver o dever de se pronunciar uma decisão para todo caso que se apresente. NORBERTO BOBBIO ⁽¹⁾ estabelece estes dois critérios como necessários e suficientes. É um resumo bastante feliz.

Neste sentido a completude é característica dos direitos modernos. Os dois princípios estão presentes, por exemplo, em nossa Constituição. O art. 5.º, inciso II, diz: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (princípio da legalidade). Em outras palavras, significa que apenas as normas do ordenamento jurídico estatal, e não outras, podem vincular as condutas. Já o inciso XXXV diz: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

(1) NORBERTO BOBBIO. *Teoria dell Ordinamento Giuridico*.

O Judiciário, quando chamado, deve pronunciar-se sobre qualquer controvérsia e sua decisão deve fundar-se na lei, conforme prevê o art. 93, inciso IX da mesma Constituição Federal.

Nas leis ordinárias os mesmos princípios voltam a aparecer. A Lei de Introdução ao Código Civil, por exemplo, diz os casos em que o juiz, na falta de lei específica, pode decidir fundamentando o julgamento na analogia, nos costumes ou nos princípios gerais do direito. O Código de Processo Civil também dispõe: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". No direito público em geral os critérios para fundamentação das sentenças é um pouco diverso, sobretudo no que diz respeito ao uso da analogia, embora continuem valendo as duas grandes regras: decidir conforme a lei e não furta-se a decidir. Se estes dois princípios são contingentes ou necessários é uma grande discussão de *teoria geral do direito*. *Aqui não importa. Se eles existem em dado sistema legal (ordenamento jurídico), impõem que reconheçamos o postulado da completude dentro daquele ordenamento. A completude torna-se aí um postulado.*

2. *Pressupostos históricos*

Ao contrário dos postulados da matemática, que existem idealmente como condição de formalização do pensamento de sistemas, o postulado da completude é um dogma⁽²⁾ cuja origem histórica é clara e, até certo ponto, recente. O dogma da completude diz-nos que não há lacunas no direito, ou na lei⁽³⁾, ou quando muito que tais lacunas não podem e nem devem existir e se por acaso forem constatadas cumpre à autoridade completá-las na forma prevista na lei (é o que prevê tipicamente o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, citada acima).

A origem do dogma da completude pode ser buscada no surgimento do Estado moderno e sobretudo liberal. Há quatro características do Estado moderno e liberal por detrás do dogma da completude: (1) a unificação das fontes do direito; (2) a divisão das funções do governo ou partição dos poderes; (3) a burocratização generalizada e (4) o princípio da limitação do poder do soberano, ou princípio da sujeição do soberano à lei. Vejamos cada um brevemente.

(2) Cf. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 61 ss.

(3) Cf. KARL ENGLISCH. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. (Trad. J. B. MACHADO), 5ª ed. Lisboa: Calouste Goulbenkian, 1979, pp. 223-5.

a. Unificação das fontes

Com o declínio do feudalismo, a centralização do poder em Estados nacionais reforça o conceito de soberania como poder incontrastável. Este poder incontrastável pode residir no rei ou no príncipe, mas também nos Parlamentos, não importa. O que conta é que o poder soberano procede criando duas coisas: os exércitos profissionais (desarmamento a um tempo do povo e da nobreza) e os órgãos legislativos, superando o direito corporativo (pessoal) ou os direitos locais (4). Trata-se da passagem do direito de estatutos pessoais para um só e grande estatuto territorial. Tudo que dos direitos corporativos e territoriais sobrevive, sobrevive com a justificativa da aquiescência, permissão ou reconhecimento do soberano. Em resumo o soberano "concede", "aceita", "reconhece" e "valida" que continuem a existir. Mas tais "fontes" de direito são-no apenas na medida em que são inferiores ao poder soberano. Daqui vão surgir dois problemas: (1) a questão da validade e da hierarquia das normas — se tudo procede de uma só fonte superior e geral, como aplicá-la ou aplicar todas as outras normas de forma coerente? Trata-se aqui do problema do ordenamento e da eliminação das normas incompatíveis entre si, ou problemas das antinomias. (2) Como saber quando o caso está previsto nas normas, em que medida está previsto, direta ou indiretamente (o problema das lacunas)? Ambos os problemas (o da eliminação das antinomias e o da eliminação das lacunas) colocam-se diante da hermenêutica.

b. Divisão das funções

Ao lado da soberania, o Estado moderno, com as reformas impostas pelas revoluções liberais, tem como característica a divisão de poderes. Aqui interessa sobretudo notar a divisão entre os órgãos legislativos e judiciários. Ao contrário de outras formas de organização política em que a elaboração das normas ou não é geral e abstrata ou compete à mesma autoridade que julga as controvérsias em particular, no Estado moderno e poderes divididos existe a diferença entre quem faz a lei e quem decide os casos. Esta distância é que provoca entre outras coisas a famosa distinção entre os juristas defensores dos métodos de interpretação subjetivista e os objetivistas, entre os que procuram a vontade da lei e os que procuram a vontade do legislador. Os julgadores devem aplicar a lei, é certo. Mas a lei, uma vez feita, deve ser entendida como a expressão de um comando

(4) Cf. NICOS POULANTZAS. *L'Etat le Pouvoir le Socialisme*. Paris: Quadrigue/PUF.

pessoal ou de um comando impessoal? Se o aplicador e o autor da norma fossem a mesma pessoa esta distância não seria objeto de interpretação na forma como é hoje em dia.

c. Burocratização

Devemos em princípio a MAX WEBER o reconhecimento da burocracia como forma de organização social⁽⁵⁾. Resumidamente a burocracia consiste na organização das diversas relações sociais em função de cargos despersonalizados. A sociedade ocidental moderna é o modelo de sociedade burocratizada, embora graus diversos de burocracia existam em diversas sociedades. Como se sabe, WEBER mesmo adverte para o método de construção de tipos ideais, não encontrados em forma pura na realidade. De qualquer maneira, a burocracia contribui muito para que o problema da interpretação do direito assuma relevância extraordinária. Sendo as normas comandos que devem ser entendidos como procedentes de autoridades burocráticas e não de pessoas no sentido comum, impõe-se determinar a *vontade* objetiva da autoridade, que não se confunde com a pessoa que eventualmente encarna o papel de autoridade (mesmo que este papel lhe esteja reservado *pro vita*, como acontece com os reis ou com os ministros dos tribunais superiores em alguns países de tradição jurídica civilista, como o Brasil).

Este espaço que há entre pessoa e cargo, assim como entre os diversos cargos de um sistema burocrático é outro espaço hermenêutico. Porque não se trata apenas de constatar a divisão entre Legislativo e Judiciário. Dentro de cada poder do Estado existem as divisões de competência e funções entre os diversos cargos e órgãos, o que caracteriza a própria burocracia e permite, na passagem entre as ordens de superiores e inferiores, a existência da interpretação.

d. Defesa contra o arbítrio

O problema hermenêutico coloca-se também a partir do ângulo da proteção contra o arbítrio, contra o ditado "o que agrada ao príncipe tem força de lei". De alguma maneira a invocação da lei, do direito, seja do direito posto, seja do direito natural, sempre está referida à busca de justificar a resistência ao poder de outro. Se é certo que o direito pode justificar o exercício do poder, pode também deslegitimá-lo⁽⁶⁾.

A impessoalidade da lei, sua generalidade, a divisão dos poderes, a burocracia, tudo aquilo a que nos referimos acima, foi aos poucos consa-

(5) M. WEBER. *Economía y Sociedad*. (Trad. J. Echavarría e outros), vol. 1, 2ª ed. México—Bogotá: 1977, p. 170 ss.

(6) Cf. NICOS POULANTZAS, *op. cit.*

grado como conjunto de mecanismos de limites ao poder do soberano, muito embora a burocracia tenha servido de maneira notável para o aumento do poder, bem como para sua irracionalidade.

É com esse propósito de controle que se justifica o afastamento entre julgador e legislador, aplicador da lei e revisores de suas decisões (pelos mecanismos de recursos). Trata-se, outra vez, de tornar geral e impessoal a lei. Ora, é dentro dessa mesma impessoalidade e generalidade que se insere a hermenêutica jurídica de maneira específica. E é aí também que se colocam as espinhosas lacunas.

II. *O lugar estrutural das lacunas na teoria do direito*

Os diversos distanciamentos referidos acima remetem-nos ao espaço que medeia a norma e sua aplicação, um espaço, para vários teóricos do direito⁽⁷⁾, entre duas decisões: a decisão de criar a norma geral e a decisão de aplicá-la. Neste espaço é aberta ao aplicador, ou intérprete, a possibilidade de dar-se conta de uma insuficiência de critérios para decidir, ou ao contrário, como afirma BOBBIO⁽⁸⁾, uma exuberância de critérios, de modo tal que o intérprete podendo legitimamente optar por qualquer decisão está de fato diante de uma abertura praticamente completa para decidir.

Com método tipicamente classificatório, os juristas costumam distinguir lacunas e lacunas. Tomemos o caso de Karl Engisch. A primeira distinção que ele usa é relativa àquela opondo lacuna da lei a lacuna do direito: a primeira diz respeito à falta de lei, a segunda inclui a falta de normas também no direito consuetudinário. Envereda, depois, pela distinção entre lacunas voluntárias e involuntárias, primárias e secundárias, axiológicas, próprias, impróprias, etc. Todas as classificações são fruto do interesse em permitir aos aplicadores da lei determinar critérios que justifiquem suas decisões.

Todavia, a pergunta fundamental colocada na teoria do direito diz respeito à própria existência das lacunas⁽⁹⁾. Para alguns elas não existem, são um falso problema. Para outros, elas existem. A sua classificação é um ato segundo, precedido pela constatação de sua realidade. Sobre este ponto é que pode ser útil a reflexão propriamente filosófica avançada pelo estudo da filosofia da linguagem.

(7) Esta é a base da teoria pura do direito, que descarta, justamente por isso, a análise das decisões como objeto de investigação do jurista, atendo-se à investigação do universo das normas, como se norma e decisão fossem perfeitamente distinguíveis.

(8) N. BOBBIO, *op. cit.*

(9) Sobre o assunto ver nosso "O Problema Teórico das Lacunas e a Proteção ao Consumidor". *Revista de Informação Legislativa*, a. 25, n. 99, jul./set. 1988.

1. *Distanciamento entre língua e discurso*

PAUL RICOEUR destaca-se pela sua análise do discurso. Ele faz uma verdadeira filosofia do discurso⁽¹⁰⁾. É em "Événement et Sens", texto de 1971⁽¹¹⁾, que pode ser buscada uma analogia esclarecedora. Dedicase a explicar a diferença entre língua e discurso. Para tanto, constrói quatro dimensões de uma e de outro.

Primeira dimensão: a temporalidade. A língua, diz ele, é apenas um sistema virtual e isto lhe garante sua intemporalidade. A língua não tem tempo. O discurso, ao contrário, é realizável uma única vez. Cada repetição de determinados atos de fala, por mais "ipsis verbis" que seja, é um fato único, realizado no tempo.

Segunda dimensão: o sujeito. As línguas não têm sujeitos. É inútil perguntar quem fala uma língua. Os sujeitos reais pronunciam discursos, envolvem-se em discursos. Os discursos, sim, procedem de sujeitos determinados e a eles reenviam sempre. Mas a língua em si não é falada, porque o ato de fala é realizado no tempo, no espaço, e neles se consoma.

Terceira dimensão: os signos e sua relação recíproca. Dentro das línguas os signos se referem uns aos outros. O seu significado procede apenas de sua assimilação ou oposição aos outros signos da língua. Não é assim no discurso: neste, os signos referem-se ao mundo empírico, ao contexto, às circunstâncias que envolvem o próprio discurso e seu sujeito. Enquanto na língua os signos reenviam a outros signos, no discurso os signos se realizam, porque referentes ao mundo, e descrevem, representam, exprimem.

A língua, portanto, não tem sujeito, nem tempo, nem mundo. A quarta dimensão distinta da língua e do discurso é, finalmente, a mensagem. Uma língua não tem mensagem, não veicula coisa alguma: ela é, isto sim, a condição ou código das mensagens. Já o discurso implica mensagem e troca de mensagem, e também interlocutores entre os quais se estabelece a comunicação.

Não é difícil para os juristas perceberem o alcance da reflexão de Ricoeur para o entendimento do processo hermenêutico dentro do qual se realiza o direito. Se a busca do sentido é importante na comunicação em geral, no discurso normativo ela o é de maneira própria. Ao contrário do que se pensa, às vezes ingenuamente, a relação entre uma lei e uma decisão que sobre ela se baseia (ou dela tira sua validade) — seja essa decisão uma sentença, um ato administrativo, a elaboração de uma lei ordinária pelo

(10) Cf. HILTON JAPIASSU, "Paul Ricoeur: filósofo do sentido" in Paul Ricoeur. *Interpretação e Ideologias*. (Trad. H. Japiassu) Rio: Francisco Alves, 1977, pp. 1-13.

(11) PAUL RICOEUR. "Evenement et Sens" in *Revelation et Histoire — Actes du Colloque International*. Paris: Aubier, 1971, pp. 15-34.

parlamento, etc. — não é uma simples repetição. Não é tampouco fruto da inferência lógica. A dogmática do direito não procede segundo a lógica formal pelo muito simples fato de que opera com classificações e os processos de classificação tendem para a analogia. A classificação não é o raciocínio dedutivo (12).

Se as decisões não podem ser simples derivado lógico de enunciados primeiros contidos na lei, também não são absolutamente livres. Tomemos a interpretação de uma partitura musical, um exemplo simples, em que a transcrição musical é “normativa” para o intérprete. A interpretação musical tem a vantagem de mostrar que interpretar uma obra é realizá-la. A peça musical não existe na partitura; existe na sua realização/execução (performance), segundo a partitura. E todavia o público é capaz de dizer se um maestro e sua orquestra executaram uma determinada peça ou se criaram uma variação sobre um tema alheio. Por mais liberdade que haja — e de fato há — na execução, alguma coisa é responsável pela identidade entre a composição vinda do autor (idealmente normativa) e a execução.

O exemplo acima serve para nos aproximarmos outra vez da questão do sentido que Ricoeur chama de “o permanente” do discurso, que não se confunde quer com os altos discursivos (fugazes), quer com a língua (instrumento do discurso).

A esta altura, é evidente que dentro do direito as normas têm o papel de língua, enquanto as decisões e execuções têm o papel de discursos. Isso tudo, naturalmente, no direito das sociedades burocratizadas. Nas sociedades de dominação carismática ou tradicional a coisa pode ser bem diversa.

A dimensão temporal das normas é semelhante à das línguas. Embora empiricamente seja possível determinar-lhes a origem e o fim, a sua validade (que não se confunde com a sua eficácia empírica) é atemporal. As normas são feitas para valerem. Ao contrário, as decisões são realizações das normas em momentos determinados: esgotam-se na sua execução, muito embora, sendo decisões jurídicas, pretendam também de uma certa forma valer.

As normas tampouco têm sujeitos. O chamado legislador não passa de uma ficção. Existem empiricamente legisladores, incessantemente, em todos os níveis, produzindo normas. Mas o legislador é um verdadeiro postulado inventado pelos juristas para sua necessidade de pôr ordem no sistema jurídico. Para uma análise desse ponto nada melhor do que ler a precisa (e bem humorada) lição de SANTIAGO NINO (13). As decisões

(12) Cf. a crítica feita por Umberto Cerroni, a partir de F. Cohen, ao pensamento jurídico em “Conocimiento Científico y Derecho”. *Metodología y Ciencia Social*. Barcelona: Martínez Roca, 1971, pp. 114-6.

(13) C. SANTIAGO NINO. *Introducción al Análisis del Derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1984, pp. 328-9.

têm um sujeito, um sujeito que as produz e que deve ser convencido pelas partes, sujeitos que as recebem, sobretudo no campo das decisões judiciais, mas também em outras esferas burocráticas estatais.

Nas normas os signos reenviam uns aos outros, como na língua. Por isso é que os manuais, tantas e tantas vezes, decepcionam alunos, advogados e juizes que ali vão buscar respostas aos casos a eles apresentados. Os manuais são "gramáticas normativas" ou "dicionários" da língua jurídica, são repertórios de regras; não são as decisões produzíveis com as regras. Os textos ou discursos têm de fato que proceder ao discurso no qual os signos referem-se ao mundo empírico.

Como conclusão, as normas são o código da mensagem. Não são porém a mensagem veiculada pelas decisões. Elas são a condição de possibilidade da mensagem, mas por si não realizam mensagem alguma. É preciso lembrar a chamada hierarquia das normas. A importância disso reside no seguinte: quando falamos em normas superiores e normas inferiores usamos de uma figura geométrica para descrever as *relações* entre as normas. No entanto, é esclarecedor notar que as normas ditas superiores são, de fato, a língua na qual pode realizar-se compreensivelmente o discurso das decisões, ou normas inferiores. As normas ditas inferiores são a realização/aplicação das superiores, afirmava Kelsen⁽¹⁴⁾. Afirmava também que entre umas e outras havia, no momento da aplicação, um espaço de liberdade. Tratava-se, na verdade, do espaço existente entre a língua e o discurso.

2. *O distanciamento entre língua e escrita*

Foi feita referência acima ao fato de que nos direitos das sociedades históricas mais complexas existe uma diferença entre órgãos legisladores e órgãos aplicadores das leis, numa pluralidade de fontes produtoras e de usuários do conjunto de normas jurídicas. Existe ainda algo mais: não apenas as fontes são muitas e são diversas, como o direito legislado passa a ser escrito.

Também aqui existem analogias bastante esclarecedoras entre as distinções que ocorrem quando um discurso é reduzido a texto escrito. Paul Ricoeur desenvolve a análise de três distanciamentos que então se produzem. Veremos como a redução do direito a direito não apenas estatal mas também a direito escrito (seja codificado, seja escrito nos precedentes judiciais, como na tradição anglo-americana) coloca os mesmos problemas de distanciamento, para além daqueles já explicitados acima.

(14) H. KELSEN. *Teoria Pura do Direito*. (Trad. J. B. Machado), 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 325.

O primeiro distanciamento se estabelece na forma da autonomização do texto em relação ao seu autor. Estabelece-se uma distinção entre o significado TEXTUAL e o significado MENTAL. É o espaço onde ocorre, para alguns, o "mal entendido". No entanto, a redução a escrito impõe esta distinção por que a redução a escrito quer sempre transformar o discurso em algo permanente e o preço a pagar pela permanência é a separação inevitável entre texto e autor. Trata-se de uma verdadeira perda de controle do autor sobre o texto.

A segunda distância aberta, intrinsecamente ligada à primeira, é a da DES-CONTEXTUALIZAÇÃO. Tem duplo caráter: psicológico, na medida em que, como visto acima, o texto perde a sua ligação imediata com o autor, mas também sociológica, na medida em que o texto escrito perde, no tempo e no espaço em que continua a ser veiculado, a sua ligação com o MUNDO DO AUTOR. Neste momento torna-se necessária a RE-CONTEXTUALIZAÇÃO, a ser feita necessariamente pelo leitor. O texto é produzido justamente para isso, para ser lido em outros tempos e locais, pressupõe e exige, portanto, leitores capazes de assumi-lo ativamente.

O terceiro distanciamento impõe-se pelo fim da SITUAÇÃO DIALOCAL, em que os interlocutores se interpelam imediata e diretamente. O texto leva à estranha situação comunicativa em que os interlocutores não podem referir-se mutuamente de modo direto e na qual o meio torna-se a mensagem. Compete então ao leitor fazer o texto falar, daí que ele se torna um co-autor do discurso.

Para muitos estas três distâncias criadas pelo texto escrito são algo a ser evitado e vencido. Para Ricoeur, no entanto, não é bem assim: os distanciamentos são a condição de existência da própria comunicação e da própria interpretação, vale dizer, sem a distância não haveria "sentido" a ser buscado, não haveria tampouco compreensão.

Ora, o direito reduzido a escrito cria sem dúvida os mesmos distanciamentos que qualquer texto. Daí falar-se na autonomia da lei em relação ao legislador (autonomização do texto), da necessidade de uma interpretação histórica e adequada à realidade do aplicador da norma (a atenção ao bem comum, aos fins sociais da lei, etc.) que nada mais seria do que a re-contextualização da norma, sem esquecer a célebre afirmação de correntes realistas de que a norma não é mais do que o que decidirem os tribunais, visto que sem a situação dialogal os intérpretes podem tornar-se verdadeiros co-autores do discurso ou do sentido ("permanente do texto").

Estas poucas referências a uma filosofia hermenêutica que, em nossos dias, procura dar conta de uma verdadeira antropologia capaz de superar impasses criados pelas grandes contribuições do estruturalismo e pela teoria crítica da sociedade mostram quanto existe que se possa investigar na filosofia do direito para superar também aqui um obtuso formalismo positivista, só de certezas feito, muita vez mesclado de má fé.