

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 41 • nº 164
outubro/dezembro – 2004

O ensino jurídico e a mudança do modelo normativo

Normas fechadas x normas abertas

Roberto Freitas Filho

Sumário

Introdução. 1. O problema do ensino jurídico. 1.1. Cultura jurídica. 2. Ensino jurídico e seu objeto (a economia, a globalização e o direito). 2.1. A globalização. 3. A mudança no padrão normativo: *normas fechadas x normas abertas*. 4. O problema da interpretação: *ceticismo x interpretação correta*. 4.1. Inafastabilidade dos juízos valorativos. 4.2. Desconstrutivismo, pragmatismo e função da interpretação. 5. A aplicação das normas abertas e sua problematidade: o des-fecho da discussão.

Introdução

No presente trabalho, pretendo discutir a mudança do padrão jurídico normativo no direito brasileiro no período posterior à Constituição Federal de 1988¹ e suas consequências para o ensino jurídico e para a aplicação das normas a casos concretos.

Trabalho com o pressuposto de que vivemos um momento de transição paradigmática no direito brasileiro que resulta, entre outras, na mudança do padrão normativo de normas semanticamente mais precisas e menos vagas – as quais chamo de *normas fechadas* – a normas semanticamente menos precisas e mais vagas – as quais chamo de *normas abertas*. Essas têm como característica principal o fato de terem uma maior amplitude de significação do que as primeiras e, devido a tal fato, pressupõem uma mudança do padrão de atividade judicante por parte do intérprete-aplicador do direito.

Roberto Freitas Filho é Mestre e Doutorando em Direito pela USP, Professor de Direito do Consumidor e de Introdução ao Estudo do Direito, respectivamente no UniCEUB e no IESB, ambos em Brasília, DF.

Os problemas que movem a investigação são: a) a teoria jurídica vem-se adequando às mudanças do modelo normativo preponderante na dogmática vigente? b) qual a conseqüência da mudança do padrão normativo para a atividade de interpretação e aplicação do direito desempenhada pelos atores jurídicos?

1. O problema do ensino jurídico

A chamada “crise do ensino jurídico” vem sendo discutida no Brasil, sistematicamente, há duas décadas de forma vigorosa. As reflexões de José Eduardo Faria e de Joaquim de Arruda Falcão Neto, por todas as demais, demonstram emblematicamente a importância que o tema assumiu no momento da transição para a democracia².

A crise pode ser conceituada como a incapacidade do ensino do direito de se adaptar às novas condições de produção e aplicação das normas, considerando os cânones conceituais e hermenêuticos de um tipo de ensino que tem suas origens na tradição coimbrã do século XIX. O direito não foi capaz de adaptar-se à nova realidade da sociedade brasileira, que se modificara radicalmente no período compreendido entre as décadas de 40 e 90, passando o Brasil de ser um país predominantemente composto de uma população rural para se tornar um país de população urbana. Na década de 40, aproximadamente 70% da população era rural, sendo que esse percentual cai, na década de 90 para aproximados 25%³.

Decorência da mudança do perfil de distribuição social brasileiro, vários conflitos de natureza coletivizada surgiram, acompanhados de conseqüentes demandas que foram levadas ao Judiciário⁴. Questões de ocupação de espaços periféricos nas grandes cidades; acesso à saúde, educação, moradia; questões relativas à segurança pública; direitos dos consumidores são apenas alguns exemplos dos conflitos que se instauram na sociedade complexa em que vivemos.

1.1. Cultura jurídica

A crise do ensino jurídico pode ser verificada em dois momentos distintos: na formação do ator jurídico e na sua atuação prática como profissional do direito. Tanto na aplicação do direito quanto na formação do ator jurídico, está presente um conjunto de práticas, valores, procedimentos, concepções, condicionantes culturais e históricas que compõem um ideário do ator jurídico.

Lopes (1997, p. 76-77), citando Friedman, dá uma definição compassiva do que é a cultura jurídica:

“São as atitudes que fazem do sistema um todo, uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum. A esfera da cultura jurídica envolve as questões de como se preparam os juizes e os advogados, o que os cidadãos pensam do Direito, quais as pessoas ou grupos que recorrem aos juizes e tribunais, para que se socorrem de advogados, qual a relação entre a estrutura de classes da sociedade e o uso ou não das instituições jurídicas. Estas e outras questões dizem respeito à cultura jurídica, ou, usando outras palavras, ao imaginário jurídico, quer dos profissionais, quer dos leigos.”

O conceito de cultura jurídica é, portanto, relativo à *praxis* cotidiana do operador do direito, informada por uma determinada bagagem valorativa e conceitual que lhe é inculcada durante sua formação.

É possível se diferenciar dois momentos nos quais o operador jurídico lida com a chamada cultura jurídica. Um primeiro momento é o de uma cultura jurídica de formação e, conseqüentemente a esse primeiro momento, há uma cultura jurídica de atuação prática do direito⁵.

1.1.1. Cultura jurídica de formação do ator jurídico

Sobre a noção de cultura jurídica de formação do ator jurídico, Warat nos aponta o chamado “senso comum teórico” dos juristas como sendo um certo condicionamento, “em suas práticas cotidianas, por um conjunto de representações, imagens, noções baseadas em costumes, metáforas e preconceitos valorativos e teóricos que governam seus atos, suas decisões e suas atividades”⁶. O ator jurídico recebe, ao longo da sua formação, a transmissão de uma bagagem que vai conformar sua forma de ver e entender o direito como um repositório valorativo, uma tecnologia decisória e um sistema conceitual⁷.

A cultura jurídica de formação vai legar ao operador do direito um dado universo conceitual, uma determinada matriz ideológica que lhe confere, conseqüentemente, um tipo de socialização política e também de função social.

A formação do ator jurídico é dada a partir de duas diferentes visões sobre o direito. A veiculação da cultura jurídica nas faculdades dá-se numa perspectiva pretensamente científica, por um lado, e ideológica, por outro. Na primeira, é conferida ao estudante uma visão do que seja o direito, de ciência do direito, do método de conhecimento do fenômeno jurídico e da aplicação prática do direito enquanto sistema normativo. De outro lado, os padrões da capacitação profissional do ator jurídico, significando o conjunto de atitudes e procedimentos do ator jurídico em seu exercício profissional. As duas visões ora expostas são as chamadas *visão lógico-formal* e a *visão liberal*⁸. A *visão lógico-formal* se funda no normativismo lógico e a *visão liberal*, nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa.

A visão lógico-formal

A *visão lógico-formal*⁹ faz conferir ao direito seu caráter científico, conformando

o estudo da dogmática jurídica a um estudo da forma normativa, reduzindo, assim, o direito ao aspecto normativo desvinculado das disciplinas que o fundamentam ou tangenciam, como a Filosofia, a Economia, a Ciência Política e a Sociologia, por exemplo. O método privilegiado, nessa concepção de direito, é o método dedutivo, que parte de dogmas fora do conhecer jurídico. Tal método não possui caráter científico, já que sua verificação e objetivação progressiva não são atingíveis. A característica básica é a predominância do estudo do direito positivo, sendo o direito válido apenas o direito estatal, o que redundava na noção de que o direito é uno e monolítico.

Do ponto de vista hermenêutico, a noção de subsunção dedutivista acaba por privilegiar a idéia de um sentido literal da norma ao qual o aplicador deverá se ater para realizar a aplicação adequada do comando normativo ao caso. Aqui vemos a idéia prevalecente de uma aplicação da norma ao modo da Escola da Exegese francesa do século XIX, ou mesmo uma visão aproximada aos pandectistas na Alemanha no mesmo período. Ao aplicador da norma é apenas reservada uma função mecânica e sem criatividade¹⁰.

Características como a predominância da visão da legalidade e da validade como conceitos privilegiados, o trato das disciplinas de forma estanque, a não interdisciplinariedade e a desconsideração da política na influência da criação da norma fazem do ator jurídico um aplicador acrítico e não questionador do direito e das normas.

A visão liberal

A *visão liberal* define o ideário da profissão jurídica, bem como responde pela visão de integração do direito na sociedade, com o apelo aos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. De forma conseqüente, no âmbito político são adotadas a democracia e a tripartição dos poderes e no âmbito econômico, o sistema de concorrência e o capitalismo.

A cultura jurídica veiculada nas faculdades de direito tem a dupla função de seleção dos conflitos levados ao Judiciário e de legitimação do poder no nível simbólico¹¹. A primeira se realiza pela seleção dos próprios tipos de demandas levadas ao Judiciário, bem como nos padrões decisórios aplicados aos casos. A segunda se realiza na medida em que reforça a estrutura social hierárquica justificada por meio do ideário liberal, bem como do método pedagógico aplicado¹². A liberdade e a igualdade jurídicas formais, em nome das quais advoga o ator jurídico, são, dadas as evidentes condições sociais iníquas, apelos retóricos que não representam na prática uma busca da realização de justiça distributiva¹³.

A par da existência de uma cultura jurídica de formação do ator jurídico, é possível também identificarmos uma dada cultura jurídica de atuação do ator jurídico.

1.1.2. *Cultura de atuação prática do ator jurídico*

Um outro viés da cultura jurídica é aquele que se revela na *praxis* do ator jurídico, no cotidiano de suas atividades profissionais. Ao operar o direito, vai colocar em prática o conjunto de práticas e valores que consigo traz desde a sua formação e que influenciam tanto a consciência que tem de seu papel social como a forma como lida com o direito do ponto de vista técnico. É no momento da prática profissional que se materializam os conceitos dogmáticos “científicos” com os quais o estudante foi formado, bem como, por meio de suas atitudes, o resultado da socialização política perpetrada nos bancos escolares.

Na observação do posicionamento do ator jurídico em face de determinados temas e nas próprias posições teóricas defendidas, poderemos configurar algumas hipóteses a esclarecer o compromisso do mesmo frente a sua matriz cultural de formação. Jori (1990, p. 233), falando sobre a cultura jurídica de aplicação do direito e sobre o significado da chamada “ciência do direito”, ressalta:

“Therefore, the simple core of the entire notion of the rule of law is the idea that lawyers and judges produce, and make use of, a description of law, which is a real science of law, where the law is conceived as an object prior to and independent from its description”.

Em temas relevantes como o direito e os movimentos populares, a participação política, a chamada “aplicação alternativa do direito”, na aplicação das penas alternativas em direito penal, na lida com os meandros processuais dos processos civil e trabalhista, em todos esses, aos quais exemplificativamente nos remetemos, é possível identificarmos uma postura de maior ou menor conservadorismo, liberalidade, reformismo, entre outras características.

É possível se identificar, no modelo de cultura jurídica que o bacharel recebe e transmite, a idéia de um conceito de direito como um sistema de normas que teria sido feito e pensado para a resolução de problemas em uma sociedade na qual, do ponto de vista das partes envolvidas, os conflitos fossem resultantes de divergências entre indivíduos mais ou menos padronizados e, do ponto de vista do conteúdo, versassem sobre questões contratuais e patrimoniais no direito privado e, por outro lado, no direito público, do indivíduo contra intervenções injustas e arbitrárias do Estado em sua esfera privada.

Esse modelo de direito e de cultura jurídica não se mostrou suficientemente eficaz para responder às demandas da sociedade a partir da segunda metade do século XX, dadas as alterações na conformação do papel do Estado e dos conflitos levados ao Judiciário frente à autocompreensão de seu papel social e teórico-funcional.

2. *Ensino jurídico e seu objeto (a economia, a globalização e o direito)*

O conceito de crise está relacionado com a idéia de uma fase difícil, grave, na evolu-

ção das coisas, dos fatos, das idéias. Também podemos encontrar a referência léxica ao termo crise associada a tensão, conflito, alteração, acidente, manifestação violenta e repentina de ruptura de equilíbrio. Pensar numa alteração de forma rápida, repentina, mudando um dado estado de coisas nos ajuda a compreender a idéia de uma crise no ensino jurídico.

Ocorreram transformações importantes no campo da economia e da geopolítica internacional que redundaram na falência do modelo de direito concebido no século XIX para dar resposta aos conflitos apresentados a seus operadores. Podemos dizer que, a partir da segunda metade do século XX, vêm ocorrendo mudanças avassaladoras no campo da economia que acabam por fazer com que o paradigma¹⁴ da cultura jurídica veiculado nas faculdades de direito e praticado na forma de uma cultura de aplicação do direito tenha se tornado insuficiente para responder às demandas da sociedade por soluções satisfatórias dos conflitos existentes.

A mudança de perfil de ocupação do espaço na sociedade brasileira, ocorrida durante o século XX, conforme já mencionado no item 1, causou uma série de importantes mudanças nos conflitos levados ao Judiciário, que passou a viver a tensão entre fazer a aplicação acrítica da norma, por um lado, e fazer justiça por outro. Conflitos de natureza coletivizada surgiram, acompanhados de conseqüentes demandas que foram sendo levadas ao Judiciário. Os problemas decorrentes da exclusão social de um modo geral, como o acesso à saúde, educação, moradia, são conflitos que se instauram na sociedade complexa em que vivemos. Segundo Faria (1991, p. 98),

“essa transformação da infra-estrutura social acarretou, como decorrência, a ruptura dos valores tradicionais dos diferentes grupos e classes, um processo migratório contínuo, maior agressividade de comportamentos, novos modos de reinserção sócio-po-

lítica, a emergência de estruturas paralelas de representação ao lado dos mecanismos representativos tradicionais e, sobretudo, o aparecimento de novas demandas por segmentos sociais desfavorecidos e não geradores de receita”.

O argumento do autor é de que há uma tendência ao esgarçamento do tecido social e o Judiciário se vê com novos tipos de conflitos a serem resolvidos.

Além da questão interna das demandas de populações excluídas em decorrência do processo migratório, a globalização também se apresenta como um fenômeno que põe em xeque alguns conceitos fundamentais para o paradigma teórico do século XIX. As idéias de soberania territorial, de territorialidade da aplicação da lei, monismo jurídico, segurança jurídica, por exemplo, não resistem a uma ordem mundial em que o sistema financeiro internacional consegue proeminência na determinação de políticas públicas internas e consegue também condicionar reformas legais e influenciar de forma significativa a realização de uma reforma do Poder Judiciário. Segundo Faria (1999, p. 39), a idéia de Estado-nação como unidade privilegiada e exclusiva de gestão econômica, direção política, controle social e iniciativa legislativa está sendo questionada, estando o direito num momento de exaustão paradigmática. Diz o autor que,

“Dada a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e categorias fundamentais até agora prevalentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade”.

A sociedade brasileira contemporânea não é mais a sociedade na qual e para a qual o direito, segundo o paradigma liberal e legalista kelseniano, foi concebido. Já no início da década de 90, Faria (1991, p. 110) in-

dicava exemplos de incapacidade do modelo jurídico de dar respostas aos problemas existentes. Conflitos relativos ao direito de greve e à ocupação de terras – portanto coletivizados – são apontados como exemplos do esgotamento da operacionalidade das decisões judiciais.

Outra característica decorrente da transformação da infra-estrutura social no Brasil é a complexificação das relações sociais. Há uma multiplicidade crescente de tipos de conflitos, com atores envolvidos nas mais diversas situações processuais e demandando direitos de diferentes gerações. A idéia de linearidade e permanência com a qual o paradigma tradicional funciona é pouco útil quando se pensa na efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, por exemplo. Como garantir-se o acesso ao trabalho¹⁵ como meio de realização da existência digna do homem se é próprio ao incremento da mecanização e informatização da produção que cada vez mais se tenha desemprego estrutural em taxas crescentes? O que dizer do direito à previdência social quando, por exemplo, se tem a Justiça do Trabalho atuando como agente de sonegação previdenciária, na medida em que se desprezam os recolhimentos devidos em nome da produtividade de decisões judiciais?¹⁶

A existência de normas abertas, como se verifica na Constituição Federal de 1988, é o resultado da demanda social pela proteção de direitos típicos de segunda e terceira gerações. Faria (1989, p. 18) indica uma interessante característica do processo político de construção da Constituição:

“Ao evitarem partir de um texto básico como o da Comissão Arinos ou o que poderia ter sido escrito por uma grande Comissão constitucional e ao trabalharem sem um diagnóstico das crises econômica, social ou política em condições de sustentar e balizar suas estratégias de negociação, os constituintes acabaram agindo em conformidade com as pressões contraditórias dos *lobbies*, das corporações e dos

movimentos organizados. Essa é a razão pela qual os constituintes, apesar de terem fortalecido o Estado, aumentando seus serviços, alargando sua burocracia, multiplicando seus instrumentos e cobrindo amplos domínios da vida social com uma espessa malha regulamentar, não conseguiram evitar nem o risco da fragmentação conceitual e ideológica da nova Carta nem a ilusão de que, a partir dela, a justiça social poderia ser assegurada pela simples produção de novas leis e novos códigos”.

2.1. A globalização

Embora não seja um termo unívoco, “globalização econômica” diz respeito a um fenômeno que pode ser descrito como a intensificação dos efeitos da chamada “economia mundo” nos demais campos dos diferentes processos sociais. Na economia mundo, os agentes econômicos têm seu poderio aumentado de forma nunca vista. O campo da economia passa a ter proeminência em relação ao campo da política, do direito, da ciência, da religião, etc.

As tecnologias informacional e de transportes têm modificado o panorama das relações comerciais e sociais de forma significativamente importante nas últimas duas décadas. Tais mudanças resultam no aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial¹⁷.

A função do direito num contexto de globalização econômica se modifica e os conceitos operativos do paradigma kelseniano-exegético não mais se apresentam como aptos a fornecerem respostas satisfatórias a determinadas questões que são apresentadas ao Judiciário. Veja-se, à guisa de mais um exemplo, a idéia de territorialidade da lei: o Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, decidiu responsabilizar a Panasonic do Brasil por um vício em uma câma-

ra filmadora comprada fora do território brasileiro, cuja curiosa ementa é a seguinte¹⁸:

“Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (“PANASONIC”). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria”.

A mudança dos conceitos com os quais o operador do direito trabalha está relacionada com a questão relativa ao conteúdo do ensino jurídico. O que ensinar como sendo o direito válido se o próprio direito passa por um momento de exaustão paradigmática? Da perspectiva da cultura jurídica, a idéia de um direito estatal monolítico vem sendo corroída progressivamente. Da perspectiva institucional, vemos um movimento de tentativa de reforma do Poder Judiciário. Da perspectiva normativa (que obviamente não está dissociada das duas dimensões anteriores), vemos uma mudança do padrão normativo que denomino como a passagem das normas fechadas às normas abertas.

3. A mudança no padrão normativo: normas fechadas x normas abertas

Como vimos, o direito passa por um momento crítico. Há uma limitação estrutural-funcional do direito positivo em face da globalização e da mudança na tipologia dos conflitos que chegam ao Judiciário, na segunda metade do século XX e, mais precisamente entre nós, a partir do contexto da transição democrática.

Com o aumento da complexidade das relações sociais contemporâneas e a multiplicidade de papéis sociais que daí advêm, o paradigma do direito kelseniano-exegético não mais consegue subsistir eficazmente. As normas padronizadas e formuladas

abstratamente para serem subsumidas a casos concretos têm de ser progressivamente ampliadas na sua significação. A idéia de um sistema fechado, imune a contradições, sem lacunas e absolutamente lógico-formal não dá conta de responder a relações multifacetárias e diferenciadas. Faria (2002, p. 76) comenta o problema dizendo que tais normas “são singelas demais tanto para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais funcionalmente diferenciadas”.

O ordenamento passa a ser composto, predominantemente, de normas semanticamente abertas, ao invés de normas semanticamente fechadas. Chamo de normas abertas aquelas que se caracterizam pelo fato de não conterem uma dada conduta que possa ser direta e objetivamente verificada. Os autores divergem quanto a nomear essa tipologia de normas, mas o que em todos é possível se identificar como traço característico delas é que não *enunciam* uma determinada conduta, mas *qualificam* uma conduta. Das normas abertas, não é possível se aplicar o direito pela subsunção imediata do fato a elas, mas antes é necessário extrair-se delas uma regra que possa identificar uma conduta especificada em uma ação ou omissão.

A distinção ente normas abertas e normas fechadas não diz respeito à moldura de possíveis significações de Kelsen (1991, p. 366). Para o autor, todas as normas são polissêmicas e, dessa forma, a questão da interpretação do sentido a ser dado para a norma ao caso concreto fica adstrita a um ato de vontade do aplicador, o que não permite um critério científico para que se diga qual interpretação é a correta. Kelsen, aliás, na Teoria Pura se nega declaradamente a aprofundar a análise do direito do ponto de vista da hermenêutica, já que para ele não há como tratar dessa temática “cientificamente”¹⁹.

Exemplo de um autor que distingue as normas pela amplitude de significação que possuem é Karl Larenz (1997, p. 300). Ele distingue as “normas conceito” das “normas tipo”. Quanto às primeiras, diz que “só

se pode falar de um 'conceito' em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam". Com relação à norma conceito, é possível se fazer a subsunção de forma direta, imediata. A definição de norma conceito é a seguinte, segundo Larenz (1997, p. 307):

"Um conceito está fixado por meio da sua definição, de tal modo que haja de aplicar-se a um evento concreto ou situação de facto 'só quando e sempre que' se possam (sic) nele encontrar o conjunto das notas características da definição. Esta proposição não vale para o tipo."

Quanto ao tipo, esclarece Larenz (1997, p. 308):

"O tipo não se define, descreve-se. Não se pode subsumir à descrição do tipo; mas pode-se, com a sua ajuda, ajuizar se um fenómeno pode ou não integrar-se no tipo. ... O legislador conforma o tipo tendo em vista as consequências jurídicas que nele coenvolve, e nestes termos, a valoração que nele plasma. ... Exemplos como 'economia doméstica' ou 'empresa económica', assim como todos os demais pontos de vista evidenciados pela casuística cobram aí o seu limitado valor enunciativo. Sem o ponto central de referência da *ratio legis* seriam mais ou menos casuais - meros *topoi*".

Com respeito à metodologia de aplicação, as normas conceito se diferenciam das normas tipo pelo fato de que, nas primeiras, a subsunção é feita *predominantemente*²⁰ de forma isenta de valoração. O grau de segurança²¹ jurídica aqui é, comparativamente ao das normas abertas, alto. Já no segundo modelo, o preenchimento do conteúdo é alcançado "mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstrução" (LARENZ, 1997, p. 311).

Colocados os dois modelos de normas para Larenz (1997, p. 316), podemos dizer, seguindo nossa conceituação, que as normas tipo seriam normas abertas e as normas conceito seriam normas fechadas. O autor trata, ainda, de identificar a natureza dos chamados "princípios jurídicos" relativamente à sua distinção entre normas tipo e conceito. Diz:

"Os 'princípios jurídicos' não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar 'fundamentos justificativos' delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas 'carecidas de concretização', a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos".

Larenz (1997, p. 314) se pronuncia sobre o aumento da utilização das normas tipo:

"Uma primeira dúvida sobre se a dogmática jurídica não é mais do que trabalho conceptual valorativamente neutro resulta, desde logo, do facto de que na dogmática hodierna adquire importância crescente a descrição de tipos, em vez da formação de conceitos passíveis de subsunção".

Ao tratar do tema da eficácia jurídica e das respostas judiciais, Faria (1991, p. 108) diz que

"cabe a uma magistratura com um conhecimento multidisciplinar, poderes decisórios mais ampliados e um processo mais flexível uma dupla responsabilidade: tornar menos vaga e mais precisa uma ordem jurídica ambivalente e reformular - por via jurisprudencial e a partir das próprias contradições sociais - os conceitos fechados e tipificantes dos sistemas legais vigentes".

No procedimento de coordenação ao tipo, por sua vez, Larenz diz que, em vez da

subsunção a um conceito, ele é um processo de pensamento orientado a valores.

Embora Larenz admita que “tipo” e “conceito” não são contraposições rígidas, possuindo pontos de comunicação, penso que há uma diferença marcante entre os dois modelos de comandos normativos. Tal pode ser encontrada no conteúdo semântico do comando: as normas tipo têm o sentido de *qualificar* ou *dar razões* para uma ação ou omissão. As normas conceito têm o sentido de *determinar* a ação ou omissão que deverá ser realizada.

Outro importante autor para a reflexão sobre a diferença entre tipos de normas que determinam condutas específicas e outras de natureza mais semanticamente aberta é Ronald Dworkin. A obra de Dworkin²² é um ataque ao positivismo de matriz hartiana²³ e tem como objetivo central combater a idéia de discricionariedade do intérprete-aplicador da norma no momento da decisão. Dworkin assume a defesa de uma teoria liberal do direito, crítica em relação ao que chama de teoria dominante. A teoria dominante, segundo o autor, é o positivismo de Hart, herdeiro do pensamento de John Austin, este por sua vez herdeiro do pensamento de Bentham. A pergunta inicial que faz o autor é se os princípios podem ser considerados parte integrante do direito. Dworkin

(2002, p. 10) conjectura sobre a origem “natural” dos princípios não positivados.

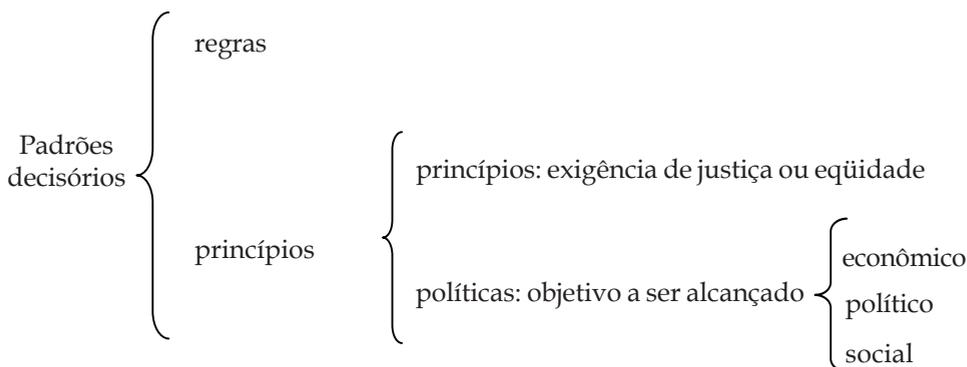
Na introdução de seu livro mais conhecido, Dworkin (2002, p. 15) estabelece um marco conceitual sobre as espécies de padrões normativos; há, portanto, os chamados direitos preferenciais (*background rights*), que podem ser chamados também de direitos fundamentais ou direitos de base, e os direitos institucionais ou específicos, que são direitos criados pela lei ou por instituições. Para o autor, no positivismo somente existem os direitos institucionais. Para ele, entretanto, os “princípios” fazem parte do direito.

Dworkin distingue argumentos de princípios e de políticas e defende que argumentos de princípios são compatíveis com decisões democráticas, ainda que exclusivamente feitas sobre tais padrões normativos.

A idéia fundamental do projeto de Dworkin é combater a discricionariedade e, para tanto, entende que os princípios são parte constituinte do sistema de padrões decisórios que são utilizados para que possamos produzir decisões.

Os princípios são, para Dworkin (2002, p. 36), padrões decisórios diferentes das regras²⁴. Esquemáticamente, podemos distinguir regras e princípios da seguinte maneira:

A diferença entre princípios e regras pode ser enunciada do ponto de vista lógico, ou



seja, a natureza da orientação do padrão decisório (ou do comando normativo, qualquer que seja a terminologia utilizada) de-

termina que, do ponto de vista dos processos lógicos de aplicação de um ou de outro, se possa agir de um ou de outro modo. Nas

regras, temos a possibilidade da aplicação à moda “tudo ou nada”. E nos princípios, não temos conseqüências jurídicas automáticas ao preenchimento das condições dadas. Eles enunciam uma razão que conduz o argumento, mas ainda assim o intérprete-aplicador tem de determinar uma decisão particular. O princípio é uma razão relevante do ponto de vista das autoridades que aplicam o direito. Possuem a dimensão do “peso” ou da “importância”, havendo assim uma força relativa em cada princípio²⁵. As regras, por sua vez, possuem apenas importância funcional. Não têm a dimensão do peso ou da importância valorativa²⁶.

Podemos extrair dos conceitos de regras e princípios elementos para acrescer à nos-

sa distinção entre normas de conduta e normas abertas. Do ponto de vista do aspecto semântico, a regra, assim como a norma de conduta, significa que o endereçado deve se comportar desta ou daquela forma. Seus elementos constitutivos permitem a aplicação dedutiva de forma imediata, sem nenhuma extração de nova regra, ou seja, novo conjunto de condições formulado para que, em ocorrendo o preenchimento de seus elementos, incida a sanção. Os princípios são, de outra forma, razões para decidir, qualificam a conduta a ser observada, informam valores.

Faria esquematiza a função dos princípios (2002, p. 77):

Sobre a distinção de tipologia normativa que ora sustento, a discussão poderia ser

Função e Objetivos dos Princípios

FUNÇÃO	OBJETIVOS
Integradora	- propiciar resolução dos litígios não enquadráveis nas normas (<i>hard cases</i>) - orientar preenchimento de lacunas
Interpretativa	- orientar a compreensão das normas no sentido do próprio sistema jurídico
Diretiva	- apontar os rumos da ordem jurídica - atuar como diretriz programática
Unificadora	- assegurar coerência doutrinária e sistêmica à ordem jurídica - propiciar a conjunção entre formal (sic) racionalidade substantiva

aprofundada grandemente em relação aos conceitos trabalhados, mas, para os efeitos do presente trabalho, parece-me suficiente demonstrar que há uma diferença importante entre dois padrões de julgamento ou dois tipos de normas que se pode chamar de *conceitos x tipos, regras x princípios* ou *normas fechadas x normas abertas*.

O direito positivo brasileiro, a partir da feitura da Constituição Federal de 1988, passou a ser composto cada vez mais de normas abertas. A lei mais significativa nesse sentido é a 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. O exemplo mais recente é a Lei 10.406/2002, o Código Civil. Evidente-

mente as Constituições Federais sempre tiveram um caráter normativo mais genérico e sempre foram caracterizadas pela técnica legislativa da utilização de expressões semanticamente amplas. Entretanto, do ponto de vista infra-constitucional, não era muito comum que o legislador fizesse uso de normas abertas como técnica legislativa preponderante para a confecção de leis.

A necessidade já descrita de dar conta de uma realidade social crescentemente complexa e multifacetária e a falibilidade da metodologia lógico-dedutiva quando o aplicador-intérprete tem de lidar com casos-limite tornam o recurso a normas mais ge-

néricas e maleáveis uma eficiente resposta para o problema da aplicação da mesma lei aos sujeitos de direito abstratamente considerados sem que se rompa com o dogma da completude do direito. Não há, assim, problemas sem respostas.

Aqui aparece o nosso problema central: como compatibilizar a formação de natureza kelseniana e exegética do ator jurídico com a aplicação de normas que não são operacionalizáveis mediante o emprego do método dedutivo que toma por premissa maior a norma posta? Meu argumento é de que não é possível se aplicar as normas abertas com a utilização de uma dedução singular, como se seu sentido como regra já pudesse ser extraído de seus elementos constituintes. Toda aplicação de uma norma aberta pressupõe o preenchimento de uma pauta valorativa e conceitual que não é auto-evidente a partir de sua leitura. Não é o caso de se desconsiderar a polissemia característica da linguagem natural como um elemento dificultador da aplicação da norma. Penso que é sempre necessário se determinar um sentido literal à norma, mas tal procedimento é bastante diferente quando se tem uma norma que contém a determinação de uma conduta (comissiva ou omissiva) ou quando, por outro lado, se lida com uma norma que adjetiva uma conduta, ou que aponta razões de decidir num ou noutro sentido.

O ensino jurídico pressupõe o método dedutivo e a subsunção como categorias interpretativas primordiais. O aluno aprende o direito estatal, o direito positivado, encarando as normas como se fossem conceitos definíveis na forma de premissas maiores às quais se possam subsumir todos os fatos da vida social do homem. A perplexidade aparece, por exemplo, quando tem de resolver o seguinte problema:

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor elenca as chamadas cláusulas abusivas. Diz, no seu inciso IV, que: "... são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvan-

tagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;" (grifo nosso)

No parágrafo primeiro do mesmo artigo, está pretensamente definido o conceito de vantagem exagerada e lá se encontra, no inciso III, o termo onerosidade excessiva da seguinte forma:

"§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

III – *se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*" (grifo nosso)

Pensemos no conceito de onerosidade excessiva e de vantagem exagerada aplicáveis às três seguintes situações:

a) consumidor que compra uma bolsa de couro de marca glamourosa pagando o preço de R\$ 8.000,00 (oito mil reais);

b) consumidor que contrata com uma instituição financeira o fornecimento de crédito num determinado valor, vencível mensalmente com a contrapartida do pagamento de juros no montante de 10% mensais, o chamado "cheque especial";

c) consumidor que contrata com fornecedor a prestação de serviços de saúde (médico-hospitalar) e em cujo contrato há uma cláusula determinando que, na hipótese de internação (eletiva ou emergencial), mesmo que o consumidor esteja em dia com suas obrigações contratuais, ele deverá emitir um cheque ou nota promissória no valor do dobro da estimativa do valor do serviço a ser prestado na ocasião.

A norma do CDC não é auto-evidente quanto à possibilidade de sua aplicação aos três diferentes casos. O que é onerosidade excessiva? O preço pago pela bolsa, no primeiro caso, é excessivamente oneroso? Os juros remuneratórios, no segundo caso, são excessivamente onerosos? E a obrigação de dar uma garantia além do cumprimento regular das obrigações do consumidor, no terceiro caso, é cláusula que contém onerosidade excessiva?

O operador do direito aqui se vê frente a um grau de complexidade no processo decisório significativamente mais alto do que se tivesse de determinar se alguém teria matado outrem, como prevê o artigo 121 do Código Penal.

Faria (2002, p. 92-93) fala, em um contexto diverso, embora ajustável à presente reflexão, a respeito do aumento da complexidade da aplicação das normas abertas, tomando o conceito de *soft law*:

“Expressando-se sob a forma de princípios, recomendações, códigos de conduta e ‘diretivas’, este tipo de norma não estabelece *a priori* as regras do jogo nem assegura determinadas garantias fundamentais (papel básico da Constituição no âmbito do Estado liberal clássico) ... E, do ponto de vista estritamente jurídico, essa *soft law* decorrente da redução do grau de imperatividade do direito positivo também encerra o risco de formular comandos sem precisão, por um lado criando zonas de incerteza e indeterminação que acabam sobrecarregando o trabalho hermenêutico dos intérpretes e, por outro, deixando enormes dúvidas quanto ao seu verdadeiro potencial de eficácia” (grifo nosso).

Segundo o paradigma jurídico reproduzido nas universidades, ao juiz não é dado criar o direito, cabendo-lhe exclusivamente aplicar as normas de forma dedutivista lógico-formalmente, mediante um simples processo de subsunção que é caracterizado como a adequação do fato à norma, esta sendo um conceito dado. A subsunção é, segundo a definição léxico-jurídica, a “... 2. Operação pela qual se considera um fato como incluído no âmbito de incidência de uma norma. 3. Na aplicação da lei, operação análoga à do silogismo, que toma a disposição legal como premissa maior”²⁷. Como fazer a subsunção se os elementos da premissa maior não são suficientemente determinadores de uma dada conduta?

O problema de se aplicar as normas abertas entreabre uma nova discussão. Já que a norma é bastante ampla de significado, é possível que haja algum critério de interpretação do sentido dela que dê ao operador do direito alguma segurança quanto à correção de tal procedimento? Aqui voltamos a três autores já citados no início do trabalho: Kelsen, Hart e Dworkin.

Para os dois primeiros, não há como se estabelecer um critério crítico que possa ser uma ferramenta analítica precisa para avaliar se uma decisão é ou não adequada. Assim, se, no nosso exemplo, dois juízes diferentes tiverem posições opostas em relação à caracterização da onerosidade excessiva nos três casos, ambos estão agindo de acordo com seu campo de discricionariedade ao interpretar e aplicar as normas e toda interpretação é igualmente válida.

Dworkin defende, por outro lado, a possibilidade de que a decisão seja avaliada criticamente, já que o juiz tem o compromisso de julgar segundo um padrão decisório que lhe transcende.

A riqueza da discussão travada entre, por um lado, aqueles que acham que não há critério cientificamente válido para se criticar a decisão e, por outro, aqueles que acham que é possível se avaliar a correção dela está, penso, no âmbito do reconhecimento pela sociedade de que o direito é um *locus* importante da discussão dos valores republicanos e democráticos que conformam um dado projeto de sociedade que queremos. O ensino jurídico, ao não considerar com a devida importância o advento do novo padrão normativo predominante nas nossas leis, sonega ao aluno a real dimensão de complexidade da atividade profissional para a qual ele se prepara²⁸.

4. O problema da interpretação: *ceticismo x interpretação correta*

A questão de se determinar se é possível algum critério crítico para a avaliação das decisões – que na verdade são o resultado

do processo de interpretação e aplicação da norma – pode ser formulada em termos de se é possível ao homem decidir por meio de uma razão lógico-formal neutra e avaliativa. Em contraposição a essa idéia, temos a possibilidade da utilização da chamada *razão prática*.

A noção de razão prática tem a ver com a faculdade de deliberar sobre questões que demandam respostas decisórias fundamentadas no campo moral²⁹. Existirá alguma motivação fundamentadora de certa decisão que possa ser dita como melhor do que outra de alguma forma? Se entendermos que não é possível nenhum critério crítico sobre as decisões proferidas, então a interpretação e aplicação das normas abertas será processo sem qualquer controle, puro ato de vontade do intérprete-aplicador. Se assim for, qualquer decisão será igualmente boa e válida, desde que dada pela autoridade certa³⁰. Não haverá, portanto, qualquer acréscimo de dificuldade ou complexidade na operacionalização do direito que seja relevante ao ensino jurídico se ocupar, a partir do advento da predominância das normas abertas constituintes das leis. Aos que defendem essa posição chamarei de *céticos-decisionistas*. Os céticos-decisionistas são aqueles que não crêem que seja possível um controle crítico sobre as decisões jurídicas.

Em oposição aos céticos, temos aqueles que pensam ser possível uma avaliação das decisões de um ponto de vista crítico, dados alguns critérios. Chamarei a esses, na falta de termo melhor, de *interpretativistas*. Dworkin, por exemplo, é um interpretativista, pois acha possível dizer racionalmente se uma decisão é melhor do que outra.

4.1. Inafastabilidade dos juízos valorativos

Em interessante texto sobre a postura cética e a razão prática na literatura e no direito, Martha Nussbaum (1994, p. 714-744) defende a impossibilidade de uma decisão humana ser completamente racional. Tomando como ponto de partida para sua argumentação três estórias atribuídas ao filósofo

grego Pirro, argumenta que há sempre uma tomada de posição valorativa entre uma gama de possibilidades decisórias. A autora diz que, sempre que alguma decisão tem de ser tomada, ela será impregnada de um sentimento de cuidado ou preocupação com o outro. A decisão sempre será tomada, segundo ela, tendo em vista a emoção de compaixão natural entre os homens e ela será compartilhada com os demais indivíduos por meio da exposição dos fundamentos decisórios, ou seja, por meio de uma razão pública. Sustenta, assim, que é possível dar uma justificação racional para uma explicação de razão prática, que é, em seus termos mais genéricos, universal e não-relativa ainda que se funde exclusivamente em critérios históricos e experienciais (NUSBAUM, 1994, p. 717).

Nesse ponto, podemos verificar a proximidade com um argumento de Dworkin (1999, p. 11) sobre os critérios de avaliação das decisões jurídicas. Ele fala dos princípios como padrões decisórios caracterizados por serem exigências de justiça e equidade e, além dessas condicionantes decisórias, fala também do processo de interpretação construtiva, que seria o seguinte: “... o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis”. Dworkin (1999, p. 226 et seq.) apresenta um critério crítico de decisões enunciado como o “princípio da integridade”, que vem a ser o compromisso do julgador com sua inserção histórica e valorativa. Considera a comunidade como um agente moral e defende que o princípio da integridade determina que deve haver coerência das decisões legislativas e judiciais com a herança vivencial de tal comunidade.

Os céticos defendem que não há argumentos mais fortes do que outros em termos de valores. Nussbaum (1994, p. 725 et seq.) argumenta contra Derrida, Fish e Bork no sentido de que há valores que podem ser

racionalmente sustentados como de maior peso contra outros e que tal argumento pode ser avaliado criticamente. Sustenta que os seres humanos (e tal característica é também admitida pelos próprios cétricos) não são somente instintivos, mas também criaturas éticas, estando comprometidos com concepções do bem e que, portanto, se conduzem segundo elas. A autora conclui seu argumento sublinhando que, para um ser humano, a vida em sociedade não se apresenta como algo fora de sua existência, mas somente a imersão num conjunto de valores e de crenças centrais é que lhe confere sentido (NUSSBAUM, 1994, p. 743).

Ricoeur (1991) é outro autor que discute a questão da ação relacionada às opções éticas. Na análise do discurso da ação, o autor distingue as causas dos motivos do agir. As causas seriam as descrições de movimentos. Os motivos, por sua vez, são propriamente parte da própria descrição da ação. Aponta para o fato de que o discurso é essencialmente dialético, mediado, possui uma dimensão prática. Dar uma razão, assim, é uma forma de conduzir um argumento para mim e para o outro. Há, portanto, uma responsabilidade do agente que diz seus atos. Há uma intencionalidade no discurso que conforma e justifica a ação. O autor sustenta que o discurso é sempre uma forma de veiculação existencial. Há, portanto, um sentido no agir e o discurso ético é o discurso da ação sensata.

O objetivo de se apontar brevemente nos autores citados a existência de uma dimensão valorativa no juízo sobre uma conduta é, nos limites do presente trabalho, apenas o de sustentar o argumento da impossibilidade de que uma decisão seja dada de forma exclusivamente racional. A neutralidade e a defesa de que não há critério de avaliação possível de ser aplicado a uma decisão judicial são falhas, na medida em que desconsideram que o direito tem um sentido específico e que este não é dissociado da existência humana e, conseqüentemente, de seu próprio sentido. O direito é instrumen-

tal, não se encerra em si mesmo. Sobre a questão do sentido do direito e de sua relação com a moralidade, diz Ferraz Jr. (1994, p. 358):

“O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível, às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um des-pudorado cinismo”.

Entendo que o direito pode até episodicamente existir em descompasso com o projeto de sociedade que dada comunidade estabelece e conduz, mas sua transformação é inevitável se ele discrepa de forma constante e radical de tal projeto.

As decisões são sempre escolhas fundamentadas em um projeto amplo de que tipo de sociedade queremos. Dworkin (1999, p. 492) aponta essa característica do direito:

“A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses, convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ser”.

Gadamer (1997, p. 280 et seq., v. 1) é mais um autor que entende que o processo interpretativo é condicionado; no seu caso, pela consciência histórica. O homem interpreta, pois isso marca o todo de sua experiência no mundo. Para Gadamer, é fundamental a temporalidade. É a partir daí que ele procu-

ra repensar a hermenêutica, o que vai significar uma passagem da hermenêutica psicologizante de Schleiermacher e Dilthey para uma hermenêutica histórica (OLIVEIRA, 1996, p. 225-226). Para ele, a constituição do sentido não é dada fora da historicidade própria do homem. Pertencer à tradição é condição existencial do indivíduo e não somos, destarte, donos do sentido que atribuímos às coisas e aos eventos dos quais participamos. A linguagem, para Gadamer (1997, p. 460), é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os partícipes do diálogo e a compreensão é interpretação que se faz no seio da linguagem. O problema da interpretação se dá na relação entre pensamento e linguagem. O autor coloca em primeiro plano a questão da aplicação, já que para ele

“... na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão, mas também a aplicação”.

Gadamer (1997, p. 469-470) chama atenção para o fato de que é próprio da função interpretativa jurídica a aplicação. Sobre esse ponto, liga Aristóteles às modernas ciências do espírito:

“Este é o ponto em que se pode relacionar a análise aristotélica do saber ético com o problema hermenêutico das modernas ciências do espírito. É verdade que na consciência hermenêutica não se trata de um saber técnico nem ético, porém, essas duas formas do saber contêm a *mesma tarefa da aplicação* que temos reconhecido como a dimensão problemática central da hermenêutica”.

Ao discorrer sobre o papel da hermenêutica jurídica, o autor fala sobre a tarefa da interpretação, que seria concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação.

“Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. ... Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos” (GADAMER, 1997, p. 489).

Verificamos que não há decisão sem um juízo deliberativo, que é feito sob critérios, ainda que tenham eles alguma variabilidade. O direito, como sabido, não é um saber que se possa equiparar ao das ciências naturais. Não há controle preciso de verificabilidade no direito como há, por outro lado, na matemática, na física, na química etc. Assim, embora o procedimento de tomada de decisão não seja um procedimento que se possa verificar cientificamente (do ponto de vista cartesiano), ainda assim é controlado metodologicamente e pode ser criticado quanto ao seu resultado. O direito faz parte das chamadas ciências do espírito e diz respeito ao que Aristóteles chamou de *filosofia prática*. Sobre o tema, Berti (1998, p. 116) comenta:

“A filosofia prática, portanto, tem em comum com a teórica o fato de procurar a verdade, ou seja, o conhecimento de como são efetivamente as coisas, e também a causa de como são, ou seja, o fato de ser ciência. Sua diferença em relação à filosofia teórica é que, para esta última, a verdade é fim para si mesma, enquanto para a filosofia prática a verdade não é o fim, mas apenas um meio em vista de outro, ou seja, da ação, sempre situada no tempo presente: não alguma coisa já existente, mas que deve ser feita agora”.

4.2. Desconstrutivismo, pragmatismo e função da interpretação

Sobre as possibilidades de validação interpretativa no âmbito da literatura, na linha do posicionamento cético, há aqueles

que propugnam por uma abertura de possibilidade de interpretações válidas de forma praticamente ilimitada.

Miller (1995, p. 81), ao defender o desconstrutivismo como um método de leitura desafiador, diz que

“... a desconstrução questionou o pressuposto de que uma obra de qualidade deveria ter ou tem um significado único, passível de ser determinado e organicamente unificado. Colocou em dúvida a certeza de que a linguagem, incluindo a linguagem literária, é primordialmente referencial, que inicialmente nomeia algum estado de coisas extralingüístico e extrai o seu valor da sua exatidão e força justamente nesse processo. Afinal, a desconstrução mostrou pacientemente, através da leitura cuidadosa de uma variedade de textos literários e também filosóficos, que a linguagem figurada não é um floreio casual acrescentado a uma base literal, mas que essa linguagem, inclusive a linguagem literária, é inteiramente figurativa, da cabeça aos pés, por assim dizer”.

Se levarmos essa proposta de validação de interpretação para o direito, estaremos virtualmente no campo da anomia. O direito tem como uma de suas funções conferir a chamada segurança jurídica. Se não há uma interpretação pelo menos plausível, então não há segurança jurídica alguma. Se transportada a proposta desconstrutivista para o direito, ela corresponderia à inutilização do mesmo como tecnologia de controle social. Isso não quer dizer que a proposta desconstrutivista não seja uma forma válida de interpretação, mas aí teremos de nos indagar qual a função da interpretação. Por exemplo, um professor que esteja procurando verificar a aprendizagem de um aluno do ponto de vista conceitual não poderá aceitar respostas que não apresentem os elementos do conceito perguntado. A função da interpretação da pergunta e do sentido buscado pelo instrumento de avaliação é, de

alguma forma, canônica. Da mesma forma, um médico ao diagnosticar a doença de um paciente ou um advogado ao identificar o problema jurídico. Aqui se trata de dar respostas práticas a questões de inafastável necessidade de deliberação por parte do intérprete.

A função da abordagem desconstrutiva é, parece-me, de ampliação das capacidades cognitivas do intérprete, por um lado, e também politicamente emancipatória em face de certas estratégias de controle do conhecimento por parte de grupos ligados ao ensino, pesquisa e, conseqüentemente, controladores dos meios de financiamento de tais atividades. Não se nega validade a esse tipo de abordagem ou método interpretativo, desde que o mesmo não esteja sendo usado num contexto que exija uma resposta concreta para um problema que demanda uma decisão inadiável, como é o caso dos conflitos jurídicos.

Hirsh (1993, p. 7), em sua obra sobre o objetivo da interpretação, defende a possibilidade de uma interpretação correta, atacando o relativismo cético. Contesta o posicionamento dos desconstrutivistas, ressaltando o papel da ética no processo interpretativo:

“The choice of an interpretive norm is not required by the ‘nature of the text’, but, being a choice, belongs to the domain of ethics rather than the domain of ontology. ... the object of interpretation is no automatic given, but a task that the interpreter sets himself. *He* decides what he wants to actualize and what purpose his actualization should achieve”.

No campo do pragmatismo, uma boa peça introdutória de discussão teórica é a conferência realizada em Cambridge, em 1990, publicada em português³¹, na qual Richard Rorty defende sua posição pragmatista frente a Umberto Eco. Segundo a visão de Rorty, o que é possível se fazer com um texto é utilizá-lo segundo os propósitos do leitor, o que descaracteriza qualquer possi-

bilidade de intenção do autor que possa ser encontrada a partir de sua leitura. Descarta a possibilidade de que haja um sentido do texto que possa determinar alguma coerência canônica. Diz o autor:

“Eu diria que um texto tem apenas a coerência que por acaso adquiriu durante a última volta da roda da hermenêutica, assim como um monte de barro tem apenas a coerência que por acaso obteve durante a última volta do torno do oleiro. ... Sua coerência [do texto] não é mais do que o fato de alguém ter encontrado algo interessante para dizer sobre um conjunto de sinais ou ruídos – um modo de descrever esses sinais ou ruídos que os relaciona a algumas das outras coisas sobre as quais estamos interessados em falar” (ECO, 1993, p. 115).

A idéia de relativização presente em Rorty funcionaliza sua proposta pragmática, na medida em que o autor defende que um texto dado somente pode ser fruído, sem nenhuma garantia de que haja, de qualquer forma, um sentido a ser percebido, desvendado, interpretado. Nesse sentido, qualquer dação de significado ao texto é, para Rorty, mistificadora:

“A idéia de que um comentador descobriu o que um texto realmente faz – por exemplo, que ele *realmente* desmistifica um construto ideológico, ou *realmente* desconstrói as oposições hierárquicas da metafísica ocidental, e não apenas pode ser utilizado para estes propósitos – é, para nós, pragmatistas, só mais um ocultismo”.

Rorty segue criticando qualquer possibilidade de interpretação válida segundo cânones, investindo inclusive contra Miller: “O que a ‘teoria’ não fez, penso eu, foi criar um método de leitura, ou o que Hillis Miller chama de ‘uma ética de leitura’. Nós, pragmatistas, pensamos também que ninguém jamais conseguirá isso”.

Eco oferece réplica a Rorty colocando em primeiro plano a idéia de função do texto.

Um texto produzido tem a pretensão de veicular uma idéia, uma representação qualquer. Embora reconheça que um texto criativo é sempre uma obra aberta (assim são as obras de ficção), há certamente uma função própria desse tipo de texto que é deixar em aberto uma possibilidade maior de interpretações. Segundo Eco (1993, p. 169), entretanto, embora haja várias possibilidades de interpretação para um texto criativo, em suas próprias palavras: “não é verdade que tudo serve”. Sustenta que é possível que haja várias interpretações válidas para um texto, mas há pertinências impossíveis e pertinências absurdas. Interpretar é construir, no mínimo, um consenso da comunidade sobre a pertinência plausível de um sentido dado.

5. A aplicação das normas abertas e sua problematidade: o des-fecho da discussão

Parece claro que, no processo de interpretação e aplicação das normas, ou seja, na tomada de decisão, está em jogo mais do que a manifestação do ato de vontade da autoridade. Há, no momento da tomada de decisão, um exercício racional de ponderação de valores, preenchimento de sentido das normas, adequação do sentido a ser dado a determinada norma a uma tradição na qual estamos imersos, a percepção de que a decisão tem conseqüências futuras, enfim, uma série de condicionantes do ato que então se fazem presentes problematizadamente.

No presente trabalho, pretendi apontar o aumento da complexidade do processo de interpretação e aplicação da norma conseqüente à presença, na legislação infra-constitucional, cada vez maior, de normas abertas.

Se não é qualquer decisão que pode ser aceita como válida, devemos como sociedade poder ter acesso ao caminho mental percorrido pelo juiz quando deliberou em determinado sentido. Nosso modelo de ensi-

no jurídico, a meu ver, não privilegia adequadamente o aspecto da problematização da construção das decisões e sua publicação. O resultado de uma prática judicial de pouco cuidado com a fundamentação das decisões é a corrosão progressiva da idéia de função social e de responsabilidade do Judiciário, com conseqüências já visíveis do ponto de vista de sua legitimação frente à sociedade. É importante que as questões relativas ao discurso interno sobre os mecanismos de tomada de decisão sejam abordadas com maior ênfase no âmbito do ensino do direito. Larenz (1997, p. 310-313) descreve o problema da interpretação insuficientemente fundamentada que é proferida por meio da simples subsunção:

“Os tribunais argumentam não raramente de modo tipológico, mas declaram a sua argumentação, justificada como coordenação a um tipo, como subsunção a um conceito, que como tal não é, de facto, aceitável. A falta de consciência do modo de argumentar tipológico reduz a fundamentação a uma fundamentação ilusória, mas que seria correcta se o tribunal tivesse argumentado abertamente de modo tipológico... A necessidade de um pensamento ‘orientado a valores’ surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. Tais pautas são, por exemplo, a ‘boa-fé’, uma ‘justa causa’, uma ‘relação adequada’ (de prestação ou contraprestação), um ‘prazo razoável’ ou ‘prudente arbítrio’”.

A alternativa a uma decisão realmente fundamentada e cuja motivação possa se verificar convenientemente explicitada é um tipo de decisionismo que hoje se pode observar, por exemplo, no STJ e no STF. Um padrão de decisão que materializa o discurso mistificador da dedução mecanicista, da

subsunção neutra e que em verdade se manifesta como a expressão do chamado *argumento de autoridade*. Em recente artigo, Silva (2002, p. 23-50) cobra do STF coerência sobre a utilização de dois dos chamados “princípios”³² de interpretação constitucional: o da proporcionalidade e o da razoabilidade. Demonstra o autor como os argumentos utilizados nas fundamentações de algumas decisões não somente não se aprofundam suficientemente nas questões de mérito, como também nem mesmo esclarecem com precisão os conceitos jurídicos com os quais argumentam.

Sobre a importância da fundamentação adequada para que haja possibilidade de crítica à decisão, Larenz (1997, p. 326) propõe:

[a Jurisprudência] “Tem que ‘arriscar’ uma solução, mesmo que não seja capaz de a apoiar plenamente com fundamentos; nesta medida, a sua solução contém inevitavelmente uma parcela de ‘discricionariedade’. Mas ele [o juiz ou funcionário] *deve fundamentar, tanto quanto lhe seja possível*, a sua solução com argumentos jurídicos – assim lho exige a sua vinculação constitucional à ‘lei e ao Direito’” (grifo nosso).

A questão da fundamentação adequada é diretamente relacionada com a mudança do modelo normativo preponderante na produção legislativa atual, qual seja, o da utilização de normas abertas. Não adiantarei a discussão no sentido do aprofundamento de tal questão, ficando por ora com as reflexões aqui apresentadas.

A complexidade dos problemas aqui apontados não ensejam uma conclusão ou uma resposta terminativa, mas podem apontar questões que instiguem a continuidade de investigações sobre o tema. Gostaria de pensar ter proposto, diversamente do que seria um encerramento da discussão, um des-fecho que possa motivar o interesse em novos enfrentamentos das questões apontadas.

Notas

¹ Se é certo que não se pode precisar o momento em que, na história, os períodos se sucedem, traço um corte metodológico a partir da Constituição de 1988 tendo em vista o surgimento, posteriormente a ela, das Leis 8.078/90, 8.884/94 e 10.406/02, que ilustram uma técnica legislativa diversa daquela utilizada nas leis anteriores à Constituição.

² Cf. FARIA, 1991, 1995, 1987, 1984; FALCÃO NETO, 1977, 1981, 1979.

³ Cf. FARIA, 1995, p. 20.

⁴ Por simplificação e em razão do corte metodológico adotado, não serão analisados o problema da crise do direito e do Judiciário no presente trabalho, mas é importante ressaltar que eles são igualmente importantes e têm implicação direta na crise do ensino do direito.

⁵ Sobre essa diferença, falei em *Crise do direito e juspositivismo*: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

⁶ Cf. WARAT, 1988, p. 30.

⁷ O conceito de sistema aqui tomado é o do sistema conceitual lógico-formal, cujos conceitos encadeiam-se de forma vertical, conforme a representação kelseniana.

⁸ Cf. FALCÃO NETO, 1979, p. 7-8.

⁹ O termo “lógico-formal” aqui utilizado expressa uma dada visão sobre o direito que é descrita na doutrina sobre o tema do ensino jurídico. Não faço, assim, uma crítica à lógica formal propriamente, mas o termo me permite descrever uma perspectiva teórica sobre o direito. Reconheço, como corretamente me apontou José Reinaldo de Lima Lopes, que a lógica formal é condição do pensamento conseqüente, na linha de argumento de autores como Raz, MacCormick e Ricoeur, por exemplo.

¹⁰ Sobre as escolas citadas, ver Gillissen, 1995, p. 513-520; Van Caenegem, 1995, p. 151-163.

¹¹ Bourdieu (1989, p. 7) “...o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhes estão sujeitos ou mesmo que o exercem”.

¹² San Tiago Dantas advertia sobre a questão do método em relação ao que chamou de “restauração da cultura jurídica”: Esse movimento tem de lançar raízes numa revisão da educação jurídica e é, portanto, como programa de ação, um apelo à reforma do ensino do direito nas nossas escolas e universidades.

“O ponto de onde, a meu ver, devemos partir, nesse exame do ensino que hoje praticamos, é a definição do próprio objetivo da educação jurídica. Quem percorre os programas de ensino das nossas escolas, e sobretudo quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da velha aula-douta coimbrã, vê que o objetivo atual

do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemático das instituições e normas jurídicas. Poderíamos dizer que o curso jurídico é, sem exagero, um curso dos institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático.”

¹³ Cf. FERREIRA, 1986.

¹⁴ A despeito de críticas ao uso do termo paradigma aplicado às ciências humanas e em especial às sociais, penso ser possível fazê-lo. Para o aprofundamento da discussão, ver Kuhn, 1996. Numa crítica sobre a teoria de Kuhn aplicada de forma irrestrita às ciências sociais, Jeffrey C. Alexander (1987) aponta: “As condições definidoras da crise do paradigma nas ciências naturais são a rotina nas sociais”; e em sua nota de rodapé: “Essa é a razão porque tantas das primeiras aplicações das idéias de Kuhn à sociologia (por exemplo, Friedrichs, 1970) parecem hoje tão exageradas. Elas proclamavam revoluções numa disciplina em estado contínuo de profundo desacordo e de revolução teórica”.

¹⁵ O artigo 6º da CF88 diz que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁶ Sobre esse tema, falei em: A flexibilização da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília.

¹⁷ Cf. FARIA, 1999, p. 59.

¹⁸ RESP 63981/SP; Recurso Especial 1995/0018349-8. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 24/11/2003.

¹⁹ Kelsen tem uma idéia de ciência cartesiana, moderna e, portanto, quantificável, verificável.

²⁰ Larenz não fala em “predominância”, mas fala em que a aplicação assim seria num “caso ideal”. Penso que não é a questão de falar-se em tese, mas de fato o que ocorre é isso. Há aqui uma relação de predominância de processos metodológicos.

²¹ O termo “segurança jurídica” é aqui utilizado com a conotação de razoável previsibilidade sobre o sentido normativo de determinado comando.

²² Faço aqui referência à obra de Dworkin pensando fundamentalmente nos seus três mais conhecidos livros: *Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípio* e *O império do direito*, todos publicados recentemente em português pela Editora Martins Fontes.

²³ Especificamente a versão do positivismo desenvolvida em *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

²⁴ Esclareço que o termo “padrão” é utilizado pelo próprio Dworkin, referindo-se ao critério decisório.

²⁵ Podemos exemplificar esse ponto imaginando o peso simultâneo de dois princípios como o da liberdade de imprensa *versus* o da preservação da intimidade, ambos constitucionais.

²⁶ A diferença entre regras e princípios encontra-se especialmente tratada por Dworkin nos capítulos 2 e 3 do *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷ Cf. CUNHA, 2003.

²⁸ Não nos aprofundaremos, por óbvia questão de espaço e propósito do presente trabalho, na questão relativa ao papel ideológico de um discurso acadêmico da pureza do direito na reprodução de uma dada estrutura de Estado, de sociedade e de universidade. Para o aprofundamento desta questão, ver, entre tantos, Bourdieu (1989); Bourdieu; Passeron (1992).

²⁹ "... è da notare che Rousseau e dopo di lui Kant hanno identificato la ragione con il sentimento morale: manifestazione pratica della ragione, o 'ragione pratica'" (DIDIER, 1989).

³⁰ Kelsen entende dessa maneira. Cf. o capítulo VIII da Teoria pura do direito, no qual o autor declara que nenhum método pode garantir a correta aplicação da norma, até porque, segundo ele, não há qualquer interpretação a ser destacada como "correta".

³¹ Cf. ECO, 1993.

³² O autor contesta, valendo-se de Alexy, que a proporcionalidade e a razoabilidade sejam princípios, defendendo a opinião de que são regras.

Bibliografia

- ALEXANDER, Jeffrey C. O novo movimento teórico. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 2, n. 4, jun. 1987.
- BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. São Paulo: Loyola, 1998.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Dicionário compacto do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DANTAS, Santiago. A educação jurídica e a crise brasileira. *Revista Encontros da UnB*, Brasília, 1978-1979.
- DIDIER, Julia. *Dizionario di filosofia*. Roma: Gremese, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. Crise da universidade e crise do ensino jurídico. *A universidade e seu mitos*. PIMES - Comunicações, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 18, 1977.
- _____. Cultura e democracia: a favor da democratização do judiciário. In: LAMOUNIER, Bolívar; WEFFORT, Francisco C.; BENEVIDES, Maria V. (Org.). *Direito, Cidadania e Participação*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.
- _____. O advogado, a cultura jurídica e o acesso ao sistema judiciário. *A universidade e seus mitos*. PIMES - Comunicações, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 18, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.
- _____. *Os novos desafios da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- _____. *Sociologia jurídica: crise do direito e práxis política*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- _____. Estado, sociedade e direito. In: _____.; KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- _____. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- _____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FREITAS FILHO, Roberto. A flexibilização da legalidade nas práticas conciliatórias na Justiça do Trabalho. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997.
- _____. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1.
- GILLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Goulbekian, 1995.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Calouste Goulbekian, 1996.
- HIRSH JUNIOR, E. D. *The aims of interpretation*. Chicago: The University of Chicago, 1993.
- JORI, Mario. Paradigms of legal science. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma, n. 2, 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Goulbekian, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.
- MILLER, J. Hills. *A ética da leitura*. Rio de Janeiro: Imago, 1995.
- NUSSBAUM, Martha. Skepticism about practical reason in literature and the law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 107, p. 714-744, 1994.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.
- RICOEUR, Paul. *O discurso da ação*. Lisboa: Edições 70, 1991.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002.
- VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora da UnB, 1988.
- RESP 63981/SP; Recurso especial 1995/0018349-8. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webs-tj>>. Acesso em: 24 novembro 2003.