

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 151

julho/setembro – 2001

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Jurisdição, tópica e razoabilidade

João Paulo Allain Teixeira

## Sumário

1. Estado e jurisdição. 1.1. Racionalidade e direito. 1.2. A caracterização da função jurisdicional. 2. A neutralização do judiciário e a segurança jurídica. 3. A obrigatoriedade da decisão e o impedimento ao *non liquet*. 4. A sentença e a fundamentação da decisão. 4.1. A dinâmica do sistema jurídico. 4.2. A aplicação do direito como processo subsuntivo. 4.3. A perspectiva da hermenêutica kelseniana. 5. A relevância da *ars inveniendi*. 6. Por um *logos* do razoável.

## 1. Estado e jurisdição

### 1.1. Racionalidade e direito

A concepção de dogmática jurídica com os seus caracteres essenciais, do *non liquet* à inegabilidade dos pontos de partida, deve sua difusão em grande parte à necessidade de construir um sistema jurídico que seja sobretudo uma ordenação racional e objetiva da dinâmica social.

Acompanha esse processo a formação do Estado com os chamados elementos constitutivos, de uma tal sorte que progressivamente vão-se identificando direito e Estado. Isso significa que a norma desde que posta pelo Estado adquire uma aura de legitimidade inquestionável, por ser presumivelmente a expressão de uma vontade coletiva.

Com efeito, o direito moderno é a expressão da necessidade de redução da crescente complexificação social. Com o advento da modernidade e o desaparecimento de uma moral globalizante, é superada a visão que

João Paulo Allain Teixeira é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestrando em Direito pela Universidad Internacional de Andalucía (Espanha), Professor da Faculdade de Direito de Olinda e da Universidade Católica de Pernambuco.

admite a explicação social de acordo com padrões de diferenciação segmentária hierárquica até então dominantes.

Superada a concepção social hierárquico-segmentária, perceberemos uma crescente contingencialização do vivenciar humano aliada ao desaparecimento de “crenças em comum” ou de “fronteiras externas da sociedade como um todo” (LUHMANN, 1983, p. 225-). Passa-se a lidar, então, com vários sistemas parciais em relacionamento recíproco multiplicando-se ao infinito as possibilidades de ação. Daí justifica-se a necessidade do recurso a “processos de seleção consciente” das diversas expectativas comportamentais (Cf. LUHMANN, 1983, p. 226).

A Teoria dos Sistemas luhmanniana apanha a sociedade moderna composta por múltiplos sistemas, cada um destinado à solução de problemas específicos. Tal hipercomplexificação da sociedade provoca o nascimento de sistemas sociais parciais, destinados à solução de problemas específicos. A sociedade passa a ser enxergada como um grupo de sistemas (Cf. LUHMANN, 1983, p. 225), horizontalmente relacionados, cada qual correspondendo a um âmbito de atuação do indivíduo.

Teremos dessa maneira em uma mesma sociedade tantos sistemas quantas sejam as relações estabelecidas entre os homens. Seriam assim um sistema relativo ao amor, um sistema contemplando as relações de amizade, um sistema dedicado à política, um outro relativo à economia, um outro voltado ao direito, outro ainda dizendo respeito à religião, mais outro contemplando as relações de poder, etc<sup>1</sup>.

Nesse sentido, o direito moderno representa um eficiente mecanismo para a redução da complexidade da vida moderna. Estruturado a partir de expectativas normativas<sup>2</sup>, o direito será progressivamente institucionalizado, posto por uma decisão que não se identifica com a vontade individual de ninguém, representando de acordo com o ideal contratualista, a vontade *a priori* da maioria.

Quando falamos de positivação, queremos aludir à situação típica do Direito a partir do século XIX. Como explica Ferraz Jr.,

“os modernos pensadores não indagam mais, como os antigos, das relações morais do bem na vida, mas sim das suas condições efetivas e racionais de sobrevivência. Tais necessidades práticas de uma sociedade tornada mais complexa exigem soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. É nesse momento que surge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Daí, conseqüentemente o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito” (1989, p. 65).

Esses acontecimentos caminharão paulatinamente no sentido do delineamento definitivo dos traços fundamentais da dogmática jurídica. Daí a centralização da organização da legislação, com o aparecimento de conceitos tais como a proibição da decisão *contra legem*, a distinção entre fontes formais e materiais, a oposição entre direito objetivo e direito subjetivo, a distinção entre governo e administração etc. Tanto a centralização como o surgimento das figuras dogmáticas encontram ponto de apoio no fenômeno da positivação.

Usualmente tem sido contraposta ao direito positivo a idéia de direito natural. Nesse sentido, o pensamento jurídico ocidental tem sido dominado desde a Idade Média pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”, não obstante o conteúdo con-

ceitual dessa distinção remonte à antiguidade clássica (BOBBIO, 1999, p. 15).

De certo modo, o debate entre o “positivo” e o “natural” encerram o conflito entre aquilo que é por natureza (dado) e aquilo que é por convenção (construído). Caracteriza-se o direito positivo por ser posto pelos homens, diferentemente do direito natural, que é posto por algo que está além dos homens.

É que as estruturas do antigo regime permitiam o arbítrio nas decisões judiciais favorecendo uma grande insegurança social. Daí a crítica das escolas iluministas, configurando-se a necessidade de uma sistematização do direito bem como da valorização do direito sob a forma de lei, mais tarde levada ao extremo pela escola da exegese.

A respeito disso, Ferraz Jr. considera que “a tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento de seus fundamentos, descambando por fim, já ao final do século XIX, para o positivismo legal, com uma autodelimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito. Esse desenvolvimento redundava na configuração de um modo típico de pensar o direito e que se transformou naquilo que ainda hoje conhecemos como dogmática jurídica” (1989, p. 80)

Explica Ferraz Jr. que, a partir desse momento, a noção de positivização passa a ser termo correlato de decisão: “...direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas além disso, aquele cujas premissas de decisão que o põem também são postas por decisão” (1989, p. 79).

A origem da passagem da concepção jusnaturalista à positivista, que dominou todo o século passado e que domina em grande parte até agora, está ligada à formação do

Estado moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval:

“a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendido de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (BOBBIO, 1999, p. 26-27).

O positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor, devendo o jurista estudar o direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, necessariamente abstendo-se de formular juízos de valor. Sendo avalorativo, é indiferente para o positivismo jurídico que o direito seja bom ou mau, justo ou injusto.

Tudo é possível graças à formalização do direito, que consiste em retirar o seu conteúdo em favor da estrutura formal traduzida pelo conceito de validade (Cf. BOBBIO, 1999, p. 131).

Assim, o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que funda a atividade do jurista em elementos predominantemente declarativos em detrimento de elementos criativos. Isso possibilita a redução do papel do intérprete no momento da aplicação do direito, assemelhando-o a um robô, um autômato programado para decidir de acordo com a letra da lei.

## 1.2. A caracterização da função jurisdicional

Concebida em uma época em que se fazia imperiosa a limitação do poder então absoluto, a teoria da separação de poderes representa hoje um dos pilares mais evidentes do constitucionalismo moderno. Com efeito, a separação de poderes atendia inicialmente à classe burguesa que se opunha ao *ancien régime*<sup>3</sup> estabelecendo a limitação do poder pelo próprio poder.

Nos grupos primitivos, a ordem interna era mantida por um chefe, dotado de qualidades que o destacavam diante do grupo, tocando a ele, entre outras prerrogativas, o julgamento de dissídios e imposição de penalidades.

A progressiva complexificação social, além do aumento populacional e territorial, obrigava a delegação de certas atribuições a pessoas da confiança do chefe ou príncipe, que cada vez mais se encontrava impossibilitado de atender pessoalmente a todas as demandas sociais. Permanecia a autoridade nele, mas o seu exercício tinha de ser dividido entre várias pessoas. Tal fato é um imperativo natural da especialização de funções<sup>4</sup> e da divisão do trabalho (Cf. AZAMBUJA, 1951, p. 176-).

Apesar de podermos apontar alguns precursores da doutrina da separação de poderes antes mesmo da modernidade<sup>5</sup>, pode-se afirmar que o primeiro a elaborar uma teoria da divisão de poderes sistematizada foi John Locke. Inspirado na Constituição Inglesa, diz nos seus “ensaios” que é necessário que as funções do Estado sejam exercidas por órgãos diferentes. Executivo; Legislativo, Confederativo (Relações Internacionais) e Discrecional (atribuições extraordinárias que o governo exercia de acordo com as leis).

Mas o autor de grande penetração foi mesmo Montesquieu, havendo a sua teoria sido acolhida pelas Constituições escritas do fim do século XVIII. Tal formulação defendia a necessidade de harmonia entre os poderes, numa estrutura em que estivessem

reciprocamente limitados. São os “checks and balances” da experiência inglesa através do qual “le pouvoir arrête le pouvoir”, no dizer de Montesquieu<sup>6</sup>.

O pensamento atual não consagra a separação de poderes absoluta como quiseram os revolucionários de 89. Hoje fala-se de separação de órgãos, especialização de funções e, sobretudo, cooperação entre órgãos, para que o poder limite o poder. Então, quando se fala de “separação de poderes”, não se cogita de exclusividade, mas preponderância de funções, como num sistema de vasos comunicantes, pois o poder do Estado é uno e indivisível<sup>7</sup>.

No momento em que o Estado arvora-se na condição de único produtor do direito, encontra-se na condição de não apenas estabelecer as regras gerais, mas também dirimir conflitos porventura existentes quando da aplicação do direito.

Com efeito, o advento do Estado moderno traz a organização do poder social sob a forma de Estado, sendo abolidas as formas de justiça privada. Cabe então ao Estado a distribuição da Justiça. Isso importa dizer que é ao Estado que incumbe pronunciar-se sobre o direito aplicável a cada caso concreto nas hipóteses de conflito.

Sendo ilimitadas as pretensões humanas e limitados os bens para satisfazê-las, inevitável é o conflito, situação em que surge a insatisfação. Com isso, a existência de uma ordem reguladora, como o é o direito, é insuficiente ante a possibilidade do seu descumprimento. Mas a insatisfação é fator anti-social por excelência, provocando a desagregação e a instabilidade social. Por isso, é necessário a criação de mecanismos destinados a tornar suportáveis os conflitos sociais (Cf. CINTRA; GRINNOVER; DINAMARCO, 1994, p. 20).

No direito primitivo, esses mecanismos eram a autocomposição e a autodefesa. No nosso moderno Direito, jogam papel bastante relevante a defesa de terceiro, a mediação e o processo<sup>8</sup>. Daí o papel da jurisdição, função do Estado moderno.

## 2. A neutralização do judiciário e a segurança jurídica

Uma das peças importantes quanto ao aparecimento da dogmática como teoria autônoma consiste na neutralização política do Judiciário (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 77). A idéia é atribuir ao Juiz a possibilidade de pairar sobre as partes sem com elas se envolver, proporcionando uma decisão tanto mais imparcial quanto seja possível.

Nesse sentido, a teoria da divisão de poderes vai

“garantir...uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente aceita no Executivo e é fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito” (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 77).

O esforço da teoria jurídica vai no sentido da difusão da crença na racionalidade objetiva do direito. Para tanto, atribui-se ao direito a condição de mecanismo estabilizador das expectativas sociais. Isso significa que o direito moderno depende em grande medida da construção de um sistema normativo que proporcione não apenas a segurança sobre a existência de normas que qualifiquem as condutas de acordo com o binômio licitude/ilicitude, mas sobretudo a certeza de que existem mecanismos capazes de garantir os indivíduos contra o acaso.

A segurança é representada pelo limite dentro do qual as relações jurídicas deverão se dar de modo socialmente suportável. Enfim, um horizonte de previsibilidade capaz de estabelecer de antemão as conseqüências dos atos jurídicos garantindo-se as expectativas ante desilusões que porventura aconteçam<sup>9</sup>. Como anota Recaséns Siches, o direito não nasce na vida humana como forma de render homenagens à idéia de justiça, senão para garantir uma ineludível urgência de segurança e certeza na vida social (RECASÉNS SICHES, 1981, p. 220).

Ilustra tal situação conhecida passagem do “Mercador de Veneza”, quando Antonio torna-se fiador de Bassânio por dívida contraída com o judeu Shylock<sup>10</sup>. A garantia do pagamento seria a faculdade de cortar uma libra de carne do corpo de Antonio, que tinha esperança de que pudesse pagar a dívida com o lucro decorrente da venda do carregamento dos seus navios, antes do prazo dado por Shylock. Antonio não contava com o pior: o naufrágio de um de seus navios impossibilitando o pagamento da dívida no prazo acertado e ensejando o cumprimento do acertado no contrato, apesar das súplicas em contrário de Antonio<sup>11</sup> e de seus amigos. De fato, o direito já estava pré-estabelecido e uma eventual decisão fora do convencional seria uma ofensa à própria ordem jurídica estabelecida<sup>12</sup>. Seria necessário buscar uma alternativa dentro do próprio acerto efetuado por Antonio e Shylock. Muito sagazmente, a corte decide pelo cumprimento do contrato nos seus exatos termos: Shylock teria direito a cortar uma libra do peito de Antonio, nem mais, nem menos. Qualquer diferença, por mínima que fosse, descaracterizaria o pagamento da dívida nos termos do contrato e tornaria Shylock incurso em crime de lesão corporal<sup>13</sup>.

Tal exemplo é trazido por Recaséns Siches para estabelecer a diferença singular entre “irregularidade caprichosa” característica da arbitrariedade e “regularidade inviolável” típica do direito. Assim, haverá arbitrariedade sempre que o poder público, por meio de um mero ato de força, estabeleça normas ou critérios vigentes para um caso concreto sem obedecer a quaisquer regras de caráter geral e sem criar nova regra de caráter geral que a substitua. De outra sorte, o direito tem por característica a fundamentação em normas ou critérios objetivos de maneira regular, sendo válido para todos os casos que se apresentem (Cf. RECASÉNS SICHES, 1981, p. 215-216).

Nesse sentido, a segurança é algo objetivo, reflexo da determinação do direito pelo Estado por meio da sua atividade legiferan-

te, demarcando os limites dentro dos quais serão suportadas as relações sociais. Coisa distinta é a certeza, fundada não na mera existência, mas no conhecimento das leis a partir de uma atitude valorativa do indivíduo sobre o seu conteúdo como sendo inestimável para a convivência social. Daí a consideração de Oñate em atribuir à certeza a condição de “específica eticidade do direito”.

Como se percebe, existe uma diferença fundamental entre os vocábulos segurança e certeza que a análise etimológica permite elucidar. Em primeiro lugar, registra-se que a palavra certeza comporta dois significados fundamentais, sendo um verificado no plano objetivo e o segundo no plano subjetivo (SOUZA, 1996, p. 28).

Objetivamente a certeza existe enquanto garantia racional que o conhecimento oferece de sua verdade em função de uma evidência. Subjetivamente, existe certeza quando nos apropriamos de uma verdade, de um tal modo que a crença em algo dispense qualquer meio de prova, constituindo mesmo uma fé.

Os dois conceitos, segurança e certeza, não são contraditórios, antes sendo complementares: “A certeza do cidadão não pode se opor à segurança da ordem jurídica e vice-versa” (SOUZA, 1996, p. 28). Daí a afirmação segundo a qual a segurança é valor contido na lei ao passo que a certeza do direito é decorrente da atividade jurisdicional (Cf. SOUZA, 1996, p. 33-34). Dessa maneira, teríamos que a segurança seria uma certeza *a priori*, e a certeza, a segurança *a posteriori* (Cf. SOUZA, 1996, p. 26-27). Souza recorre à imagem de uma “estrada” onde a segurança seria algo objetivo, materialmente perceptível enquanto a certeza, na qualidade de faculdade, poderia ser concretizada ou não<sup>14</sup>.

Pode-se admitir que a certeza do direito refere-se ao seu caráter de norma objetivamente posta, destinada a regular condutas sociais de modo impessoal. Isso permite um certo grau de previsibilidade sobre o funci-

onamento social, tranquilizando o espírito humano sobre o sentido do seu agir em sociedade.

Nesse sentido, considera Flávio López de Oñate que “a ação humana tem necessidade para realizar-se de partir desde o início de uma fé na vida social, fé que só pode subsistir se a sociedade lhe corresponde com sua fé nessa mesma ação e lhe retribui o dom que ela faz a sociedade, conferindo-lhe a garantia que dá a certeza” (1953, p. 75). Por isso, “A lei faz saber a cada qual o que pode querer. Justamente nisso se realiza o benefício que vem a ser possível por sua certeza. A previsibilidade dos comportamentos, isto é, de sua valoração, é o motivo de que a lei não trate de coisas particulares e presentes, senão de coisas futuras e gerais” (1953, p. 76).

Diz ainda Oñate que a lei incerta trai a sua missão de lei, afirmando que deve-se lutar contra o arbítrio e que a ciência do direito tem como tarefa uma sistematização racional com o fim de conhecer a certeza do direito como regra indubitável da ação. Com isso, a sua tarefa principal é a de contribuir decisivamente para eliminar o inimigo natural do direito que é o arbítrio (1953, p. 80 e 148).

Percebemos com isso que a perspectiva liberal em certo sentido eleva a segurança jurídica a uma posição de destaque, identificando-a mesmo com o próprio conceito de justiça. Nesse sentido, a maior expressão de justiça é a própria segurança proporcionada pela lei.

Nesse sentido, a dogmática jurídica estabelece vários instrumentos no escopo de contemplar a segurança. Não é por outro motivo que são desenvolvidos os mecanismos de compatibilização horizontal e vertical, harmonizando as normas do ordenamento, dotando-o de uma sistematicidade<sup>15</sup>.

Também no campo do Direito Constitucional, encontramos a preocupação com a segurança por meio da inclusão de mecanismos estabilizadores de direitos subjetivos<sup>16</sup>. Não é por outro motivo que são postos a salvo de prejuízo legal o direito adqui-

rido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada<sup>17</sup>. É de se dizer que a preocupação com a segurança não aparece apenas no plano da validade das normas, mas também, como veremos, no campo da interpretação e aplicação do direito.

Como é de se notar, não existe possibilidade de justiça onde predomina o arbítrio, a ausência de *medida* (Cf. SALDANHA, 1997, p. 135), réguas, regras, balizas enfim.

Usualmente se tem colocado o problema da segurança em contraste com o da justiça de uma forma tal que o privilégio implique desprivilégio da outra (Cf. TEIXEIRA, 1997, p. 86 e SOUZA, 1996, p. 105). Pensamos que talvez seja interessante o desenvolvimento de uma concepção em que segurança e justiça possam conviver harmonicamente em uma dialética da complementaridade<sup>18</sup>.

A segurança jurídica é necessária no esquema do Estado de Direito, mas, como temos oportunidade de discutir, não constitui entretanto critério *a priori* integrado à textualidade da norma, antes sendo desvendada a partir do seu próprio processo de concretização.

### 3. A obrigatoriedade da decisão e o impedimento ao *'non liquet'*

O direito dogmático possui como características, além da sua “emancipação” como espécie do gênero Ética, a pretensão de monopólio da sua própria produção e com isso o crescimento da importância atribuída às fontes jurídicas estatais (Cf. ADEODATO, 1997, p. 258-). João Maurício Adeodato demonstra que o preenchimento desses requisitos implica a construção de uma nova perspectiva da dogmática jurídica, com os princípios da inegabilidade dos pontos de partida e do *non liquet* (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 95- e ADEODATO, 1997, p. 266-).

O primado das fontes estatais sobre as demais leva a um crescente formalismo em que o direito válido passa a ser aquele estabelecido ou reconhecido pelo Estado. Essa realidade nos permite discutir alguns aspectos

que caracterizam a doutrina liberal do direito dogmático.

Costuma-se usualmente estabelecer contraposição entre investigações de perfil dogmático e investigações de cunho zetético, de um modo tal que é possível claramente distinguir, no campo do direito, as duas espécies investigativas.

A preocupação central da dogmática é tornar possível a decidibilidade dos conflitos sociais. Seu único compromisso é então com a decisão. Esclarece Tércio Ferraz Jr. que, “em ambas [na dogmática e na zetética], alguma coisa tem de ser subtraída à dúvida, para que a questão se proceda. Enquanto, porém, a zetética deixa de questionar certos enunciados *porque* os admite como *verificáveis* e *comprováveis*, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram *estabelecidas* (por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis” (1989, p. 44. Grifos do autor).

Importante perceber que tanto a filosofia do direito quanto a sociologia jurídica, integrantes dos “saberes jurídicos fundamentais”, situam-se no campo das investigações zetéticas, abertas, portanto, ao amplo questionamento.

Na lição de Viehweg (*Apud* FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 40-), a dicotomia *dogmática/zetética* resolve-se conforme acentuássemos o aspecto *resposta* ou o aspecto *pergunta* respectivamente (p. 42).

Tais enfoques contudo, apesar de diferenciados, não devem ser vistos de forma isolada, mas antes integrados em unidade dialética. Aqui, a integração dialética entre os “saberes jurídicos fundamentais” dar-se-ia ao nível da combinação entre necessidade da decisão (dogmática) e aperfeiçoamento do sistema (zetéticas). Tércio Ferraz Jr. explica que,

“do ângulo zetético, o fenômeno comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica etc. Nesta perspectiva, o investigador preocupa-se em ampliar as

dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. [...] sem preocupar-se em criar condições para a solução [...] dos conflitos máximos da comunidade. Esse descompromissamento com a solução de conflitos torna a investigação infinita, liberando-a para a especulação” (1989, p. 45).

É ainda Tércio Sampaio Ferraz Jr. que explica que,

“[...] embora o pensamento dogmático dependa de pontos de partida inegáveis, no fundo ele trabalha com *incertezas*, justamente aquelas incertezas que, na sociedade, foram aparentemente eliminadas pelos dogmas mas que a dogmática retoma de *modo controlado*, aumentando-as a um grau de suportabilidade social tendo em vista a decidibilidade dos conflitos” (1980, p. 97).

Assim, sendo provocado, não pode o magistrado eximir-se de decidir. Deve, portanto, lançando mão dos mecanismos que o pensamento dogmático lhe fornece, caminhar em busca da decisão aplicável ao caso concreto.

#### 4. A sentença e a fundamentação da decisão

##### 4.1. A dinâmica do sistema jurídico

A tendência formalista acaba encontrando em Kelsen um terreno propício para o seu desenvolvimento. Com efeito, a sistematicidade do ordenamento jurídico na teoria pura do direito passa pela consideração segundo a qual as normas jurídicas são dispostas em uma relação de hierarquia, tendo no ápice uma norma que fundamenta toda a unidade do sistema. Por isso, uma norma só pode ser considerada válida se houver uma norma a ela superior que estabeleça as suas condições de validade.

Em atenção a isso, Kelsen vai construir um sistema normativo escalonado que bem pode ser ilustrado pela clássica imagem da pirâmide. Com isso, todo dever-ser pode ser reconduzido a um dever-ser superior que lhe dá o fundamento de validade.

Dá-se dizer que todo sistema normativo pressupõe a existência de pelo menos duas normas: a primeira que encerra a prescrição de uma conduta e a segunda conferindo-lhe o fundamento de validade.

Para a perspectiva kelseniana, a relação de fundamentação normativa confere uma unidade na pluralidade, permitindo a caracterização do direito enquanto sistema. A derivação normativa pode acontecer de duas formas distintas a depender da relação de fundamentação proporcionada pela norma superior. Assim, a derivação normativa pode-se dar de forma estática ou dinâmica.

Na derivação normativa de tipo estático, as normas valem pelo seu conteúdo. A operação é a subsunção do conteúdo a partir do raciocínio do particular para o geral. Exemplificativamente: não mentir, não fraudar, respeitar os compromissos, não prestar falsos testemunhos estão subsumidos no princípio mais amplo da veracidade. Não fazer mal ao próximo, não matar, não prejudicar moral ou fisicamente são princípios que podem ser subsumidos no princípio mais amplo de amor ao próximo. Por sua vez, os princípios da veracidade e do amor ao próximo podem ser subsumidos em um princípio ainda mais amplo, qual seja o que prescreve viver em harmonia com o universo. Como se percebe, na fundamentação de tipo estático, a norma superior fornece não apenas o fundamento de validade, mas o próprio conteúdo da validade normativa.

Pelo princípio da derivação normativa dinâmica, toda a validade normativa só pode ser fundamentada pressupondo uma norma por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com a autoridade que a estabelece. Por exemplo, o filho que recebe uma ordem do pai para dormir cedo. Tal

norma apenas fornece o fundamento de validade formal, não se referindo tal fundamento ao conteúdo da norma. Por isso, essa derivação é dita dinâmica. O conteúdo do ponto de partida (o filho deve dormir cedo) não pode ser deduzido da norma fundamental. Trata-se aqui de um ato de vontade. É um querer, não apenas um ato de conhecer. Por isso se diz que a norma fundamental delega uma autoridade legiferante, uma regra em conformidade da qual devem ser criadas as normas desse sistema (Cf. KELSEN, 1987, p. 207-).

A derivação normativa de tipo estático é típica dos sistemas morais, enquanto a derivação normativa de tipo dinâmico caracteriza os sistemas jurídicos. Não é por outro motivo que Kelsen vai admitir que qualquer conteúdo possa ser direito, desde que atenda às exigências da norma fundamental. Nesse sentido, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (1987, p. 210). Não importa qual o conteúdo que o direito porventura tenha, mas unicamente a sua forma de elaboração. Não havendo a preocupação com o conteúdo da norma, a perspectiva da Teoria Pura do Direito permite a justificação formal de qualquer sistema jurídico positivo, de modo independente do seu conteúdo.

Resta contudo um problema a ser analisado, talvez tão polêmico quanto complexo, que é a teoria da norma fundamental (*Grundnorm*).

Parte Kelsen da idéia segundo a qual toda norma possui um fundamento de validade que é também uma norma a ela superior. Nesse sentido, uma sentença é uma norma, e como tal demanda um fundamento de validade, que pode ser uma Lei Ordinária, ou uma Lei Complementar, por exemplo. Por sua vez, essas normas precisam estar fundamentadas em outras normas a elas superiores, que pode ser a Lei Complementar no caso da Lei Ordinária ou a própria Constituição nos dois casos. Pois bem. Se a Constituição é uma norma, para que a Teoria Pura do Direito permaneça coerente, suficiente será encontrar o seu fundamento de valida-

de. Acontece que esse fundamento precisa ser encontrado em um dever-ser. Trata-se então precisamente de descobrir qual o dever-ser que fundamenta o dever-ser supremo do ápice da pirâmide do direito positivo.

É que, remontando de escalão a escalão, chegaremos em um ponto em que a Constituição, como norma posta, necessitará de uma norma que a fundamente. De fato, se Kelsen afirma que toda norma possui um fundamento de validade que é uma norma a ela superior, qual seria então o fundamento de validade da norma positiva suprema, a Constituição?

Com rara engenhosidade, Kelsen vai afirmar que na verdade a idéia de Constituição pode ser entendida em dois sentidos diversos: o primeiro em sentido jurídico-positivo, que seria a própria Constituição enquanto norma posta; e no segundo caso, a Constituição teria um sentido lógico-jurídico, que seria a condição de fechamento lógico do sistema (1987, p. 211-).

Estamos aqui diante da questionada teoria da norma fundamental (*Grundnorm*) afirmada por Kelsen como meramente pressuposta. Tal se faz necessário, pois, a admitir que a *Grundnorm* seja posta, não resolveríamos o problema da fundamentação do direito, por impossível que se afigurasse imaginar uma autoridade superior à própria norma fundamental<sup>19</sup>.

Teríamos com isso a caracterização de que na pirâmide normativa todos os momentos corresponderiam simultaneamente à criação e aplicação do direito, com exceção de dois. Na extremidade inferior da base, teríamos os atos de mera execução que corresponderiam ao ponto em que já não cabe falar em criação do direito, mas numa mera aplicação. Por outro lado, no extremo ápice, teríamos um ponto em que não há espaço para a aplicação de nenhuma norma, em que reina uma mera criação do direito. Com exceção desses dois momentos extremos, qualquer outro momento será simultaneamente criação e aplicação do direito<sup>20</sup>.

#### 4.2. A aplicação do direito como processo subsuntivo

O advento do direito codificado, surgido como necessidade de racionalização do poder e busca de previsibilidade, traz as escolas que advogam a tese da busca da vontade do legislador. Assim, desde os tempos de Justiniano, a interpretação era prerrogativa única e exclusiva do imperador, sendo proibidos quaisquer comentários interpretativos, sob pena de o intérprete incorrer em crime de falso e haver suas obras sequestradas e destruídas.

No contexto do liberalismo francês, surge o *Code Napoleon*, o Código Civil Francês, que tem vigência ainda nos dias atuais, trazendo consigo a Escola de Exegese, que defendia também um elevado grau de subjetivismo.

Entende-se por Escola de Exegese o movimento hermenêutico dominante no século XIX que enxerga o direito como um corpo normativo sistemático. Nesse sentido, a interpretação consiste em uma dedução a partir da adequação dos fatos sob exame ao sistema normativo.

A Escola da Exegese sustentava que o Código Civil continha a solução para todos os conflitos sociais, bastando para tanto saber interpretar a lei. De acordo com os doutrinários da exegese, o intérprete deve limitar-se a pesquisar a “vontade do legislador” por meio de métodos específicos.

Tais métodos consistem fundamentalmente em uma análise literal-gramatical do texto, perquirindo-se o sentido exato das palavras que integram o texto normativo, bem como em uma análise lógico-sistemática, em que o significado de uma norma é determinado de acordo com o contexto normativo do sistema.

Assim, nos quadros da Escola da Exegese, a atuação do poder judiciário é bastante restrita, apegados que devem permanecer à letra da lei. Nesse sentido, “característico do impulso cientificista que prima pela certeza, a atividade do jurista deveria ser a mais

objetiva e neutra possível. Em nenhum momento o juiz deve colocar sua índole à mercê da interpretação da lei de forma a desfigurar a verdadeira ‘vontade do legislador’” (CAMARGO, 1999, p. 63).

A concepção clássica do direito entende que a aplicação do direito consiste em um processo de subsunção de fatos a normas, por meio de um raciocínio expresso por um silogismo em que a premissa maior é a norma, a premissa menor é o fato e a conclusão a adequação entre premissa maior e premissa menor. Desse modo, são obtidos por via dedutiva as proposições normativas aplicáveis aos casos concretos.

O silogismo subsuntivo representa a forma clássica de raciocínio jurídico. Trata-se de um procedimento destinado à obtenção de um dever-ser concreto a partir de um dever-ser abstrato. Isso é assim em virtude da necessidade de, no Estado de direito, todas as decisões estarem fundadas em última instância na lei. Daí ser impossível a punição de uma pessoa tão-somente com base no fato da apreciação subjetiva de que ele é uma pessoa de caráter duvidoso. É necessário que haja uma previsão normativa capaz de proporcionar o raciocínio subsuntivo por meio de um silogismo.

O silogismo ocorre quando a uma proposição imperativa pode subsumir-se uma proposição enunciativa e por esse meio obter-se uma nova proposição imperativa (Cf. ENGLISH, 1988, especialmente o cap. 3).

Assim, primeiro o magistrado verifica a existência da norma que prevê uma pena de 6 a 20 anos de reclusão para o caso de alguém matar outrem. Se é verificado que alguém praticou a conduta descrita na norma, advirá como conclusão que esse alguém deverá ser punido com uma pena de 6 a 20 anos de reclusão.

A tradição exegética da hermenêutica começa a perder espaço com a perspectiva histórica que começa a surgir lentamente no cenário europeu. A escola histórica busca sobretudo dar atualidade à “vontade do legislador” (Cf. CAMARGO, 1999, p. 76). Esse

desenvolvimento em muito se deve à experiência hermenêutica alemã, em que se desenvolve a corrente Pandectista. Por não existir na Alemanha até então um Código Civil (o Código Civil Alemão data de 1900), o direito alemão era inspirado em textos clássicos da tradição romana.

Tendo como base o Digesto, a hermenêutica alemã permitiu uma certa flexibilização do texto admitindo na adaptação a observância dos usos e costumes. Foi a partir dessa escola que surgiu o conceito de “intenção possível do legislador”, elaborado por Windscheid. Busca-se então não o que o legislador quis, mas o que ele quererá se vivo estivesse (Cf. MAXIMILIANO, 1965, p. 59).

Sob a inspiração de Savigny, a Escola da Interpretação Histórica abre outro caminho: a interpretação poderia ser desenvolvida de acordo com as vicissitudes sociais, mediante o estudo das fontes inspiradoras do legislador. Buscava-se o espírito do povo (*Volksgeist*) como critério orientador da interpretação. Para tanto, o costume desempenha relevante papel para a interpretação. O direito legislado tem como função reduzir as incertezas das manifestações costumeiras<sup>21</sup>.

A Escola Histórica, com nítida proposta atualizadora, admite que a lei sofre influências no transcurso do tempo e da realidade social em que se encontra. O processo histórico-evolutivo, fundamento do pensamento atualizador do direito, defende que a lei troca influências com o meio ambiente e por isso tem o seu significado modificado constantemente. Como se vê, tal movimento tem como escopo o equilíbrio entre as posições da Escola da Exegese e as necessidades do mundo contemporâneo.

É certo que o esforço da Escola da Exegese no sentido da construção de um sistema racional é de relevância indiscutível. Entretanto, a partir do final do século passado, com a elaboração de novas perspectivas hermenêuticas, muitos dos pressupostos da escolástica são definitivamente rejeitados.

O estudo das lacunas no direito tem importante papel a desempenhar nesse pro-

cesso. Isso ficou claro quando se verifica que com certa frequência o ordenamento jurídico não dispõe de uma norma capaz de permitir a regulação de um caso concreto.

No decorrer do século XIX, na Alemanha, Zitelmann, por meio de sua obra intitulada *As lacunas do direito*, afirmava que não existe legislação plena, dado que, por maior que fosse o esforço legislativo, sempre haveria lacunas por serem regulamentadas. Aconselhava então Zitelmann que se procurasse fora do texto da lei os meios adequados para o preenchimento das lacunas. Assim, reconheciam-se que o direito não era pleno e demandava, em alguns casos, integração.

Seria necessário então proceder à *libre recherche scientifique* para a solução da questão. Geny, um dos principais expoentes da livre investigação científica, dizia: *par le Code Civil, mais au delà du Code Civil*<sup>22</sup>. Significa isso admitir que, na falta de uma norma, o juiz está autorizado a construir a sua decisão a partir das bases sólidas dos elementos objetivos revelados por métodos científicos. Afirma Margarida Lacombe Camargo que,

“uma vez não obtida a resposta para determinado problema *no* sistema, o aplicador da lei poderia, por meio da atividade científica, encontrar a solução jurídica para o caso *fora* do âmbito restrito da lei positiva. As possibilidades para se resolverem casos de ausência de lei eram encontradas, dessa maneira, fora do texto legal, ainda que através do mesmo, uma vez que não caberia ao intérprete negar a ordem jurídica afastando-se dos seus princípios fundamentantes” (CAMARGO, 1999, p. 66).

#### 4.3. A perspectiva da hermenêutica kelseniana

Para Kelsen, a atividade hermenêutica nada mais é que “...uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (1987, p. 363). Kelsen explica que a interpretação

quanto ao agente pode ser autêntica ou não-autêntica. Será autêntica se proveniente de órgãos investidos da competência para tal. Não-autêntica será aquela interpretação realizada por uma pessoa não vinculada à estrutura de competências estatal, como por exemplo uma interpretação doutrinária.

Sustenta o autor que há uma indeterminação quanto ao ato de aplicação do direito, podendo ser tal indeterminação relativa, intencional ou não-intencional. A indeterminação relativa é aquela que dá uma certa margem de criação por parte dos escalões inferiores quanto ao ato de execução do direito. A indeterminação será intencional quando está na intenção do órgão que estabelece a norma a ser aplicada. Pode ainda ser a indeterminação não-intencional quando o sentido da norma não é unívoco, fazendo com que o órgão aplicador encontre-se diante de várias significações possíveis. Tal indeterminação proporciona que o intérprete passe a lidar com um outro fator: a vontade.

Para Kelsen, vontade e conhecimento se unem para dar origem à interpretação. A interpretação do direito é então plurívoca, admitindo várias interpretações possíveis para cada caso, limitadas apenas pela larga tela do direito posto. O direito desempenha então o papel de uma moldura que, em presença da vontade do intérprete, aliada ao conhecimento, daria origem a um quadro, que representa o direito a ser aplicado.

Explica Kelsen que a função do intérprete do direito enquanto cientista, nada mais é do que determinar os limites do juridicamente possível, ou seja, os limites da moldura dentro da qual a interpretação é possível. Querer ir além disso significa abrir mão da cientificidade do direito em favor da política.

Insurgindo-se contra o sincretismo metodológico, a Teoria Pura do Direito despreocupa-se com qualquer fundamentação material, podendo servir de suporte teórico a experiências que não tenham necessariamente qualquer compromisso com a justiça.

Condicionada que esteja a uma norma fundamental, a discussão sobre a validade do direito não passa pela realização da justiça.

Nesse sentido, a resignação de Bobbio bem ilustra o debate: “O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos” (1995, p. 67).

Na verdade, Bobbio vai partir da clássica distinção entre ser e dever-ser para afirmar que

“aqueles que temem que com a norma fundamental, [...], se realize a redução do direito à força se preocupam não tanto com o Direito, mas com a justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral do poder” (1995, p. 67).

Comentando a perspectiva da hermenêutica kelseniana, Tercio Ferraz vai-nos colocar diante daquilo que chamou “desafio kelseniano”. Nesse sentido, tanto a interpretação de um recém-iniciado no direito como a interpretação de um jurista com anos de experiência têm valor idêntico. De fato, será que não é mesmo possível para o jurista descobrir a interpretação verdadeira, devendo-se contentar com a simples indicação da plurivocidade do direito? (1989, p. 236-).

Talvez tenha sido esse um dos fatores determinantes para a ideologização da dogmática jurídica pelas chamadas escolas críticas do direito, como teremos oportunidade de discutir. Tais juristas, percebendo a dificuldade de caracterização de uma hermenêutica cientificamente consistente, passam a ideologizar o discurso jurídico por meio do recurso à retórica de efeito, atuando como um eficiente instrumento político.

Nesse ponto é oportuno estabelecer um debate entre Kelsen e Hart. É que a análise

do direito por meio da sua dimensão lingüística permite-nos tomar em consideração o fato em que muito freqüentemente surgem incertezas no processo de comunicação, dificultando a determinação segura dos padrões gerais de conduta exigíveis (HART, 1986, p. 137 -).

Herbert Hart ilustra essa situação por meio da determinação de um pai ao filho no sentido de que “todos os homens e rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja”. Nesse sentido, Hart esclarece que a criança poderia adotar o exemplo do pai e simplesmente imitá-lo. Contudo, restariam dúvidas importantes quanto ao comportamento apropriado: “Até que ponto deve a atuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez da direita, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colocado de novo na cabeça dentro da igreja? (Cf. HART, 1986, p. 138).

Na linguagem de Hart, isso seria explicável pela textura aberta do direito:

“A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso” (HART, 1986, p. 148).

Como em Kelsen, Hart defende uma certa relatividade quanto à norma a ser aplicada no caso concreto.

### 5. A Relevância da ‘ars inveniendi’

Theodor Viehweg é talvez um dos grandes responsáveis pela virada pós-positivista no direito, a partir da introdução de novas perspectivas de análise do jurídico, tendo influenciado de modo significativo a teoria geral do direito da segunda metade do século XX.

A aplicação da tópica ao direito muito se deve a Theodor Viehweg, cuja obra clássica *Topik und Jurisprudenz* representa definitivamente a abertura de uma nova metodologia jurídica. Com efeito, Viehweg resgata a tradição greco-romana para a construção de uma moderna teoria jurídica da comunicação.

Viehweg volta-se para a experiência da jurisprudência romana, em que o fundamento das decisões provinha de uma prática discursiva elaborada em torno do caso concreto, sem estar condicionado pelo pensamento lógico-dedutivo.

O ponto de partida de Viehweg está no questionamento da aplicação da racionalidade científica de tradição positivista no âmbito do direito, cuja pretensão máxima consiste em associar a tarefa do cientista a uma tarefa meramente descritiva. Assim, Viehweg constata que pertencem ao domínio jurídico preocupações que não são propriamente cognoscitivas, como os valores, que influenciam decisivamente o pensamento jurídico.

Escreve Viehweg que “o formalismo puro [...] não desenvolve progressivamente a formalização de um território real, [...] mas projeta, *ab ovo*, como a matemática, uma série de cálculos formais, que são logo aplicáveis a este ou àquele campo, dotando-os de um ou outro preceito de interpretação” (1979, p. 79).

A mudança de referencial teórico acontece por meio da rearticulação da metodologia jurídica em torno da tópica aristotélica e ciceroniana em contraposição ao método sistemático tradicional. Assim, a tópica representa uma técnica de pensamento por problemas, desenvolvida pela retórica, sendo desenvolvida então em um contexto nitidamente cultural. É portanto, uma técnica de pensamento que se orienta para o problema e não para o sistema (1979, p. 17-33).

Assim, como explica Viehweg, o problema é algo previamente dado e que atua como um guia. Com isso, o problema seria “toda questão que aparentemente permite mais de

uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta” (1979, p. 34). Por outro lado, o sistema representa um “conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere a resposta” (1979, p. 34).

Como nota Tercio Ferraz Jr., existe uma íntima correlação entre sistema e problema, mas isso não impede que um ou outro pólo da relação possa ser acentuado. As diferentes formas de enfatizar a relação caracterizariam justamente a diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático. “A diferença entre eles se localiza na precedência concedida ou ao problema ou ao sistema no próprio processo de pensar” (1989, p. 296).

O pensamento sistemático parte da totalidade. Não havendo adequação do problema em relação ao sistema, estes são então desconsiderados, como problemas malformulados ou falsos problemas. De outra sorte, o pensamento problemático partindo da parte (o problema) busca a sua solução por meio de uma seleção de sistemas que seja com ele compatível (VIEHWEG, 1979, p. 34-35).

Para levar a cabo a sistematização da jurisprudência, seria necessário encontrar uma ou várias proposições que servissem de fundamento para a dedução de todas as demais proposições. Apesar de a decisão fundada num processo lógico-dedutivo ser o grande ideal do pensamento jurídico moderno, uma tal concepção esvazia o conteúdo significativo existente na vida prática. (Cf. RECASÉNS SICHES, 1971, p. 425).

Nesse sentido, uma teoria satisfatória da jurisprudência precisa ser complementada por um procedimento discursivo racional nos limites de uma teoria geral da argumentação (Cf. CAMARGO, 1999, p. 136).

Não trabalhando com axiomas e nem postulados demonstrativos, a tópica tem como conceitos básicos fórmulas de reconhecida força persuasiva variáveis no tempo e

no espaço. Tais fórmulas são lugares argumentativos (*topoi*) destinados à *ars invenienti* (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 298).

Explica Tercio Ferraz Jr. que

“de um modo geral pode-se dizer [...] que a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, na medida em que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade nas suas tarefas práticas” (1989, p. 299).

## 6. Por um ‘logos’ do razoável

Na esteira do pensamento tópico-problemático, Recaséns Siches propõe uma nova metodologia para o direito fundada no *logos* do razoável.

A observação de Siches parte da diferenciação entre a lógica formal do direito e a lógica material do direito, enquanto lógica dos conteúdos das normas jurídicas. Ocupa-se a lógica formal com conceitos *a priori*, enquanto conceitos universais, constantes e necessários. A lógica material, por seu turno, ocupa-se com aspectos particulares, individuais, essencialmente contingentes.

Anota Siches que a lógica formal é inadequada para pensar a decisão jurídica já que trata fundamentalmente de formas válidas existentes em toda a realidade jurídica e por isso inadequadas para a determinação dos conteúdos normativos<sup>23</sup>.

Assim, a lógica jurídica formal nada nos ensina sobre a justiça e nem sobre a vida dos relacionamentos humanos, antes demandando uma reelaboração das formas tradicionais de conceber o direito. Essa nova perspectiva surge a partir da jurisprudência com a contraposição entre a lógica racional de fundo matemático e a lógica do razoável enquanto *logos* do humano (1971, p. 411).

A postura do mestre mexicano parte da observação de que a tradição jurídica do século XIX, ainda influenciada pelo raciona-

lismo cartesiano, acredita que os conteúdos das normas jurídicas são proposições lógicas sobre as quais é possível um juízo de verdade ou falsidade. Para Siches, isso representa um grande equívoco, pois as normas jurídicas, sendo instrumentos práticos, destinados ao controle social, não são expressões de fatos e nem expressões de nenhum ser (1971, p. 419).

Ocorre que a tradição moderna, não enxergando outras formas de manifestação de lógica que não aquela aplicada ao campo físico-matemático, provoca uma supervalorização da lógica formal, de cunho sistemático-dedutivo.

Como bem percebe Recaséns Siches, a lógica do racional não esgota a lógica em sua plenitude, sendo apenas uma das manifestações lógicas. A lógica como tal compreenderia também a lógica do razoável como expressão autêntica da Razão<sup>24</sup>.

Trata-se aqui unicamente de reconhecer que o tratamento dos problemas relativos à conduta humana é impossível de ser pensado de acordo com a lógica formal, que neste caso apresenta resultados inservíveis. A supervalorização da lógica formal que enxerga a sentença como um silogismo produziu na jurisprudência consequências funestas, por não considerar importantes aspectos axiológicos, típicos da realidade humana. Com efeito, o núcleo da função jurisdicional não se esgota na simples tarefa de tirar conclusões a partir de premissas previamente estabelecidas. Nesse sentido, uma vez determinada a premissa maior (a norma) bem como a premissa menor (os fatos comprovados e juridicamente qualificados), é fácil chegar a uma conclusão, podendo mesmo ser encontrada por uma criança de poucos anos. Por isso, como bem afirma Siches, é preciso reconhecer que o ponto central da função jurisdicional não consiste apenas em deduzir uma conclusão a partir de duas premissas. A tarefa principal consiste exatamente em estabelecer corretamente as premissas que servirão de fundamento para a conclusão (1971, p. 420).

Assim, o problema da decisão não consiste propriamente em uma correção formal das decisões. De modo diverso, a decisão passa pela eleição das premissas de acordo com uma avaliação discricionária do magistrado, estando, portanto, fora dos domínios da lógica formal.

É importante destacar que a proposta de Siches não consiste na substituição da lógica matemática pela lógica do razoável. Aque-la continua com relevante espaço na metodologia jurídica, conquanto restrinja o seu campo de aplicação à fundamentação formal, deixando para a lógica do razoável a construção dos conteúdos normativos em função dos contextos em que são aplicadas.

### Notas

<sup>1</sup> Elaborada como uma resposta à necessidade de redução da complexidade social, é desenvolvida na Teoria dos Sistemas a noção da autopoiese dos sistemas sociais. Inspirada na Biologia dos chilenos Maturana e Varela, a autopoiese de um sistema pode ser compreendida em última análise como sendo a sua capacidade de auto-reprodução. Assim, um sistema será dito autopoietico quando for capaz de se reproduzir de acordo com os seus próprios mecanismos e operações, importando consequentemente em uma autonomia sistêmica. Se há interferências externas, implicando bloqueio dos critérios de reprodução intra-sistêmicos, não há que se falar em autopoiese. Para que dependências do meio-ambiente passem a integrar o âmbito intra-sistêmico, é necessário que seja efetuado um processo de “leitura” do meio-ambiente, a partir do próprio código binário do respectivo sistema. Para que uma determinada informação, por exemplo, encontrada no âmbito do sistema econômico, seja integrada ao sistema jurídico, é necessário passar pelos próprios critérios de “leitura” e absorção do sistema, de acordo com o código “lícito/ilícito”. A principal diferença entre a autopoiese biológica e a autopoiese social está em que na primeira há “segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção de relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica’ ”(NEVES, 1994, p. 113).

<sup>2</sup> Considera Luhmann que a modernidade traz uma contingencialização do agir que demanda a construção de mecanismos capazes de reduzir a hipercomplexificação do agir em sociedade. Tais mecanismos são construídos fundamentalmente em torno do conceito de expectativa. Em Luhmann, dois são os mecanismos estruturais referentes às expectativas: atitude cognitiva e atitude normativa. As expectativas cognitivas são aquelas que se caracterizam pela adaptabilidade. Têm como pressuposto de durabilidade a generalização de possibilidades, por meio da observação. Exemplificativamente: quem é agredido com violência tende a reagir com violência. Se essa observação é desiludida, a regra se adapta aos fatos. Então dir-se-á: nem todos que são agredidos com violência tendem a reagir com violência. Em outro exemplo: se digo que todos os cisnes são brancos, a durabilidade da minha expectativa está condicionada à verificabilidade empírica dessa situação. Assim, se encontro um animal que reúna todas as características de um cisne e não obstante a sua cor seja preta, tenho a minha expectativa desiludida. Sendo cognitiva, terá necessariamente de se adaptar aos fatos. As expectativas cognitivas são típicas de leis científicas descritivas. As expectativas normativas, de outra sorte, têm a sua durabilidade garantida por uma generalização não adaptativa das expectativas. A desilusão é admitida, mas ela é irrelevante. Exemplificativamente: o fato de todos desobedecerem às leis de trânsito não frustra a expectativa de que elas devam ser obedecidas. Por isso, a durabilidade das expectativas normativas são estabilizadas de modo contrafático. A sua validade não depende do cumprimento da ação esperada. A durabilidade das expectativas normativas é garantida por meio de uma generalização não adaptativa. A desilusão é admissível, mas é irrelevante frente à expectativa generalizada. Se uma autoridade emite uma ordem, mesmo que não haja o interesse ou a vontade do receptor no sentido do seu cumprimento, as estruturas normativas atuarão no sentido do adimplemento. São, portanto, expectativas contrafáticas, assegurada a sua generalização independentemente da ocorrência empiricamente verificável (Cf. LUHMANN, 1983, p. 53- e FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 101-).

<sup>3</sup> Aqui não pretendemos explicar o fenômeno político a partir de um enfoque meramente economicista, mas reconhecer o seu importante papel ao lado de outras transformações culturais. No mesmo sentido, Saldanha, (1987, p. 90).

<sup>4</sup> Dallari aponta o conflito existente entre liberdade e eficiência. Aponta o autor que a busca pela liberdade conduz à desconcentração do poder. De outro modo, se a ênfase for dada na eficiência, nada obsta que as funções do Estado sejam concentradas em órgãos coincidentes. Por outro lado, vai

afirmar que o que motivou a doutrina da separação de poderes foi mesmo a necessidade de enfraquecer o poder absoluto como forma de garantir o exercício das liberdades (1989, p. 182-184).

<sup>5</sup> Na expressão textual de Carré de Malberg, podemos afirmar que “Bien es verdad que desde la antigüedad la ciencia política se aplicó a denominar y clasificar las diversas manifestaciones de la potestad estatal. Así, por ejemplo Aristóteles distinguía en ella tres operaciones principales: la deliberación, el mando y la justicia; y esta distinción tripartita comprendía directamente a la organización entonces en vigor, la cual comprendía la asamblea general o consejo encargado de deliberar sobre los asuntos más importantes; los magistrados, investidos del poder de mandar y obligar, y los tribunales. Pero sería un error pretender remontar hasta Aristóteles los orígenes de la teoría de la separación de poderes. Aristóteles, como todos los antiguos, se empena únicamente en discernir las diversas formas de actividad de los órganos, y no piensa en establecer un reparto de las funciones fundado en la distinción de los objetos que corresponden a cada una de ellas” (1948, p. 741).

<sup>6</sup> “A liberdade política em um cidadão é aquela tranqüilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, é preciso que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 1992, p. 165).

<sup>7</sup> Veja-se a esse respeito a distinção entre funções típicas e funções atípicas desempenhadas pelos três poderes no constitucionalismo moderno (MORAES, 1999, p. 346).

<sup>8</sup> Isso não significa que no direito moderno não existam manifestações remanescentes de uma primitividade jurídica. Veja-se nesse sentido, por exemplo, na esfera cível o direito de cortar raízes e ramos que ultrapassem os limites do prédio e na esfera pena a legítima defesa e o poder de efetuar prisão em flagrante (Cf. CINTRA; GRINNOVER; DINAMARCO, 1994, p. 29).

<sup>9</sup> Vide nota 2.

<sup>10</sup> “... vinde comigo ao notário; assina-se o documento; e, à guisa de brincadeira, estipula-se que, se se não efectuar o pagamento, em tal dia e em tal lugar, da soma convencionada, terei direito a uma libra da vossa bela carne, que poderá ser escolhida e cortada em qualquer parte do vosso corpo” (SHAKESPEARE, 41).

<sup>11</sup> “...quero cumpridas as condições do contrato; nada de palavriado contra elas;... Não sou desses, nada de palavriado; exijo o cumprimento das condições do contrato” (SHAKESPEARE, 119).

<sup>12</sup> “O duque não pode impedir que sigam os termos legais. Se as vantagens que Veneza oferece aos estrangeiros não fosse uma realidade, a justiça do estado sofreria, sobretudo agora que o comércio e o interesse da cidade dependem deles” (SHAKESPEARE, 120).

<sup>13</sup> “...O documento não te autoriza a derramar uma só gota de sangue. As palavras formais são essas: Uma libra de carne. Apodera-te do que te é devido, apodera-te da tua libra de carne; mas, se ao cortá-la, derramares uma só gota que seja de sangue cristão, as tuas terras, todos os teus bens serão confiscados, como é de lei, em proveito do Estado de Veneza” (SHAKESPEARE, 152). “...Prepara-te para cortares a carne, mas sem que derrames uma gota de sangue; e não podes cortar nem mais nem menos do que a libra de carne; se cortas mais ou menos do que esse peso, se diminuis ou aumentas a quantidade convencionada de uma vigésima parte dum átomo de carne, se a balança para um dos lados nem que seja só a espessura dum cabelo, és condenado à morte e os teus bens serão confiscados” (SHAKESPEARE, 154).

<sup>14</sup> “[...] a estrada ‘legalmente’ sinalizada representa uma segurança jurídica, como fato material concreto; portanto, a primeira conclusão é que a *segurança* é algo *objetivo*. O condutor humano, valorando subjetivamente os sinais, conhecendo a via que percorre, elaborando roteiros razoáveis de previsibilidade, pode eticamente se conduzir com a certeza de agir direito, sem perigo de errar [...] A Certeza do direito é uma faculdade, pois pode não se concretizar o direito, o condutor pode não sair pela estrada, sair de dia ou à noite, com sol ou neblina, porém a estrada sempre estará em seu lugar, como as leis nos códigos” (SOUZA, 1996, p. 26-27).

<sup>15</sup> Tais mecanismos bem são representados pelos critérios de compatibilização que se expressam por meio dos princípios *lex superior derogat inferior* no plano vertical; *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis* no plano horizontal.

<sup>16</sup> A esse respeito, anota José Afonso da Silva que importante condição da segurança jurídica é “...a relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma

devem perdurar ainda que tal norma seja substituída” (1992, p. 378).

<sup>17</sup> Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVI.

<sup>18</sup> “Temos na eletricidade dois pólos antagônicos: se ligarmos diretamente o positivo ao negativo haverá um curto circuito (‘morte’), mas se colocarmos entre eles uma lâmpada haverá luz; um motor, teremos energia; um aquecedor, produzirá calor (‘vida’). Esta é a finalidade da *tensão*, nome próprio destas polaridades existentes na natureza e no homem” (SOUZA, 1996, p. 105. Grifo do autor).

<sup>19</sup> A argumentação segundo a qual a norma fundamental está no Poder Constituinte não parece solucionar o problema, pois o Poder Constituinte tem atuação pré-constitucional, antes dele não existe qualquer poder constituído, e portanto nenhuma autoridade que dê o fundamento de validade à nova ordem jurídica. Uma vez concluído os trabalhos constituintes é que teremos uma nova Constituição com um novo fundamento de validade. Nesse caso, estaríamos fundamentando um dever ser (a Constituição) em um ser (o Poder Constituinte). Ainda que todas as normas anteriores à Constituição que não sejam com ela conflitantes sejam recebidas pelo princípio da habilitação, a partir desse momento a ordem jurídica passa a ter um novo fundamento de validade.

<sup>20</sup> Uma Lei Ordinária é aplicação das normas superiores (Constituição, por exemplo) e criação para as normas inferiores (Sentença, por exemplo), de modo que ela própria é fundamento de validade de uma sentença. Interessante perceber que essa teoria permite caracterizar a sentença como a aplicação global de um ordenamento jurídico. Nesse sentido, quando o juiz dá uma sentença ele não está aplicando apenas a norma em que fundamenta a sua decisão, mas também aquelas normas que fixam a sua competência, aquelas que fixam as formas de investidura no cargo, bem como aquelas que estabelecem a forma por meio da qual devem ser proferidas sentenças válidas – devido processo legal. Isso nos permite afirmar com Kelsen que o magistrado, em cada decisão, aplica e reafirma o ordenamento jurídico de modo global.

<sup>21</sup> Na lição de Carlos Maximiliano, “não se viola o princípio da divisão dos poderes... Assim como o químico põe em combinação elementos diversos e chega a uma resultante independente da sua vontade, assim, também o juiz ante certas relações de fatos e normas jurídicas gerais, obtém solução feliz, porém não filha de seu arbítrio” (1965, p. 61).

<sup>22</sup> Além do Código Civil, mas por meio do Código Civil.

<sup>23</sup> “Y se trata también de reiterar que todos los esclarecimientos de la lógica de las formas jurídicas a priori o esenciales, siendo, como en efecto son, muy interesantes y valiosos, no proporcionan ninguna guía, ninguna orientación positiva para la cre-

ación de los contenidos del Derecho en cualquiera de los grados o fases de éste. Son desde luego formas válidas que se dan en toda realidad jurídica y que además deben regir todo pensamiento jurídico. Pero de esas formas no es posible extraer, ni por arte de la más prodigiosa magia, la determinación material de lo que se considere que deba ser normado o como lícito, o como obligatorio, o como potestativo, o como lícito” (RECASÉNS SICHES, 1971, p. 594).

<sup>24</sup> “[...] la expulsión de la lógica del campo de la jurisprudencia no implica de ninguna manera dejar librado el Derecho a un plano de detestable irracionalismo vitalista. La lógica de lo racional, que va desde su fundación en el *Organon* de Aristóteles hasta las lógicas simbólicas contemporáneas, no es toda la lógica, sino que es solamente una provincia de esta. Al lado de la provincia de lo racional, hay otra provincia, la del *logos de lo razonable*, diferente de la primera, pero que es también auténtica razón.” (RECASÉNS SICHES, 1971, p. 419).

### Bibliografía

ADEODATO, João Maurício [Leitão]. Modernidade e direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 2. n. 6, p. 255-274, out/dez. 1997.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Globo, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoria general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINNOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido [Rangel]. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. São Paulo: Biblioteca Tempo Universitário, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luís. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SHAKESPEARE, William. *Mercador de Veneza*. Porto: Lello & Irmão, [19--].

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico: súmulas vinculantes, direito alternativo, auctoritas ou potestas?* São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Alternatividade e retórica no direito: para além do embate ideológico. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*, ano 32, n. 24, p. 77-92, 1997.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.