



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



TEORIA DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO:
interpretação e aplicação da norma jurídica

SÉRGIO GUERRERA

Recife
2007

SÉRGIO GUERRERA

TEORIA DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO:
interpretação e aplicação da norma jurídica

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Direito Público

Orientador: Dr. José Souto Maior Borges

Guerrera, Sérgio

Teoria do direito no pós-positivismo: interpretação e aplicação da norma jurídica / Sérgio Guerrero. – Recife : O Autor, 2007.

167 fls.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

Inclui bibliografia.

1. Norma jurídica – Interpretação - Aplicação. 2. Teoria do direito - Pós-positivismo - Norma jurídica. 3. Norma jurídica - Natureza. 4. Hermenêutica – Análise. 5. Semântica (Filosofia). 6. Linguagem (Filosofia). 7. Wittgenstein, Ludwig – Crítica e interpretação. 8. Filosofia do direito. 9. Direito – Interpretação. 10. Direito - Filosofia. I. Título.

340.12

CDU (2.ed.)

UFPE

340.1

CDD (22.ed.)

BSCCJ2007-014

SÉRGIO GUERRERA

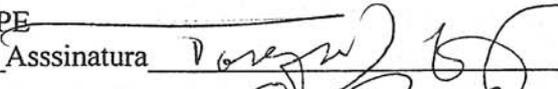
TEORIA DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO: Interpretação e Aplicação da Norma Jurídica

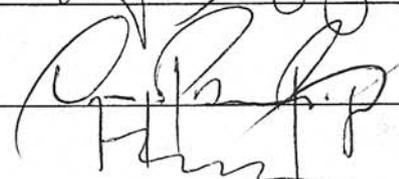
Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

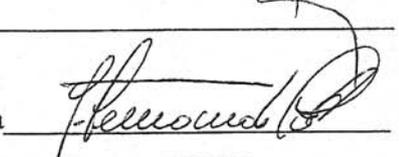
Área de Concentração: Direito Público.
Professor Orientador: Dr. José Souto Maior Borges.

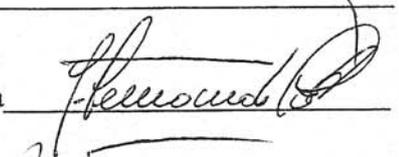
A Banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

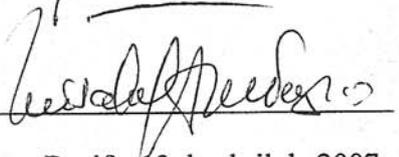
MENÇÃO GERAL: aprovado

Professor **Torquato de Castro Jr. Dr. UFPE**
Julgamento aprovado Assinatura 

Professor **George Browne Dr. UFPE**
Julgamento APROVADO Assinatura 

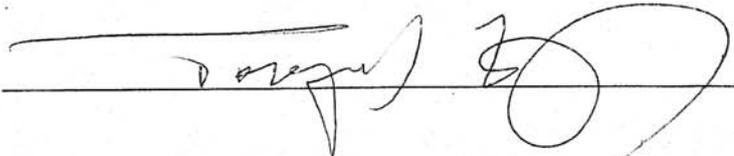
Professor **Eros Roberto Grau. Dr. USP**
Julgamento aprovado Assinatura 

Professor **Luiz Fernando Coelho. Dr. UFSC**
Julgamento aprovado Assinatura 

Professora **Misabel Derzi. Dra. UFMG**
Julgamento aprovado Assinatura 

Recife, 13 de abril de 2007

Coordenador: Prof. Torquato de Castro Jr.



“A Linguagem é a Morada do Ser”.

“A ambigüidade da interpretação pública proporciona os discursos prévios e as percepções curiosas com relação ao que propriamente acontece e, com isso, carimbam as realizações e as ações com o selo de retardatário e insignificante”.

(Heidegger, *Ser e Tempo*, § 37)

“Para uma grande classe de casos – embora não para todos - do emprego da palavra ‘sentido’ pode dar-se a seguinte explicação: o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem. E a denotação de um nome explica-se, por vezes, ao apontar-se para o seu portador.”(Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, §43)

“O que pode ser mostrado, não pode ser dito.”

(Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, prop. 4.1212)

Wittgenstein: Dizer versus Mostrar: carta a Bertrand Russell, em 1819, sobre o que considera a questão nuclear do *Tractatus Logico-Philosophicus*:

“O ponto principal é a teoria sobre o que pode ser dito pelas proposições, isto é, pela linguagem (e, o que equivale ao mesmo, o que pode ser pensado), e o que não se pode ser dito por proposições, mas apenas mostrado; creio que este é o problema central da filosofia.”

In memoriam,

Ao professor Lourival Vilanova, Mestre dos Mestres da Faculdade de Direito do Recife, não mero repositório de conhecimentos, mas exemplo de incessante busca pela autenticidade, sempre procurando a transcendência dos Limites do que já fora antes pensado, e cujas lições originais sobre lógica jurídica inspiraram a presente pesquisa.

À Minha Família,

Aos meus falecidos avós, meus verdadeiros pais, Maria Antonieta Dowsley Guerrera, pelo amor maternal que me deu, e

Ferdinando Racataso Guerrera, pelo exemplo de determinação na persecução dos seus projetos de vida;

À minha esposa, Ana Patrícia Lima Guerrera, pela paciência que sempre teve comigo, estando sempre ao meu lado nos momentos mais difíceis de minha existência;

A Attila Lima Guerrera, o meu bárbaro e precoce filho, cuja orientação numa existência aberta a possibilidades constitui o meu maior projeto de vida.

RESUMO

GUERRERA, Sérgio. *Teoria do direito no pós-positivismo*: interpretação e aplicação da norma jurídica. 2007. 167 f. Tese de Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A pesquisa trata da temática da norma jurídica em vários de seus aspectos. Sobretudo trata das questões da “natureza”, da “interpretação” e da “aplicação” da “norma jurídica”. A Analítica da Linguagem de Wittgenstein, assentada em suas obras, *Tractatus Logico-Philosophicus* e *Análises Filosóficas*, procurou demonstrar que muitos dos equívocos ontológico-conceituais da história da filosofia seriam decorrentes de equívocos lingüísticos, e que muitos dos próprios problemas filosóficos fundamentais seriam pseudoproblemas resultantes de equívocos no uso da linguagem. Com base nessas lições, por um lado, procura-se demonstrar que, igualmente, muitas das elaborações sobre a temática das normas jurídicas, na Teoria do Direito, são equívocos ontológico-conceituais decorrentes de confusões no uso da linguagem, e, por outro, com base na Analítica Existencial de Heidegger, apresentada em sua obra maior, *Ser e Tempo*, procura-se oferecer respostas, sob as perspectivas lógica e ontológica, às seguintes indagações: O que é o ato de interpretação da norma jurídica? O que é o ato de aplicação da norma jurídica? O que é a norma jurídica? Desdobrando essas perguntas iniciais, nas seguintes indagações: O que é a interpretação em abstrato? O que é a interpretação em concreto? Qual a relação entre a interpretação e a aplicação da norma jurídica? É possível interpretar a norma independentemente de um caso concreto? Como, fenomenologicamente, dá-se o processo mental de interpretação da norma jurídica? A norma jurídica pertence ao domínio do “ser” ou ao domínio do “dever ser”?

Palavras-chave: Teoria, Interpretação, Norma Jurídica

ASTRATTO

GUERRERA, Sérgio. *Teoria del diritto nel post-positivismo*: interpretazione e applicazione della norma giuridica. 2007. 167 f. Tese di Doutoramento. Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

La ricerca tratta su tematica della norma giuridica in suoi diversi aspetti. Soprattutto tratta delle questioni della “natura”, della “interpretazione” e della “applicazione” della “norma giuridica”. L’Analitica del Linguaggio di Wittgenstein, in suo *Tractatus Logico-Philosophicus* e in sue *Analisi Filosofiche*, cerca dimostrare che molti dei sbagli ontologico-concettuali della storia della filosofia sarebbero conseguenza di sbagli linguistici, e che molti dei propri problemi sarebbero pseudoproblemi filosofici conseguenza di errori nell’uso del linguaggio. Con base su queste lizzazione, per un lato, cercasi dimostrare che, nello stesso senso, diverse delle elaborazione sulla tematica della norme giuridiche, nella Teoria del Diritto, sono sbagli ontologico-concettuali conseguenza di confuzioni nell’uso del linguaggio, e, por altro, con base su Analitica Esistenziale di Heidegger, presentata in sua oppera maggiore, *Essere e Tempo*, cerca offrire risposte, sotto le prospettive logica ed ontologica, alle seguenti indagini: Che è l’atto della interpretazione della norma giuridica? Che è l’atto dell’applicazione della norma giuridica? Che è la norma giuridica? Deduzindo da queste domande, le seguenti indagini: Che è la interpretazione in astratto? Che è la interpretazione in concreto? Quale la rilazione tra interpretazione e applicazione della norma giuridica? È possibile interpretare una norma indipendentemente del caso concreto? Come, fenomenologicamente, darsi il processo mentale della interpretazione della norma giuridica? La norma giuridica fa parte del domínio dell’ “essere” o del dominio del “dovere essere”?

Parole-Chiave: Teoria, Interpretazione, Norma Giuridica

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 - CAMINHOS ATÉ A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA: O PÓS-POSITIVISMO.....	15
1.1 IDEALISMO E REALISMO: PASSAGEM DO CONCRETO PARA O ABSTRATO (ABSTRAÇÃO PROGRESSIVA).....	15
1.2 O SER ENQUANTO SER E SER ENQUANTO LINGUAGEM	16
1.3 FILOSOFIA ONTOLÓGICA FUNDAMENTAL: O SENTIDO DO SER NO MUNDO (ANALÍTICA EXISTENCIAL).....	17
1.3.1 Sein, Dasein, tempo e cotidianidade.....	17
1.3.2 Fenomenologia: percepção e descrição fenomenológicas	18
1.3.3 Ontologias regionais e verdade ontológica.....	19
1.4 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM E O GIRO LINGÜÍSTICO: O SENTIDO DAS PALAVRAS (ANALÍTICA DA LINGUAGEM).....	20
1.4.1 Teoria do sentido (Gottlob Frege).....	23
1.4.2 Teoria atômica do significado ou atomismo lógico (Bertrand Russell).	25
1.4.3 Teoria figurativa do significado (Ludwig Wittgenstein).....	27
1.4.3.1 <i>Objetivo do tractatus.....</i>	27
1.4.3.2 <i>Ontologia do tractatus: fatos e coisas.....</i>	28
1.4.3.3 <i>Lógica da linguagem: teoria pictorial ou figurativa.....</i>	29
1.4.3.4 <i>Sentido e verdade.....</i>	30
1.4.3.5 <i>Limites da linguagem: dizer e mostrar.....</i>	31
1.4.3.6 <i>Espécies de proposição: funções da proposição tautológica e da proposição sem sentido.....</i>	32
1.4.3.7 <i>Lugar do sujeito da linguagem: no limite do mundo.....</i>	33
1.4.3.8 <i>Sentido ético.....</i>	34
1.4.3.9 <i>Paradoxo do tractatus.....</i>	35
1.4.3.10 <i>Equívocos do tractatus.....</i>	35
1.5 TEORIA DO SENTIDO PELO USO DA LINGUAGEM OU TEORIA DOS JOGOS DE LINGUAGEM (LUDWIG WITTGENSTEIN).....	36
1.6 NEOPOSITIVISMO (CÍRCULO DE VIENA) E EMPIRISMO LÓGICO (KARL POPPER).....	38
1.7 POSITIVISMO JURÍDICO E EMPIRISMO LÓGICO-JURÍDICO (A ESCOLA DE VIENA E O CÍRCULO DE VIENA).....	40
1.8 TEORIA DOS PARADIGMAS (THOMAS KUHN).....	44
1.9 PÓS-MODERNIDADE E TEORIA CRÍTICA (ESCOLA DE FRANKFURT).....	46
1.10 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO.....	47
1.11 PONTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE A FILOSOFIA ANALÍTICA E A ONTOLOGIA FUNDAMENTAL.....	49
1.12 SUPERAÇÃO DO DUALISMO: REALISMO E IDEALISMO (A TERCEIRA VIA).....	50

2 - NATUREZA ONTOLÓGICA DA NORMA JURÍDICA.....	52
2.1 VALOR JURÍDICO: SER E DEVER SER (O EQUÍVOCO DA MODERNIDADE).....	52
2.2 NORMA ENQUANTO SER (“O DIREITO É!”).....	56
2.2.1 Incidência e aplicação	56
2.2.2 Interpretação e aplicação	57
2.2.3 O ser (ideal) e o dever ser (real)	58
2.3 VALOR, DEVER E FINALIDADE.....	58
2.3.1 As origens das noções de categoria formal e de categoria material...	60
2.3.2 Juízos sintético e analíticos, juízos a priori e a posteriori	60
2.3.3 Valor como categoria formal e valor como categoria material	61
2.3.4 Valor enquanto categoria metafísica e enquanto categoria empírica (não-metafísica)	62
2.3.5 Os juízos sintéticos a posteriori da ciência do direito	64
2.4 VALOR JURÍDICO E NORMA JURÍDICA.....	64
2.4.1 Hierarquia jurídico-axiológica e hierarquia jurídico-legislativa	65
2.5 JUÍZOS DE REALIDADE ACERCA DE JUÍZOS DE VALOR (A CONFUSÃO ENTRE A DESCRIÇÃO DE PROPOSIÇÕES VALORATIVAS E A FORMULAÇÃO DE PROPOSIÇÕES VALORATIVAS).....	65
2.6 DIREITO E MORAL: NORMA JURÍDICA E NORMA ÉTICA (O ERRO DE KANT).....	67
2.7 A ORIGEM DO CONCEITO DE PRINCÍPIO.....	68
2.8 PRINCÍPIO E FUNDAMENTO (FUNDAMENTO METAFÍSICO E FUNDAMENTO NÃO-METAFÍSICO).....	70
3 - TEORIA DA NORMA JURÍDICA.....	73
3.1 ESPÉCIES NORMATIVAS: NORMA-PRINCÍPIO E NORMA-REGRA.....	73
3.1.1 Evolução do conceito de princípio jurídico	73
3.1.2 Principais teorias sobre princípios jurídicos	74
3.1.3 Teoria operacional dos princípios (fase atual): regras, princípios e postulados	77
3.1.4 Norma-regra e norma-princípio	77
3.1.4.1 <i>Os fins do direito: fins jurídicos ou internos (imediatos e mediatos) e fins externos</i>	80
3.1.5 Postulados jurídicos (uma primeira concepção)	81
3.1.5.1 <i>Postulados da ponderação, da concordância prática e da proibição do excesso</i>	82
3.1.5.2 <i>Postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade</i>	83
3.2 O FALSO PROBLEMA DA INCIDÊNCIA TOTAL OU PARCIAL DOS PRINCÍPIOS (A FALTA DE SENTIDO LINGÜÍSTICO).....	85
3.3 TEORIA DOS SISTEMAS.....	87
3.3.1 Identificação da finalidade jurídica específica	87
3.3.2 Lógica, ordem e sistema	87
3.3.3 Raciocínio lógico: idéia e palavra, juízo e proposição	88
3.3.4 Validade lógica, verdade empírica e sentido lingüístico	88
3.3.5 Ordem e sistema	90
3.3.6 Princípios da lógica analítica versus princípios da lógica sistêmica	91
3.3.6.1 <i>Contradição e oposição: mais uma confusão de significados</i>	91
3.3.6.2 <i>Equilíbrio sistêmico</i>	91

3.3.6.3	<i>O terceiro excluído, o terceiro incluído e o equilíbrio dos sistemas materiais.....</i>	92
3.3.7	Sistemas reais e sistemas ideais.....	93
3.3.8	Os princípios da lógica clássica e a lógica dos princípios jurídicos.....	95
3.3.8.1	<i>Antinomias jurídicas.....</i>	95
3.3.8.2	<i>Antinomias e oposições na teoria dos sistemas.....</i>	97
3.4	IGUALDADE MATERIAL E IGUALDADE LÓGICA (IDENTIDADE)	98
3.5	INCIDÊNCIA DAS REGRAS E PERSECUÇÃO DOS PRINCÍPIOS	99
3.6	APLICAÇÃO.....	102
3.7	EFEITOS DOS PRINCÍPIOS, NORMA-PROGRAMÁTICA E DIRIGISMO CONSTITUCIONAL.....	103
3.8	CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS OU FINALIDADES JURÍDICAS....	107
3.9	CONFORMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....	111
3.10	TEORIA DOS PRINCÍPIOS ABSOLUTOS (PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE-LIBERDADE-HUMANA).....	112
3.11	GRAUS DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E IDENTIFICAÇÃO DA FINALIDADE JURÍDICA ESPECÍFICA.....	117

4 - A LÓGICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS.....	118
4.1 POSTULADOS JURÍDICOS (UMA OUTRA PERSPECTIVA).....	118
4.1.1 Postulados de aplicação equilibrada: ponderação, proibição do excesso e proporcionalidade.....	118
4.1.2 Postulados da razoabilidade.....	119
4.2 SISTEMAS JURÍDICOS: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS...	120
4.3 ASPECTOS MATERIAIS E ASPECTOS LÓGICOS DAS NORMAS JURÍDICAS.....	122
4.3.1 Estruturas lógicas das normas-regra.....	122
4.3.2 Aspecto material das normas-regra.....	124
4.4 OS PRINCÍPIOS EM SEUS ASPECTOS MATERIAIS E EM SEUS ASPECTOS LÓGICOS (POSTULADOS).....	125

5 - TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	130
5.1 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	130
5.1.1 Interpretação em concreto e interpretação em abstrato.....	130
5.1.2 Interpretação em abstrato.....	133
5.1.2.1 <i>Interpretação.....</i>	133
5.1.2.2 <i>Aplicação.....</i>	134
5.1.2.3 <i>Subsunção e incidência.....</i>	135
5.1.2.4 <i>Incidência e aplicação.....</i>	135
5.2 TEORIA DA APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA.....	137
5.2.1 Interpretação em Concreto (Interpretação-Aplicação).....	137
5.2.2 Aplicação ideal e aplicação real.....	138
5.2.3 Aplicação ideal da norma geral e elaboração da norma individual....	139
5.2.4 Incidência e não-aplicação da norma (princípio e não-aplicação, a justiça no caso concreto).....	141

6 - TEORIA DA CIÊNCIA DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO.....	142
6.1 DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA E DA FILOSOFIA.....	142
6.2 A PRÉ-COMPREENSÃO DO MUNDO NORMADO (FACTUAL) DETERMINA A COMPREENSÃO DO MUNDO NORMATIVO (IDEAL).....	143
6.3 NEM MONISMO INGÊNUO NEM PLURALISMO: A TERCEIRA VIA METODOLÓGICA.....	146
6.4 CIÊNCIA DO DIREITO E TECNOLOGIA JURÍDICA.....	148
6.5 CATEGORIAS DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: PRECEITO LEGISLATIVO, PROPOSIÇÃO JURÍDICA E NORMA JURÍDICA.....	151
6.6 O CASO PARADIGMÁTICO: DISCUSSÃO SOBRE PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO DE ANENCÉFALO.....	152
CONCLUSÕES.....	156
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	162

INTRODUÇÃO

“Nada mais prático do que uma boa teoria”. O adágio que remonta a tempos imemoriais parece sintetizar, em tempos de Pós-Modernidade, o espírito das idéias que paulatinamente vão se formando, na práxis jurídica, e que já assomam com foros de um novo paradigma metodológico, que muitos vêm denominando de “Pós-Positivismo”. As reflexões que compõem a presente monografia foram hauridas, inicialmente, a partir da observação do cotidiano forense, na qual é possível constatar-se que, muitas das diversas “teorias críticas” (os *pluralismos jurídicos*) e proponentes de novos paradigmas pretensamente substitutivos do velho Positivismo Jurídico, parecem não só não refletir a prática nos tribunais do País, como a própria jurisprudência, exceto em algumas ocasiões pontuais, também não parece nelas se espelhar em busca de aprimoramento. Se nas ciências do espírito as teorias são concebidas ora como descrições conjecturais da realidade observada, tal qual ocorre nas ciências da natureza, e ora como sistema de idéias que pretendem propor modificações ao meio social, essas diversas concepções epistemológicas apresentadas no meio acadêmico nacional nos últimos trinta anos, como sucedâneos do Juspositivismo, parecem não se confirmar como teorias nem num nem noutro sentido, na medida em que não descrevem o que vem sendo praticado nos tribunais, nem influenciaram consideravelmente o meio forense, com o que há uma verdadeira cisão entre a teoria e a prática. Essa tendência acadêmica que por três décadas prostrou-se encastelada em cima do Monte Olimpo, ora desdenhado da prática profissional forense, ora ignorando solenemente a jurisprudência pacificada nos Tribunais, numa atitude quase esquizofrênica que induz à conclusão de que na prática a teoria é outra, começou lentamente a ser rompida partir do surgimento, no cenário nacional, de diversas teorias sobre “hermenêutica, interpretação e aplicação da norma jurídica”, que parecem constituir, segundo muitos juristas de envergadura, ao menos em linhas gerais, um novo paradigma, que já vem sendo academicamente denominado de “Pós-Positivismo”. Diversamente das assim chamadas “teorias críticas”, esse supostamente novo paradigma, ainda aparentemente sem contornos teóricos completamente definidos, não teria como premissa maior a negação do direito posto, sobretudo em tempos de uma democracia já consolidada no País, procurando soluções para os problemas jurídicos concretos a partir de saídas encontradas dentro do direito oficial, valendo-se, para tanto, de ferramentas teóricas supostamente novas e que, em síntese, apresentam ao operador do direito, quando diante de legislação veiculadora de disposições que aparentemente não se lhe apresentam razoáveis ou como carentes de legitimidade, quatro caminhos distintos: (i) o argumento da interpretação alternativa do direito posto, sem que haja a necessidade de negação do próprio direito oficial; (ii) o argumento da invalidade normativa em abstrato, por força de eventual caracterização de antinomia jurídica; (iii) o argumento pela invalidade da aplicação da norma ao caso concreto, por ausência de subsunção do fato concreto à norma abstrata; e (iv) o argumento de inaplicabilidade da norma-regra ao caso concreto, quando da sua aplicação não resultar a promoção de fim jurídico estabelecido, no próprio sistema jurídico, por norma-princípio.

O que caracterizaria esse paradigma e o diferenciaria das precedentes concepções críticas do direito, em linhas gerais, seria, portanto, a “não negação do direito posto” e “o desenvolvimento de novos recursos teóricos para a interpretação e aplicação do direito oficial”. E entre esses recursos teóricos destacar-se-iam: (i) a teoria da norma jurídica, baseada numa distinção mais bem acabada entre as suas espécies, “normas-regra” e “norma-princípio”; (ii) a teoria dos sistemas jurídicos, cujo desenvolvimento forneceu material para uma melhor compreensão da organização e disposição das normas constitucionais cujas prescrições veiculam conteúdos antagônicos, e também para o desenvolvimento de soluções dessas mesmas colisões normativas; (iii) o desenvolvimento de diversas teorias sobre hermenêutica constitucional, agregadas em torno do rótulo “Neoconstitucionalismo”; e, por fim, (iv) o desenvolvimento de

uma teoria hermenêutica que realça a necessária correlação entre a interpretação e a aplicação do direito, vinculando inexoravelmente a interpretação da norma abstrata ao caso concreto, ligando a teoria à prática e redescobrimdo a velha concepção do direito romano calcado na *iuris prudentia*. Até que ponto, entretanto, esses novos instrumentais teóricos da interpretação e da aplicação do direito apresentar-se-iam realmente como “novidades”? Já seria possível reuni-los num único corpo teórico em torno de uma teoria bem delineada e sistematizada a ponto de ter-se como configurado um verdadeiro paradigma epistemológico? E, em sendo isso possível, seria adequado denominar um tal paradigma de Pós-Positivismo? Seria ele, pois, uma negação do Positivismo Jurídico construído na primeira metade do século passado? Quais as relações teóricas desse assim chamado Pós-Positivismo com as concepções acerca do homem, da civilização e da ciência, que caracterizam o novo momento histórico que estaria em formação e há muito já denominado de Pós-Modernidade? Todas essas indagações se relacionam entre si. Ressalte-se, porém, que não se pretende aqui fazer qualquer apologia a um sistema teórico acerca de como “deveria ser” o direito ou propor um novo paradigma da interpretação e aplicação; mas tão-somente descrever o direito como sistema, como norma, como interpretação, à luz de como ele “é” visto na prática dos tribunais, sobretudo nessa última década. Não se apresenta, pois, uma teoria “prescritiva” de um paradigma jurídico, mas uma teoria “descritiva” que pretende apresentar uma síntese de como é o mundo jurídico na práxis. Uma compreensão global do quadro teórico que se apresenta no atual momento histórico inegavelmente contribui para proporcionar um melhor domínio do operador do direito sobre cada um dos instrumentais teóricos e, de conseguinte, para uma atuação mais eficiente no meio forense. Em suma, o domínio da teoria torna mais eficiente a prática.

Procuraremos demonstrar que essas novas teorias sobre interpretação e aplicação do direito, assim denominadas de Pós-Positivismo e Neoconstitucionalismo, são, em última análise, uma redescoberta e projeção, na Teoria do Direito, das teorias filosóficas que na primeira metade do século passado se opunham à Metafísica tradicional e idealista. Oposição essa que se verifica não só, mas, sobretudo, na Nova Ontologia proposta por Heidegger e na Filosofia Analítica da Linguagem de Wittgenstein; filosofias que, não obstante divergentes em alguns de seus pontos fundamentais, são intercruzadas em alguns outros aspectos para a edificação de uma supostamente nova Teoria do Direito. O desenvolvimento da teoria das normas jurídicas estabeleceu um conceito de princípio jurídico, superando a concepção metafísica que via os princípios como valores transcendentais externos ao sistema jurídico ou como meros conteúdos axiológicos positivados (internalizados ao ordenamento), para, em vez disso, caracterizá-lo como espécie de norma jurídica cujas funções precípuas são a de orientar a criação, a interpretação e a aplicação das normas-regra. E, às duas espécies normativas, norma-regra e norma-princípio, é acrescentada uma terceira categoria, para alguns classificada como espécie de princípio jurídico, para outros, identificada como “postulados” de interpretação e aplicação do direito, ontologicamente distintos daquelas espécies normativas. A Metafísica é substituída pela nova Ontologia Filosófica, que, superando, “de certo modo”, os dualismos entre sujeito e objeto, entre real e ideal, entre matéria e forma e entre teoria e prática, estabelece uma nova concepção de interpretação existencial da norma jurídica. E a teoria dos direitos fundamentais é revitalizada sob os influxos dessa nova concepção de princípios. Nesse aspecto, além de pretendermos apresentar uma síntese conclusiva descritiva desse novo paradigma, pretendemos principalmente “pôr a descoberto” equívocos historicamente encastelados sobre as noções de *ser* e *dever ser*, identificar os erros na teoria da natureza dos princípios ou postulados de aplicação, bem como apontar uma terceira via conceitual alternativa às concepções monistas e pluralistas do direito. Não se trata, entretanto, de uma digressão solta ou de uma divagação reflexiva, a esmo, pelos domínios da Filosofia ou da Metafísica, a fim de encontrar e apresentar algumas supostas verdades filosóficas, profundas e reveladoras. Não. Desde logo assumimos não termos uma tal capacidade de mergulhar profundamente no oceano das abstrações metafísicas. Deixamos isso para outros, pois os que não têm uma tal capacidade de abstração,

quando se aventuram nas incursões do mundo ideal, correm o risco de perde o fio de ariadne que conduz à saída do labirinto do mundo imaginário, e não mais retornar à realidade, perdendo-se num idealismo fantástico e quimérico, passando a ver o mundo real como uma ilusão dos sentidos e o mundo ideal e virtual como o único mundo real. Por isso, ao contrário, pretendemos nos afastar e afastar também a interpretação do Direito dos domínios da Metafísica. E para não nos perdermos no mundo ideal e também para “mostrar” como outros neles se perderam, procuraremos exatamente mostrar as distinções e as relações entre esses mesmos mundos: o “mundo real” e o “mundo ideal”. Não se pretende também aqui propor uma metodologia da interpretação do direito, seja da interpretação da lei seja da interpretação da Constituição, mas, antes, apresentamos uma análise sobre a ontologia da interpretação e da aplicação da norma jurídica. Poderíamos sumariar a objeto da presente investigação, sobre as perspectivas lógica, ontológica e fenomenológica, em três indagações principais: *o que é o ato de interpretação da norma jurídica? O que é o ato de aplicação da norma jurídica? E o que é a norma jurídica?* E essas indagações principais desdobram-se em outras, que poderiam ser assim apresentadas: *O que é a norma jurídica geral e o que é a norma jurídica individual? O que é a interpretação em abstrato? O que é a interpretação em concreto? Qual a relação entre a interpretação e a aplicação da norma jurídica? Quais são as espécies normativas? Qual a distinção entre norma-regra e norma-princípio? O que são os postulados normativos? Qual a diferença entre colisão de regras e colisão de princípios? A colisão de princípios configura uma antinomia? Qual a diferença entre preceito legal, proposição jurídica e norma jurídica? O que é a Ciência do Direito? Qual o objeto da Ciência do Direito? Há alguma saída teórica para o embate histórico entre o Monismo e os Pluralismos Jurídicos? Qual a diferença entre Ciência do Direito e Tecnologia Jurídica? O que é um paradigma científico? O Pós-Positivismo se apresenta como um novo paradigma? A norma jurídica realmente seria uma categoria cognitiva pertencente a um domínio gnosiológico distinto do mundo ontológico, o domínio deontológico ou do dever ser? Qual a origem histórica da distinção entre domínio do ser e domínio do dever ser? O que é, pois, a norma jurídica?*

Usamos, ao longo do texto, a expressão Teoria do Direito, ao invés de doutrina, para reportamo-nos à Teoria da Ciência do Direito, incluindo o âmbito da epistemologia, em que se discute a natureza das proposições dessa ciência, e o campo da teoria da interpretação ou hermenêutica. Em geral, as pesquisas acadêmicas envolvem dois grandes desafios. O primeiro é o de conhecer a extensa obra disponibilizada, pela ciência ou pela filosofia, sobre a temática. O segundo, ainda mais difícil, é afastar-se dessa obra para conseguir ver o que não foi visto. O primeiro constitui um desafio árduo, e sempre fadado à ausência da plena satisfação, na medida em que, em geral, o que foi produzido é muito mais extenso do que numa curta vida o homem é capaz de apreender. Faz ele, então, escolhas, e sempre se sente parcialmente ignorante e incompleto, pois é vasto o domínio de que foi produzido, tendo ele acesso senão a pequenos pedaços dessas informações. Depara-se, então, com o efeito socrático, “só sei que nada ou quase nada sei”, pois quando mais sabe, maior a percepção da dimensão de sua própria ignorância. O segundo desafio, entretanto, é ainda muito mais árduo. É o desafio da autenticidade, da libertação do espírito. O desafio de livrar-se dos grilhões das pré-compreensões, dos preconceitos, dos parâmetros históricos, a fim de transcender e perceber o que ninguém jamais percebeu, compreender o que ninguém jamais compreendeu, de estar mentalmente onde ninguém jamais esteve. Nessa linha de raciocínio, a presente pesquisa acadêmica foi desenvolvida, não apenas a partir da leitura crítica e reflexiva da produção acadêmica sobre a temática apresentada, mas, antes, é o resultado de um deliberado afastamento desse material acadêmico. Quer dizer, não é apenas o resultado de reflexões sobre o lido, mas sim o resultado da ausência de leitura, da reflexão acerca das perguntas e não acerca das respostas já apresentadas. No último ano, deliberadamente, deixamos de ler sobre a temática. Um afastamento necessário para nos desvencilharmos, o quanto possível, da rede das idéias correntes, a fim de ter a mente o quanto mais livre para alcançar novas conexões e perspectivas.

Tal opção pode parecer um suicídio intelectual. Mas também pode abrir caminho para novas idéias. E, salvo engano, segundo nos parece, identificamos algumas novas conexões antes não percebidas. Acreditamos ter chagado a algumas conclusões senão corretas, ao menos diferentes das conclusões já apresentadas no meio acadêmico. Quando fechamos os nossos olhos, ou nos concentramos, vemos o mundo ideal. Não o mundo ideal platônico cuja existência independeria de nossa própria existência, mas um mundo virtual, forjado pelo eu. Um que não é um lugar onde a mente vai, mas um mundo que é a própria forma de manifestação do *ser-mental* do homem. Do mesmo modo que o corpo é a forma de manifestação física, dentro de um mundo físico, a mente a forma de manifestação do ideal do homem dentro de um mundo ideal. Lá são produzidas as emoções, os desejos, lá é onde é o campo de incidência da lei da liberdade. Toda teoria elaborada pelo homem para descrever e explicar o mundo exterior e a si mesmo, parte da distinção entre o mundo real e o mundo ideal, e igualmente grande parte dos equívocos teóricos decorrem da equivocada confusão lingüística entre esses dois domínios. E as confusões da linguagem muitas vezes levam a equívocos ontológico- conceituais. Pretende-se, pois, a partir do instrumental teórico fornecido pela Filosofia Analítica da Linguagem, pôr a descoberto alguns dos equívocos ontológico-conceituais, na Teoria do Direito, decorrentes de equívocos no uso da linguagem nas investigações de várias categorias jurídicas, e, ao mesmo tempo, à luz da Ontologia Fundamental de Heidegger, oferecer novas perspectivas conceituais. Não pretendemos incursionar pelos meandros da Ontologia Fundamental elaborada por Heidegger em *Ser e Tempo*, nem descer aos detalhes da Filosofia Analítica da Linguagem de *Wittgenstein* em seu *Tractatus Logico-Philosophicus* e em suas *Investigações Filosóficas*. Para tal já existe abundante bibliografia especializada. Apenas apresentamos, no primeiro capítulo, uma breve exposição sobre as principais idéias desses autores, mas tão-somente dentro dos limites necessários para uma compreensão das questões de Teoria do Direito que se pretende analisar sob a ótica da *Analítica da Linguagem* e da *Analítica da Existência*, a fim de não incorreremos no tão freqüente equívoco, cometido no meio acadêmico, de realizar estudos a partir de “pressupostos fundamentos óbvios”; pressupostos esses que muitas vezes são responsáveis por falsas convergências ou falsas divergências conceituais.

1 – CAMINHOS ATÉ A PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA: O PÓS-POSITIVISMO

1.1 Idealismo e realismo: passagem do concreto para o abstrato (Abstração progressiva) 1. O ser enquanto ser e o ser enquanto linguagem 1.3 Filosofia ontológica fundamental: o sentido do ser no mundo (Analítica existencial) 1.3.1 Sein, Dasein, tempo e cotidianidade 1.3.2 Fenomenologia: percepção e descrição fenomenológicas 1.4 A filosofia da linguagem e o giro lingüístico: o sentido das palavras (Analítica e crítica da linguagem) 1.4.1 Teoria do sentido (Gottlob Frege) 1.4.2 Teoria atômica do significado ou atomismo lógico (Bertrand Russell) 1.4.3 Teoria figurativa do significado (Ludwig Wittgenstein). 1.4.3.1 Objetivo do tractatus 1.4.3.2 Ontologia do tractatus: fatos e coisas 1.4.3.3 Lógica da linguagem: teoria pictorial ou figurativa 1.4.3.4 Significado e verdade 1.4.3.5 Limites da linguagem: dizer e mostrar 1.4.3.6 Espécies de proposição 1.4.3.7 Lugar do sujeito da linguagem: no limite do mundo 1.5 Teoria do sentido pelo uso da linguagem ou teoria dos jogos de linguagem (Ludwig Wittgenstein) 1.6 Neopositivismo (Círculo de Viena) e empirismo lógico (Karl Popper) 1.7 Positivismo jurídico e empirismo lógico-jurídico (A escola de Viena e o círculo de Viena) 1.8 Teoria dos paradigmas (Thomas Kuhn) 1.9 Pós-modernidade e teoria crítica (Escola de Frankfurt) 1.10 Pós-positivismo jurídico 1.11 Ponto de convergência entre a filosofia analítica e a ontologia fundamental 1.12 Superação do dualismo: realismo e idealismo (A terceira via)

1.1 IDEALISMO E REALISMO: PASSAGEM DO CONCRETO PARA O ABSTRATO (ABSTRAÇÃO PROGRESSIVA)

A filosofia surgiu como ontologia filosófica. Surgiu das considerações dos pré-socráticos acerca de todos os seres, acerca da origem e natureza do mundo e de todas as coisas percebidas pelos sentidos, os fenômenos. Aqueles pensadores fixaram seus olhares para o céu escuro e estrelado, o espaço sideral, talvez porque a aparente imobilidade e a escuridão do céu noturno se apresentem como um pano de fundo que favorece a imaginação. Daí a palavra *considerar*, etimologicamente, “com o sideral”, “com o espaço sideral”, significar “pensar”, “refletir”, “abstrair”. *Refletir* suscita a noção de reprodução, no mundo mental ou no mundo das idéias, das imagens do mundo real refletidas na íris. E *abstrair*, étimo de “extrair”, significa “separar”. No caso, sugere a idéia de separação entre a imagem mental da coisa e a própria coisa. Separar-se a imagem, mental, da coisa, distanciar-se do mundo real, e centrar-se ou concentrar-se no mundo puramente mental, num esforço do intelecto em busca de soluções para problemas do mundo concreto ou em busca da concepção de idéias que consigam explicar as causas e a natureza de fenômenos percebidos no mundo real. Todas essas palavras referem-se, em suma, ao esforço intelectual para a descrição, a explicação e a compreensão do mundo real, em seus variados matizes, a partir do mundo mental, que, por sua vez, é construído pela mente humana, a princípio, a partir das impressões causadas pela observação do mundo exterior. Correlacionam-se a essa mesma noção, por exemplo, o verbo *entender* e o substantivo *intelecto*. *Entender* etimologicamente vem do latim “*in tender*”, tender para dentro, pôr para dentro, metaforicamente sugerindo a idéia de internalizar no mundo mental o mundo real. O “entendimento” dar-se-ia, pois, quando o homem consegue internalizar em sua mente o mundo externo e real. E *Intelecto* é substantivo abstrato que etimologicamente significa “ler para dentro”. Quer dizer, ler mentalmente o mundo exterior. O “mundo mental” e o “mundo real” são, pois, duas categorias fundamentais da filosofia. E é absolutamente correta a síntese conclusiva segundo a qual, subjacente a toda a história da filosofia, está o modo como é, em cada momento e em cada escola filosófica, concebida a relação entre o *real* e o *ideal*. Se a história da filosofia ocidental teve início a partir das considerações dos pré-socráticos acerca das origens do mundo real e da natureza de coisas (*seres*) que nele se apresentam, a história da Metafísica, assim como ficou conhecida a partir da classificação que teria sido proposta por Andrônico de Rodhes, no século I ac., sobre as obras de Aristóteles, surgiu a partir de uma primeira grande tentativa de diferenciar o mundo ideal e o mundo real. Não se pretende aqui apresentar profundas digressões sobre a história da filosofia e nem lições primárias sobre a

história do pensamento ocidental, mas tão-só pretende-se identificar algumas premissas que a experiência aconselha não sejam havidas como fundamentos óbvios, a fim de apresentar uma breve retrospectiva histórica que seja capaz de evidenciar as origens de alguns grandes equívocos teóricos cometido ao longo da história da filosofia, que, numa cadeia sucessiva de causas e feitos, deram origem a outros equívocos nos mais diversos segmentos do conhecimento humano, inclusive na Teoria do Direito.

Quando nos concentramos, vemos o mundo ideal. Quando fecharmos os olhos e tentamos ver assim mesmo, vemos, na ausência de luz física, com uma maior nitidez, a “claridão” desse mundo ideal na tela de nossa mente. Não o mundo ideal platônico cuja existência independe de nossa existência, mas um mundo virtual, forjado pelo eu. Como dissemos, esse mundo, pois, não é um lugar onde a mente vai, mas a própria forma de manifestação do *ser-mental* do homem. Do mesmo modo que o corpo é a forma de manifestação física do *ser humano* que *está-aí*, o mundo mental é a sua forma de manifestação imaterial, e também a que mais o diferencia dos outros *seres*. Lá são produzidas as emoções, os desejos, lá é onde está o campo de incidência da lei da liberdade. “Não existem outros mundos, mas apenas o mundo real e o mundo ideal”. Tudo o mais que existe é redutível a uma dessas duas categorias. É impossível tentar negar ou superar completamente esse dualismo entre o real e o ideal. Qualquer tentativa de superação é tão-só a busca por novidade, a busca por mero entretenimento intelectual. O homem gosta de ouvir histórias desde de a mais tenra idade. E às vezes acaba acreditando nas histórias fictícias forjadas pela mente humana; confundindo, então, o real e o ideal, a fantasia e a realidade, o verdadeiro e o fictício. Não existe uma terceira margem no rio ontológico. Para esclarecer tal redução e distinção entre o real e o ideal, nos utilizaremos das lições apresentadas nas duas mais importantes obras da história da Filosofia no século XX, talvez mesmo as mais importantes obras de toda a história da Filosofia: *Ser e Tempo*, de Martin Heidegger, e *Tractatus Logico-Philosophicus*, de Ludwig Wittgenstein. A pretensão aqui não é entrar nos pormenores do *Tractatus logico-Philosophicus* ou do *Ser e Tempo*, mesmo porque a complexidade dessas duas obras seminais de toda a história da filosofia, não comportaria análises menos superficiais em tão poucas páginas. O que pretendemos é a análise de alguns dos pontos que reputamos como os mais relevantes à Teoria do Direito. A pretensão aqui é, pois, de síntese das indagações e das respectivas conclusões apresentadas em cada uma dessas obras. Ou melhor, a pretensão é a de reformulação filosófica de antigas questões fundamentais, também fundamentalmente relevantes para o estudo do Direito.

1.2 O SER ENQUANTO SER E O SER ENQUANTO LINGUAGEM

Como quase todas as elaborações da cultura ocidental a teoria da linguagem teve origem na Grécia Antiga. Se num primeiro momento das especulações dos gregos, foi objeto de elaboração uma teoria do ser enquanto ser, a Ontologia ou teoria do ser; num segundo momento foi incorporada a essas reflexões uma teoria do ser enquanto linguagem, uma teoria da linguagem enquanto instrumento para referir-se ao ser. A historiografia costuma identificar “Crátilo” como o marco inicial da teoria da linguagem entre os Gregos. Trata-se de um dos tantos diálogos de Platão, cujos personagens, Crátilo e Hermógenes, discutem posições opostas sobre a teoria da linguagem, e representam, dentro desse *topos*, o equivalente, na teoria da linguagem, aos personagens Parmênides e Heráclito, na teoria do ser. De um lado Crátilo defende uma tese semântica ou naturalista, segundo a qual cada coisa teria um nome por natureza, numa relação intrínseca entre o *logos* e a *physis*; e, de outro, Hermógenes defende a tese convencionalista, segundo a qual os nomes são dados às coisas de modo inteiramente arbitrário. Subjacente ao que, em última análise, há um discurso platônico contra os sofistas e há a discussão sobre o conceito de “verdade”, opondo à visão da verdade enquanto correspondência entre o que se diz por meio da palavra e o que é, de fato, a visão da verdade

como a percepção direta da coisa sem intermediação da palavra¹. Ao logo da digressão tais questões serão retomadas, por oportuno, mais detalhadamente no enfrentamento de cada uma das indagações inicialmente propostas.

1.3 FILOSOFIA ONTOLÓGICA FUNDAMENTAL: O SENTIDO DO SER NO MUNDO (ANALÍTICA EXISTENCIAL)

A Ontologia Fundamental de Heidegger (1889-1976), por sua vez, não se preocupou com as pretensões da Metafísica acerca da comprovação da existência dos supostos juízos sintéticos a priori e voltou as suas especulações para o mundo real. Mais particularmente, porém, para o mundo da existência humana aqui e agora. Todas as coisas (os entes) só teriam importância para a Filosofia na medida em que tivessem importância para a vida humana. E é nesse contexto que o “sentido” surge como nova categoria fundamental da Ontologia. “Sentido” não apenas como sinônimo de “significado”, mas também e principalmente sugerindo a idéia de “referência” ao homem. Os entes só fazem sentido, segundo entende essa nova Ontologia, na medida que se referem ao homem. Não podem ser definidos pelo homem como coisas absolutas em si mesmas, como pretendia a Metafísica, e sim tão-somente como coisas relativas ao homem. O homem seria o único ser absoluto em si mesmo, tudo o mais seria a ele relativo. O Filósofo desce, pois, do Monte Olimpo, onde se isolava para de fora considerar sobre o mundo, e passa a refletir por uma perspectiva interna ao mundo, isto é, por uma perspectiva existencial. Essa empreitada, entretanto, seria muito mais profunda do que a sugerida pela antiga máxima *primo vivere dopo filosofare*. A Clássica Ontologia grega, cuja indagação característica era *o que é tal ou qual ente?* (*O que é o sol? O que é o mar? O que é o homem?*), é substituída pela pergunta *o que é o ser? O que é existir?* O homem deixa de ser definido simplesmente como um animal racional, uma vez que essa perspectiva encerraria uma concepção idealista e objetivante de um ser humano coisificado, categorizado como se fosse uma coisa ou como um objeto estático suscetível de uma descrição generalizante, e passa a ser havido como um ser “exist(ente)” e “inacabado”, “permanentemente aberto a possibilidades”, em constante modificação, por isso insuscetível de uma apreensão sintetizadora e estática, à luz da Ontologia tradicional. O homem, inserido no mundo, só a partir da assimilação de experiências vividas nesse mesmo mundo, no tempo e no espaço, poderia ser, não simplesmente definido, e sim “compreendido”.

1.3.1 Sein, Dasein, tempo e cotidianeidade

A *cotidianeidade* e o *Dasein* (estar-aí) são duas categorias identificadas por Heidegger para expressar a base da nova Ontologia Fundamental e em complemento ao *Sein* (ser), categoria central da Ontologia Clássica. O *Sein* é categoria a-temporal, estática e acabada (completa). O *Dasein* é categoria temporal, dinâmica e inacabada. A cotidianeidade encerra, pois, simultaneamente a noção de tempo e de mundo. O *Dasein* é o estar-aí, é o ser-aí, presente no mundo e no tempo. Existente no “presente” e, ao mesmo tempo, resultado do passado e aberto para o “futuro”. Projetado no mundo e por isso só nos parâmetros desse mundo compreendido. Não pode ser definido pela Ontologia Tradicional porque é um projeto inacabado. Para compreendê-lo é imprescindível, pois, que se esteja inserido no mesmo mundo e tempo em que ele está inserido. O homem, então, como *Dasein*, só pode ser compreendido, como também todos os demais *entes* mundanos, por quem esteja inserido (projetado) e vivendo as experiências existenciais do cotidiano desse mundo temporal. A “vida”, por exemplo, enquanto *Dasein*, não encontra uma definição satisfatória e suficiente na Biologia, porque essa se apresenta apenas por uma perspectiva do *Sein*, como o resultado de um complexo de fenômenos naturais (físico-químicos que se traduzem em um fenômeno biológico). Para

¹ Cf. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e Método* I, Primeira Parte, *A virada Ontológica da Hermenêutica do Rio Condutor da Linguagem*.

compreender profundamente o que é o fenômeno da vida é preciso estar vivo, experimentar a vida, viver a vida. As palavras não têm a força expressiva e comunicativa suficientes para descrever o fenômeno da vida. É nesse ponto o elo de contato entre a Ontologia Fundamental de Heidegger e a Filosofia da Linguagem. A Filosofia da Linguagem afirma que as palavras não são instrumentos capazes de descrever com precisão determinadas categorias do conhecimento, diferenciando, pois, o que pode ser descrito e o que só pode ser mostrado. A Ontologia Fundamental nesse aspecto, em linhas gerais, concorda com tal afirmação, entendendo que as definições da Metafísica não têm força suficiente para expressar idealmente todos os entes do mundo. E afirma que só se vivendo a experiência do mundo real e temporal é possível compreender os entes que nele se projetam. Por isso não diz o que são os entes, mas, em linhas gerais, apenas ensina o caminho para que cada homem individualmente possa por si mesmo compreendê-los, desvelar a verdade dos seres que estão aí no mundo.

1.3.2 Fenomenologia: percepção e descrição fenomenológicas

A fenomenologia de Husserl² serviu de alicerce para a elaboração de diversos sistemas filosóficos, tais como os de Hartmann, Sartre, Merleau-Poty, entre outros. É ao mesmo tempo o nome de um sistema filosófico e nome do método em que se baseia esse sistema. Foi elaborada como uma saída teórica para a armadilha na qual restou enredada a filosofia desde Kant, por causa da distinção entre a “coisa em si” (o *noumeno*) e a sua aparição (o *fenômeno*). Com base nessa distinção, formulada por Kant para equacionar os argumentos contrapostos que sintetizavam o embate entre empiristas e racionalistas acerca do que seria possível conhecer, desde Descartes³, Bacon⁴, Locke⁵, Berkeley⁶ a David Hume⁷, a filosofia havia chegado à conclusão de que não seria possível conhecer as coisas mesmas, mas apenas as impressões imperfeitas das coisas sobre os nossos sentidos. Husserl pretende romper com tal tradição, afastando-se dessa armadilha na qual estava enredada a Filosofia desde Kant, e para tanto introduziu os conceitos de *percepção* e de *descrição fenomenológicas*⁸. Ele entende que por meio da percepção sensorial o homem teria acesso diretamente às essências das coisas (*percepção fenomenológica*). Nós captaríamos o que as coisas têm de imutável, conseguiríamos distinguir o que elas teriam de essencial e imutável (o que as individualizariam) e o que elas teriam de acidental e contingente. Para ilustrar a concepção do *método fenomenológico*, o método por meio do qual seria possível chegar-se à *redução fenomenológica*, Husserl utiliza-se, entre outros, do exemplo dos fenômenos sonoros, fazendo alusão à “nona sinfonia de Bethoven”. Seríamos capazes de reconhecê-la, graças à redução fenomenológica de que somos capazes de realizar em face de tudo o que é captado pelos sentidos humanos, seja essa composição reproduzida por uma orquestra filarmônica seja essa concepção reproduzida pela banda da escola. E mediante a percepção dos traços essenciais da coisa percebida, a filosofia seria um conhecimento possível. Ao tentar salvar a filosofia do labirinto do ceticismo, entretanto, Husserl supôs, equivocadamente, que não apenas seríamos capazes de perceber fenomenologicamente as coisas, bem como também seríamos sempre capazes de traduzir ou expressar tal *percepção fenomenológica* em palavras que se reportassem às essências, às coisas mesmas. Não conseguiu antever, pois, que há coisas que podem ser objeto de *percepção* e também de *descrição fenomenológica*, e há outras coisas que só podem ser objeto de percepção fenomenológica, mas não são passíveis de *descrição fenomenológica*. Tal distinção está

² Husserl, *Investigações Lógicas – Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento*, §4, sobre “juízo de percepção”.

³ Descartes, *Discurso sobre o Método*.

⁴ Bacon, *Novum Organum*.

⁵ Locke, *Ensaio sobre o Entendimento Humano*.

⁶ Berkeley, *Tratado sobre os Princípios do Conhecimento Humano*.

⁷ Hume, *Tratado sobre a Natureza Humana*.

⁸ Husserl, *Investigações Lógicas*.

fortemente presente em Heidegger e perfeitamente delineada, como veremos mais detalhadamente nos tópicos seguintes, nos aforismos de Wittgenstein segundo os quais: “há coisas que podem ser descritas, e há coisas que não podem ser descritas, mas apenas mostradas”. Erro também cometido, em meio à Filosofia da Linguagem, pelos que entendiam que o pensamento só é possível por meio da linguagem, e que não haveria pensamento fora da linguagem. Tudo o que poderia ser pensado e conhecido poderia, pois, segundo tal concepção, também ser expresso por palavras. Em Heidegger, igualmente, em meio às categorias da “pré-compreensão” e da “compreensão” e do “círculo hermenêutico”, é possível entrever a distinção entre o que poderia ser dito por palavras e o que só poderia ser compreendido pela experiência existencial. Essa distinção constitui, pois, a lição e a contribuição mais importante da filosofia do início do século XX. Lição que tem uma importância central na teoria da interpretação do direito, na medida em que permite compreender que a interpretação dos textos jurídicos, como a interpretação de qualquer texto em geral, só é possível quando previamente conhecidos os objetos, coisas e fatos, a que são feitas as referências por meio das palavras. Do mesmo modo, a alteração histórica da forma como são vistos ou pré-compreendidos esses objetos, coisas e situações, também altera a compreensão dos textos correspondentes, num *Círculo Hermenêutico*⁹ do qual nenhum ser humano pode escapar completamente. Eis a grande lição sobre a qual deve se basear a teoria da interpretação da norma jurídica.

1.3.3 Ontologias regionais e verdade ontológica

Tal qual Frege, Filósofo da Linguagem, como veremos, Husserl (1859-1938) não é originalmente um filósofo, mas sim um matemático. Tal qual Frege, Husserl aproxima-se da filosofia e elabora uma sistematização filosófica que influenciou quase toda a filosofia a partir de então, ao longo do século XX, movido por um projeto de fundamentação da Matemática no mundo empírico ou mundo dos fenômenos. Husserl tornou-se um fenomenólogo para resolver um problema com o qual se deparou ao tentar fundamentar a Matemática, por meio da teoria psicológica de seu professor Franz Brentano, no mundo dos fenômenos. Pretendia, pois, estabelecer uma ligação entre os conceitos da Matemática e os objetos do mundo factual. Para superar o psicologismo subjetivista característico do idealismo, Husserl utilizou-se de um conceito desenvolvido por Brentano, o conceito de *intencionalidade*. Pela *intencionalidade* procurava superar o conceito de conhecimento por representação. Toda consciência seria uma consciência intencional de algo, uma consciência direta de alguma coisa, não intermediada por uma representação. A consciência é intencional na medida em que deliberadamente volta-se para um objeto. O homem teria o conhecimento da consciência das coisas e não o conhecimento das coisas. Mas tal não redundaria num psicologismo subjetivista, pois as essências percebidas por reflexo na consciência seriam, segundo ele, *objetos universais*. Por tal via no seu *Filosofia da Aritmética* pretendia assegurar a objetividade da Matemática, da Lógica e posteriormente da própria Filosofia, que sob essa perspectiva era posta como uma verdadeira ciência, a ciência das essências ou ciência eidética. Todos os conceitos remeteriam, pois, a um ato psíquico produzido por um objeto real. Todo conceito seria, então, um conceito generalizante de um objeto do mundo real a partir de um reflexo mental que conduziria a uma elaboração abstrata por redução. Num segundo momento do desenvolvimento de sua Filosofia Fenomenológica, entretanto, nas suas *Investigações Lógicas*, de um modo mais abrangente, passa a identificar duas espécies de conceitos, os conceitos sobre entes reais e os conceitos puramente lógicos que não se reportariam nem a objetos físicos nem a objetos psíquicos produzidos pela impressão dos objetos físicos, mas que seriam exclusivamente objetos ideais. Na primeira fase a Fenomenologia era vista como um “retorno às coisas mesmas”, e o seu propósito, pois, era o de fundamentar as ciências, os conceitos científicos, no mundo real. Nessa segunda fase, porém, o projeto inicial é alterado, porque descobriu que haveria conceitos que não remeteriam às coisas mesmas, e passa a ser,

⁹ Heidegger, *Ser e Tempo*, § 42.

então, o seu novo projeto, o de responder como a nossa consciência teria acesso a um mundo de objetos. O problema inicial da fundamentação da matemática no mundo real converte-se num problema mais abrangente, sobre como somos capazes de conhecer, como elaboramos os conceitos mentais sobre os objetos reais e como construímos em nossa mente o conhecimento lógico do mundo. E a resposta a tal indagação Husserl encontra na capacidade que a nossa consciência que teria de sintetizar, em meio à multiplicidade de fenômenos, os traços comuns e principais que permitiriam a construção de conceitos mentais ou a construção de objetos metais que transcenderiam os objetos do mundo real, na medida em que não corresponderiam exatamente a esses objetos físicos, apresentando-se, antes, como modelos comuns a todo um gênero de objetos físicos. A Fenomenologia passa, então, a ser uma teoria que procura desvelar como funciona esse mecanismo de sintetização da mente humana. Estuda, pois, a estrutura da síntese do conhecimento humano. E partir dessas idéias Husserl estabelece uma classificação dos objetos do conhecimento, segundo a qual pertenceriam invariavelmente a duas maiores e únicas categorias, as categorias inseridas no mundo real e as categorias inseridas no mundo meramente ideal: as regiões ônticas (o mundo real e o mundo ideal). Essa sua classificação foi tomada como base para famosas ontologias de outros filósofos no século XX, notadamente, como mencionamos acima, Heidegger, Hartmann, Sartre, Merleau-Ponty entre outros. E, de um modo geral, cada uma dessas duas regiões ônticas é diferentemente tomada como objeto de estudo de diferentes Ontologias Regionais. Contudo, em geral, qualquer que seja a subdivisão a que pertence o ente objeto de classificação, é ele, antes de tudo, identificado ou como um ente real ou como um ente ideal. Não existiria, pois, segundo as lições de Husserl e de tantos outros filósofos, um terceiro mundo, uma terceira região ôntica, uma terceira margem do rio ontológico. Tudo, portanto, reduzir-se-ia a uma categoria do mundo real (um *ser-real*) ou a uma categoria do mundo ideal (um *ser-ideal*). Conforme veremos em tópico específico, tais considerações são importantes na medida em que permitem identificar a natureza dos “valores”. E é dessa idéia de *intencionalidade*, segundo o qual a consciência seria sempre uma consciência direta de uma coisa, não intermediada pela representação ou pelo signo, que conduz Heidegger à distinção histórica da verdade enquanto correspondência entre uma representação (descrição) e o representado (ou, entre signo e o significado, na perspectiva da Filosofia da Linguagem), e a verdade enquanto desvelamento¹⁰, quer dizer, a verdade significando a percepção direta e imediata da coisa. Husserl fala de “ontologias regionais” reportando-se ao estudo dos seres à luz dos traços categoriais da região ontológica a que pertenceria. E Heidegger na seqüência propõe uma distinção entre o “ôntico” e o “ontológico¹¹”. O ôntico referir-se-ia à estrutura ou à essência própria da cada ser, aquilo que o identificaria e distinguiria dos demais, que o faria pertencer a uma e não outra região ontológica. O ontológico, por sua vez, diz respeito ao estudo da filosofia ou da ontologia sobre os seres, referir-se-ia às Ontologias Regionais. Como também veremos, “nesse aspecto”, a Ontologia Fundamental de Heidegger, ou Analítica Existencial, coincide com a Filosofia da Linguagem, ou Analítica da Linguagem.

1.4 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM E O GIRO LINGÜÍSTICO: O SENTIDO DAS PALAVRAS (ANALÍTICA E CRÍTICA DA LINGUAGEM)

Filosofia Analítica da Linguagem é a denominação mais genérica usada para referir-se a uma série de estudos filosóficos desenvolvidos principalmente a partir do início do século XX acerca da lógica da linguagem. A Filosofia da Linguagem procura, pois, estudar a relação entre a linguagem e o mundo real, na tentativa de identificar as regras lógicas subjacentes à linguagem ordinária que usamos para nos referir à realidade. Não se trata, pois, do estudo das regras da gramática de um língua, mas dos estudos sobre as regras que presidiriam a lógica subjacente a qualquer idioma. Uma frase poderia respeitar as regras da gramática, e ao

¹⁰ Heidegger, *op. cit.*

¹¹ *Idem, ibidem.*

mesmo tempo desrespeitar as regras da lógica da linguagem, por não apresentar qualquer significado, com, por exemplo, a frase “o vento assanou os cabelos do careca”. Em termos bastante simplificados, os estudos da Filosofia da Linguagem partem do pressuposto de que se o mundo real é estruturado segundo regras de lógica formal, a linguagem que usamos para nos referir a ele também deve ser estruturada segundo as mesmas regras lógicas, sob pena de a articulação das palavras não apresentar qualquer sentido, não se referindo a nada suscetível de ocorrer no mundo factual. Caberia à filosofia, então, a tarefa de identificação dessas regras lógicas. Na verdade, os estudos sobre a lógica da linguagem, no início do século XX, surgiram em meio a estudos sobre a Filosofia da Matemática, quando filósofos da Matemática procuraram fundamentar essa ciência formal com base no mundo empírico. Pretendia-se demonstrar que as ciências formais (como a Matemática, a Geometria e a Lógica) teriam surgido a partir de problemas do mundo real e para a solução de problemas práticos e concretos, e, por isso, deveriam encontrar seus fundamentos também no mesmo mundo empírico. A tentativa de demonstrar a relação entre os entes ideais dessas ciências formais e os entes reais do mundo empírico; num primeiro momento, inspirou a pretensão de reduzir a Matemática e a Geometria à Lógica, e, num segundo momento, inspirou a pretensão de identificar as regras lógicas que presidiriam a linguagem quando por meio dela se faz referência ao mundo real. Nesse sentido, sustentava-se, por exemplo, que, de certo modo, os números não existiriam independentemente das coisas reais. O número dois não existiria de *per si*. Referir-se ao número dois ou ao número cinco, isoladamente, é o mesmo que não se referir a nada. O que existe, ao invés, são “duas laranjas” ou “cinco dedos”. Do mesmo modo, as figuras geométricas não existiram independentemente dos objetos físicos. O triângulo, por exemplo, é um aspecto formal encontrado em figuras do mundo real, como as pirâmides do Egito, e o círculo, um aspecto de uma coisa real, como a lua. As palavras, igualmente, referir-se-iam ao mundo real, e a linguagem encerraria uma lógica subjacente que, até então, esperava para ser desvendada em suas regras elementares. Até o início do desenvolvimento desses estudos sobre lógica da linguagem, no começo do século XX, havia no meio acadêmico a falsa suposição de que os estudos sobre Lógica Clássica, elaborados por Aristóteles, exceto por algumas imperfeições e lacunas, conformavam a maior parte do que se acreditava ser o domínio da Lógica; porém, os estudos sobre Filosofia da Lógica em seus vários desdobramentos, tais como a Filosofia e a Lógica da Matemática, a Filosofia e a Lógica da Geometria, a Filosofia e a Lógica da Linguagem, a Filosofia e a Lógica da Ciência *etc.*, demonstraram que a teoria aristotélica não dava conta senão de uma pequena parcela no universo da Lógica.

É importante destacar que a denominação “Filosofia da Linguagem” é abrangente de um amplo conjunto de teorias com distintos matizes sobre a questão da Linguagem, sendo usada, pois, nas seguintes acepções: (i) Filosofia Analítica da Linguagem; (ii) Filosofia Crítica da Linguagem; (iii) Filosofia da Linguagem Ideal; e (iv) Filosofia da Linguagem Ordinária. Num sentido estrito, Filosofia da Linguagem é sinônimo de “Análise ou Analítica da Linguagem”, referindo-se ao estudo da linguagem como categoria lógica, com o objetivo de desvelar a natureza e as funções da língua como veículo de comunicação. Para essa, o tema central é a questão do “significado” das palavras e das proposições. Num sentido amplo, Filosofia da Linguagem é sinônimo de “Crítica da Linguagem”, e refere-se a uma abordagem metodologicamente crítica de problemas do conhecimento em geral, quer dizer, refere-se ao estudo crítico que toma por objeto quaisquer proposições que pretendam apresentar problemas ou oferecer soluções no âmbito do conhecimento humano. Na primeira acepção tem, pois, por objeto de estudo a própria linguagem enquanto categoria. Na segunda acepção, consiste na aplicação da Teoria Lógica da Linguagem como instrumento para o estudo de problemas filosóficos ou científicos apresentados por meio de proposições lingüísticas. Por sua vez, “Filosofia da Linguagem Ideal” é denominação que se refere aos estudos de lógica simbólica da linguagem, iniciados por Frege e posteriormente desenvolvidos por Russell e Wittgenstein, entre outros. O objetivo desses estudos era o de revelar a verdadeira estrutura lógica da linguagem,

subjacente à linguagem natural, bem como a criação de uma linguagem pura, em notação lógica, capaz de substituir a linguagem ordinária na formulação das proposições da ciência, de modo a proporcionar o maior grau de precisão na formulação das proposições científicas, livrando-as dos equívocos, contradições e ambigüidades da linguagem comum. Ao tratar do tema central do “significado” das palavras e das proposições, a Filosofia da Analítica procurava demonstrar que grande parte dos problemas filosóficos, notadamente dos problemas metafísicos, na verdade, não passariam de “pseudoproblemas”, decorrentes de equívocos lingüísticos ou do uso incorreto da linguagem. Por último, a Filosofia da Linguagem Ordinária é denominação que se refere a uma segunda fase do desenvolvimento da Filosofia da Linguagem, que trata da investigação filosófica da linguagem usada no cotidiano, e cujos estudos foram desenvolvidos em uma segunda fase teórica de Wittgenstein e, posteriormente, por pensadores com Austin¹² e Habermas¹³. A temática do “significado” continua sendo central para essa linha da Filosofia da Linguagem, porém sob uma perspectiva do uso pragmático. Costuma-se, assim, dividir cronológica e tematicamente a história da Filosofia da Linguagem em três momentos: (i) a *semântica*, o estudo caracterizado pela busca do significado das palavras, que objeto da primeira fase de desenvolvimento da Filosofia da Linguagem, e que tem no *Tractatus* a sua obra principal; (ii) a *sintaxe*, o estudo das relações das palavras dentro do contexto de uma proposição e dentro de contextos em que são usadas, que objeto de estudo da segunda fase de desenvolvimento da Filosofia da Linguagem, e que tem nas *Investigações Filosóficas* a sua principal obra; e (iii) a *pragmática*, que busca estudar a importância prática das palavras na condução e solução de problemas sociais concretos, a terceira fase da Filosofia da Linguagem e que talvez mais emblematicamente seja representada pela *Teoria da Ação Comunicativa* de Habermas¹⁴. Em todo caso, em todas essas acepções e momentos distintos há a idéia de que a tarefa da filosofia não é a de formular proposições filosóficas, mas tão-só, tendo por objeto a linguagem, a tarefa de analisar a linguagem mediante a qual os problemas e as respostas são apresentados. E assim sendo, a filosofia deixa de ser vista como um conhecimento ou sistema de proposições informativas e passa a ser entendida como uma atividade de pesquisa das proposições por meio das quais se pretende apresentar conhecimentos. Na primeira acepção, a filosofia é reduzida à filosofia da linguagem científica (*ancilla scientia*), na segunda acepção, a filosofia é reduzida à filosofia da linguagem em geral.

A título de ilustração, a Filosofia Analítica procurou demonstrar, por exemplo, que muitos dos equívocos teóricos da ontologia seriam, na verdade decorrentes de equívocos lingüístico, tal qual o caso do famoso *Argumento de Estildão*. Estildão, filósofo grego, apresentou a seguinte reflexão sobre o princípio da identidade: “não seria possível predicar nada acerca de algo, além de sua própria identidade, pois sempre que tentássemos predicar algo que não é idêntico ao próprio sujeito estaríamos negando a identidade, estaríamos negando que uma coisa é igual a ela mesma, o que seria um absurdo lógico”. Não seria, pois, possível, segundo esse entendimento, por exemplo, dizer nada a respeito de Sócrates, além de “Sócrates é Sócrates”. Os estudos de Filosofia Analítica, contudo, demonstraram que tal raciocínio configuraria um dos tantos equívocos decorrentes de uma deficiente compreensão da linguagem. No caso, seria necessário identificar dois sentidos distintos do verbo “ser”. O verbo “ser” enquanto palavra que antecede e apresenta um predicado, como na frase “Sócrates é mortal”, e

¹² J. L. Austin, *Quando dizer é fazer*.

¹³ Jürgen Habermas, *Was heisst und Universalpragmatik?* Trata-se de um desdobramento da Filosofia Analítica em que a linguagem é vista como um meio para a busca do consenso social acerca das questões controvertidas ou difíceis, em meio ao debate social lingüística e logicamente ordenado. A ideologia neoliberal tem ironicamente se utilizado dessa concepção, nascida em meio à marxista Escola de Frankfurt, para a conquista de “corações e mentes” na defesa da globalização de um modelo de modo de produção predatório.

¹⁴ Cf. Lenio Streck, *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Na esteira da Filosofia de Tradição Analítica da Linguagem o autor apresenta uma crítica à distinção recorrente entre casos complexos e casos simples.

o verbo “ser” enquanto palavra que apresenta uma identidade, como na frase “Sócrates é Sócrates”. No mesmo sentido, muitas das famosas proposições filosóficas acerca do “ser” seriam também absurdas por carecerem de significado, ou seja, por não se referirem a nada que existe no mundo real, desrespeitando, pois, as regras da lógica da linguagem. Tal, por exemplo, seria o caso da pretensa “reformulação”, pela Ontologia Contemporânea, da pergunta fundamental da ontologia grega sobre o “ser”. A Ontologia Clássica apresentava a seguinte indagação fundamental: *o que é ...?* Quer dizer, *o que é o homem?*; *o que são as estrelas?*; *o que é o sol?* etc. A Ontologia Contemporânea, sob a alegação de retomar o sentido original da questão do ser, teria reformulado a indagação e posto o verbo “ser” no predicado, de tal modo que a palavra “ser” assume, ao mesmo tempo, a função de “verbo” de apresentação de predicado (*é*) e a função de predicado (*ser*): *O que é o ser?*¹⁵. Para a Filosofia Analítica da Linguagem, trata-se de uma indagação despojada de qualquer sentido¹⁶, um “absurdo”, e, portanto, revela-se como um pseudoproblema teórico¹⁷. Não apenas as respostas a tal indagação seriam havidas como erradas, mas, também, a própria indagação configuraria um equívoco lógico-lingüístico, uma vez que o *ser* revelar-se-ia como uma categoria fundamental e elementar que não comportaria, como todas as categorias elementares, uma descrição. O termo “ser” referir-se-ia a algo a partir do que outras categorias são definidas, não sendo possível formular-lhe uma descrição; ou seria ele apenas uma palavra usada para referir-se genericamente a tudo o que efetivamente existe(ente) no mundo real ou a tudo que virtualmente existe(ente) no mundo mental; ou, ainda, seria apenas uma palavra cuja função seria simplesmente a de apresentar ou introduzir, em uma proposição, as características predicativas de algo que é objeto de uma descrição. Esse movimento filosófico que procurou tirar o problema do “ser enquanto ser” do centro das reflexões filosóficas e substituí-lo pelo problema da “referência da linguagem ao ser”, ou “problema do sentido das palavras”, caracterizou um momento da filosofia conhecido como “Giro ou Viragem Lingüística”(Linguist Turn). A seguir apresentaremos uma breve retrospectiva do desenvolvimento histórico da Filosofia da Linguagem, cujas elaborações serão de grande utilidade para que, em seguida, realizemos uma reflexão crítica sobre alguns dos problemas e das respectivas soluções apresentados pela Teoria do Direito, dentro da nossa proposta inicial.

1.4.1 Teoria do sentido (Gottlob Frege)

Gottlob Frege (1848-1925) filósofo alemão percurso da Lógica Moderna, da Filosofia da Matemática e da Filosofia da Linguagem no século XX, tentou elaborar, em seus estudos, uma teoria que reduzisse a Matemática e a Geometria à Lógica, bem como procurou encontrar a fundamentação dessas ciências formais no mundo empírico, em sua famosa obra

¹⁵ Cf. Martin Heidegger, *Ser e Tempo*.

¹⁶ Cf. Martin Seymour-Smith, *Os livros que mais influenciaram a humanidade*, p. 645:” Carnap se referia a *Ser e Tempo* como “literalmente absurdo”. *Tractatus*, prop. 3.323: “Na linguagem corrente sucede muito freqüentemente que a mesma palavra designa de modo e maneira diferentes – e portanto que pertence a símbolos diferentes – ou sucede que, duas palavras que designam de modos e maneiras diferentes, são aparentemente empregues na proposição do mesmo modo e maneira. Assim a palavra ‘é’ surge como cópula, como sinal de igualdade e como expressão da existência; ‘existir’ como verbo intransitivo, com ‘ir’; ‘idêntico’ como adjetivo, falamos de *alguma coisa*, mas também de que acontece alguma coisa. (Na proposição: ‘Verde é verde – em que a primeira palavra é um nome próprio, a última um adjetivo – estas palavras não têm apenas uma denotação diferente, mas são símbolos diferentes.)”. Prop. “3.324: Assim surgem facilmente as mais fundamentais confusões (de que toda a filosofia está repleta).”

¹⁷ *Tractatus*, prop. 4.003:”As proposições e questões que têm sido escritas acerca de temas filosóficos não são, na maior parte, falsas mas sem sentido. Não podemos por isso responder a questões deste gênero mas apenas estabelecer a sua falta de sentido. As proposições e questões dos filósofos fundamentam-se na sua maior parte, no facto de não compreendermos a lógica da nossa linguagem. (Elas são do gênero da questão de saber se o bem é mais ou menos idêntico que o belo.). E não é surpreendente, que os mais profundos problemas *não* são de todo problemas.”

Conceitografia (1879). Tais reflexões, como já mencionamos, o conduziram posteriormente à tentativa de identificar as regras lógicas que presidiriam o funcionamento da linguagem que usamos para nos referir ao mundo real. A noção fundamental de que a lógica que presidiria a linguagem teria as mesmas regras formais da estrutura da realidade concreta é, pois, de Frege. Igualmente ao que ocorreu na história em relação a outros tantos filósofos, suas teorias não repercutiram imediatamente entre os seus contemporâneos, mas apenas na fase final de sua vida vieram a ser reconhecidas e estudadas por filósofos como Bertrand Russell e Ludwig Wittgenstein. No campo da Lógica da Linguagem a mais importante de suas elaborações foi a sua “teoria do sentido das palavras”, cuja apresentação ao meio acadêmico é, por muitos, tomada como o marco inicial da Filosofia da Linguagem Ideal, no famoso artigo “Sobre o sentido e a referência”¹⁸. Frege introduziu uma terceira categoria no mundo da linguagem para resolver um problema lingüístico com o qual havia se deparado: a categoria do “sentido”. Ao lado do “objeto” e do “signo” lingüístico usado para nomear os objetos, haveria também “o sentido”, categoria com a qual ele se reportava ao “modo” como poderia ser usado o sinal ou signo da linguagem. Com a categoria do “sentido” ele tentava estabelecer uma solução para um problema de linguagem que envolvia o “princípio da identidade”, identificado na análise de frases como as seguintes frases: “A estrela da manhã é a estrela da tarde”; ou “o Everest é o Chomolungma”. Essas frases pareciam problemáticas porque ao mesmo tempo em que apresentavam uma relação de identidade entre dois elementos, *A* e *B*, também apresentavam informações novas, não se revelando como meras tautologias, diferentemente, portanto, das regras da lógica, a exemplo do princípio da identidade. De fato, a expressão “a estrela da manhã” refere-se ao planeta “Vênus”, e a expressão “a estrela da tarde” também se refere ao mesmo planeta “Vênus”. Tratar-se-iam, a princípio, de dois signos distintos usados para referir-se à mesma coisa. Se “*A* é *C*” e “*B* é *C*”, logo, pelas regras da lógica, “*A* é *B*”. Contudo, a análise da frase mostra que não se trata de mera tautologia, porquanto é apresentada uma informação adicional, qual seja, a informação de que o fenômeno luminoso que se apresenta no horizonte de manhã, ao raiar do sol, é causado pela mesma estrela que produz o fenômeno luminoso no horizonte ao crepúsculo. Então, para explicar essa aparente tautologia sintética, Frege distingue três espécies de “identidade”. Diz que se a identidade é uma relação entre dois elementos, devem ser, assim, diferenciadas: (i) “as identidades entre objetos” e (ii) “as identidades entre nomes”. Pode haver, pois, dois nomes distintos, *A* e *B*, que se refiram à mesma coisa, *C*; como pode haver dois objetos iguais, *A* e *A'*, referidos por nomes distintos, *B* e *C*. E ainda haveria (iii) a identidade do objeto consigo mesmo, *A* é *A*. Para explicar como as frases de identidade podem ser “informativas” recorre, então, a categoria do “sentido”. O “sentido” seria o “modo” como se vê ou como é apresentado o objeto. A “estrela da manhã” e a “estrela da tarde” são signos que se referem ao mesmo objeto, o planeta Vênus, fato que caracteriza uma identidade¹⁹. Contudo, haveria uma diferença com o que queremos dizer com cada sinal²⁰. Com o primeiro sinal estamos nos referido ao ponto luminoso no horizonte ao nascer-do-sol, e com o segundo sinal estamos nos referido ao ponto luminoso no horizonte a pôr-do-sol. Tal diferença faz com que a frase seja informativa, e não mera tautologia. E sendo assim, não se trataria do mesmo princípio da “identidade formal”, mas de uma “identidade material” e ou de uma identidade cuja enunciação acrescenta nova informação. Numa terminologia kantiana, tratar-se-ia de uma identidade sintática e não de uma identidade meramente analítica²¹. Um outro ponto central na

¹⁸ G. Frege, “Sobre o sentido e a referência”, in *Lógica e filosofia da linguagem*.

¹⁹ A denominação “identidade sintática” não é usada por Frege. É terminologia que usamos para melhor esclarecer a questão.

²⁰ Observações sobre problemas lingüísticos como esse, servem de modelo para que seja possível mais facilmente compreender a origem de problemas do mesmo gênero na Teoria do Direito, como veremos posteriormente.

²¹ De certo modo tais ilações já carregam o germe de uma teoria sobre o funcionamento da linguagem que só seria apresentada na década de cinquenta do século XX, numa segunda fase intelectual de Wittgenstein, dentro de sua teoria dos “jogos de linguagem”, cujo teor enfatiza o múltiplo significado das palavras em função do contexto em que são usadas.

teoria do sentido da linguagem de Frege, é a sua identificação do conceito de verdade com o conceito de sentido ou referência. Segundo Frege todas as frases verdadeiras têm apenas um sentido ou referência. Dentro dessa perspectiva, ele estabelece um conceito de verdade formal que é sinônimo de correspondência ou referência. Num segundo momento, entretanto, ele estabelece uma distinção entre “verdade” e “sentido”, mediante a diferença entre o que chama de “referência direta” ou verdade e “referência indireta” ou sentido; distinção essa que será, como veremos, a base do conceito de “sentido”, posteriormente elaborado por Wittgenstein. Por fim, estabelece uma classificação das proposições, identificando, por exemplo, as proposições completas ou fechadas, as que seriam integradas por “sujeito, verbo e predicado”, e as proposições incompletas ou abertas, em cuja estrutura está ausente o “sujeito” ou o “predicado”; e, por fim, identifica o princípio leibniziano de intersubjetividade *salva veritatis*, como critério para a identificação do valor-de-verdade do significado de uma palavra mediante a substituição por uma outra palavra dentro de uma frase²².

1.4.2 Teoria atômica do significado ou atomismo lógico (Bertrand Russell)

Bertrand Russell (1872-1970) é um dos grandes representantes da filosofia de tradição empirista da Inglaterra, sendo, por muitos, considerado como o maior expoente da filosofia britânica desde David Hume. Ele foi, na verdade, o grande descobridor da filosofia lógica de Frege e juntamente com Wittgenstein levou à diante o trabalho de mapeamento lógico da linguagem e de elaboração de uma linguagem ideal, substitutiva da linguagem ordinária, iniciado por aquele filósofo alemão. Sua teoria lógica da linguagem se baseia numa teoria ontológica do mundo, uma vez que a linguagem é vista, até então, tão-somente como um instrumento para a descrição mundo real; de tal modo que, como já assentado por Frege, a estrutura lógica da linguagem deveria refletir a estrutura lógica do mundo. Por isso, uma teoria sobre a estrutura lógica da linguagem, que se baseia em tal pressuposto, deve ser precedida de uma teoria ontológica sobre a estrutura do mundo ao qual a linguagem se reporta. Nesse sentido, Russell elaborou a sua teoria do conhecimento do mundo distinguindo duas espécies de conhecimento: (i) o conhecimento por familiaridade (*acquaintance*) e (ii) o conhecimento por descrição²³. Segundo Russell o conhecimento por familiaridade é uma condição necessária para que seja possível o conhecimento por descrição. O conhecimento por familiaridade dá-se em relação às coisas com as quais temos contato imediato, quer dizer, dá-se por meio da experiência direta, sem intermediação. Refere-se aos dados sensíveis acerca das categorias mais elementares do mundo, tais como as cores, as formas, as texturas físicas, os cheiros *etc.* Em relação a essa espécie de conhecimento haveria o que Russell chamou de memorização *sense-data*²⁴, somente em função da qual seríamos capazes de estabelecer o conhecimento por descrição. Assim, o conhecimento de objetos físicos, como uma mesa, só seria possível porque já temos conhecimento *sense-data* sobre a forma, a dureza *etc.*²⁵. O conhecimento *sense-data* não seria passível de dúvida exatamente porque ser imediato. Ele dizia que seria possível enganar-se quanto ao fato de estar diante de uma mesa, porque poderia tratar-se de uma alucinação;

²² Cf. tópico 22. “O Falso Problema da Incidência Total ou Parcial dos Princípios (A Falta de Sentido Lingüístico)”. Nesse tópico, utilizaremos o mesmo recurso do princípio *salva veritatis* para revelar um equívoco na Teoria do Direito, relacionado à questão da suposta incidência e aplicação das normas-princípio.” O ideal perseguido por Leibniz é, portanto, uma ‘linguagem’ da razão, uma *analysis notionum*, que, partindo dos ‘primeiros’ conceitos, desenvolveria o sistema completo dos conceitos verdadeiro, propiciando a reprodução do todo dos entes, como correspondência à razão divina. A criação do mundo como cálculo de Deus.”(Gadamer, *op. cit.*, terceira parte, *Linguagem e Logos.*)

²³ Bertrand Russell, *Sobre Denotação*.

²⁴ Tal concepção de forma de conhecimento guarda semelhança com o conceito de “percepção fenomenológica” de Edmund Husserl.

²⁵ Cláudio Costa, *Filosofia da Linguagem*, pp. 18-24.

entretanto, não seria possível enganar-se quanto ao fato de estar tendo a experiência *sense-data* correspondente²⁶. Por outro lado, o conhecimento por descrição seria o conhecimento sobre as coisas complexas cujos elementos constituintes conhecemos por familiaridade. Uma mesa seria, então, um objeto físico que se apresentaria como um sistema de *sense-data* possíveis. O conhecimento por descrição, diferentemente do conhecimento por familiaridade, por não ter caráter imediato em relação aos elementos constituinte do objeto, seria passível de erro, podendo ser havido como verdadeiro ou como falso²⁷.

Com base nessa teoria do conhecimento, Russell apresenta a sua teoria da linguagem denominada de “atomismo lógico”. Todas as sentenças da linguagem, quando devidamente analisadas, revelar-se-iam, segundo entendia, constituídas de signos atômicos que se refeririam a elementos simples e também indivisíveis da realidade física, os “fatos atômicos” – aquilo que conhecemos por familiaridade. Os nomes apontariam para objetos com os quais temos direta familiaridade. Por exemplo, o significado da palavra “branco” seria o que se dá à percepção como sendo branco. Um cego de nascença não poderia saber o que significa essa palavra²⁸. O conceito de “significado” corresponderia ao de “referência”. O significado de uma palavra seria o objeto para o qual ela se refere no mundo real. Essa sua concepção, entretanto, esbarrou num problema teórico inicial: “quando os objetos referidos pelas palavras não existissem no mundo real, como justificar a falta de sentido da palavra, se, na verdade, nos vem à mente uma imagem ou uma idéia correspondente?” Como é o caso, por exemplo, das palavras como “Homero”, “Atlantis”, “Pégaso”²⁹. Russell procurou resolver o problema teórico apelando para o conhecimento descritivo. Tais palavras, na verdade, não seriam nomes referentes a objetos simples conhecidos imediatamente por familiaridade, mas sim abreviações de descrições. Homero seria, pois, uma palavra que substituiria a descrição “o autor da *Ilíada* e da *Odisséia*”. Pégaso seria uma palavra que substituiria a descrição “o cavalo alado de Belerofonte”. O conhecimento que temos acerca do significado de tantos outros nomes próprios seria, então, conhecimento por descrição. Por exemplo, “Bismark” para nós seria uma descrição, “o primeiro chanceler do império germânico”. No mesmo sentido, a palavra “germânico” poderia evocar vários significados descritivos. Para algumas pessoas poderia sugerir a recordação de um conjunto de *sense-data* experimentados em uma viagem à Alemanha, enquanto para outras, uma carta geográfica³⁰. Essa solução apresentada, contudo, não resolveu o problema do significado, pois a mesma dificuldade se apresenta quando nomes são substituídos por descrições e as descrições também não se referem a coisas existentes no mundo real, como, por exemplo, na frase “o atual rei da França é calvo”. A solução apresentada por Russell constitui, ao lado da concepção de palavras e de objetos atômicos, o ponto principal de sua teoria lógica da linguagem. Diz ele que tais enunciados, na verdade, seriam “construções lógicas” que deveriam ser decompostas em enunciados implícitos mais simples. Por exemplo, o enunciado “o atual rei da França é calvo”, se devidamente analisado, seria decomponível nos seguintes enunciados mais simples: (i) enunciado da existência – “ao menos numa coisa é o atual rei da França”; (ii) enunciado de unicidade – “no máximo uma coisa é o atual rei da França”; e (iii) enunciado predicativo – “essa coisa é calva”³¹. Desse modo, o que passaria a ser exigido seria a existência de algo, mas não que esse algo seja o rei da França. Logo, a sentença “o atual rei da França é calvo” é falsa, conquanto sejam verdadeiros e tenham significados os

²⁶ Tal concepção revela, não obstante a tradição empirista inglesa, uma visão idealista do mundo, da qual Russell era adepto quando mais jovem e da qual nunca se desvinculou completamente.

²⁷ *Idem, Ibidem.*

²⁸ *Idem, Ibidem.*

²⁹ *Ibidem, Idem.*

³⁰ *Idem, Ibidem.*

³¹ Bertrand Russell, *op. cit.*

três enunciados simples extraídos da decomposição do referido enunciado composto³². Com essa solução apresentada, todavia, Russell acaba negando que os nomes próprios sejam capazes de designar algo simples. Ele sustentava que um nome real não teria qualquer conteúdo descritivo se funcionasse como “pronomes demonstrativos”, tais como “isso” ou “aquilo”, acompanhados por um gesto como o qual o falante aponta para algo. Tal perspectiva, porém, também gera um outro problema: quando o pronome “isso” não se refere a um objeto físico ou a um objeto presente, ele acaba recebendo uma aplicação subjetiva. Refere-se a um *sense-datum* que se dá ao falante em um dado momento, ao qual ele reconhece por familiaridade. Mas como saber se diferentes pessoas estão se referindo ao mesmo *sense-data*, quer dizer, se estão associando os nomes às mesmas coisas? Russell acaba sendo levado a um “solipsismo”, doutrina idealista segundo a qual não existiria um mundo objetivo, mas apenas os dados imediatos da consciência³³. A solução para esse problema teórico, todavia, seria apresentada por um dos seus alunos em Cambridge, Wittgenstein.

1.4.3 Teoria figurativa do significado (Ludwig Wittgenstein)

1.4.3.1. *Objetivo do tractatus*

O *Tractatus* procurava esclarecer que a linguagem ordinária distorce o pensamento, motivo por que seria necessário analisá-la, a fim de descobrir qual o sentido do pensamento lógico subjacente à mesma. “O homem possui a capacidade de construir linguagens com as quais pode expressar qualquer sentido sem ter nenhuma noção de como e do que significa cada palavra – Tal qual se fala sem se saber como os sons individuais são produzidos. A linguagem corrente é uma parte do organismo humano e não menos complicada do que esse. É humanamente impossível extrair imediatamente dela a lógica da linguagem. A linguagem mascara o pensamento. E tanto assim que da forma exterior da roupa não se pode deduzir a forma do pensamento mascarado; porque a forma exterior da roupa é concebida, não para deixar reconhecer a forma do corpo, mas para fins inteiramente diferentes. Os acordos tácitos para a compreensão da linguagem corrente são enormemente complicados”(prop. 4.002). Procurando oferecer soluções aos problemas para os quais a teoria atômica da linguagem de Russell não havia conseguido dar conta, o matemático e filósofo austríaco de origem judaica, Ludwig Wittgenstein (1889-1951), radicado na Inglaterra para estudar da Universidade de Cambridge sob a orientação de Russell, escreveu o que é considerada, por muitos, uma das mais importantes obras da história da filosofia, o *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921). Conforme é recorrentemente apresentado, trata-se de um livro com cerca de oitenta páginas, que apesar da denominação não corresponde ao gênero literário dos tratados ou mesmo dos ensaios, sendo constituído de sete proposições principais apresentadas na forma de sentenças assemelhadas a aforismos, numeradas por número inteiros (de 1 a 7)³⁴, cada qual seguida de proposições

³² Percebe-se a relação e a influência dessas idéias sobre as teorias lógicas das normas jurídicas desenvolvidas por Kelsen, Klug e outros juristas, durante as décadas de quarenta e cinquenta do século XX, segundos as quais as normas jurídicas não se confundiriam com os preceitos legislativos, mas seriam “juízos lógicos” extraídos das palavras da lei. Concepção essa que no Brasil mereceu importantes estudos de Lourival Vilanova, mas que apenas nos últimos anos vem sendo retomada e finalmente começa a ser assimilada no meio acadêmico nacional, apesar de mais restritamente ao Direito Tributário. Com o que se converte de uma mera teoria acadêmica, para uma elaboração teórica de profunda repercussão e aplicabilidade prática no dia-a-dia forense. Como, são exemplos, as teorias sobre a estrutura lógica das normas tributárias, elaboradas por Geraldo Ataliba, em *Hipótese de Incidência Tributária*, e por Paulo de Barros Carvalho, em *Teoria da Norma Tributária*, ambas com base nos estudos sobre lógica jurídica, desenvolvidos por Lourival Vilanova, em *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo* e em outras importantes obras sobre o mesmo tema da lógica aplicada ao Direito.

³³ Cláudio Costa, *op. cit.*

³⁴ 1. O mundo é tudo o que é o caso. 2. O que é o caso, o fato, é o subsistir de estados de coisas. 3. A figuração lógica dos fatos é o pensamento. 4. O pensamento é a proposição com sentido. 5. A proposição é uma função de verdade das proposições elementares. (A proposição elementar é uma função de verdade em si mesma). 6. A forma

menores delas decorrentes e cujo conteúdo é explicativo das proposições principais na forma de comentários e muitas vezes por meio de exemplos ilustrativos de problemas referentes à lógica da linguagem; proposições menores essas todas numeradas por números decimais (1.1., 1.2., 1.3., ...). Buscava-se com a obra, pôr a descoberto a estrutura lógica subjacente à linguagem ordinária, e a sua correspondência com a estrutura lógica do mundo real a que se reporta, de modo a responder como o pensamento se relacionaria com a realidade e como nossa linguagem se tornaria significativa. “A Filosofia não é uma ciência da natureza. (A palavra Filosofia tem que denotar alguma coisa, que está acima ou abaixo das ciências da natureza, mas não ao lado.). O objetivo da filosofia é a clarificação lógica dos pensamentos. A Filosofia não é uma doutrina, mas uma atividade. Um trabalho filosófico consiste essencialmente em elucidações. O resultado da Filosofia não é ‘proposições filosóficas’, mas o esclarecimento de proposições. A Filosofia deve tornar claro e delimitar os pensamentos, que doutro modo são como que turvos e vagos”. (prop. 4.112). Tal qual a teoria de Russell, a obra apresenta primeiramente uma teoria ontológica sobre o mundo, para só em seguida apresentar uma teoria sobre a lógica das proposições, e, ao final, apresentar uma distinção entre aquilo que “poderia ser dito por palavras” e aquilo que “só poderia ser mostrado”. Não se trata, segundo ele, de uma obra que se volta exclusivamente para o problema lógico, mas também de uma elaboração teórica que procura estabelecer um corte epistemológico entre a questão lógica e a questão axiológica, esclarecendo não apenas como seria a composição estrutural do mundo real e a composição estrutural da linguagem, como também a questão da natureza e do lugar dos valores³⁵. A importância dessa obra foi tal que influenciou decisivamente o grupo de epistemólogos e cientistas austríacos que ficou conhecido como o “Círculo de Viena”, cujas idéias sobre a teoria do conhecimento científico influenciaram profundamente os meios acadêmicos das mais variadas ciências, desde a Física e a Biologia, à Sociologia, Economia e o Direito. O *Tractatus* faz parte da primeira fase do pensamento de Wittgenstein, correspondendo à Filosofia Analítica da Linguagem Ideal. Os autores costumam distinguir essa primeira fase e a segunda fase cujas idéias estão na obra *Investigações Filosóficas*, referindo-se respectivamente ao primeiro Wittgenstein e ao segundo Wittgenstein.

1.4.3.2 Ontologia do *tractatus*: fatos e coisas

Para esclarecer qual seria a estrutura lógica do mundo, Wittgenstein apresenta a primeira proposição do *Tractatus*: “o mundo é tudo o que é o caso”(prop. n. 1). “O mundo é a totalidade dos fatos e não das coisas”(prop.1.1). Em seus comentários sobre tal afirmação Wittgenstein estabelece uma distinção entre “fatos” e “coisas”. Usa a palavra “caso” para reportar-se aos fatos. “O que é o caso, o fato, é a existência de estados de coisas”(prop. 2). Diz que o mundo é composto de fatos e objetos. Fatos e coisas seriam o que se apresentam na realidade concreta e empírica. Mas, enquanto as coisas teriam uma existência necessária, os fatos seriam tudo o que é o caso, quer dizer, seriam as relações ou as conexões entre as coisas que existem no mundo real, e que, diversamente das coisas, teriam natureza contingente e não necessária. Wittgenstein sustenta que o mundo empírico se apresenta ao sujeito não como um conjunto de coisas de existência isolada, precedente e necessária, mas sim como um sistema de relações entre as coisas que integram a substância do mundo. O homem não perceberia um objeto isoladamente, como, por exemplo, uma cadeira, e sim a cadeira enquanto relacionada a outros objetos da arena dos acontecimentos. Usa a expressão “estado de coisas” para reportar-se

geral da função é: $[p, \xi, N(\xi)]$. Isso é a forma geral da proposição. (7). Sobre aquilo que não se pode falar, deve-se calar.

³⁵ É importante ressaltar que “Wittgenstein também era passional e racionalmente movido por preocupações existenciais relativas à determinação tanto do sentido da vida quanto da possibilidade de se viver eticamente, isto é, da possibilidade de se viver segundo valores que tenham vigência independentemente de tudo o que é contingente, provisório e circunstancial. É possível ver nele elos de Tolstói, Schopenhauer, Kirkgaard, autores que ele apreciava e que foram uma influência constante ao longo do desenvolvimento do seu pensamento.”(Edgar Marques, *Wittgenstein & o Tractatus*).

às relações ou situações factuais possíveis. “O estado de coisas é uma conexão entre objetos”(prop. 2.01). “Só posso pensar um objeto na liga dos estados de coisas, não posso pensar fora dessa liga”. Assim como nós não podemos pensar objetos espaciais fora do espaço e objetos temporais fora do tempo, também não podemos pensar em nenhum objeto fora da possibilidade de conexão com outros. A Lógica trata de cada possibilidade.”(prop. 2.0121). Quer dizer, à Lógica caberia a tarefa de apresentar todas as combinações de estados de coisas possíveis dentro do espaço lógico. “Cada coisa está como que num espaço de possíveis estados de coisas. Posso pensar nesse espaço como vazio, mas não posso pensar a coisa sem o espaço”(prop. 2.013). Para ele, nós não vemos as ligações entre as coisas, exatamente porque tais ligações são contingentes e não necessárias. “Dados todos os objetos, com isso são dados também todos os possíveis estados de coisas”(prop. 2.124). O conhecimento do espaço lógico das relações possíveis dos objetos, entretanto, não coincide com o conhecimento das relações factuais que efetivamente existem, como veremos a seguir no tópico sobre o significado.

1.4.3.3 Lógica da linguagem: teoria pictorial ou figurativa

Com base em tal ontologia do mundo e pressupondo a correspondência entre a estrutura lógica do mundo e a estrutura lógica da linguagem, seguindo as lições de Frege e de Russell, Wittgenstein estabelece a sua teoria lógica da linguagem. Inspirado em um artigo de revista que havia lido em 1914, cuja reportagem narra a maneira como um acidente automobilístico fora representado judicialmente por um advogado, por meio de pequenos bonecos e carrinhos em miniatura, manipulados de modo a retratar uma entre tantas outras possibilidades acerca de como o acidente teria realmente ocorrido, Wittgenstein elabora a sua teoria pictorial ou figurativa da linguagem, afirmando que algo semelhante ocorreria na relação da linguagem com o mundo a qual se reporta. Diz que “a figuração representa uma situação possível no espaço lógico”(prop. 2.202). A frase declarativa (*satz*) poderia ser concebida como um modelo da realidade cujos elementos da proposição lingüística reportar-se-iam aos elementos de um estado de coisas possível (*sachverhalten*). A idéia de figuração (*bilder*, em alemão, e *picture*, em inglês) deve ser entendida não no sentido literal, como equivalente ao desenho, mas num sentido “lógico” ou “analógico”. Na “figuração lógica” não importaria, pois, a aparência dos elementos a serem representados nem a aparência dos signos representativos dos mesmos. Tal equivalência lógica passou a ser denominada, por pesquisadores da Filosofia da Linguagem, de “isomorfismo estrutural”³⁶. “A imagem tem em comum com o que é representado pictorialmente a forma lógica da representação pictorial”(prop.2.201). “A proposição é uma figuração da realidade. A proposição é um modelo da realidade tal qual o pensamos”(prop. 4.01). Wittgenstein identifica duas pré-condições lógicas necessárias à figuração lingüística dos fatos: (i) uma *relação afigurante (denotativa)*, quer dizer, a correspondência “biunívoca” entre os elementos figurativos e os elementos figurados; e (ii) uma *forma lógica de figuração possível*, quer dizer, uma forma de combinação ou de relação possível entre os elementos figurativos e os elementos figurados.³⁷ Noutros termos, para cada palavra da proposição ou da frase descritiva deveria corresponder apenas um objeto do mundo factual, e o modo como é apresentada na proposição a relação entre esses objetos reais deveria corresponder a uma relação de configuração possível no mundo factual. Por exemplo, na proposição “o livro está sobre a mesa”, as palavras “livro” e “mesa” têm correspondência biunívoca com objetos de existência possível no mundo real, e o conectivo “está sobre” apresenta um modo possível de relação física entre esses mesmos objetos.³⁸ Diz que “a relação de representação pictorial consiste nas correlações entre os elementos das imagens e das coisas”(prop. 2.1514). “Para compreendermos a essência da proposição pensemos na escrita hieroglífica, que representa

³⁶Cf. Cláudio Costa, *op. cit.*, sobre a denominação “isomorfismo estrutural” cunhada por Erik Stenius.

³⁷ *Idem, Ibidem.*

³⁸ *Idem, Ibidem.*

pictoriamente os factos que descreve. E dela proveio a escrita alfabética, sem perder o que é essencial à representação pictorial (4.016). Vemos isso a partir do facto de compreendermos o sentido do sinal proposicional sem que ele nos tenha sido explicado (prop. 4.02). A Proposição é uma imagem da realidade: se eu compreendo a proposição, então conheço a situação por ela representada. E compreendo a proposição sem que o seu sentido me tenha sido explicado” (prop. 4.021).

A teoria figurativa, no entanto, não se prestaria para explicar relações de frases não declarativas com mundo factual. Muitas das frases da linguagem ordinária não parecem possuir um conteúdo descritivo da realidade, como, por exemplo, a indagação “chove?”³⁹. Wittgenstein resolve esse problema teórico recorrendo ao atomismo lógico de Russell, esclarecendo que a verdadeira estrutura lógica proposicional da linguagem estaria subjacente às frases usadas na linguagem ordinária, de tal modo que seria preciso realizar um trabalho de análise ou de decomposição da linguagem ordinária, a fim de desvelar o conteúdo da proposição ou das proposições lógicas implícitas no texto. Adota assim a concepção sobre proposições complexas formadas a partir da combinação de proposições elementares, implícitas na linguagem ordinária. A teoria de Wittgenstein não nega a teoria de Russell, mas parte dela para formular considerações muito mais abrangentes sobre o fenómeno da linguagem. Conclui, no mesmo sentido que Russell, que não são as frases da linguagem ordinária que são figurações da realidade, mas essas frases depois de analisadas, quer dizer, as proposições lógicas extraídas do texto da linguagem ordinária⁴⁰. Wittgenstein não esclareceu como seria a estrutura lógica subjacente em frases não declarativas como, por exemplo, a da referida, “chove?”, preferindo simplesmente adotar as conjecturas de Russell a esse respeito, e deixando, provavelmente para um momento posterior, ou para outros teóricos, a realização de estudos em vista do desdobramento dessa questão. Wittgenstein, pois, a esse respeito, teria adotado o atomismo lógico de Russell, aceitando como premissas as suas seguintes conclusões: (i) a análise das frases da linguagem ordinária revela proposições lógicas subjacentes cujos conteúdos desdobram-se em proposições lógicas elementares; (ii) as frases elementares são modelos de pensamentos que representam a realidade; (iii) as frases elementares são constituídas de combinações de nomes de objetos simples cujo conhecimento se dá direta e imediatamente, sem intermediações, por familiaridade.

1.4.3.4 *Sentido e verdade*

A concepção de “sentido” (ou “significado”) da teoria figurativa constitui um avanço ou um aperfeiçoamento da concepção de significado de Frege e Russell, por distinguir-se nitidamente da idéia de “verdade”. Enquanto as teorias de Frege e de Russell encontravam dificuldade para distinguir as noções de sentido e de verdade, a teoria de Wittgenstein apresenta uma solução definitiva para o problema. Para ela o “sentido” (*sinn*) de uma frase é o possível estado de coisas que ela representa. Uma frase tem sentido quando representa um estado de coisas possível. Uma frase é falsa quando o estado de coisas que ela representa, conquanto seja possível, não é o caso. Por outro lado, uma frase é “sem sentido” (*sinnlos*) quando não representa um estado de coisas possível, mas, ao invés, apresenta um “absurdo” lógico (*unsinn*). A frase “o atual rei da França é calvo” conquanto não seja verdadeira, porque desde a revolução de 1789 a França deixou de ser uma Monarquia, é uma frase com sentido, pois um tal estado de coisas estaria dentro das combinações factuais possíveis no universo lógico, embora não seja o

³⁹ *Idem, Ibidem.*

⁴⁰ Cf. Lourival Vilanova, *op. cit.* No mesmo sentido, as lições sobre lógica jurídica esclarecem que as normas jurídicas não se confundem com os preceitos legislativos, mas são os juízos lógicos neles implícitos ou deles extraídos. A lei está para a linguagem ordinária, assim como a norma está para o conteúdo implícito da estrutura lógica subjacente.

caso. Já a frase “o vento assanhou os cabelos do careca” não é falsa, mas sim sem sentido, por não corresponder a um estado de coisas possível de ocorrer no universo lógico de combinações factuais possíveis entre as coisas reais. Por fim, a frase “a França é uma república parlamentarista” não só tem sentido como também é verdadeira por corresponder ao que é o caso. “Entender uma proposição significa saber o que é o caso se ela for verdadeira. (Pode-se compreendê-la sem saber se ela é verdadeira.)” (prop. 4.024). “Na proposição, uma situação é como que construída a título de experiência. Quase que se pode dizer – em vez de: Esta proposição tem este e este sentido - : Esta proposição representa esta e esta situação”(prop. 4.031). A partir da distinção entre verdade e significado, será elaborada, pelo Círculo de Viena, a “teoria da verificabilidade”. Do que já é possível perceber-se a razão por que o *Tractatus* se encaixava quase como uma luva, em muitas de suas elaborações teses, na teoria da ciência que então estava sendo desenvolvida na Europa, bem como porque influenciou tão profundamente o grupo de epistemólogos que ficou conhecido como o Círculo de Viena.

1.4.3.5 *Limites da linguagem: dizer e mostrar*

Tudo o que foi dito até aqui acerca da teoria da linguagem de Wittgenstein, embora revele indubitavelmente o brilhantismo da inteligência desse pensador, rigorosamente está dentro da linha dos desdobramentos teóricos que seria possível esperar em relação às teorias precedentes de Frege e Russell. O salto de genialidade de sua teoria, entretanto, está na distinção que estabelece entre o “dizer” e o “mostrar”, que o conduziria ao desenvolvimento de uma concepção inequivocamente “autêntica” e que lançaria luz sobre diversas outras questões, transcendendo a mera teoria do conhecimento para alcançar a órbita da ética, com desdobramentos sobre questões existenciais. Tal concepção representou no campo da filosofia, em importância e originalidade, o que a teoria da relatividade representou no campo da Física. E do mesmo modo que a teoria da relatividade parece ainda constituir um mistério para a maioria das pessoas, tal distinção infelizmente ainda não se transformou numa trivialidade sequer no meio acadêmico. Para Wittgenstein, “dizer é descrever algo”. “Dizer é descrever as características”. E a descrição das características é apresentada por meio da representação pictorial. “Mostrar é apresentar diretamente, sem intermédio da descrição”. “Mostrar é apontar”, é relacionar diretamente o nome com a coisa nomeada, por meio, por exemplo, de um pronome (de)mostrativo: “o branco é isso!”, “a luz é aquilo!”⁴¹. Trata-se, na verdade, de um desenvolvimento da distinção estabelecida por Russell sobre as formas de conhecimento; o conhecimento por familiaridade, referente aos objetos elementares e o conhecimento por descrição, referentes aos objetos complexos. Porém, trata-se de um desenvolvimento profundo da mesma noção e, sobretudo, da enunciação das profundas implicações lógicas e gnosiológicas decorrentes de uma tal distinção. O dizer é indireto, é mediato, quer dizer, faz-se mediante a representação pictorial; representação que se interpõe entre o sujeito e a coisa. O mostrar é direto, é imediato, quer dizer, é sem mediações e relaciona-se àquilo que é impossível de ser representado. Mostrar é apresentar diretamente. O que se mostra não se representa, mas se apresenta ou apresenta. A filosofia, contudo, está repleta não apenas de proposições despojadas de sentido (absurdas), como ressaltava Wittgenstein, mas também de freqüentes tentativas de descrever o que, na verdade, não pode ser dito, e sim apenas mostrado. E se o dizer ou o descrever, por força da imprecisão da linguagem, já causa muitos mal-entendidos, a pretensão de mostrar por palavras, que dizer, de mostrar indiretamente, por meio da metáfora ou da vaga analogia, é fonte de tantos mais equívocos na história da filosofia. Compreendemos mais precisamente a referida distinção e as profundas implicações dela decorrentes quando percebemos o que levou Wittgenstein, num primeiro momento, a elaborar o conceito de mostrar e, num segundo momento, o que o conduziu à ampliação do alcance do mesmo conceito. É claro que Wittgenstein se deparou com a idéia do mostrar quando, como Russell, na elaboração de sua

⁴¹ Cláudio Costa, *op. cit.*

teoria figurativa da proposição viu a necessidade de referir-se a certos tipos de conhecimento referentes a dados elementares do mundo empírico, dentro da perspectiva do atomismo lógico, uma vez que na proposição elementar cada nome refere-se a um objeto simples correspondente. Contudo, o desenvolvimento do significado mais profundo dessa categoria do “mostrar” parece que se lhe veio à mente quando, pensando em uma maneira de descrever as pré-condições lógicas da figuração lingüística, apercebeu-se que era logicamente impossível fazê-lo. Percebeu, então, que a proposição poderia representar a realidade, mas não poderia representar o que deveria ter em comum com a realidade para poder representá-la: “a forma lógica”. Do mesmo modo que a ciência não pode tomar a si mesma como objeto, não pode investigar o seu próprio método, investigação essa que está dentro dos domínios da Filosofia, exatamente porque essa se situa fora, aquém ou além da ciência, não é possível à proposição descritiva representar a sua forma lógica, pois para que isso fosse possível teríamos que poder nos situar, com a proposição, fora da lógica, isto é, fora do mundo, o que é, de fato, impossível. “A proposição pode representar a realidade inteira, mas não pode representar aquilo que ela tem em comum com a realidade, para poder representá-la, - a forma lógica. Para podermos representar a forma lógica, teríamos que nos poder situar com a proposição fora da lógica, isto é, fora do mundo”(prop. 4.12). “A proposição não pode representar a forma lógica, esta espelha-se nela. O que se espelha na linguagem, ela não pode representar. O que se exprime na linguagem, nós não podemos exprimir através dela. A proposição mostra a forma lógica da realidade. Aponta para ela”(prop. 4.121). “O que pode ser mostrado não pode ser dito” (prop. 4.1212). Em síntese, as pré-condições para a representação não podem ser ditas, mas apenas mostradas; quais sejam: (i) a relação denotativa e (ii) a forma lógica da proposição. E não podem ser objeto de representação exatamente porque são condições para toda representação.

1.4.3.6 *Espécies de proposição: funções da proposição tautológica e da proposição sem sentido*

Ora, se as formas lógicas não podem ser representadas, como, então, poderíamos saber se realmente elas existem? E, como poderíamos saber se as formas lógicas da linguagem correspondem às formas lógicas da realidade? A resposta é dada por meio de um daqueles saltos de percepção que identifica o gênio. Wittgenstein encontrou a solução de tal questionamento onde aqueles que guiados pela lógica e pela razão jamais suspeitariam encontrar respostas: “na contradição”. Isto é, onde exatamente há a “ausência de lógica”. Expliquemo-nos. Wittgenstein identifica pelo menos quatro espécies de proposição: (i) proposições com sentido; (ii) proposições sem sentido ou contraditórias; (iii) proposições verdadeiras; e (iv) proposições tautológicas ou meramente lógicas. Como já mencionado, as proposições com sentido são as que se referem a um estado de coisas possível, quer dizer, são as que se referem a uma possível conexão de objetos reais, na arena lógica de conexões factuais possíveis, mas não necessariamente a um estado de coisas que é o caso, vale dizer, que efetivamente ocorre no mundo real. As proposições sem sentido ou absurdas são as que não se referem a um estado de coisas possível, e sim a uma suposta relação objetiva que não pode ser jamais encontrada no universo de possibilidades, não expressado, pois, nenhuma significação. A seu turno, as proposições tautológicas ou meramente lógicas não se referem a nenhuma conexão em particular, mas a todo um gênero de conexões formais encontráveis nos mais variados seguimentos da estrutura da realidade material. Assim sendo, as proposições com sentido podem ser verdadeiras ou falsas, e serão verdadeiras quando o que dizem for o caso, enquanto as proposições sem sentido não são nem verdadeira nem falsas, mas simplesmente sem significado, porque o que dizem sequer pode ser submetido à verificação empírica, já que redundam em algo que não é suscetível de ocorrer no mundo real. Por fim, as proposições tautológicas são sempre, em todo o caso, significativas e verdadeiras. No entanto, se as proposições tautológicas não são capazes de dizer nenhuma verdade em particular relativa ao mundo empírico, são capazes de mostrar a existência de relações lógicas na estrutura do mundo real. Do mesmo modo, se, por um lado, as proposições contraditórias não são capazes de dizer nada de significativo sobre o

mundo real, por outro, tal qual as proposições lógicas, também são capazes de mostrar a existência de uma estrutura lógica no mundo e de uma correspondente estrutura lógica na linguagem. “Que as proposições da lógica sejam tautológicas, isso *mostra* as propriedades formais – lógicas – da linguagem, do mundo. Que suas partes constituintes, *assim* ligadas, resultem numa tautologia, isso caracteriza a lógica de suas partes constituintes. Para que proposições, ligadas de determinadas maneiras, resultem numa tautologia, elas devem ter determinadas propriedades estruturais. Que *assim* ligadas resultem numa tautologia, portanto, mostra que possuem essas propriedade estruturais”(prop. 6.12). Com efeito, a contradição é, pois, o anverso da não-contradição. Só percebemos a necessidade lógica do princípio da não-contradição quando nos deparamos com a contradição. Não nos deparássemos com a contradição não teríamos como perceber a regra lógica da não-contradição. O contraditório nos causa uma perplexidade tal que nos remete imediatamente à não-contradição. Numa palavra, a contradição tem a capacidade de mostrar (*revelar*)⁴² a existência lógica da regra da não-contradição. O ilógico mostra o lógico. Contradição e não-contradição são dois modos de manifestação de uma mesma lógica formal. A lógica parece fazer tão intrinsecamente parte do mundo que mesmo na contradição é possível encontrar uma subjacente regra lógica. Fato que parece guardar alguma conexão com a concepção segundo a qual mesmo no caos há uma ordem subjacente não imediatamente perceptível (*teoria do caos*).

1.4.3.7 Lugar do sujeito da linguagem: no limite do mundo

A idéia do “mostrar”, inicialmente concebida para referir-se às categorias elementares que não são suscetíveis de descrição, porque são os parâmetros para a descrição de coisas complexas, é estendida não apenas às proposições tautológicas e às sem sentido, mas também ao sujeito de linguagem. Wittgenstein entende que a linguagem não é capaz de descrever o sujeito mental da linguagem. Como já mencionamos anteriormente, tudo que existe é invariavelmente redutível ou a uma categoria do mundo real ou a uma categoria do mundo ideal. Só existem, pois, esses dois mundos. Não existe uma terceira margem do rio ontológico. Não é possível negar tal dualismo. É claro que poderíamos indagar a qual desses mundos pertenceria o homem. E a resposta seria simples: a ambos. O homem tem uma dimensão física, no seu corpo material, e uma dimensão ideal, no seu mundo mental. Mas enquanto o seu aspecto físico é passível de representação ou descrição, a sua dimensão mental não o é. O homem não é capaz de ver, e, portanto, de descrever o seu mundo mental. Ele vê as imagens que lhe ocorrem no mundo mental, mas não consegue ver o próprio mundo mental, não consegue ver a si mesmo enquanto ser ideal. Assim, por exemplo, se sugiro ao leitor que “nesse instante” pense em uma cadeira, então verá em sua mente a imagem de uma cadeira. Essa imagem está dentro seu mundo mental, mas não se confunde com ele. Quando vemos a imagem mental de uma cadeira não estamos vendo o mundo mental de fora, estamos, ao invés, dentro do mundo mental, e não conseguimos, portanto, ver o mundo mental, e sim apenas estar dentro do mundo mental. Entretanto, a existência dessa imagem mental da cadeira constitui uma prova da existência de um sujeito mental. Essa imagem “mostra” o sujeito mental, revela ao próprio sujeito mental a sua existência. Daí Wittgenstein concluir que a existência da linguagem representacional, por figuras ou por palavras, mostra a existência de um sujeito de linguagem. O *Tractatus* esclarece que o sujeito não pode ser ele mesmo um objeto ou elemento do mundo. Não pode, ao mesmo tempo, ver e fazer parte do que é visto, exatamente porque ele não está no do mundo mental. Está situado no “limite do mundo” e não no “interior do mundo”. E para ilustrar tal raciocínio Wittgenstein recorre à imagem da relação entre “o olho e o campo visual”. O olho não faz parte

⁴² Conquanto não vislumbrado naquele momento, tal concepção de Wittgenstein guarda estrita relação com a concepção de Heidegger segundo a qual a “verdade” não é entendida apenas como uma relação de correspondência entre uma “descrição” (o dito) e o “descrito” (que é dito), mas sim como “revelação” (percepção fenomenológica que não pode ser dito, mas apenas mostrado, apenas percebido.).

do campo visual. Não é um objeto que pode ser flagrado pela visão. Ele é um ponto de vista. É o ponto a partir do qual se vê os objetos. Mas olho não consegue vê a si mesmo. O sujeito da linguagem, igualmente, vê e representa o visto, mas não pode ver nem representar a si mesmo. E daí as conclusões: “os limites de minha linguagem significam os limites do meu mundo” (prop. 5.6); “o sujeito não pertence ao mundo, mas é um limite do mundo”(prop. 5.632). Todavia, deve-se esclarecer uma confusão interpretativa acerca dessas proposições. Ao contrário do que alguns afirmam acerca delas, Wittgenstein não quis dizer que “o que não pode ser dito não pode ser pensado” mas apenas que “o que não ser mostrado não pode ser pensado”. O pensamento não depende, nesse e apenas nesse sentido, exclusivamente da linguagem representacional.⁴³

1.4.3.8 Sentido ético

Ao contrário do que alguns que não o leram erroneamente supõe, o *Tractatus* não é apenas uma teoria sobre a descrição do mundo material, mas também uma teoria que procura distinguir o mundo real e o mundo axiológico. Para Wittgenstein os valores não estão no mundo real, e sim no mundo mental. Estão fora do mundo real⁴⁴. Daí por que não podem ser objeto de descrição. Só é suscetível de descrição o que está no mundo real, só têm sentido as proposições de descrevem e se reportam a algo do mundo real, logo as proposições sobre valores não são, dessa maneira, proposições dotadas de sentido. Por outro lado, diferentemente do que entendia o Círculo de Viena, Wittgenstein entende que as relações entre os objetos do mundo real não são “necessárias”, mas, ao invés, “contingentes”. Para ele a mera repetição dos fenômenos do mundo físico não prova a existência de relações necessárias entre as coisas. E assim sendo, conclui que, como os valores devem ser necessários e não relativos, como devem ter vigência independentemente de contextos particulares, eles não poderiam ser contingentes, e sim necessários. E se são necessários não fazem parte do mundo que pode ser manifesto pela linguagem. Por isso, se existem valores, eles só poderiam estar fora do mundo, no mesmo plano do sujeito de linguagem. “O sentido do mundo deve estar fora dele. No mundo, tudo é como é e tudo acontece como acontece; não há nele nenhum valor – e, se houvesse, não teria nenhum valor. Se há um valor que tenha valor, deve estar fora de todo acontecer e ser-assim. Pois todo acontecer e ser-assim é casual. O que o faz não-casual não pode estar no mundo; do contrário, seria algo, por sua vez, causal. Deve estar fora do mundo”(prop. 6.41). “É por isso que tampouco pode haver proposição na ética. Proposições não podem exprimir nada de mais elevado”(prop. 6.42). A diferença de uma relação entre sujeitos e de uma relação entre objetos, não é estabelecida, por Wittgenstein, com base na idéia de contingência e sim com base na idéia de “vontade”. O sujeito mental não é apenas um sujeito “representacional” mas também um sujeito “volitivo”. A conduta humana, pois, norteadada pela ética, diferencia-se não pela contingência, haja vista que, para ele, as relações objetivas também são contingentes. As relações entre sujeitos diferenciam-se, ao invés, em face da “vontade”. O homem não teria domínio sobre nada no mundo, tudo acontece independentemente de sua vontade, sendo a sua “vontade” a

⁴³ Nesse sentido, em meio à controvérsia que no meio acadêmico, à época, suscitada, a nosso ver fruto de um mal-entendido, sobre o que se quis dizer nessas proposições do *Tractatus*, Albert Einstein afirmara: “O que, exatamente, é o pensamento? Quando, na percepção das impressões sensoriais emergem figuras da memória, isto ainda não é ‘pensar’. E quando esses quadros formam seqüências, cada membro criando o outro, isto também ainda não é ‘pensar’. Porém, quando uma certa figura aparece em várias seqüências, nesse caso – precisamente devido a essa recorrência – torna-se um elemento de organização para tais seqüências, no sentido de unir seqüências que por si mesmas não se relacionam entre si. Esse elemento vem a ser um instrumento, um conceito. Creio que a transição da livre associação ou ‘sonho’ para o pensamento caracteriza-se pelo papel mais ou menos importante representado pelo conceito. Não é de modo algum necessário que o conceito esteja ligado a um signo para que possa ser reconhecido e reproduzido pelos sentidos (palavra), mas, quando isto se dá, o pensamento torna-se, por esse meio, capaz de ser comunicado.”(*Notas Autobiográficas*, p. 17.).

⁴⁴ Cf. tópico: 15. *Valor, Dever e Finalidade*: No mesmo sentido, Nietzsche entendia que as coisas não possuem valor intrínseco, nós atribuímos valor às coisas.

única coisa sobre a qual teria ele domínio. Daí a ética de Wittgenstein se baseia na “vontade” e não na “ação”.

1.4.3.9 Paradoxo do *tractatus*

O *Tractatus* trata, de um modo geral, da “estrutura lógica da linguagem” e “da estrutura lógico-ontológica do mundo”, bem como da distinção entre as coisas que “são” (plano do ser real e ideal) e as coisas de “devem ser” (plano ético), e o sentido da existência. Entretanto, segundo o próprio *Tractatus*, tais questões fazem parte daquilo que não pode ser dito, mas apenas mostrado. E assim sendo, as proposições do *Tractatus*, segundo os próprios critérios nele estabelecidos, são “absurdas”, destituídas de sentido. Pretende, pois, Wittgenstein, dizer o que só pode ser mostrado. Eis o caráter paradoxal do *Tractatus*. “As proposições formuladas no *Tractatus* servem, assim, para o propósito de esclarecimento da natureza da linguagem – e, conseqüentemente, do mundo e da existência – sem poderem ser tomadas, contudo, com representações daquilo de que elas tratam. Os esclarecimentos obtidos por meio delas devem ser vistos como efeitos iluminadores delas derivados, e não como algo que corresponda a seus pretensos conteúdos semânticos, pois elas são pseudoproposições e, como tais, simplesmente não possuem nenhum conteúdo semântico”⁴⁵. “Minhas proposições elucidam dessa maneira: quem me entende acaba por reconhecê-las como absurdas, após ter escalado através delas – por elas – para além delas. (Deve-se, por assim dizer, jogar fora a escada após ter subido por ela). Deve-se ultrapassar as proposições, e então verá o mundo corretamente”(prop. 6.54).

1.4.3.10 Equívocos do “*tractatus*”

Três poderia ser identificados, como os principais erros do *Tractatus*: (i) a suposição da contingência dos fatos do mundo da natureza; (ii) a suposição de que sempre as palavras se referem ora direta ora indiretamente às coisas existentes no mundo real; (iii) a suposição de sentido biunívoco das palavras; (iv) a pretensão de reduzir a filosofia à filosofia da linguagem, por reputar sem importância as reflexões filosóficas senão na medida em que esclarecem o sentido das proposições da ciência. Com efeito, os fatos da natureza são necessários e não contingentes. Quando à primeira suposição, temos que o fato de não vermos os elos que ligam os objetos não quer dizer que eles não existam. Assim, por exemplo, os que negam a existência de Deus cometem o mesmo erro dos que sustentam a existência de Deus. Não há provas da existência de Deus assim como não há provas de sua inexistência. Por isso, do ponto de vista lógico lingüístico e ontológico, a única posição que faz sentido é a do agnóstico, que não desacredita nem acredita peremptoriamente na existência de Deus. É um equívoco sustentar que Deus não existe só porque não há provas de sua existência, do mesmo modo que é um equívoco sustentar a inexistência de regras necessárias a presidir as relações entre os objetos do mundo físico apenas porque não é possível ver os referidos elos ligações. Quando à quarta suposição, a própria pretensão do *Tractatus* de dizer o que só pode ser mostrado, constitui uma refutação da conclusão a que pretende chegar. Tão verdadeira quanto a afirmação de que há coisas que não podem ser mostradas mas apenas ditas, é conclusão sobre a absoluta imprescindibilidade de a Filosofia procurar mostrar o que não pode ser dito. Se, por um lado, as palavras são, mesmo na função de descrição do que pode ser dito, um impreciso instrumento para transmissão do pensamento, advindo dessa sua imprecisão os equívocos na recepção do

⁴⁵ Edgar Marques, *Wittgenstein e o Tractatus*, pp. 51-52.

que se pretendeu emitir, e se, por outro lado, são muitos maiores os equívocos quando se pretende transmitir por palavras o pensamento sobre o que só pode ser mostrado, o fato é que em sua existência o ser humano tem a inescapável necessidade de discutir sobre o que só pode ser mostrado e a Filosofia vem, pois, cumprir esse papel de tentar dizer por metáforas, por analogia, por comparação, tudo o que esta fora do domínio do dizer. Quanto à terceira suposição, a da procura por uma essência unívoca do sentido de cada palavra, essa foi revista e modificada na segunda fase do pensamento de Wittgenstein, em sua teoria dos “jogos de linguagem”, apresentada em sua obra póstuma. “Investigações filosóficas” cujo teor reconhece a polissemia das palavras e que a identificação dos significados só pode ser determinada com maior precisão à luz dos diversos contextos em que são utilizadas. E nesse mesmo sentido, a teoria dos jogos da linguagem dá conta de explicar e de dotar de significado as proposições que não se referem diretamente a coisas do mundo real, mas a entes do mundo interno da mente humana, como as sensações, os sentimentos *etc.*

1.5 TEORIA DO SENTIDO PELO USO DA LINGUAGEM OU TEORIA DOS JOGOS DE LINGUAGEM (A SEGUNDA FASE DE LUDWIG WITTGENSTEIN)

Em suas póstumas *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein apresenta um sistema de idéias que, a princípio, parece negar a concepção sustentada no *Tractatus*, em função do que constitui um *topos* no meio acadêmico, nos estudos acerca da Filosofia Analítica da Linguagem e particularmente nos estudos sobre o conjunto da obra de Wittgenstein, a indagação sobre se nessa segunda obra ele teria abandonado completamente ou apenas parcialmente as concepções apresentadas na primeira obra, o *Tractatus*. Com efeito, enquanto no *Tractatus* defendia a tese de que a tarefa da filosofia deveria ser a de busca pelo sentido (significado) unívoco das palavras usadas nas proposições científicas, quer dizer, a busca pela essência significativa subjacente ao signo, tarefa necessária para elidir os equívocos teóricos decorrentes das ambigüidades, nas *Investigações*, inversamente, sustenta a tese da polissemia das palavras e cujos diferentes sentidos (significados) deveriam ser buscados nos contextos em que são usadas. Em que pese a polêmica, prepondera o entendimento de que, ao invés de negar completamente as idéias precedentes, a “teoria do significado pelo uso da linguagem” complementa as concepções tractatianas. Em última análise, Wittgenstein continua fiel ao entendimento de que a filosofia não sem constitui em um corpo de proposições e sim em uma atividade voltada para a análise da linguagem. Muda a sua concepção acerca do objetivo a ser alcançado, que deixa de ser a identificação de um “único” significado supostamente essencial de cada palavra, e passa a ser o da identificação dos “variados” significados que a palavra pode veicular em função do contexto em que são usadas. Quer dizer, é possível buscar, como defendia no *Tractatus*, o significado original das palavras e até um significado em que é o signo mais comumente usado naquele momento, mas com a ressalva de que as palavras podem expressar variantes nuances de significados apenas semelhantes e não iguais, como também podem expressar até significados bastante distintos. E, em ambos os casos, a delimitação da densidade significativa de cada palavra só pode ser determinada em face da análise do contexto em que é a mesma usada. Supor a incompatibilidade entre as suas duas teorias da linguagem, a teoria pictórica e a teoria do uso, é não dispor de um conhecimento mais amplo sobre a história da filosofia e da ciência. Conquanto na história do pensamento, algumas teorias científicas dêem lugar a verdadeiras revoluções na medida em que modificam profundamente o modo como o homem vê a natureza ou a si mesmo, no mais das vezes as teorias que se sucedem, umas as outras, propõe apenas revisões ou correções parciais das teorias precedentes. E assim ocorreu em relação às referidas obras. Wittgenstein percebeu que a sua primeira teoria não dava conta de explicar todo o fenômeno da linguagem. Parte do mundo da linguagem não conseguia ser descrito pela teoria pictórica, e a teoria do uso da linguagem vem exatamente para complementar a primeira no que ela não deu conta de esclarecer suficientemente. Na verdade, em geral, mesmo das teorias científicas que revolucionam a maneira de ver o mundo, não decorre necessariamente, por assim dizer, uma

total revogação das teorias anteriores, mas apenas uma redução do seu âmbito de referibilidade. Na Física, por exemplo, a revolucionária teoria da relatividade especial não suplantou completamente a física clássica, do mesmo modo que a física quântica também não infirmou completamente a física clássica e a relativística. A física quântica explica o funcionamento do mundo físico das particulares elementares que compõem o átomo, a teoria da relatividade especial dá conta apenas dos fenômenos físicos macroscópicos envolvidos em grandes velocidades de deslocamento da matéria, e a física newtoniana continua sendo eficiente para explicar todo o resto de relações ocorridas no mundo fenomênico.

Portanto, a teoria do significado no uso da linguagem não se trata de uma cabal negação da concepção verificacionista defendida no *Tractatus*, mas tão-só de uma modificação parcial da mesma. Como as palavras têm diversos significados de acordo como são usadas, a verificação do significado de cada palavra deve ser buscada apenas restritivamente dentro do contexto em que foi usada. “As palavras só adquirem significado no fluxo da vida; o signo, considerado separadamente de suas aplicações, parece morto, sendo no uso que ele ganha o seu sopro vital”⁴⁶. “O significado de uma expressão (palavra ou frase) é o seu uso ou aplicação na linguagem”⁴⁷. A palavra “uso” (*Gebrauch*) não deve ser entendida no sentido de “repetição” ou “costume”, mas sim no sentido de maneira ou “modo de uso” em cada contexto⁴⁸. Por exemplo, o significado da palavra “ciência” depende do “modo como usada” no contexto. Pode ser usada para significar que alguém tomou conhecimento de uma informação (“o povo tem ciência das consequências políticas de uma tal opção eleitoral”), como também pode ser usada para referir-se à atividade científica (“a ciência tem progredido em seus métodos”), como ainda pode ser usada para referir-se ao resultado, ao produto da atividade científica (“esse compêndio registra os principais avanços da ciência na última década”). Wittgenstein compara as regras de uso das palavras a “jogos”, criando a chamada teoria dos “jogos de linguagem”. Cada jogo possui suas regras. Não é possível usar as regras de um jogo para jogar um outro jogo. E daí conclui que muitos dos equívocos das proposições lingüísticas ocorrem quando são usadas as regras da linguagem válida para um determinado contexto, em um outro contexto distinto⁴⁹. Para ilustrar a sua idéia dos jogos de linguagem lança mão do exemplo da “caixa de ferramentas”. Só entendemos o significado de cada ferramenta quando verificamos na prática para que cada uma delas serve. Cada ferramenta só pode ser entendida quando sabido para que serve⁵⁰. E uma mesma ferramenta pode ser usada de diferentes maneiras, de acordo com o contexto. Cada palavra, pois, pode adquirir diferentes nuances em contextos distintos. E daí a linguagem não se circunscreve apenas à sua função descritiva da realidade, comportando diferentes outras funções; podendo ser usada, por exemplo, para indignar-se, para consolar, para indagar *etc.* “Dessa forma, não há, para o segundo Wittgenstein, uma única função comum das expressões da linguagem, nem mesmo algo que possa ser considerado como o jogo da linguagem. O que se pode dizer que existe são certas semelhanças, ou, nas palavras do próprio Wittgenstein, certo “ar de família, certos parentescos, que combinam, se entrecruzam, se permutam”⁵¹. “Em termos rigorosamente técnicos, poder-se-ia dizer que, para o ‘segundo Wittgenstein’, a linguagem não pode ser unificada segundo uma única estrutura lógica e formal”⁵². Entre outros, o exemplo ilustrativo do jogo de linguagem, apresentado por Wittgenstein, é o da comunicação entre um

⁴⁶ Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*.

⁴⁷ *Idem, ibidem*.

⁴⁸ Cf. Cláudio Costa, *Filosofia da Linguagem*, p. 39.

⁴⁹ Tal o que ocorre em relação, segundo nos parece, com o sentido das palavras “aplicação” e “incidência” indevidamente usadas no contexto das normas-princípio.

⁵⁰ Perceba-se a total convergência do conceito de sentido da palavra, nessa nova concepção de Wittgenstein, com o conceito de compreensão dos entes na Ontologia Filosófica de Heidegger. Mais um ponto de convergência, portanto, entre Wittgenstein e Heidegger. Convergência inclusive nos exemplos utilizados por ambos, “as ferramentas” cujas funções ou sentidos só podem ser compreendidos no contexto da existência humana.

⁵¹ Apresentação de *Investigações Filosóficas*, p.XV, na coleção “os pensadores”.

⁵² *Idem, ibidem*.

pedreiro e o seu ajudante, onde “o primeiro dá ordens como “tábua”, “lajota”, “tijolo” e o segundo, ao ouvi-las, traz esses objetos para ele”. Ao jogo pertencem não só as palavras, mas os participantes, os objetos e outros elementos contextuais”. O jogo de linguagem liga convencionalmente a expressão ao contexto no qual ela é proferida, fixando assim o modo específico de sua aplicação”. *Um significado de um expressão* pode ser assim concebido como sendo *o seu modo de uso, determinado pelas regras de um jogo de linguagem pertencente a uma forma de vida*⁵³. “O conceito de jogo de linguagem (...) serve (...) como um novo instrumento de elucidação do significado⁵⁴”. Segundo ele, nós aprendemos a maioria desses jogos de linguagem na infância, por meio do ‘adestramento’ (*Abrichtung*) no uso das expressões. Devido a esse caráter não-cognitivo do aprendizado dos significados, nosso conhecimento dos modos de uso é intuitivo ou implícito, isto é, nós não somos, em geral, capazes de formulá-los lingüisticamente. O resultado é que quando filosofamos somos, devido a similaridades e diferenças de superfície, facilmente levados a confundir significados, usando uma expressão em um jogo de linguagem no sentido que ela possui em outro jogo, criando os mal-entendidos semânticos de que se alimenta a metafísica tradicional”. (...) “Para que o filósofo se liberte dessas confusões e equívocos que ele mesmo criou, faz necessária uma espécie de *terapia* – que é como Wittgenstein concebe a adequada atividade filosófica. – a qual visa reconduzir as palavras do seu uso metafísico ao seu uso cotidiano. Falsas imagens são resultados de confusões categoriais que surgem quando são transgredidas as fronteiras entre os usos de uma mesma expressão em diferentes jogos da linguagem, em diferentes domínios da linguagem. A terapia filosófica alcança o seu objetivo ao tornar suficientemente reconhecíveis as regras dos jogos de linguagem em questão, o que desfaz a necessidade das imagens falsas. A ‘filosofia’, escreve Wittgenstein nas *Investigações*, ‘é uma luta contra o enfeitiçamento de nosso entendimento pelos nossos meios de expressão’⁵⁵.

1.6 POSITIVISMO LÓGICO (CÍRCULO DE VIENA) E EMPIRISMO LÓGICO (KARL POPPER)

Um equívoco bastante freqüente sobre a história da teoria do conhecimento científico, em grande parte causada pelas generalizações de manuais de história da filosofia, é a confusão entre: (i) Filosofia Analítica da Linguagem; (ii) Positivismo Lógico (ou Neopositivismo) e (iii) Empirismo Lógico. São três concepções que, conquanto tenham pontos em comum entre si, têm também profundas e inconciliáveis diferenças. E dessa confusão generalizante, outros dois equívocos são também bastante freqüentes: (i) o de considerar Wittgenstein como o pai o Positivismo Lógico e (ii) o de considerar Popper como positivista lógico. Sem adentrar os profundos meandros e desdobramentos teóricos sobre o tema, senão no estritamente necessário para o esclarecimento de outras confusões dessas decorrentes no âmbito da Teoria do Direito, poderíamos identificar as semelhanças e as dessemelhanças conceptuais entre as referidas teorias sobre o conhecimento. É verdade que certas idéias veiculadas no *Tractatus* tiveram profunda influência sobre o *forum* de debates entre pesquisadores e teóricos da ciência denominado Círculo de Viena, mas também é verdade que algumas das idéias de Wittgenstein eram radicalmente opostas às desse grupo. Do mesmo modo, profundas divergências afastavam o Positivismo Lógico, professado por Schlick, Neurath e Carnap, e o Empirismo Lógico defendido por Karl Popper. Senão vejamos. A Filosofia Analítica da Linguagem defendida por Wittgenstein assentava-se nas seguintes características: (i) concepção empirista do conhecimento, com franca oposição da pretensão de conhecimento *a priori* típica

⁵³ Cláudio Costa, *op. cit.*, p 41. Um exemplo também bastante ilustrativo em nossos dias é o da linguagem escrita simplificada usada na comunicação juvenil pela internet.

⁵⁴ *Idem, Ibidem.*

⁵⁵ *Idem, Ibidem*, pp. 42-43. Tal é, pois, a nosso ver, a razão por que ocorreram tantos dos equívocos na Teoria do Direito ao longo da sua história.

da metafísica; (ii) distinção entre proposição com sentido e proposição verdadeira; (iii) concepção de verdade baseada na proposta de verificação empírica da correspondência entre a descrição de uma proposição com sentido e a realidade factual a que se reporta; (iv) o entendimento de que as relações entre os objetos do mundo físico são sempre contingentes e nunca necessárias; (v) e, no mesmo sentido, a rejeição de qualquer pretensão de identificação de relações necessárias baseadas na expectativa da indução e da causalidade; (vi) a assunção da distinção entre conhecimento passível de descrição (relativo ao que pode ser dito) e conhecimento não passível de descrição (relativo ao que só pode ser mostrado). O Positivismo Lógico no Círculo de Viena, não obstante as diferenças de nuances teóricas entre os seus integrantes, pode ser sintetizado nas seguintes características conceituais: (i) a concepção empirista do conhecimento, e nesse ponto coincidente com a franca oposição à Metafísica e a sua pretensão apriorística; (ii) o princípio verificacionista, baseada na distinção de Wittgenstein entre proposições com sentido e proposições verdadeiras; (iii) o princípio da causalidade; (iv) o princípio da indução; (v) o princípio da testabilidade das proposições; e (vi) o princípio da confirmabilidade das proposições, todos esses princípios intrinsecamente ligados uns aos outros. Por último, para o Empirismo Lógico podem ser identificadas as seguintes características conceituais: (i) a concepção empirista do conhecimento; (ii) a diferença entre proposição com sentido e proposição verdadeira, com base nas idéias de refutação definitiva ou de confirmação provisória das proposições, proposições que, em última análise, sempre eram havidas como meramente conjecturais; (iii) o princípio da falseabilidade ou da refutabilidade substitui o princípio do verificacionismo e da confirmabilidade; (iv) o método hipotético-dedutivo substitui o método indutivo; (v) o critério da demarcação da base empírica própria de cada ciência substitui a pretensão de uma metodologia comum para as ciências da natureza e as ciências sociais.⁵⁶

Com efeito, a distinção estabelecida por Wittgenstein, entre o *dizer* e o *mostrar*, é vista como muito próxima a um *intuicionismo* incompatível com a concepção cientificista defendida pelo Círculo de Viena. No mesmo sentido, a tese tractatiana segundo a qual as relações factuais seriam sempre contingentes é absolutamente divergente do Positivismo Lógico. O ponto em comum que levou o Círculo a convidar Wittgenstein, na década de vinte, então residente em Cambridge, a apresentar uma exposição do *Tractatus*, em Viena, fora principalmente a distinção que ele havia estabelecido entre o que chamava de uma mera proposição com sentido e de uma proposição verdadeira. Concepção essa elaborada para resolver um problema teórico para o qual nem a teoria de Frege (*teoria do sentido*) nem a de Russell (*atomismo lógico*) haviam conseguido esclarecer, como já ressaltado anteriormente, uma vez que ambas confundiam as noções de “sentido lingüístico” e “verdade de uma proposição”. O que caracterizaria um pensador como um positivista lógico? A mera participação no Círculo de debates em si já o tornaria um positivista? Ou para ser positivista lógico seria também necessário está de acordo com as principais idéias do grupo acerca do que seria uma proposição científica e sobre como se estruturaria o método de pesquisa científica? No primeiro sentido Popper poderia ser classificado como positivista, mas no segundo sentido Popper, inversamente, foi ele o principal opositor teórico desse grupo. Opunha-se não só às teses centrais do Positivismo Lógicos com também à idéia verificacionista professada por Wittgenstein⁵⁷. Aliás, não era tão radicalmente contra a Metafísica, pois via nela basicamente uma tentativa de descrição conjectural não essencialmente diversa da natureza das conjecturas formuladas ao longo da seqüência metodológica da elaboração das proposições científicas. Em última análise, o Empirismo Lógico consubstanciava uma espécie de “racionalismo crítico” avesso ao conceito de verdades definitivas. Para a concepção Positivista o método científico

⁵⁶ Karl Popper, *A Lógica da Pesquisa Científica*.

⁵⁷ Em sua autobiografia Popper registra a animosidade entre ele e Wittgenstein em debate acadêmico (*Autobiografia Intelectual*, pp. 130-132.).

seria constituído basicamente das seguintes etapas: (i) observação do fenômeno que se procura descrever e explicar; (ii) elaboração de hipóteses descritivo-explicativas do fenômeno, passíveis de testabilidade com base nos critérios da indução e da causalidade; (iii) testabilidade empírica da hipótese formulada; (iv) conversão da hipótese em verdade ou teoria científica, no caso de confirmação positiva. Inversamente, para o Empirismo Lógico de Popper, jamais uma elaboração teórica poderia ser definitivamente comprovada, muito menos com base no critério do raciocínio indutivo, que ele julgava insuficiente e dogmático. Para Popper as hipóteses, mesmo quando testadas, jamais se converteriam em verdades teóricas, mas sempre permaneceriam como proposições de natureza meramente conjectural. Popper via a ciência por uma perspectiva evolucionista, em que as proposições conjecturais travariam entre si um embate tal qual o travado pelos seres vivos em busca da sobrevivência, e, no mesmo sentido, haveria uma espécie de seleção natural no meio científico, em virtude da qual prevaleceria a teoria que mostrasse mais apta na tarefa de oferecer uma descrição-explicação mais eficiente e mais abrangente. Na verdade, a historiografia especializada não só se refere a Popper como a “ovelha negra” do Círculo de Viena, como também identifica o seu Empirismo Lógico como uma linha teórica que se opõe ao Positivismo, além de o acusar de ter sido quem teria matado o Positivismo Lógico. De fato, com a seguinte observação “as observações nunca são capazes de provar uma teoria, só podem provar a sua inverdade ou refutá-la” costumava ele vangloriar-se de ter matado o Positivismo Lógico do Círculo de Viena. “*Você pode provar isso?*” constituía, pois, uma indagação jocosa que, por assim dizer, era a marca registrada de Popper nos debates do Círculo de Viena⁵⁸.

1.7 POSITIVISMO JURÍDICO E EMPIRISMO LÓGICO-JURÍDICO (A ESCOLA DE VIENA E O CÍRCULO DE VIENA)

Um grande equívoco histórico que tem passado despercebido, desde a primeira edição da Teoria Pura do Direito, é o da classificação dessa concepção epistemológica do Direito como “positivista”, sob a denominação “Positivismo Jurídico”. É fato que Hans Kelsen procurou aproximar-se do “Círculo de Viena”, e mantinha contanto com alguns de seus membros. Mas é fato também que os parâmetros teóricos professados por esse grupo não comportavam a inserção de uma teoria normativa do direito. Os círculos (*Kreise*) de debates acadêmicos eram bastante comuns na intelectualizada Viena do início do século XX. Havia círculos de debates de Filosofia, Psicanálise, Economia, Política, Direito, entre outros. Kelsen, como professor da Faculdade de Direito da Universidade de Viena, fora o criador e líder de um

⁵⁸ “17. Quem matou o positivismo lógico? Em virtude da maneira pela qual nasceu, meu livro *Logik der Forschung*, publicado em fins de 1934, tomou, em parte, a forma de crítica ao positivismo. A mesma forma tomaram o livro precedente, não publicado, de 1932, e minha breve carta aos editores, enviada em 1933, aos responsáveis pela revista *Erkenntnis*. Entretanto, uma vez que minhas concepções eram, nessa época, amplamente discutidas pelos membros do Círculo, e uma vez que o livro apareceu na série dirigida por Frank e Schlick, série destinada eminentemente a divulgar o pensamento positivista, esse aspecto do *Logik der Forschung* teve curiosas consequências. Uma delas foi a de filósofos ingleses e norte-americanos (com raras exceções, como é o caso de J. R. Weiberg) situarem-me entre os positivistas lógicos – ou, na melhor das hipóteses, como um membro dissidente do positivismo lógico, que apenas sugeria uma substituição do critério da verificabilidade pelo da falseabilidade. O mal-entendido perdurou até a publicação da versão inglesa do meu livro, em 1959, com o título *Logic of Scientific Discovery*. Os próprios positivistas lógicos (...) preferiram ver-me antes como aliado, do que crítico. Eles imaginavam que podiam esquivar-se a minha crítica mediante algumas concessões – preferivelmente mútuas – e com auxílio de certas estratégias verbais. (Assim, por exemplo, persuadiram-se a si mesmos que eu concordaria em substituir verificação por falseamento como critério de *significatividade*.) Uma vez que não voltei à carga (pois lutar contra o positivismo lógico não era um dos meus interesses principais), os positivistas lógicos não sentiram que a sua doutrina estivesse seriamente ameaçada. (...). Todos sabem, atualmente, que o positivismo lógico está morto. Mas poucos se lembram que há uma questão a propor aqui – a pergunta ‘Quem é o responsável?’, ou antes, ‘Quem matou o positivismo lógico?’ (excelente artigo de cunho histórico, escrito por Passmore e citado em n. 11º, não suscita a pergunta.). Receio que eu deva assumir a responsabilidade. (...) (Karl Popper, *Autobiografia Intelectual*, pp. 95-96).

desses tantos grupos, a “Escola de Viena”, que, embora mantivesse contato e afinidades com o famoso “Círculo de Viena”, com ele não deve ser confundida⁵⁹. Na verdade, o paradigma de Ciência do Direito que sempre foi denominado de Positivismo Jurídico jamais se enquadrou nos contornos epistemológicos do paradigma de ciência denominado de Positivismo Lógico ou Neopositivismo, nos termos estabelecidos pelo Círculo de Viena. Com efeito, uma comparação das principais teses propugnadas na “Teoria Pura do Direito” com as principais características teóricas identificadoras do Positivismo, revela que essa Teoria do Direito se enquadrava, ao invés, na moldura do paradigma teórico denominado de “Empirismo Lógico”, conforme a linha teórica defendida por Karl Popper. Com efeito, para o Círculo de Viena, à luz da Filosofia Analítica de Wittgenstein, só poderiam ser havidas como científicas as proposições “com sentido” e as proposições “verdadeiras”. A proposição com sentido é apenas aquela que se refere a um estado de coisas possível; enquanto a proposição verdadeira é aquela que além de referir-se a um estado de coisas possível, é o caso. A proposição, por exemplo, “o vento assanhou os cabelos do careca” é destituída de qualquer sentido, uma vez que não se refere a algo que, mesmo hipoteticamente, possa ser o caso, possa ocorrer no mundo factual. Já a proposição “o carro está estacionado à frente da casa”, é dotada de sentido porque se refere a um estado de coisas possível, e será também verdadeira se for o caso, isto é, se for feita a verificação empírica do seu enunciado, que, na situação descrita, exige apenas que se vá efetivamente à frente da casa a fim de verificar se realmente o caso está lá estacionado. Nesse sentido, apenas as proposições que se reportassem a objetos materiais poderiam ter dignidade científica, e o método científico encerraria, assim, três principais etapas: (i) a observação do fenômeno empírico; (ii) a formulação de hipóteses descritivo-explicativas do objeto observado (*as proposições com sentido*); e (iii) a verificação empírica de correspondência entre a proposição hipotética e o que realmente é o caso no mundo factual, a fim de confirmar-se ou infirmar-se a verdade da proposição (*proposição verdadeira*). Indo além do suporte teórico do *Tractatus*, o Círculo de Viena considerava como integrantes da metodologia científica o princípio da causalidade e o princípio da indução. Para Carnap e Schlick, por exemplo, nem mesmo as proposições da Matemática ou da Geometria, embora elaboradas a partir da observação de objetos empíricos e

⁵⁹ Nesse sentido: “Uma característica marcante de Viena nesta época de renovação foi o aparecimento de diversos Círculos (*Kreise*), assim entendidos como grupos de discussão temática, alguns diretamente ligados à Universidade, outros não. Havia círculos de discussão econômica, círculos socialistas, círculos distribuídos em diversas áreas facções da psicanálise, círculos preocupados com reforma educacional. O círculo sobre jurisprudência era liderado por Hans Kelsen, que lecionava na Faculdade de Direito, onde aprimorava seu formalismo positivista com colegas e estudantes. Os círculos filosóficos eram numerosos e exprimiam diversas tendências, da filosofia da religião à fenomenologia, incluindo adeptos de Kant, de Kierkegaard e, também, de Tolstói. O mais famoso círculo era chamado de Schilick-Kreis, aglutinando um número de filósofos e matemáticos em torno de Schlick, então professor da cadeira de Filosofia das Ciências Indutivas, todos empenhados em atividades de pesquisa científicas e adeptos do método rigoroso da ciência, tendo esse grupo, depois, se tornando mundialmente conhecido como “O Círculo de Viena” (*Der Wiener Kreis*). (...) O *Círculo de Viena*, de Schlick, e a *Escola de Viena*, de Kelsen, foram contemporâneos e conviveram na mesma *cidade dos sonhos*, entretanto, os membros de cada movimento não costumavam frequentar as mesmas reuniões, apesar de pertencerem à Universidade, mantendo um contato quase superficial, sem criar um intercâmbio efetivo de pensamentos. Não obstante, as bases teóricas de ambos os movimentos forma inspiradas num único paradigma: a objetividade científica. (...) Contemporânea ao Kreis vienense dos positivistas lógicos, a chamada Escola de Viena, desde 1911 também realiza reuniões periódicas que atraíam diversos juristas de renome preocupados com os novos rumos teóricos da ciência do direito. Hans Kelsen foi o principal articulador do movimento, defendendo sua polêmica tese purista do direito com argumentos astuciosamente elaborados, cuja concepção analítica rejeitava a metafísica da escola do direito natural quanto o empirismo da escola sociológica do direito. (...) O grande impulso para a formação e o desenvolvimento do Círculo de Viena foi, sem dúvida, a publicação, em 1922, do *Tractatus Logico-Philosophicus*. Todas as proposições do *Tractatus* foram lidas, estudadas e discutidas, uma a uma, pelos membros do *Círculo*, reunidos naquelas noites frias de Viena, sendo que alguns deles, como Schlick, Waismann, Carnap e Feigl, realizaram encontros periódicos com o próprio autor, no período de 1927 a 1930, às segunda-feiras. Seus aforismos, que reduziam toda a filosofia à crítica da linguagem, inquietaram os novos positivistas vienenses.” (Fernando Pavan Baptista, *O Tractatus e a Teoria Pura do Direito*, pp. 32-34.).

para a solução de problemas práticos, por meio da generalização formal, não poderiam ser havidas como proposições verdadeiras, e, portanto, não eram havidas também como proposições científicas, mas meras proposições tautológicas cujo predicado nenhum conhecimento empírico específico é capaz de acrescentar. Ora, se o objeto da Ciência do Direito, nos termos da Teoria Pura, é o direito estatal, ente que pertence, não ao mundo real, e sim ao mundo ideal, tal qual os entes da Matemática e da Geometria (os números e as figuras geométricas), e se as proposições da Ciência do Direito não cuidavam de descrever coisas do mundo físico, sendo apenas uma metalinguagem descritiva de uma outra linguagem, não sendo passíveis, pois, de verificação empírica no sentido estrito⁶⁰, não poderiam ser elas também havidas, segundo os critérios do Círculo de Viena, como proposições científicas. Do mesmo modo, os objetos da Ciência do Direito, não poderiam ser estudos à luz do princípio da indução e do princípio da causalidade, mas, ao invés, pautavam-se por um princípio distinto e particularmente seu, o “princípio da imputação”, o que a afastava também da pretensão de unificação das ciências em torno de uma única metodologia comum, conforme postulava o Círculo de Viena. E como se não bastassem tais incompatibilidades epistemológicas, segundo a Teoria Pura do Direito, para a Ciência do Direito não valeria a regra metodológica da verdade única. Caberia à Ciência do Direito, segundo Kelsen, formular proposições que identificassem as possíveis interpretações da norma jurídica e não a única interpretação verdadeira. Diferentemente da metodologia professada pelo Círculo de Viena, a Ciência do Direito não caberia a formulação de proposições verdadeira, mas apenas a formulação de proposições com sentido, ou de proposições que apresentassem os possíveis sentidos abrangidos pelo texto legislativo (dentro da mesma perspectiva dos sentidos polissêmicos das palavras, à luz do segundo Wittgenstein, em suas *Investigações Filosóficas*).

Cotejando o modelo kelseniano e o modelo positivista-lógico, facilmente percebe-se o equívoco da pretensão de classificar a Teoria Pura do Direito como sendo de matriz positivista. Na verdade, uma análise atenta dos modelos epistemológicos então apresentados à comunidade científica à época, nas primeiras décadas do século XX, revela que a Teoria Pura identifica-se com o modelo metodológico do “Empirismo Lógico”. De fato, divergindo do Círculo de Viena, Popper não concordava com a unificação das ciências em torno de uma única metodologia nos termos professados por Carnap e Schlick. Entendia ele que deveria haver diferenças metodológicas específicas em função das características do objeto de estudo, sustentando, por exemplo, uma “parcial” diversidade entre a metodologia das ciências sociais e a metodologia das ciências da natureza⁶¹. Concepção essa que permite classificar como científicas as proposições da Ciência do Direito. Também, divergindo do Positivismo Lógico, Popper não acredita em verdades científicas, em confirmações empíricas definitivas mediante critérios de testabilidade, mas acreditava rigorosamente apenas na possibilidade de infirmar-se uma proposição descritiva hipotética. Todas as supostas confirmações seriam meramente provisórias, em ciência, segundo ele, seria definitivo apenas a provisoriedade das teorias, que, em última análise, não poderiam ser vistas como verdades científicas, mas tão-só como meras “conjecturas- operacionais”, provisoriamente aceitas, pela comunidade científica, por ter conseguido explicar e descrever de modo razoável um determinado fenômeno objeto de observação. Porém que, como demonstrado, ao longo da história da ciência, todas as teorias científicas estariam fadadas a serem substituída posteriormente por novas conjecturas que explicassem e descrevem de modo mais preciso o mesmo fenômeno e de modo mais abrangente também simultaneamente outros fenômenos avizinhados. Ora, também nesse aspecto o Empirismo Lógico se identifica com a Teoria Pura, na medida em que as proposições da Ciência do Direito são vistas como conjecturas ou possíveis interpretações do seu objeto, e não como

⁶⁰ Cf. sobre as acepções de ciência empírica, veja-se o tópico: 15.5. Valor enquanto Categoria Metafísica e enquanto Categoria Empírica (Não-Metafísica).

⁶¹ Karl Popper, *Lógica das Ciências Sociais*.

verdades definitivas. Nesse sentido, a Ciência do Direito só é dogmática em relação ao seu objeto e não em relação ao método, uma vez que pressupõe como sendo o seu objeto de estudo, à luz do critério da demarcação da base empírica, apenas o direito estatal, mas as suas proposições não são dogmáticas e sim apenas conjecturas em meio a conjecturas. Inversamente, algumas concepções teóricas mais recentes, insurgindo-se contra essa tese kelseniana das interpretações possíveis, como, por exemplo, é o caso da teoria de Dworkin, acabam, do ponto de vista metodológico, aproximando-se mais de um verdadeiro dogmatismo fundamentalista típico dos homens que supõem haverem visto a luz, na medida em que se antepõem frontalmente à concepção segundo a qual não haveria apenas uma e sim várias e possíveis interpretações da lei. Com efeito, Kelsen distingue na Teoria Pura, e depois dele os demais assim também impropriamente chamados de positivistas, como Bobbio e Hart, a “norma jurídica” e a “proposição” científica. E, posteriormente, distinguiria também a “norma jurídica” e o “preceito legislativo”⁶², conquanto não tenha apresentado uma teoria que buscasse equacionar a correlação entre essas três categorias: (i) *preceito legal*; (ii) *proposição científica*; e (iii) *norma jurídica*. Nesse sentido, analisando os modelos kelseniano e popperiano, pode-se estabelecer a seguinte comparação: (i) o *preceito legislativo* editado pela autoridade estatal competente (Poder Legislativo) é o objeto de descrição da Ciência do Direito, à luz do critério da demarcação da base empírica da Ciência do Direito; (ii) as *proposições* da Ciência do Direito são as conjecturas proposicionais ou interpretativas (proposições com sentido); e (iii) a *norma jurídica* é a proposição oficial (interpretação oficial) escolhida pela autoridade estatal competente (Poder Judiciário) entre as proposições conjecturais oferecidas pela Ciência do Direito. Nesse sentido, o Poder Judiciário faria as vezes da comunidade científica, pois, do ponto de vista acadêmico, enquanto a comunidade científica seleciona, entre as várias teorias apresentadas no meio de pesquisa acadêmica, aquela que se lhe afigura como a mais razoável (mais eficiente e mais abrangente na tarefa de descrever o fenômeno observado), por sua vez, do ponto de vista técnico-jurídico, o Poder Judiciário é quem escolhe qual dentre as várias proposições (interpretações) seria havida como a oficial. Dessa escolha, entretanto, não resulta uma confirmação definitiva capaz de converter uma conjectura em teoria verdadeira, porque não apenas o objeto de estudo é cambiante, como também, dentro de certos limites não incompatíveis com a necessária estabilidade normativa sem a qual não há segurança jurídica, são também cambiantes as interpretações dos tribunais, mesmo a daqueles tribunais superiores cuja função é, sobretudo, a de uniformizar as decisões divergentes dos vários tribunais hierarquicamente inferiores.

Uma análise mais atenta do texto da Teoria Pura do Direito revela, assim, que em nenhum momento Kelsen se vinculou expressa e diretamente ao Positivismo Lógico. Porém, apenas afirmou ser “a Teoria Pura uma teoria do direito positivo”⁶³. Com tal afirmação quis apenas demarcar o seu campo de investigação, restringindo-o ao direito estatal. Direito positivo é, pois, sinônimo de direito estatal. Trata-se de uma concepção epistemológica que delimita o seu objeto de pesquisa ao direito estatal, excluindo, de conseguinte, do campo de investigação outras possíveis perspectivas do fenômeno jurídico. É claro que conquanto não reivindicasse o *status* de teoria positivista ou de Positivismo Jurídico, Kelsen também não o refutava categoricamente. Ao menos não se tem notícia de uma tal refutação, como o era, por exemplo, a rejeição de Popper a esse rótulo. E talvez silenciasse exatamente por causa do prestígio que uma tal classificação poderia granjear para sua Teoria, num momento em que o Positivismo Lógico, ao contrário de hoje, gozava de elevada respeitabilidade dentro e fora do meio acadêmico. Veja-se, pois, o que afirma a esse respeito Robert Walter, amigo pessoal de Hans Kelsen e diretor do instituto Hans Kelsen em Viena, em texto de apresentação à famosa edição resumida da Teoria Pura do Direito, publicada em 1933: “Nesse ponto, convém esclarecer que a Teoria Pura do

⁶² Cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*.

⁶³ Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, capítulo I.

Direito, ao contrário do que freqüentemente se supõe nada tem a ver com o positivismo filosófico, nem com o neo-positivismo do círculo de Viena, próximo a Moritz Schlick. Como se sabe, Schlick recusava, por questão de princípio, uma consideração normativa, o que Kelsen não podia aceitar. Sem dúvida, a Teoria pura do Direito liga-se ao empirismo lógico, no empenho pelo conhecimento racional e a ética da pureza metódica⁶⁴. Conquanto não seja possível negar que tenha sido influenciada profundamente, como também foram o Círculo de Viena, o Neopositivismo e o Empirismo Lógico, pela Filosofia Analítica da Linguagem de Wittgenstein. Hans Kelsen, e depois dele outros respeitáveis teóricos do Direito, como Bobbio e Hart, não tenham rechaçado veementemente a classificação de sua Teoria Pura do Direito como Positivista, por um lado, talvez para apropriar-se, indevidamente, do prestígio de que gozava o Positivismo Lógico à época, e, por outro, para associar a epistemologia jurídica a uma tendência anti-metafísica então bastante arraigada nos círculos filosóficos. Daí a conclusão que parece contrariar o que constitui um lugar-comum na Teoria do Direito é a de que “Kelsen e a sua Teoria Pura do Direito não eram Positivistas”.

1.8 TEORIA DOS PARADIGMAS (THOMAS KUHN)

A concepção de paradigma científico, corrente no meio acadêmico, foi elaborada, na famosa obra “As Estruturas das Revoluções Científicas”, de Thomas Kuhn, cientista experimental americano que se tornou um estudioso da história da ciência. A palavra “paradigma”, no sentido coloquial, é sinônimo de “modelo” e de “exemplo”; tendo sido usada na primeira acepção por Platão para descrever a sua teoria das idéias, na *Republica*, e na segunda, por Aristóteles, no *Organum* para falar sobre o conhecimento empírico e descritivo da natureza. Num sentido mais amplo é usada no meio acadêmico para referir-se ao modo como o homem vê o mundo, a sociedade e a si mesmo, e no sentido usado na teoria do conhecimento científico refere-se ao modo como os cientistas vêem a ciência e a partir do qual formulam as novas proposições científicas. Nessa última acepção, um paradigma científico é, em última análise, o reflexo de uma revolucionária teoria elaborada e aceita no meio acadêmico sobre um determinado tema fundamental do correspondente campo de pesquisa, cuja formulação e aceitação não só altera radicalmente a forma como a comunidade científica vê o seu objeto de estudo, como também passa a ser vista pela mesma comunidade como um “modelo” para a elaboração das novas teorias e ao qual às novas teorias devem se amoldar. Na acepção mais ampla em que é usada no meio acadêmico, a ilustração mais precisa do seu significado talvez seja exemplificada pela famosa passagem na qual Sigmund Freud, em seu *A Interpretação dos Sonhos*⁶⁵, tenta esclarecer a importância e o impacto que reputava ter causado, a sua teoria do inconsciente, dentro e fora do meio acadêmico: aduz que três teriam sido os grandes golpes causados pela ciência contra a boa auto-imagem que o homem teria de si mesmo. O primeiro golpe teria sido dado por Copérnico ao revelar que a terra não seria o centro do universo, mas apenas mais um pequeno astro em meio a uma infinidade de outros; o segundo teria sido desferido por Darwin, que, por sua teoria da evolução, teria revelado ao homem a sua condição de animal descendente de outros animais irracionais; e o terceiro golpe teria sido dado pelo próprio Freud e a sua teoria do inconsciente, segundo a qual o homem não seria tão senhor de sua própria vontade como até então supunha, mas, ao invés, as suas ações seriam fortemente determinadas por impulsos advindos do seu “inconsciente”. Sob a perspectiva atual, em que se encontra absolutamente banalizada pelos veículos de comunicação em massa, essas teorias, em geral, já não causam a perplexidade de outrora. Mas excepcionalmente ainda hoje não foram assimiladas profundamente nas zonas rurais, e, sobretudo, em meio a sociedades iletradas da

⁶⁴ Robert Walter, professor de Ciência do Direito da Universidade de Viena e direito do Instituto Hans Kelsen de Viena, desde 1971, *In* capítulo I, da versão condensada pelo próprio Hans Kelsen, da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, p.25.

⁶⁵ Cf. S. Freud, *A Interpretação dos Sonhos*.

periferia do mundo, é vista como absolutamente herética em muitos dos países do oriente médio. Nesse sentido, em seus estudos sobre a história da ciência Kuhn concluiu que o progresso científico dá-se basicamente de duas maneiras: (i) por meio da “evolução gradual”⁶⁶ das teorias, em que novas teorias vão paulatinamente reformulando pequenos fragmentos de teorias anteriores e (ii) por meio da “revolução radical”⁶⁷, em que uma novas teorias rompem profundamente com um modelo de sistema de descrição-explicação vigente. O que se chama de conhecimento científico é um sistema de proposições formado por um conjunto de teorias que se complementam na tentativa de fornecer um quadro cada vez mais amplo sobre a realidade, e elaborado gradativamente com base em uma teoria principal, em torno da qual outras teorias vão sendo elaboradas na tentativa de completar, acrescentar, corrigir essa teoria principal.

Um paradigma é um modelo implícito no imaginário da comunidade científica acerca da teoria de conhecimento científico, elaborado a partir de teorias científicas que revolucionaram a compreensão do homem sobre a realidade em que vive (a natureza, o mundo *etc.*). Em última análise, as teorias científicas (sobre fenômenos) servem como modelo para teorias sobre a ciência (sobre o conhecimento científico). Por exemplo, as teorias que compõem a física newtoniana atuaram como parâmetros para a concepção de uma teoria sobre a ciência. O exemplo é o melhor professor. Newton apresentou ao mundo um sistema teórico abrangente que permitia uma compreensão ampla sobre o funcionamento do mundo físico. Pressupondo determinada concepção sobre “espaço” e “tempo”, como dimensões distintas e absolutas, que se apresentariam como as arenas dentro do qual a matéria existiria, Newton elaborou teorias capazes de descrever e explicar os movimentos dos corpos no espaço (cinemática) e as forças que atuam como causas desses movimentos (dinâmica). A partir de sua teoria da gravidade conseguiu, pois, explicar não apenas os fenômenos físicos ocorridos no planeta, mas também conseguiu descrever matematicamente o funcionamento do sistema solar, entre outros tantos fenômenos. As categorias da “causalidade”, da “regularidade” (indução e necessidade) e de “ordem” foram assimiladas por todo meio acadêmico científico e filosófico como parâmetros para a criação de novas teorias que se somassem às de Newton. A física newtoniana servia de modelo para a realização de pesquisas em outras áreas do saber, tais como a sociologia, a história *etc.* No início do século XX, entretanto, uma nova teoria física fora apresentada à comunidade científica, cujos contornos não simplesmente acrescentavam nova informação ao repositório do conhecimento científico a partir das referidas categorias, mas, ao invés, propunha também uma revisão daquelas próprias categorias. A teoria da relatividade de Einstein propunha que “espaço” e “tempo” não só não seriam categorias absolutas, como também não seriam elas distintas e separáveis uma da outra. Propunha ainda que matéria e energia também não seriam categorias distintas uma da outra. A matéria seria a própria energia condensada. O tempo não transcorreria de modo constante, mas poderia passar mais rápida ou mais lentamente em função da velocidade de descolamento da matéria. Houve, pois, uma revolução paradigmática em duas frentes. Em primeiro lugar porque a teoria de relatividade alterou profundamente a forma como a ciência explicava o mundo. Em segundo lugar porque as novas teorias científicas, a partir de então, passaram a ser elaboradas à luz de uma nova perspectiva daquelas categorias fundamentais, agora não mais absolutas e sim relativas, o espaço, o tempo, a matéria e a energia. Por sua vez, ainda na primeira metade do século XX, uma nova teoria no campo da física viria causar uma nova revolução paradigmática. A física quântica, nas elaborações de Werner Heisenberg e Niels Bohr, como uma proposta de descrição e explicação do comportamento das partículas elementares que compunham o átomo, infirma parcialmente o paradigma precedente baseado na concepção de ordem. O mundo atômico seria, pois, caracterizado pelo caos, e,

⁶⁶ A idéia de “evolução” do conhecimento científico é nesse aspecto semelhante à teoria do conhecimento científico de Karl Popper. Contudo, profundas diferenças separam Kuhn e Popper, sendo, pois, muito conhecida no meio acadêmico uma famosa discussão entre eles, marcada pela animosidade.

⁶⁷ Cf. Thomas Kuhn, *As Estruturas das Revoluções Científicas*.

portanto, não poderia ser descrito, na forma elegante, como proposto pela física clássica e pela física relativística. As categorias da causalidade e da necessidade também já não eram vistas como absolutas, não se aplicando para a descrição desse microcosmos. A idéia de probabilidade substitui a de necessidade. Abra-se, com isso, um novo modelo para as ciências sociais. A teoria quântica funciona, então, como um novo parâmetro não apenas na formulação de novas teorias científicas sobre o mundo físico, mas também como um novo modelo de teoria sobre a ciência. Em última análise, a teoria do conhecimento científico (epistemologia), conquanto em certa perspectiva se localize antes, como pressuposto, da ciência experimental (a atividade científica), em outra perspectiva é posterior, porque elaborada a partir de parâmetros fornecidos por uma teoria científica (sobre o mundo físico). Eis, pois, a síntese apresentada por Kuhn sobre o progresso da ciência, ora como o resultado de uma lenta evolução das teorias científicas, ora como o resultado de revoluções paradigmáticas causadas eventualmente por novas teorias.

1.9 PÓS-MODERNIDADE E TEORIA CRÍTICA (ESCOLA DE FRANKFURT)

A Escola de Frankfurt é uma designação muito genérica que faz referência a uma linha teórica de estudos ligados às ciências sociais e que teve início a partir da década de trinta do século XX, dentro da qual, entre tantas outras reflexões, questionava-se a utilização do modelo de ciências naturais no âmbito das pesquisas sociais. Propunha, sobretudo com base numa revisão da interpretação das teorias de Hegel e Marx, não apenas o modelo epistemológico distinto, mas também uma redefinição das próprias indagações apresentadas no meio acadêmico das ciências sociais⁶⁸. O ponto central e mais pertinente à Teoria do Direito diz respeito à última fase na Escola de Frankfurt, às elaborações da terceira e última geração dos frankfurtianos, a partir da década de sessenta do século passado, notadamente quanto a discussão sobre a questão da racionalidade e da suposta superação de um paradigma de ciência social baseado não mais na lógica da não-contradição e da identidade. Com efeito, é emblemático o famoso embate teórico travado entre Karl Popper e Horkheimer naquela década. Uma discussão que procurava determinar se um dos aspectos da metodologia da ciência da natureza, a categoria da não-contradição, edificada a partir da Lógica aristotélica e da Filosofia cartesiana, poderia servir de modelo para a metodologia das ciências sociais, ou se as ciências sociais, em função da especificidade de seu objeto, deveriam basear-se, inversamente, no método da contradição ou método dialético, à luz das lições de Hegel e Marx. Nesse contexto, para um segmento da Escola de Frankfurt, o paradigma de conhecimento emergente do “iluminismo” teria se esgotado por não conseguir realizar o projeto de libertação do homem pela via da racionalidade calcada da não-contradição e na identidade, e teria sido responsável por grandes equívocos históricos, entre os quais a exploração do homem pelo homem no modelo de Estado Liberal e os regimes políticos que conduziram à guerra e ao totalitarismo. Desse suposto esgotamento da “Modernidade” emergiria gradualmente, nos termos da análise de Lyotard⁶⁹ e de outros representantes da terceira geração da Escola de Frankfurt, um novo período histórico, a “Pós-Modernidade”, cujos contornos abandonariam completamente o modelo iluminista de razão. Mas, em meio aos frankfurtianos, um segmento menos radical, representado notadamente por Habermas, via esse novo momento histórico que paulatinamente se delineava ainda sem contornos completamente definidos, a Pós-Modernidade, não como sendo a negação radical do projeto da Modernidade, e sim apenas uma correção de rumos, em que equívocos desse modelo de racionalidade seriam corrigidos, sem que, contudo, fossem renegados o projeto e a razão iluministas. Fala-se, nesse sentido, da Modernidade como um projeto social inacabado, e que viria a ser concluído nesse novo momento histórico denominado de Pós-Modernidade, cuja diretriz maior não se caracterizaria pela negação de razão baseada na categoria da não-contradição, mas antes pela soma de categorias modernas e categorias pós-modernas. Eis, pois, a

⁶⁸ Habermas, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, prefácio e capítulo 4.

⁶⁹ Lyotard, *A Condição Pós-Moderna*.

essência da Pós-Modernidade, a convivência desses dois modelos de racionalidade: a lógica da não-contradição e a lógica da contradição. Em última análise, trata-se de um embate acadêmico, em torno do modelo de ciências sociais, entre posições divergentes. Uma que, de um lado, defendia uma *Teoria Crítica* e baseada no método da *contradição*, outra que, de outro lado, defendia uma *Teoria Descritiva* baseada no método *descritivo e da não-contradição*. Concepções antagônicas, mediatas por uma terceira perspectiva, que defendia uma *Teoria Crítico-Descritiva*. Todavia, como procuraremos demonstrar, posteriormente, em tópico específico, há nesse embate um grande equívoco de linguagem em torno do que se chamava de “contradição”. Como procuraremos demonstrar, faz-se confusão, pois, entre a idéia de contradição e a idéia de dialética; e dessa confusão resultam outros equívocos ontológico-conceituais, notadamente na Teoria do Direito.

1.10 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Está no centro das novas elaborações na Teoria do Direito, a questão da colisão entre princípios. Enquanto a colisão entre normas-regra ocupava posição central nas elaborações da Teoria do Direito após a Segunda Guerra, dentro da teoria do ordenamento e da teoria da norma jurídica, nas últimas duas décadas do século passado a questão sobre a colisão entre princípios assume o centro das atenções. O Pós-Positivismo é, pois, o nome genérico e impreciso usado para referir-se a um conjunto de teorias sobre a Ciência do Direito, notadamente sobre a questão da natureza e funções dos princípios jurídicos, bem como sobre a correlata questão da interpretação da norma jurídica. Contudo, a resposta à indagação sobre se esse conjunto de elaborações mais recentes na Teoria do Direito constitui ou não um novo paradigma de Ciência do Direito confunde-se com a resposta à questão sobre se essas teorias apresentam-se tão-somente como geradoras de uma modificação meramente evolutiva na prática do Direito, ou se, ao invés, causaram uma forte ruptura com o modelo da Ciência do Direito até então praticado pela comunidade jurídica, de modo a implementar uma modificação verdadeiramente revolucionária. Na primeira hipótese verificar-se-ia apenas uma correção de rumos, uma retificação parcial dos equívocos do modelo assim chamado de Positivista. Na segunda hipótese verificar-se-ia o surgimento de um novo paradigma de Ciência do Direito, conforme o conceito corrente de paradigma científico, nos termos definidos por Thomas Kuhn em sua obra *As Estruturas das Revoluções Científicas*. E assim sendo, é forçoso reconhecer que há, de fato, visíveis e consideráveis modificação e avanços na forma como o direito vem sendo tratado pelos Tribunais sob os influxos das novas teorias sobre os princípios jurídicos e sobre a interpretação do Direito posto. Os tribunais, notadamente a corte mais elevada do País, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o exemplo já há muito praticado na Corte Constitucional da Alemanha, têm se utilizado do instrumental teórico produzido nessas últimas duas décadas, como, por exemplo, das teorias sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ou das teorias sobre a distinção entre declaração de constitucionalidade sem redução de texto e com redução de texto. Todavia, tal prática não é de tal magnitude que seja capaz de consubstanciar uma radical e abrupta ruptura com o modelo descritivo anterior, mas apenas pode ser vista como uma correção de rumos, mediante a revisão de algumas práticas concernentes a interpretação e a aplicação do direito. Tal como no modelo impropriamente denominado de Positivismo Jurídico, no Pós-Positivismo Jurídico, diferentemente do que pretendia a Teoria Crítica do Direito, aceita-se o postulado segundo o qual a norma jurídica é válida ou inválida, ao invés de certa ou errada, justa ou injusta. Se na época do regime militar fazia sentido apor-se ao Direito oficial, vendo-o como reflexos dos interesses da classe política dominante, em tempos de democracia já consolidada e de uma Constituição democraticamente outorgada, já não faz mais sentido histórico a negativa do direito posto. Ante as normas que se apresentem como eventualmente ilegítimas ou cuja aplicação a um determinado caso possa redundar em uma decisão flagrantemente injusta, recorre-se não mais a negação do correspondente preceito legislativo, mas, ao invés, buscam-se outras saídas teóricas. Reiterando o já antecipado, por ocasião da

apresentação, o atual modelo Pós-Positivista oferece quatro caminhos distintos: (i) o argumento da interpretação alternativa do direito posto, sem que haja a necessidade de negação do próprio direito oficial; (ii) o argumento da invalidade normativa em abstrato, por força de eventual caracterização de antinomia jurídica; (iii) o argumento pela invalidade da aplicação da norma ao caso concreto, por ausência de subsunção do fato concreto à norma abstrata; e (iv) o argumento de inaplicabilidade da norma-regra ao caso concreto, quando da sua aplicação não resultar a promoção de fim jurídico estabelecido, no próprio sistema jurídico, por norma-princípio.

Por uma reflexão mais atenta, percebe-se que tal prática não constitui uma negação ao paradigma positivista, mas, ao invés, apresenta-se, de certo modo, como uma confirmação do mesmo. O prefixo “pós” significava apenas “o que vem depois, o que segue. É, no entanto, no contexto das elaborações do meio acadêmico, em geral muito mais usado historicamente quando se pretende veicular uma idéia de negação, do que quando se pretende veicular a noção de retomada das mesmas idéias anteriores acrescentadas de outras novas idéias complementares. Tem-se, entretanto, tomado a denominação “Pós-Positivismo Jurídico” no primeiro sentido, quando, na verdade, as idéias a ele subjacentes indicam muito mais o prefixo na segunda acepção. Não é possível negar, contudo, o efeito psicológico que essa nova denominação suscita, quando é assimilada no sentido de referir-se a algo que seria essencialmente novo. Assim, se a denominação “Positivismo” está historicamente desgastada, assumindo nuances pejorativas porque associada a toda uma crítica levada a efeito ao longo de décadas, a nova denominação, “Pós-Positivismo”, parece livrar o paradigma desse estigma de ser associado à toda a espécie de fascismo, desde o nacional socialismo alemão aos regimes militares da América Latina. O mais irônico, porém, é a obviedade não que ainda não fôra percebida no meio acadêmico, qual seja, o fato de que se o Positivismo Lógico e também o impropriamente denominado Positivismo Jurídico nasceram sobre os influxos da Filosofia de Analítica da Linguagem de Wittgenstein, o Pós-Positivismo, como um suposto novo paradigma, igualmente emerge como uma consequência de uma “Viragem Lingüística” decorrente de uma assimilação tardia, nos domínios da Teoria do Direito, da Filosofia da Linguagem do mesmo Wittgenstein. Ora, se, por um lado, o segundo Wittgenstein não é a negação radical das idéias do primeiro Wittgenstein, quer dizer, se a teoria da linguagem proposta nas *Investigações Filosóficas* é tão-só uma retificação parcial e uma complementação também parcial das idéias insertas no *Tractatus Logico-Philosophicus*, e se, por outro lado, o Positivismo Jurídico baseou-se fortemente nas idéias do primeiro Wittgenstein e já antecipava parte das idéias do segundo Wittgenstein, e o Pós-Positivismo Jurídico baseia-se fortemente nas idéias do segundo Wittgenstein, então, no mesmo sentido, o Pós-Positivismo não seria uma negação radical do Positivismo, mas sim uma retificação parcial, seguida de uma complementação também parcial, daquele paradigma de Ciência do Direito. Do mesmo modo que a Pós-Modernidade não seria a negação da Modernidade, mas uma correção de rumos em vista da conclusão de um projeto inacabado, o Pós-Positivismo, como uma projeção, nos domínios da Teoria do Direito, da Pós-Modernidade Jurídica, também se apresentaria como uma correção de rumos do antigo projeto de atribuir dignidade científica aos estudos do Direito. Mas, cumpre ressaltar que, do mesmo modo que a polêmica em torno de um modelo de razão baseada na contradição é central na discussão sobre os contornos da Pós-Modernidade, tendo uns, como Lyotard, defendendo a absoluta superação do logos da não-contradição, e outros, como Habermas, afirmando que o logos da contradição não exclui e sim complementa o logos da não-contradição, então, entendemos que também na Pós-Modernidade Jurídica o Pós-Positivismo é caracterizado pela coexistência dos logos da não-contradição, norteador do subsistema de normas-regra, e do logos da contradição, norteador do subsistema de normas-princípio. A palavra “contradição”, entretanto, não é a mais adequada para referir-se à idéia de oposição dialética, resultando do seu uso inadequado graves equívocos ontológico-conceituais na Teoria do Direito. É o que demonstraremos, posteriormente, com base na crítica Analítica da Linguagem, em tópico específico.

No Brasil, em ausência de democracia, no período de regime militar, a Teoria Crítica do Direito, cumpriu a sua missão de “crítica”⁷⁰, opondo-se a um sistema jurídico oficial cuja ideologia subjacente atendia aos interesses da classe dominante e do imperialismo americano. Contudo, em tempos de democracia consolidada, esse modelo perde a razão de ser, e é substituído por um modelo descritivo do direito posto. Enquanto o Positivismo Jurídico era um modelo eminentemente “descritivo”, e enquanto o modelo da Teoria Crítica do Direito era eminentemente “crítico”, o Pós-Positivismo Jurídico é, pois, ao mesmo tempo “crítico” e “descritivo”. Mas, diferentemente, é crítico sem negar cabalmente o direito posto, é crítico na medida em que a descrição que apresenta, sobre o direito posto, propõe interpretações mais consentâneas com os valores sociais vigentes no momento. Em suma, o Pós-Positivismo é um paradigma que não nega os precedentes, mas procura somá-los, compatibilizá-los. E tal compatibilização dos paradigmas precedentes, só é possível graças à assimilação da distinção entre norma e texto legal; só é factível, pois, em face do Giro Lingüístico na Teoria do Direito. Em última análise, o Pós-Positivismo é o resultado do Giro Lingüístico no Direito. Passemos, então, a análise do que é o Giro Lingüístico.

1.11 PONTO DE CONVERGÊNCIA ENTRE A FILOSOFIA ANALÍTICA E A ONTOLOGIA FUNDAMENTAL

O problema filosófico⁷¹ parecia ser o de que “nem tudo poderia ser dito” (expresso em palavras), por causa das limitações lingüísticas, como sustentava Wittgenstein, e como no mesmo sentido Heidegger entendia que “só a partir da experiência existencial o homem conseguiria alcançar níveis superiores de compreensão da realidade”, não bastando as palavras, sendo imprescindível a vivência.⁷² Em nenhum livro de Filosofia (em que se apresente um mundo imaginário) o homem encontraria respostas satisfatórias para as questões fundamentais da existência. Mas apenas vivendo essas questões em seu cotidiano (mundo factual) seria capaz de encontrar as respostas que procura. Por isso Heidegger, de um modo geral, não oferece respostas ontológicas específicas, ao invés, mostra o caminho para obtê-las: a experiência existencial. Não diz, suposto sentido da vida comum a todos e pré-estabelecido. Caberia a cada ser humano, individualmente, determinar, a partir da vivência individual, qual o seu projeto de vida pessoal que seria capaz de dar sentido a sua existência. “A existência precede a essência”. Só na existência as verdades são desveladas. Assim, por exemplo, há certas lições que os pais gostariam de poder ensinar aos seus filhos, contudo, por mais que se esforcem nesse sentido para exprimi-las em palavras, na maioria das vezes, não obtêm o êxito desejado, porque só com a vivência os filhos conseguirão compreender profundamente determinadas lições de vida. Só após a vivência os filhos terão a capacidade de compreender o que seus pais lhes queriam dizer com determinadas palavras. Daí a conclusão de que toda atividade hermenêutica pressupõe a vivência existencial do intérprete. Um jovem com vinte e poucos anos e com excelência acadêmica em Direito, só excepcionalmente, se dotado de intelecto muito superior à média, e simultaneamente privilegiado com uma educação familiar também de excelência e voltada para valores humanistas, conseguiria ser um bom magistrado. Os concursos públicos simulam artificialmente situações jurídicas fora do contexto existencial da vida;

⁷⁰ Sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil, veja-se Luís Fernando Coelho, *Teoria Crítica do Direito*, e Antonio Carlos Wolkemer, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*.

⁷¹ Na verdade, trata-se de um problema do conhecimento em geral e não apenas de um problema da filosofia. Também na ciência, naquele mesmo momento histórico, os cientistas se deparavam com o mesmo problema, a distinção entre o que pode ser dito e o que só pode ser mostrado. Diante da dificuldade de verter em palavras alguns desdobramentos da teoria quântica, Heisenberg teria dito a Bohr: “Os problemas da linguagem, aqui, são efetivamente sérios. Desejamos de alguma forma falar acerca da estrutura do átomo (...). Mas não podemos falar de átomos utilizando a linguagem usual (W. Heisenberg)”.

⁷² Sobre a relação entre a Filosofia de Heidegger e a Filosofia da Linguagem de Wittgenstein, veja-se Richard Rorty, *Ensaio sobre Heidegger e outros*, primeira parte.

prestam-se, por isso, para aferir a competência técnica do bacharel, porém poucos conseguem avaliar a maturidade existencial do pretendente à magistratura. Como um jovem de excelência acadêmica em Direito, oriundo de classe média alta, mas fora dessas condições ideais, conseguiria ter suficiente sensibilidade empática para compreender o drama que se lhe é apresentado, na condição de juiz, por uma família habitante de um gueto de terceiro mundo (as favelas), por exemplo, a respeito de separação entre marido e mulher, guarda de filhos menores e pensão alimentícia *etc.*, se ele nunca vivenciou aquela realidade social que conhece apenas pelos noticiários? Se já vivenciou de alguma maneira aquela realidade, consegue projetar-se mentalmente para a posição de cada um dos litigantes e dos demais interessados. Caso contrário, dificilmente terá a capacidade empática para penetrar profundamente e interpretar, a contento, a relação social que se lhe é apresentada para uma solução o quanto mais justa e ao mesmo tempo à luz do Direito posto. Em resumo, convergem, pois, para um mesmo ponto, a Filosofia da Linguagem e a Ontologia Fundamental, qual seja, a “temática central da linguagem”, que se desdobra em duas questões fundamentais dentro da relação entre o *ser* e a *linguagem*: (i) a distinção entre o que pode ser dito e o que só pode ser mostrado (o tema afeto às limitações da linguagem); e (ii) a questão da relação entre a pré-compreensão do mundo (o mundo factual) como condição para a compreensão da linguagem (do mundo da linguagem). Quanto à primeira questão, conquanto a Filosofia de Linguagem do *Tractatus* conclua pontificando que “sobre o que não é possível falar, deve-se calar”, a própria pretensão de o *Tractatus* falar sobre o que só poderia ser mostrado constitui uma prova inequívoca da necessidade e da importância de a filosofia tentar dizer, por meio da metáfora, da analogia, da comparação, da parábola, o que só pode ser mostrado. A distinção entre “dizer” e “mostrar” é comum às duas obras, *Tractatus* e *Ser e Tempo*; como também comum às duas obras é a pretensão de descrever o que só pode ser mostrado. Quanto à segunda questão, pode-se dizer que a conclusão de que a pré-compreensão do mundo factual é condição para a compreensão do sentido do mundo ideal da linguagem, é um desdobramento particularidade da idéia mais geral segundo a qual toda compreensão pressupõe e é determinada por uma pré-compreensão. Com efeito, os signos (as palavras) referem-se, no mais das vezes, a coisas existentes no mundo factual. Compreender o sentido de uma palavra (ou de uma proposição), nesse aspecto, é saber ao que ela se refere no mundo factual. Portanto, sem a prévia compreensão, o prévio conhecimento da coisa referida (significada) pela linguagem (palavra ou proposição), não é possível compreender o seu o sentido (significado)⁷³.

1.12 SUPERAÇÃO DO DUALISMO: REALISMO E IDEALISMO (A TERCEIRA VIA)

A despeito da polêmica quanto à subdivisão e à classificação dos entes, uma coisa é certa: tudo é redutível a uma das duas regiões ônticas, a real e a ideal. São menores as questões quando a subdivisão das regiões ônticas. O mais importante é que não existem outros mundos, mas apenas duas grandes regiões ônticas, o mundo real, pré-existe, e o mundo das idéias, só existente de forma virtual e individual na mente de cada ser humano. A terceira via se apresenta não como uma superação que nega tanto idealismo como o realismo; e sim como uma superação que nega uma abordagem reducionista, seja com ênfase no real, de um lado, seja com ênfase no ideal, de outro. O que se busca quando se fala de superação do dualismo é uma abordagem simultânea segundo a qual o ideal e o real, o formal e o material, o objeto e o sujeito, estão em movimento circular de um para outro, de modo que a pré-compreensão de um determina a compreensão do outro, e assim sucessivamente, dentro do “Círculo Hermenêutico” de compreensões. Por isso, por força de um preconceito ou de uma pré-compreensão axiologicamente negativa em relação aos estudos sobre lógica, as velhas gerações deixaram de lado as lições fundamentais de lógica da linguagem, esquecendo da possibilidade de ocorrência de pseudoproblemas ontológicos em virtude de equívocos no uso da linguagem ordinária, e as novas gerações sequer tomaram conhecimento da existência ou da importância dessas lições

⁷³ Cf. Karl-Otto Apel, *Transformação da Filosofia II – O a priori da comunidade de comunicação*.

para uma crítica da linguagem, sem as quais muitas vezes somos levados a armadilhas da linguagem ordinária quando discutimos ou propomos soluções, no meio acadêmico, para problemas do conhecimento. Daí a importância de resgatarmos essas lições, a fim de dispormos de mais um útil instrumental teórico capaz de apresentar perspectivas inteiramente novas sobre os problemas da Teoria do Direito. Nesse sentido, usando do instrumental teórico elaborado pela Analítica da Linguagem e pela Analítica Existencial passaremos a uma análise crítica de alguns dos principais problemas sobre os quais tem se detido a Teoria do Direito historicamente e notadamente nos últimos anos, a fim de demonstrarmos que, segundo nos parece, não apenas há muitos equívocos em elaborações teóricas apresentadas para a solução de problemas do mundo jurídico, mas, sobretudo, há muitos equívocos na própria formulação de muitos desses problemas, em função de erros de compreensão ontológica decorrentes de equívocos no uso da linguagem. É o que passaremos a demonstrar. Ao longo da exposição que segue, retomaremos e desdobraremos, quando necessário, essas prévias considerações sobre o ser e a linguagem.

2– NATUREZA ONTOLÓGICA DA NORMA JURÍDICA

2.1 Valor jurídico: ser e dever ser (O equívoco da modernidade) 2.2 Norma enquanto ser (“O direito é!”) 2.2.1 Incidência e aplicação 2.2.2 Interpretação e aplicação 2.2.3 O ser (Ideal) e o dever ser (Real) 2.3 Valor, dever e finalidade 2.3.1 As origens das noções de categoria formal e de categoria material 2.3.2 Juízos sintético e analíticos, juízos a priori e a posteriori 2.3.3 Valor como categoria formal e valor como categoria material 2.3.4 Valor enquanto categoria metafísica e enquanto categoria empírica (Não-metafísica) 2.3.5 Os juízos sintéticos ‘a posteriori’ da ciência do direito 2.4 Valor jurídico e norma jurídica 2.4.1 Hierarquia jurídico-axiológica e hierarquia jurídico-legislativa 2.5 Juízos de realidade acerca de juízos de valor (A confusão entre a descrição de proposições valorativa e a formulação de proposições valorativas) 2.6 Direito e moral: norma jurídica e norma ética (O Erro de Kant) 2.7 A origem do conceito de princípio 2.8 Princípio e fundamento (Fundamento metafísico e fundamento não-metafísico)

2.1 VALOR JURÍDICO: SER E DEVER SER (O EQUÍVOCO DA MODERNIDADE)

Um fenômeno muito freqüentemente observado no meio jurídico acadêmico é o da corriqueira associação da idéia de princípios jurídicos à noção de valores, simultaneamente à suposição da existência dos valores apenas em um plano externo ao do sistema jurídico, isto é, nos planos da Moral ou da Metafísica. E é com base nessa visão que muitos classificam os sistemas jurídicos como sistemas do tipo “aberto”. Os princípios funcionariam, pois, como válvulas de abertura do sistema positivo para uma ordem moral exterior⁷⁴ e permitiriam a constante atualização do direito posto, além de tornar possível a persecução da justiça em cada caso concreto. Essa concepção é, por assim dizer, anti-positivista, em dois aspectos fundamentais: (i) porque aproxima o Direito e a Moral; e (ii) porque também importa na aproximação entre a Dogmática Jurídica (cujo objeto seriam, nessa perspectiva, as “normas-regra”) e a Filosofia do Direito (que estudaria os princípios jurídicos, internos ou externos ao sistema estatal), ou entre a Dogmática e a Sociologia Jurídica. Assim, essas outras disciplinas jurídicas, diversamente da Ciência do Direito, teriam as “normas-princípio” em seus respectivos campos de estudos, mesmo que por distintas perspectivas. Os “princípios jurídicos” são visto, pois, como espécies de valores morais. A Filosofia os estudariam por uma perspectiva metafísica, e a Sociologia os estudariam por um viés empírico factual. A primeira buscaria a identificação de valores morais transcendentais e imanentes, e a segunda procuraria identificar os valores no tempo e espaço, em cada sociedade, mediante consultas empíricas que revelariam as concepções de certo e errado, justo e injusto sobre temas específicos relacionados à conduta humana, de modo a revelar a moral contingente em cada cultura⁷⁵. Tal visão, entretanto, baseia-se em um equívoco primário: a ignorância acerca do conceito de valor e a sua redução às dimensões da Moral ou da Metafísica. Um equívoco sobre um pressuposto fundamento óbvio⁷⁶:

⁷⁴ Cf. Ronald Dworkin, *O Império do Direito*.

⁷⁵ Cf. Cláudio Souto e Solange Souto, *A explicação Sociológica – Uma Introdução à Sociologia*, pp.237-245.

⁷⁶ A história do pensamento jurídico, mormente nesse último século, revela que grande parte das divergências teóricas é o resultado da falta de uniformidade terminológica, caso em que as oposições são apenas aparentes ou conseqüências da falsa suposição sobre a existência de um acordo acerca dos conceitos fundamentais que constituem as premissas sobre as quais serão alicerçadas as conclusões. Daí a conveniência, para evitar maus entendidos, de uma prévia digressão sobre os supostos fundamentos óbvios. Nesse sentido é a lição do eminente tributarista Alfredo Augusto Becker: “SISTEMA DOS FUNDAMENTOS ÓBVIOS – O Direito Tributário está em desgraça e a razão deve buscar-se – não na superestrutura – mas precisamente naqueles seus fundamentos que costumam ser aceitos como demasiado ‘óbvios’ para merecerem a análise crítica. Esclarecer é explicitar as premissas. O conflito entre as teorias jurídicas do Direito Tributário tem sua principal origem naquilo que se presume conhecido porque se supõe óbvio. De modo que de premissas iguais em sua aparência (a obviedade confere uma identidade falsa às premissas) deduzem-se conclusões diferentes porque cada contendor atribuiu um diferente conceito às premissas ‘óbvias’. Esta dualidade de conclusões deixa ambos os contendores surpresos e

o conceito de valor. É certo que a Filosofia tem o “valor” como objeto de indagação, seja no plano da Ética, seja no plano da Metafísica em sentido estrito. Mas também é certo que a Filosofia indaga sobre tudo. Aliás, uma de suas principais características, no plano metodológico, é exatamente a abrangência irrestrita do seu campo de reflexão. Entretanto, o valor, como tantas outras categorias, não é algo restrito à órbita da Filosofia. O mesmo se afirma em relação à Sociologia, cujo conceito de valor, conquanto empírico, não se confunde necessariamente com o conceito jurídico positivo de valor, que, aliás, também é empírico, mas sob uma outra perspectiva. Na seqüência analisaremos o conceito de ciência empírica, no sentido amplo e restrito. Com efeito, várias das ciências empíricas têm o valor como categoria central, como é o exemplo da Economia. E para demonstrar-se uma tal afirmação é imprescindível definir-se, antes, o que é o valor.

O que é, pois, o *valor*? No campo da Filosofia, a resposta a essa indagação divide duas grandes concepções teóricas. De um lado, os que negam não só a possibilidade de uma resposta conclusiva, como também afirmam a própria impossibilidade gnosiológica da indagação. Responder a essa pergunta seria pretender reduzir o valor ao domínio do *ser*, ao plano ontológico. Seria, desde logo, pressupor que o *valor* “é” algo. Quando, na verdade, segundo entendem, o valor não “é”, mas, ao invés, o valor “vale”⁷⁷. O valor situar-se-ia num outro plano de indagação, que lhe seria próprio e exclusivo, o plano da Ética ou da Deontologia. Ou ainda, manifestar-se-ia no domínio do *dever ser*, e não no domínio do *ser*. E nesse aspecto é importante dizer que, conquanto a distinção entre os domínios de investigação da Ética e da Ontologia remonte à Grécia Antiga, a distinção entre *ser* e *dever ser*, como duas supostas categorias distintas e irreduzíveis uma a outra, teve lugar na Modernidade, a partir das ilações de Hume⁷⁸, com base nas quais Kant⁷⁹, como ele próprio afirmara, teria acordado do seu sono dogmático, ratificando o entendimento segundo o qual “entre o mundo do *ser* e o mundo do *deve ser* haveria um abismo intransponível”. E foi com base nessa filosofia kantiana que, na Modernidade, edificou-se um conceito de Ciência do Direito cujo objeto pertenceria ao domínio do *dever ser*⁸⁰, distinto, portanto, das ciências factuais cujo objeto pertenceria ao domínio do *ser*. Na verdade, trata-se de uma tentativa equivocada de redefinir, em termos modernos, o dualismo grego do *ato* e da *potência*. Ato como algo que “é”, no presente. Potência como algo que “pode vir a ser”, no futuro. Quer dizer, como *devir*, palavra que deu origem ao vocábulo “dever”. Na verdade, nas línguas latinas a palavra que representa a categoria filosófica do “dever”, nas traduções modernas de clássicos da Filosofia, não se sabe exatamente a origem nem o porquê, agregou-se o termo “ser”, tornando-se “dever ser”; diferentemente do que ocorreu em outras línguas, em que a palavra “dever”, tanto na acepção comum como na filosófica, é representada pelo mesmo termo, como é o caso da palavra alemã “solen”. Observe-se, todavia, que *devir* não significa rigorosamente o mesmo que *dever*. Esse é espécie da qual aquele é gênero. A Filosofia da Linguagem, desenvolvida no início do século XX, procedeu a uma exaustiva crítica da linguagem filosófica⁸¹, demonstrando a inexatidão das palavras, usadas muitas vezes indistintamente para referir-se a idéias ou coisa que não são exatamente as mesmas, como, por exemplo, tomando a espécie pelo gênero. De fato, *devir* é termo que evoca o que “pode vir”, relacionando-se com a idéia de mudança “contingente” em oposição à mudança “necessária”. *Dever*, a seu turno, relaciona-se à conduta moral, que igualmente se apresenta no mundo perceptível e “contingente”. O *devir*, porém, encerra idéia mais abrangente, referindo-se a tudo o que muda no mundo perceptível. Estão incluídos nessa noção, por exemplo, os seres vivos, que

perplexos (pois partiram das ‘mesmas’ premissas ‘óbvias’), sem que um possa convencer o outro da veracidade de sua respectiva conclusão.”(*Teoria Geral do Direito Tributário*, p. 10-11).

⁷⁷ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, capítulos ns. 2 e 16.

⁷⁸ Davi Hume, *op. cit.*

⁷⁹ Emmanuel Kant, *Prolegômenos a toda metafísica pura que possa apresentar-se como ciência*.

⁸⁰ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, cap. III.

⁸¹ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, prop. 4.003

envelhecem, o metal, que enferruja, a água, que evapora *etc.* Relaciona-se, assim, às categorias aristotélicas de *ato* e *potência*⁸². Esse dualismo, aliás, está na origem da própria Filosofia enquanto Ontologia, e emergiu em face da “paradigmática” discussão teórica travada entre Heráclito e Parmênides, da qual se originou a própria Ontologia Aristotélica, que, se, por um lado, inequivocamente constitui a base de toda a Filosofia Ocidental, por outro, foi muitas vezes má interpretada e objeto de diversas distorções em vários dos filósofos da Modernidade.

Na trilha desse paradigma, consoante Heráclito, seria impossível apresentar-se uma definição definitiva para qualquer dos seres (entes) do mundo, uma vez que tudo estaria em constante mutação. A única permanência seria a incessante alteração das coisas. E daí a célebre afirmação segundo a qual “seria impossível um homem tomar banho por duas vezes no mesmo rio, uma vez que no segundo banho, tanto o homem como o rio, já não seriam os mesmos”. Para Parmênides, entretanto, as mutações seriam apenas aparentes, de tal modo que seria perfeitamente possível estabelecer definições para cada um dos seres que existem no cosmos. A Ontologia foi fundada por Aristóteles a partir da teoria que propôs para conciliar essas duas concepções antagônicas. Aristóteles sugeriu que, cada uma das coisas existentes no mundo seria constituída por uma parte mutável ou contingente (acidental) e por outra parte imanente ou necessária (essencial). A definição e a classificação de cada um dos seres seria factível mediante a identificação desse âmago ou essência. E a identificação das características que individualizariam cada um dos seres, seria levada a efeito mediante o confronto com o quadro de categorias identificadas por Aristóteles como estruturas ontológicas universais. Eis, pois, a síntese da origem da Filosofia Ocidental. Não é o lugar oportuno para maiores digressões sobre a História da Filosofia. Essa síntese é apresentada apenas para evidenciar a origem do referido equívoco. Ou, noutras palavras, presta-se para identificar a origem do equivocado sincretismo dos objetos, da indevida confusão ou, mais particularmente, da “intercruzada” sobreposição das seguintes categorias duais: real e ideal, ato e potencial, acidental e essencial, contingente e necessário. Expliquemo-nos. O dualismo entre *ato* e *potência*, entre o *ser* que “é” hoje e o *ser* que pode *vir a ser* amanhã (*dever*), dualismo que se volta para verificar se o *ser* de hoje será ainda o *mesmo-ser* amanhã ou se já será um *outro-ser* (*não-ser*), quer dizer, o dualismo entre o acidental mutável e o essencial imutável opera-se apenas dentro do campo do mundo real, de um lado, ou apenas dentro campo do mundo ideal (mental), de outro lado. O que hoje “é”, no mundo real, em parte também o “será”, amanhã, no mesmo mundo real (imanente), e, em parte, já “não o será”, no mesmo mundo real (contingente). Ou, o que hoje ainda “não é”, no mundo real (contingente), amanhã poderá “ser” (poderá tornar-se, transformar-se, vir a ser), no mesmo mundo real. Porém, o que “é” apenas no mundo mental, jamais “poderá vir a ser” no mundo real. Com efeito, há um abismo intransponível entre o mundo real e o mundo ideal, entre o mundo material e o mundo imaterial (do pensamento). Os números e as palavras, por exemplo, existem apenas dentro de um mundo imaterial e imaginário. Ninguém vê, ouve ou saboreia números e palavras. No máximo, vê-se a representação gráfica ou sonora dos mesmos; ou, mais precisamente, a representação gráfica das idéias a que correspondem; ou ainda, por outro lado, vê-se a correspondente categoria da quantidade no mundo real, quer dizer, as coisas reais em quantidade, conforme a representação numérica. E é nesse aspecto que inclusive a Matemática, num sentido amplo, é ciência empírica, pois trata de objetos ideais que expressam aspectos de outros correspondentes objetos existentes no mundo real.

A Filosofia Moderna, todavia, ao tentar redefinir tais dualismos, obrou em sincretismos, o que gerou uma cadeia sucessiva de equívocos posteriores. Associou o *ato* exclusivamente ao mundo do “real” e a *potência* exclusivamente ao mundo “ideal”. Associou o *ser* ao mundo “real” e o *dever ser* ao mundo “ideal”. A consequência é que, como o real é irreduzível ao ideal, o *ser*, de conseguinte, passou a ser visto como categoria irreduzível ao *dever*

⁸² Aristóteles, *Metafísica*.

ser. Quando, na verdade, em suas origens, a Metafísica distinguia basicamente apenas dois principais objetos aos quais todos os demais entes se reduziriam: o *ser* real e o *ser* ideal. O que, aliás, é distinção anterior ao próprio Aristóteles, que remonta aos pré-socráticos, e que é nitidamente estabelecida como lugar central da Filosofia do seu predecessor Platão, que vê o mundo real como reflexo impreciso do mundo ideal.⁸³ Os entes concretos pertenceriam à ordem do real, enquanto os números, as palavras, as idéias e os “valores” (criações do mundo imaginário a partir das impressões do mundo real, conforme os realistas, ou inversamente para o idealismo platônico) pertenceriam ao mundo mental. Os valores são, pois, entes do mundo imaterial, irreduzíveis ao mundo material, ao invés de pertencerem a uma ordem própria, o suposto domínio deontológico. Os valores pertencem ao domínio ontológico dos entes ideais. O valor, portanto, “é”, e não, ao invés, “vale”. O valor é uma idéia, tal qual os números. É irreduzível ao mundo dos entes reais. Percebe-se, então, que o equívoco de Hume, ratificado por Kant, gerou o equívoco epistemológico de definir-se a Ciência do Direito como sendo distinta de todas as demais ciências, pela singularidade de seu objeto, o *dever ser*. Não seria, segundo essa perspectiva, uma ciência factual como outras ciências humanas, tais quais a Sociologia ou a História, nem seria uma ciência natural, como a Física ou a Biologia, e também não seria uma ciência ideal (do *ser* ideal) como Matemática ou a Geometria, e sim como uma ciência formal normativa. E daí o equívoco da cisão epistemológica entre a Ciência do Direito (Dogmática Jurídica), cujo objeto seria a “norma de conduta”, e as demais Ciências Jurídicas (Sociologia, História *etc.*), cujos objetos, por distintas perspectivas, seriam a “conduta normada”. Essas últimas seriam ciências factuais, orientadas pelo “princípio da causalidade contingente”, distintas, portanto, das Ciências Naturais que se orientariam pelo “princípio da causalidade necessária”; porém, todas distintas da Dogmática Jurídica, que se orientaria pelo “princípio da imputação”.

Na verdade, superando o equívoco, há, ao invés, numa primeira grande divisão, apenas duas ordens de ciências: as ciências dos objetos reais e as ciências dos objetos ideais. Das primeiras são exemplos a Física, a Química e a Biologia (caracterizadas pelo “princípio da relação de causalidade necessária” entre seus respectivos fenômenos de estudo), ou a História e a Sociologia (caracterizadas pelo “princípio da relação de causalidade provável”, ou não necessária ou contingente, dos seus objetos). Das segundas são exemplos a Matemática, a Geometria e o Direito (caracterizadas pelo “princípio da relação necessária e não causal” de seus objetos). Perceba-se que uma tal classificação respeita as dicotomias gregas entre real e ideal, ato e potencial. Assim, no plano das ciências reais, as relações são sempre de causalidade, mas nem sempre de necessidade: a ocorrência de determinado fenômeno natural *A* (aquecimento da água líquida) “causa” “necessariamente” o fenômeno natural *B* (evaporação); a ocorrência de certo fenômeno social *A* (exploração da classe operária), “causa” “provavelmente” o fenômeno social *B* (revolução armada). No plano das ciências ideais, a seu turno, as relações não são de causalidade, mas são sempre necessárias: na Matemática, a soma de dois números pares “necessariamente” resulta num outro número par; na Geometria, a divisão do perímetro de qualquer círculo por seu diâmetro “necessariamente” resulta no mesmo quociente⁸⁴, ou, em qualquer triângulo retângulo, o quadrado da hipotenusa é necessariamente igual à soma dos quadrados dos catetos⁸⁵. E, no caso da Ciência do Direito (Dogmática Jurídica), como ciência ideal, estrutura segundo uma lógica pré-estabelecida por “convenção”, tais quais as regras de um jogo, como o xadrez⁸⁶, as relações entre seus entes ideais também se caracterizam pela “necessidade”: relação de “incidência necessária ante a correspondência entre o fato e a norma”,

⁸³ Platão, *A República*, “A alegoria da caverna”, Livro VIII, diálogo entre Sócrates e Glauco.

⁸⁴ (π , ou 3,14)

⁸⁵ $\{hh = (a + b).(a + b)\}$.

⁸⁶ Karl Popper, *A Lógica da Pesquisa Científica*, secção n. 11, “Regras Metodológicas Apresentadas como Convenções”.

“revogação necessária da norma especial anterior em face de norma posterior” *etc.* E essas relações da Ciência do Direito não se confundem com as relações contingentes que operam no mundo factual da conduta humana. A norma ideal reporta-se à conduta factual, prescrevendo uma ação ou omissão real. Mas como ente ideal, a norma não tem a capacidade de estabelecer uma conduta necessária no mundo real. E isso ocorre exatamente porque há um abismo intransponível entre o mundo das coisas e o mundo das idéias. Com efeito, no plano puramente normativo (mental), o conectivo “dever ser” sempre se refere a uma relação necessária entre um antecedente e um conseqüente, entre uma conduta descrita hipoteticamente e uma conduta prescrita idealmente (dever). Ambas reportam-se ao mundo dos fatos, como, aliás, quase todas as idéias também se reportam, mas com ele não se confunde. De tal modo que, verificada a ocorrência, no mundo real, do fato idealmente descrito, necessariamente deflagra-se, também no mundo imaginário, uma relação jurídica (dever). Diz-se, por isso, que a norma incide inexoravelmente. Com efeito, etimologicamente “incidir” significa “cair sobre” ou “cair em”. Trata-se, pois, de linguagem metafórica, uma vez que a norma não cai sobre os fatos. O mundo ideal (do pensamento) é irreduzível ao mundo real (dos fatos). No mesmo sentido “imputar” é étimo de “apontar”, e significa “indicar”, “atribuir a”, mas também significa “em pensamento” (*in putare*). Numa linguagem igualmente metafórica, no mundo do “pensamento” (mundo normativo) atribui-se ou “imputa-se”, em conseqüência da incidência, um “dever” a alguém. Nasce no mundo normativo imaginário uma obrigação (*ob ligatio*), uma ligação (relação) ideal e necessária entre dois sujeitos de direito. A “relação” volta-se para o real (real ação), volta-se para o mundo factual, mas a “ligação” é ideal e tem matriz na norma imaginária. O Sujeito (real) sujeita-se (submete-se, mete-se em baixo, da norma que cai, incide, sobre ele, idealmente) aos influxos imaginários da norma ideal. Assim, sempre que se verificar no mundo dos fatos (real) a conduta descrita no mundo normativo (ideal), “necessariamente” opera-se, no mundo normativo (ideal), por força de uma “convenção lógica pré-estabelecida” (repita-se, tais quais as regras de um jogo, como o xadrez), a incidência. Incidência que faz surgir um *dever* (ideal), conquanto esse dever “não necessariamente” encontre correspondência no mundo real (da eficácia social ou cumprimento espontâneo, de um lado, ou da aplicação coativa ou cumprimento compulsório, de outro). Há, apenas, uma expectativa de que no mundo dos fatos as condutas se dêem como descritas no plano ideal. Trata-se, no sentido coloquial que se dá à palavra “ideal”, de um “ideal”, de uma meta a ser perseguida.

2.2 NORMA ENQUANTO SER (“O DIREITO É!”)

2.2.1 Incidência e aplicação

Dessa fenomenologia da incidência duas são as inevitáveis conclusões: (i) a imputação é o equivalente, no mundo ideal normativo, à causalidade do mundo físico⁸⁷; (ii) a Ciência do Direito tem por objeto um *ser* ideal e não um *dever ser*. Por isso, do ponto de vista puramente normativo (da norma de conduta), o direito “é”⁸⁸. E apenas do ponto de vista factual (da conduta normada), o direito “deve ser”. Como o real e o ideal são mundos irreduzíveis entre

⁸⁷ Cf. Lourival Vilanova, *Causalidade e Relação no Direito*: “4. Com o título de *Causalidade e relação no direito*, marcamos os limites em que se movimenta este ensaio. Não examinamos a teoria da causa nos atos jurídicos, nem a teoria da causa no direito penal. Temos em conta a causalidade como *relação-de-implicação* entre a *hipótese fáctica* e a *conseqüência jurídica*, que têm como contrapartes, na realidade, o *fato jurídico* e a *eficácia jurídica* (os efeitos). (...) A causalidade é um nexu estatuído pelas normas. Como nexu, é uma relação formal, lógica. O juízo-de-valor que orienta o estatuir, para tal fato, tais e tais efeitos, compõem a relação normativa, que é *axiológica*, *deôntica*, ademais de ser *lógica*. Sobre a causalidade natural e a causalidade normativa do direito penal tocamos no tema: a causa compõe ou não o fato jurídico ilícito, dependendo do sistema jurídico a valoração que o fato natural da causa mereça.” (p. IX)

⁸⁸ Cf. Francisco Pontes de Miranda, *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, vol. 2. Tal é também a conclusão de Pontes de Miranda. Contudo, diferentemente, esse autor não identifica a origem do equívoco ontológico-conceitual.

si, segue-se que a não observância da norma no mundo dos fatos não influi no fenômeno da incidência (ideal), do mesmo modo que a incidência não tem o condão de alterar o mundo dos fatos (da observância espontânea ou da aplicação coativa da norma). Os fatos prescritos idealmente como conseqüência imputada, tanto podem efetivamente ocorrer, como também jamais se verificarem no mundo real. Por isso, pretender vincular a incidência à aplicação, como alguns têm sustentado⁸⁹, ou seja, sustentar que apenas no momento de sua aplicação a norma incide, é o mesmo que pretender que um ente do mundo ideal salte sobre o abismo intransponível e torne-se um ente do mundo real⁹⁰. A Ciência do Direito (Dogmática Jurídica) tem por objeto ideal a “norma de conduta”, enquanto a Sociologia Jurídica tem por objeto real a “conduta normada”. Aquela é ciência ideal, tal qual a Matemática, conquanto, como demonstraremos mais à diante, não se caracterize como ciência formal (como equivocadamente muitos sustentam), uma vez que, por um lado, as palavras dos preceitos legislativos reportam-se ao mundo real imediato e direto, e, por outro, as proposições da Dogmática não se caracterizam como tautológicas, não se apresentando como os juízos analíticos *a priori* da filosofia kantiana, na medida em que traduzem ou decodificam o seu objeto, acrescentando algo ainda não conhecido, do mesmo modo que a Biologia, por exemplo, decodifica o genoma dos seres vivos. Essa última é ciência factual ou real. Aquela é ciência ideal. Ambas, entretanto, ciências materiais. Nenhuma delas, ciências formais.

2.2.2 Interpretação e aplicação

O mesmo não se dá entre a interpretação e a aplicação. É verdade que a interpretação relaciona-se, a princípio, a um ente ideal, à norma jurídica; enquanto a aplicação volta-se, a princípio, para um ente factual, o caso concreto, que, por exemplo, demanda uma solução judicial. Entretanto, restringir a interpretação ao ideal e a aplicação ao factual, é uma simplificação reducionista do que, na verdade, é muito mais complexo. Expliquemo-nos. Em primeiro lugar, não apenas as normas são objeto de interpretação, mas também os fatos a que, numa primeira visão, as normas se reportam. O operador do Direito, em um momento, volta-se para as normas, em abstrato, procurando imaginar, em seu mundo mental, a descrição factual hipotética que se lhe é apresentada. Em outro momento, volta-se para os fatos concretos que também se lhes são apresentados, procurando reconstituí-los em seu mundo mental. E ainda em um outro momento, procura verificar, pela comparação, se aqueles fatos concretos correspondem à descrição abstrata da norma. É imprescindível essa verificação, porque sem a correlação, que em linguagem técnica denomina-se “subsunção”, deve concluir, à luz das regras pré-estabelecidas na Teoria do Direito, pela “não-incidência” da norma e, de conseguinte, por sua “não-aplicação” ao caso concreto. Ou, inversamente, verificada a correlação, subsunção, deve concluir pela “incidência” e, a princípio, pela aplicação da regra ao caso concreto. A verificação de subsunção exige tanto a análise dos fatos como a análise da norma. Por isso não é possível cogitar-se de uma “aplicação” de norma ideal ao um fato real, que não seja precedida de uma “interpretação” da norma ideal e também do fato real. Não se conclua daí que um ente ideal transmutou-se em ente real. Mesmo porque a incidência é necessária, mas se opera exclusivamente no mundo imaginário do aplicador do direito, e a aplicação é contingente, pode ser, como pode não ser, levada a efeito. A aplicação de uma norma criminal não pode ser levada a efeito se, por exemplo, não obstante o julgamento do caso concreto apresentado ao Judiciário pelo Ministério Público, o criminoso evadir-se do cumprimento da sentença. Não será aplicada se o Estado não tomar conhecimento do fato criminoso ou de sua autoria. Poderá também não

⁸⁹ Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário - fundamentos jurídicos da incidência*.

⁹⁰ É difícil não evocar a ficção para ilustrar esse absurdo ontológico kafkiano. Assim, por exemplo, no cinema, o clássico *Rosa Púrpura do Cairo*, do Diretor Woody Wallen, narra a curiosa história da personagem de um filme, que, enfadada com a eterna repetição nietzscheana do mesmo enredo, decide sair da realidade virtual da película, saltando para o mundo real, dando início a uma relação amorosa com um assíduo e fiel espectador solitário. (*The Purple Rose of Cairo*, 1985, EUA, Direção Woody Allen).

ser aplicada se o aplicador concluir que, não obstante a incidência e a validade da norma em abstrato, da aplicação da norma no caso concreto resultem violados princípios jurídicos, como demonstraremos mais à diante. A conclusão inexorável é a de que “não há a aplicação sem a interpretação”. “É impossível conceber-se a aplicação sem interpretação”. A recíproca também seria verdadeira? Seria possível cogitar-se de interpretar sem aplicação? Ou, ainda, seria possível cogitar-se de interpretação em abstrato? De uma interpretação da norma abstrata sem qualquer referência a um caso concreto específico? Essa é uma questão fundamental que tem sido objeto de muitos equívocos na Teoria do Direito, e também de algumas abordagens que se não são essencialmente erradas, são certamente incompletas, por não tratarem do problema em sua inteireza ao desprezarem o questionamento de determinadas premissas pressupostamente óbvias. É o que analisaremos mais à diante ao tratarmos mais detalhadamente da temática da interpretação da norma.

2.2.3 O ser (ideal) e o dever ser (real)

Portanto, retomando a digressão anterior, repita-se, não é, pois, o mundo do *dever ser* que é irreduzível ao mundo do *ser*, mas o “mundo ideal” que é irreduzível ao “mundo real”. A confusão a esse respeito, estabelecida a partir da Modernidade, e a consagração do conectivo “dever ser”, usado indistintamente para se referir a duas correlações distintas, ou seja, tanto à correlação entre um ente ideal (antecedente da norma) e outro ente ideal (conseqüente da norma), de um lado, como à correlação entre um ente ideal (conseqüente da norma) e ente real (cumprimento espontâneo da norma – eficácia - ou cumprimento coativo - aplicação), deu origem a conclusões equivocadas na Teoria do Direito. E de premissas falsas extraem-se conclusões também falsas. Por isso, seria melhor utilizar o conectivo “dever ser” apenas para referir-se a essa última relação contingente, e usar o conectivo “ser” para a primeira relação necessária. Por exemplo, no plano puramente normativo (ideal), se ocorrer o fato *A* (aquisição de renda), “será” (necessariamente) a conseqüência *B* (dever ideal de pagar o imposto); ou, no plano factual, se ocorrer o fato *A* (aquisição de renda), “deve ser” (contingentemente) a conseqüência factual *B* (dever real de pagar o imposto).

2.3 VALOR, DEVER E FINALIDADE

Após o esclarecimento dos referidos equívocos da Filosofia Moderna, podemos retomar a questão do valor, desde já admitindo a possibilidade da pergunta: o que “é” o valor? E, usando dos recursos da Ontologia Clássica, podemos procurar definir o valor a partir da identificação de características essenciais que lhes são próprias. Assim sendo, o valor é, antes de mais nada, um “ente ideal”. Ninguém vê, cheira, toca ou degusta o valor. Pertence ele ao mundo imaginário. Nesse sentido, Nietzsche afirmava que as coisas não têm um valor intrínseco. Nós atribuímos valor às coisas⁹¹. O valor é uma criação da mente humana. Expressa aquilo que é desejado, buscado, perseguido pelo homem. É aquilo ao que o homem atribui “importância”. Aquilo que o homem reputa “importante”, aquilo com o qual ele se “importa”. “Importar” é “portar” (conduzir) “para dentro”. O homem introduz valor nas coisas. Diz-se, pois, que uma coisa é mais valiosa do que outra quando é havida como mais importante no contexto da vida humana. Daí se infere que a idéia de valor também está associada à de hierarquia. Com efeito, é fácil perceber que o “valor” apresenta-se também como uma categoria relacionada a uma “finalidade”, ou como uma categoria relacionada às categorias do ato (*ser*) e da potência (*dever* e *dever*). Algo que se busca alcançar. Um “estado de coisas a ser promovido⁹²”, se inexistente em

⁹¹ Cf. Friedrich Nietzsche, *Genealogia da Moral*.

⁹² Cf. *Tractatus, proposição 2.01*. A expressão “caso” ou “estado de coisas” é usada por Wittgenstein, em seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, para referir-se aos “fatos”. Ele diferencia o “mundo real” (das coisas estáticas) e o “mundo dos fatos” (das ligações ou relações entre objetos – fenômenos – ou das relações entre pessoas). Enfim,

sua plenitude, ou “a ser preservado”, se já existente em sua plenitude. Algo que ainda não é em sentido pleno, mas que “deve ser” perseguido, ou algo que se já “é”, plenamente, “deve ser” mantido. Assim, por exemplo, a “beleza”, como um valor, quando já existente, “deve ser” preservada, e, quando ainda não alcançada em sua plenitude, “deve ser” promovida. Ou, a igualdade, enquanto valor, se já socialmente alcançada, “deve ser” mantida, e se ainda não concretizada, “deve ser” promovida. Nesse sentido, uma das características do valor enquanto categoria ontológica é a sua “bipolaridade”, pois, um valor positivo, algo que é desejado, sempre tem o seu correspondente negativo, algo que é indesejado. O bom e o mau, o belo e o feio, o justo e o injusto *etc.* A “preferibilidade” é, pois, outra característica relacionada à hierarquia de uns sobre outros valores. E posto isso, mais nitidamente se percebe em que sentido há correspondência entre as três referidas expressões: “valor”, “dever ser” e “finalidade”. A questão do valor não é, entretanto, completamente esclarecida, sobretudo como categoria operacional da Ciência do Direito, sem que sejam feitas as imprescindíveis distinções entre o valor, como categoria formal, e o valor, como categoria material, numa primeira perspectiva; bem como sem que sejam feitas as distinções entre o valor, enquanto categoria ideal, metafísica ou transcendental (imanente), e o valor enquanto categoria ideal, não-metafísica (contingente), noutra perspectiva.

Após as considerações apresentadas, podemos, então, afirmar sem o risco de não sermos compreendidos, que o valor se insere dentro da categoria do que não pode ser dito por palavras, mas apenas mostrado. E, assim sendo, essas precedentes considerações sobre o valor consubstanciam, pois, tentativas de dizer, indiretamente, o que não pode ser dito, e se apresentam tal qual a escada a que faz alusão Wittgenstein⁹³. O valor, então, como ente ideal, não é uma coisa ou objeto mental, reconstruído idealmente por síntese fenomenológica e ao qual corresponde um objeto real. É uma “forma ideal”, uma “maneira” mediante a qual “a mente vê as coisas ou fatos” do mundo real. Quando dizemos que o valor é a importância que atribuímos às coisas, o que desejamos, o que perseguimos, não conseguimos ainda dizer o que é o valor. Mas apenas procuramos “mostrar” que o valor é uma relação entre a coisa e a forma de vê-la. Com efeito, quando dizemos que valor é a importância que atribuímos às coisas, estamos apenas dizendo que o valor é o valor, pois a palavra “importância” é “usada” como sinônimo de valor. Não posso dizer o que é o valor, não porque ele não pertença ao domínio do ser (no caso, precisamente ao domínio do ser ideal) e sim porque o valor é uma daquelas categorias elementares que não podem ser descritas; porém, ao contrário, se apresenta como um parâmetro que permite a descrição de coisas que podem ser objeto de descrição. Só podemos “mostrar” o valor. Devido às limitações da linguagem não podemos “descrever” o valor. O fato, pois, de não ser possível dizer o que é o valor, não faz com que ele pertença a um mundo cognitivo diverso do mundo ontológico, fora das regiões ônticas, integrante de um suposto domínio “deontológico”. Não. Se quiser, é até possível falar-se em domínio deontológico, desde que se entenda, como tal, um mundo que faz parte do domínio do ser, um mundo que é uma subdivisão do domínio do ser, uma subdivisão de uma das regiões ônticas, a região ôntica do ser ideal. Dizemos o que é o valor mediante o recurso da metáfora, da analógica, da comparação. O valor “é”. O valor “é” uma forma de percepção das coisas.

fato é tudo que acontece ou ocorre no mundo real. A expressão também é usada por Humberto Ávila, em sua *TEORIA DOS PRINCÍPIOS, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Esse último autor usa a expressão “estado de coisas a ser promovido” reiteradamente e com muita propriedade para definir os princípios como categorias jurídicas específicas cuja função opera estreitamente com a da norma-regra. As normas-regra são aplicadas em vista da promoção de estados de coisas previstos na legislação na forma de princípios. Os princípios são, pois, na sua concepção, fins previstos pelo legislador, alcançados mediante a aplicação das normas-regra.

⁹³ “Minhas proposições elucidam dessa maneira: quem me entende acaba por reconhecê-las como absurdas, após ter escalado através delas – por elas – para além delas. (Deve-se, por assim dizer, jogar fora a escada após ter subido por ela). Deve-se ultrapassar as proposições, e então verá o mundo corretamente” (Wittgenstein, *Tractatus Logico Philosophicus*, prop. 6.54)

2.3.1 As origens das noções de categoria formal e de categoria material

A seu turno, ainda a título de esclarecimento de certas premissas, a palavra “forma” (μορφή, εἶδος), na Grécia Antiga, originariamente, era usada como sinônimo de “idéia” ou de “ideal”; e nesse sentido era empregada por Platão para referir-se aos entes ideais, aos entes que habitavam no mundo das idéias ou das essências, dos quais os entes “reais”, existentes no mundo concreto, seriam, para ele, meras cópias imperfeitas. No idealismo platônico apenas os entes do mundo ideal seriam “verdadeiros”, genuínos. Os entes do mundo real seriam falsos ou cópias imperfeitas daqueles. Há nessa concepção uma completa inversão em relação aquilo que é percebido pelo senso comum, na medida em que o único mundo real seria o mundo ideal, e o mundo real seria apenas uma ilusão dos sentidos. Em Platão a “verdade” ou o “verdadeiro” é entendido como “um ente ou uma coisa em si mesma” (ideal), e não, como em Aristóteles, como a “correspondência” entre o que se diz sobre a coisa e o que, de fato, a coisa é. São, aliás, duas concepções distintas sobre a “verdade”. E essa última concepção, a verdade como correspondência, predominou ao longo da história da filosofia. A outra, foi resgatada no início do século XX, pela Ontologia Fundamental de Heidegger, que via a verdade como um “desvelamento da coisa”⁹⁴. No caso da Teoria do Direito, o que é importante ressaltar, em meio a essas considerações, é que houve uma completa inversão de sentido na palavra “formal”. O formal, que era o “verdadeiro”, passou a ser entendido como o “falso”. E mais ainda: o “formal”, nesse último sentido, como sinônimo de “falso”, ou de “não verdadeiro”, passou a ser visto, dentro da concepção de verdade como correspondência, como o que não corresponde ao que, de fato, realmente é. Resultando, pois, numa salada de frutas de significados lingüísticos, que mistura as acepções platônicas com as aristotélicas acerca das palavras: formal, real, verdadeiro e falso. Do mesmo modo, também é mais fácil perceber a origem da noção de “pureza formal” ou “pureza das formas”. As formas são as idéias. Só as idéias seriam puras. Puro no sentido de “formado por um só elemento” (apenas por elementos ideais, no caso) ou por elementos iguais ou da mesma espécie. Por exemplo, quando se diz que “a água é cem por cento pura”, pretende-se dizer que ela não está misturada a outros elementos da natureza, mas é apenas pura água. A confusão entre o gênero das formas (idéias) e a espécie dos “números” ou das “figuras geométricas” é mais um exemplo de equívoco lingüístico em que a espécie é tomada pelo gênero, distorcendo-se, ou, no caso, restringindo-se, a abrangência do significado lingüístico da palavra “forma”, e, particularmente, da palavra deriva, “formal”. “Formal” passou a ser usado como sinônimo de “sem conteúdo” ou do que “não acrescenta novo conteúdo ou nova ‘matéria’”, e a palavra “material”, derivação de ‘matéria’ enquanto ‘conteúdo’, passou a ser usada como relativo ao que tem “conteúdo”. Em resumo, a palavra “formal” passou a ser usada para referir-se ao “juízo analítico” (aquele que não acrescenta novo conteúdo além do já sabido), e a palavra “material” passou a ser usada para referir-se ao “juízo sintético” (aquele que acrescenta conteúdo novo ao já sabido).

2.3.2 Juízos sintético e analíticos, juízos a priori e a posteriori

A título de esclarecimento, em sua “Crítica da Razão Pura” Kant distingue os juízos sintéticos e os juízos analíticos. Analíticos seriam, pois, aqueles em que o predicado não acrescenta nada, não sendo mais do que uma explicitação do conteúdo do sujeito. Por exemplo: o triângulo é uma figura de três lados. Sintéticos seriam aqueles cujos predicados acrescentam algo ao sujeito, isto é, dizem algo de novo a respeito de que ou de quem se fala. Por exemplo: Sócrates é filósofo.⁹⁵ De fato, de um modo geral as proposições das ciências formais, como a

⁹⁴ Heidegger, *Ser e Tempo*, § 44.

⁹⁵ Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura*, Introdução, item IV. Vejam-se as palavras desse filósofo do conhecimento: “*Da distinção entre juízos analíticos e sintéticos*. Em todos os juízos em que for pensada a relação

matemática ou a geometria, têm a natureza de juízos analíticos, enquanto as proposições das ciências empíricas ou materiais possuem a natureza de juízos sintéticos. Kant tentou demonstrar a suposta existência de uma terceira categoria de juízos, os “juízos sintéticos *a priori*”, quer dizer, os juízos cujos predicados acrescentariam algo ao sujeito, sem que essa informação acrescida fosse colhida da experiência empírica. Mas essa é uma outra história.

2.3.3 Valor como categoria formal e valor como categoria material

Com efeito, a beleza, a igualdade, a liberdade, a justiça são idéias a que o homem procura dar concreção na vida real. Numa palavra, são valores. Mas só é possível procurar aquilo que já é conhecido. Toda busca pressupõe o conhecimento, ao menos em linhas gerais, do que é procurado. O que são, então, o belo, o igual e o justo? A delimitação do que é belo, do que é igual e do que é justo só é factível mediante a identificação de parâmetros ou critérios. E é nesse sentido que se opera a distinção entre os valores, quer dizer, entre cada um dos valores, enquanto categoria formal e enquanto categoria material. A palavra beleza, por exemplo, evoca genericamente um valor estético. Nesse sentido, trata-se de uma categoria meramente formal. Mas o que é o belo? O que é, por exemplo, uma mulher bela? Decerto, os parâmetros que norteavam o conceito de beleza feminina na Grécia Antiga não são os mesmos parâmetros que norteavam o conceito de beleza humana na Alemanha nazista ou os que norteiam o conceito de beleza humana hoje no Brasil. Como categoria formal, a beleza humana é uma idéia vaga ou preponderantemente abstrata, o que equivale a dizer que é uma idéia que não encontra uma correspondência mais imediata e mais específica no mundo real, ou não é suscetível de uma verificação empírica no mundo factual. Como categoria material, todavia, é uma idéia que se reporta imediatamente ao mundo real, referindo-se a características humanas (parâmetros ou critérios) passíveis de verificação empírica no mundo concreto. Trata-se da velha correspondência entre os mundos ideal e real. O mesmo raciocínio aplica-se a todos os valores. No mundo ideal das normas jurídicas, a igualdade, a liberdade ou a democracia, por exemplo, são valores formais, cujos contornos materiais são definidos a partir de parâmetros fornecidos pelo próprio sistema jurídico. E sendo assim, o conceito de igualdade, à luz de critérios informados por um determinado sistema jurídico, pode destoar fortemente do conceito de igualdade à luz dos parâmetros estabelecidos em outro sistema normativo. No Brasil, a raça é critério expressamente excluído pelo sistema jurídico para a delimitação, como categoria material, do valor da igualdade entre os seres humanos. Na Grécia Antiga, por outro lado, a igualdade era informada pelos critérios do sexo, da raça e da idade. E nesse contexto, deixa de ser vazia de significado a famosa afirmação da antológica personagem de George Orwell, o porco Napoleão, na *Revolução dos Bichos*⁹⁶: “alguns são mais iguais do que outros”. O conceito de democracia, no mesmo sentido, como valor a ser preservado e constantemente promovido,

de um sujeito com o predicado (se considerado apenas os juízos afirmativos, pois a aplicação aos negativos é posteriormente fácil), essa relação é possível de dois modos. Ou o predicado B pertence ao sujeito A como algo contido (ocultamente) nesse conceito A, ou B jaz completamente fora do conceito de A, embora esteja em conexão com o mesmo. No primeiro caso denomino juízo *analítico*, no outro *sintético*. Juízos analíticos (os afirmativos) são, portanto, aqueles em que a conexão do predicado com o sujeito for pensada por identidade; aqueles, porém, em que essa conexão for pensada sem identidade, devem denominar-se juízos sintéticos. Os primeiros poderiam também denominar-se *juízos de elucidação* e os outros *juízos de ampliação*. Com efeito, por meio do predicado aqueles nada acrescentam ao conceito de sujeito, mas somente o dividem por desmembramento em seus conceitos parciais que já eram (embora confusamente) pensados nele, enquanto os últimos ao contrário acrescentam ao conceito de sujeito um predicado que de modo algum era pensado nele nem poderia ter sido extraído dele por desmembramento algum. Se por exemplo digo: todos os corpos são extensos, então este é um juízo analítico. De fato, não preciso ir além do conceito que ligo ao corpo para encontrar a extensão enquanto conexa com tal conceito, mas apenas desmembrar aquele conceito, quer dizer, tornar-se apenas consciente do múltiplo que sempre penso nele, para encontrar aí esse predicado; é, pois, um juízo analítico. Do contrário, quando digo: todos os corpos são pesados, então o predicado é algo bem diverso daquilo que penso no mero conceito de um corpo em geral. O acréscimo de um tal predicado fornece, portanto, um juízo sintético.”

⁹⁶ George Orwell, *Revolução dos Bichos*.

nos sistemas jurídicos que o consagram, deve ser delimitado à luz de parâmetros fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico. E assim sendo, o conceito de democracia, segundo a Constituição dos Estados Unidos da América, é bem distinto do conceito de democracia à luz das pretéritas Constituições dos Estados do leste europeu quando ainda consagravam o modo de produção eufemisticamente chamado de socialismo. Assim, antigas denominações que poderiam parecer demagógicas ou paradoxais para uma concepção liberal de democracia, tal como as designações “República Democrática da Alemanha” ou “Democracia Leninista”, apresentavam-se como coerentes consoante a concepção de democracia centrada, não na idéia de “liberdade”, mas na de “igualdade”, dentro dos parâmetros daqueles ordenamentos jurídicos.

2.3.4 Valor enquanto categoria metafísica e enquanto categoria empírica (não-metafísica)

A identificação do conteúdo que preenche o valor enquanto categoria formal, isto é, a delimitação dos parâmetros para a definição de cada um dos numerosos valores (liberdade, igualdade, democracia, justiça *etc.*), pode ser levada a efeito sob duas perspectivas distintas: sob uma perspectiva metafísica em sentido estrito e sob uma perspectiva empírica. Metafísica não significa, entretanto, não-físico, não-concreto, não-real, ou meramente ideal. Mas, apenas, não-empírico. Metafísico reporta-se às idéias que não encontram imediata e direta correspondência com coisas ou fatos do mundo empírico. Às idéias que não são suscetíveis de verificação empírica. Ou, num sentido mais rigoroso, às idéias puramente abstratas, ou que não guardam qualquer correlação, ainda que mediata ou indireta, com o mundo real. Equivalentes, no sentido kantiano, aos supostos juízos sintéticos *a priori*. Em sentido contrário, não-metafísico não significa necessariamente físico ou concreto, porém, refere-se também aos objetos do mundo ideal que encontram correspondência imediata ou direta em objetos do mundo real. E não poderia ser diferente, pois o que são, por exemplo, as ciências da natureza, que para muitos são paradigmas por excelência para as demais ciências, senão descrições e explicações conjecturais ideais sobre fenômenos do mundo real, e, como tais, consubstanciam sistemas de “idéias” que se referem imediatamente ao mundo concreto – sistemas reais. Nesse sentido, mesmo a Matemática e a Geometria⁹⁷, cujos objetos pertencem ao mundo ideal, são ciências empíricas no sentido amplo, pois conquanto os números e as formas geométricas pertençam ao mundo ideal, isto é, não existam senão no mundo imaginário, são idéias que encontram representação em objetos existentes no mundo real⁹⁸. O número cinco, por exemplo, é uma idéia que encontra

⁹⁷ A própria palavra “geometria”, “medição da terra”, denuncia a sua origem empírica, “(...) os objetos tratados pela geometria não me pareciam diferentes dos objetos da percepção sensorial ‘que podem ser tocados’. Esse conceito primário, que provavelmente está no fundo da conhecida crítica de Kant sobre a possibilidade de ‘juízos sintéticos *a priori*, repousa obviamente no fato de que a relação dos conceitos geométricos com os objetos da experiência (barra rígida, intervalo finito *etc.*) exista no inconsciente. Assim, se aparentemente é possível chegar-se a um conhecimento dos objetos da experiência por meio do pensamento puro, essa ‘estranheza’ tinha como base o erro. Contudo, para quem a experimenta pela primeira vez, parece maravilhoso o homem ser capaz de alcançar tal grau de certeza e de pureza de pensamento, como nos demonstraram os gregos com a sua geometria.”(Albert Einstein, *Notas Autobiográficas*, p. 20).

⁹⁸ A Filosofia da Matemática e da Geometria, de Wittgenstein, parece concordar com essa nossa visão, de que a Matemática, conquanto formal, teve origem em problemas empíricos e seus enunciados, se por um lado podem ser construídos independentemente do mundo factual, podem também encontrar uma base empírica de estabilidade no mundo das coisas reais que são expressas quantitativamente ou geometricamente. Nesse sentido: “Cerca da metade dos livros de Wittgenstein entre 1929 e 1944 tematizaram a filosofia da matemática (os mais importantes deles estão reunidos em *Remarks on the Foundations of Mathematics*), e, pouco antes de abandonar o assunto, ele declarou que sua “maior contribuição” fora para a filosofia da matemática. (...). A concepção que Wittgenstein tem da matemática é tão original quanto o resto de seu trabalho, sendo mesmo mais polêmica. A matemática é vista ali não como um corpo de verdades sobre entidades abstratas, mas como parte das práticas humanas. Wittgenstein rejeita igualmente o logicismo, o formalismo e o intuicionismo, afirmando que o próprio projeto de fornecer fundamentos para a matemática, juntamente com o medo de contradições ocultas que o estimula, é mal direcionado. O *Tractatus* já havia indicado que, embora as equações matemáticas pareçam descrever relações entre entidades abstratas, *au fond*, elas são regras para a transformação de proposições empíricas. A partir de 1929, Wittgenstein

correspondência quantitativa nos dedos das mãos. As Pirâmides do Egito são os correspondentes, no mundo real, do triângulo como forma geométrica pertencente ao mundo imaginário. E se não existisse uma tal correspondência, a própria Física não seria possível como ciência. É exatamente a correspondência da Matemática e da Geometria com o mundo físico que torna a Física, enquanto ciência, possível. É importante reiterar que o real e o ideal apenas podem guardar correlação um como o outro, mas não se confundem entre si, já que são separados pelo abismo intransponível. Essa distinção entre empírico e não-empírico assume especial relevância no que se refere à Ciência do Direito, na medida em que o seu objeto pertence ao mundo ideal, mas que nem por isso deixa de apresentar-se como empírico, isto é, suscetível de verificação no mundo factual. Com efeito, do mesmo modo que os números e as formas geométricas podem reportar-se a coisas do mundo concreto, as palavras, como unidades significativas dos preceitos legislativos, conquanto sejam ontologicamente entes ideais, podem referir-se, a princípio, a coisas que existem ou eventos suscetíveis de ocorrer no mundo factual, sendo, pois, nesse sentido, a Ciência do Direito uma ciência empírica⁹⁹. Mas aquelas, a Matemática e a Geometria, são ciências formais, porque as suas proposições encerram juízos meramente analíticos, enquanto essa, a Ciência do Direito, é ciência material, porque as suas proposições se apresentam como juízos sintéticos *a posteriori*.

Assim sendo, num primeiro sentido, ou num sentido amplo, chama-se de metafísica a idéia que apenas mediatamente encontra correspondente no mundo real. É e nesse âmbito que se situa a crítica que a Filosofia Analítica, notadamente em Wittgenstein, faz às ilações da Metafísica, reputando-as como sem sentido ou acusando-as de ambigüidade. Num segundo sentido, um sentido restrito, Metafísica, como mencionado, refere-se apenas aos supostos juízos sintéticos *a priori*; questão que se insere na velha dicotomia entre empirismo e racionalismo, temática que, como quase todas as discussões teóricas, remonta à Grécia Antiga, e que, em linhas gerais, é uma versão moderna do antigo dualismo entre o real e o ideal, retomada no início da Modernidade por Descarte, discutida por Locke, Bacon, Berkeley e Hume, e que teve seu ápice em Kant, com a sua *Crítica da Razão Pura*. Conquanto aqui não seja o lugar para reflexões mais detalhadas sobre essa temática, que, a rigor, envolve informações que deveriam fazer parte da cultura geral do homem mediano, mas como muitas vezes sequer constitui uma realidade no meio acadêmico, entendemos por oportuno apresentá-las, em linhas gerais, a fim de elidir eventuais equívocos decorrentes de premissas havidas como pressupostos óbvios. Assim, à luz dessas considerações, a Metafísica procuraria estabelecer definições transcendentais e imanentes para cada um dos valores humanos (a beleza, a liberdade, a igualdade, a democracia, a justiça *etc.*), a partir de considerações puramente abstratas, num sentido estrito, ou apenas mediatamente referidas ao mundo real, num sentido amplo. A seu turno, o valor como categoria material não-transcendental e contingente, também é objeto tanto das ciências humanas factuais, como a Sociologia e a Economia, como da Ciência do Direito. Com efeito, a Sociologia é capaz de aferir com razoável margem de acerto, mediante pesquisa empírica de consulta, quais os parâmetros, por exemplo, que informam o conceito de beleza feminina em um dado momento histórico e para uma determinada sociedade. Para a Economia o valor econômico é categoria central, aferível, caso a caso, mediante a observação do mercado consumidor, em função da

desenvolveu essa sugestão, chegando a solução radical para o problema kantiano referente à possibilidade de as proposições matemáticas aplicarem-se à realidade empírica, apesar de serem *a priori*. A explicação é que elas não descrevem uma realidade supra-empírica, como quer o platonismo, expressando antes regras para a transformação de proposições sobre a realidade empírica. A aritmética é um sistema de regras para a transformação de proposições empíricas que versam sobre quantidades e grandezas. As proposições da geometria não constituem descrições de propriedades do espaço, mas sim regras para a descrição das formas dos objetos empíricos e de suas relações espaciais” (Hans-Johann Glock, *Dicionário Wittgenstein*, p.33.).

⁹⁹ Cf. Fernando Pavan Baptista, *O Trattatus e a Teoria Pura do Direito – Uma análise semiótica comparativa entre o Círculo e a Escola de Viena*. O autor apresenta, em sentido semelhante, mas não idêntico, uma distinção entre ciência empírica no sentido estrito e ciência empírica no sentido amplo. No mesmo sentido, José Souto Maior Borges classifica a Ciência do Direito como empírica em sua obra *Ciência Feliz*.

relação entre a oferta e a procura de bens determinados. O que é o preço senão um critério quantitativo de aferição do valor econômico de bens materiais ou serviços oferecidos no mercado. Mesmo bens que integram o chamado patrimônio moral, que, a princípio, não são passíveis de uma avaliação econômica imediata, hoje já são objeto de quantificação econômica indireta para fins de indenização por danos morais.

2.3.5 Os juízos sintéticos a posteriori da ciência do direito

Depois de resgatado o significado originário da palavra “formal”, é possível perceber com mais clareza o equívoco cometido pelos que se referem ao Direito Estatal como sendo “formal” e a Ciência do Direito, no paradigma positivista, como “formalista”. De fato, a Ciência do Direito (Dogmática Jurídica) tem por objeto ideal a “norma de conduta”, enquanto a Sociologia Jurídica tem por objeto real a “conduta normada”. Aquela é ciência ideal, tal qual a Matemática; porém, não se caracteriza como ciência formal como a Matemática, uma vez que, por um lado, as palavras dos preceitos legislativos reportam-se ao mundo factual imediato e direto, e, por outro, as proposições da Dogmática não se caracterizam como tautológicas, não se apresentando como os juízos analíticos *a priori* da filosofia kantiana, na medida em que, como já afirmamos, traduzem ou decodificam o seu objeto, acrescentando algo ainda não conhecido, do mesmo modo que a Biologia, por exemplo, decodifica o genoma dos seres vivos. Essa última é ciência factual ou real. Aquela é ciência ideal. Ambas, entretanto, ciências materiais. Nenhuma delas, ciências formais. A descrição do ordenamento jurídico estatal, portanto, nada tem de tautológica. A linguagem descritiva da Ciência do Direito, no sentido kelseniano, não se resume a uma mera repetição, por outras palavras, do texto legal. A hermenêutica jurídica decodifica o sentido e alcance da norma, do mesmo modo que o biólogo decodifica a estrutura do *DNA*, ou o físico a estrutura fundamental da matéria. Com o que se conclui que as proposições da Ciência do Direito perfazem-se em juízos sintéticos *a posteriori* (não formais), não configurando meros juízos analíticos (formais), pois acrescentam uma nova informação, extraem algo do texto legal, dando um novo conhecimento ao arcabouço doutrinário. Com efeito, do mesmo modo que os números e as formas geométricas podem se reportar a coisas do mundo concreto, as palavras, como unidades significativas dos preceitos legislativos, conquanto sejam ontologicamente entes ideais, referem-se, a princípio, a coisas que existem ou eventos que ocorrem no mundo factual, sendo, pois, nesse sentido, a Ciência do Direito uma ciência empírica¹⁰⁰. Comparando-se o sistema normativo estatal com o sistema de fenômenos físicos, ou com o sistema de fenômenos biológicos, por exemplo, verifica-se que o trabalho realizado pelo hermenêuta equivale ao desenvolvido pelos cientistas da natureza, vale dizer, o jurista decodifica o sentido subjacente ao texto legal, do mesmo modo que o físico decodifica o funcionamento da natureza.

2.4 VALOR JURÍDICO E NORMA JURÍDICA

O valor, não é essencialmente diferente no âmbito da Dogmática Jurídica. Só é objeto de normatização aquilo a que o Legislador, por uma decisão política, atribuiu importância ou relevância jurídica, isto é, as situações, as relações, os bens materiais e imateriais, econômicos ou morais, que julgou merecedor de tutela jurídica, quer dizer, merecedor de “preservação” ou de “promoção” pelo aparato estatal. Confirma-se assim a concepção de valor, no sentido nietzschiano, ou igualmente no sentido wittgensteiniano, como a noção de que as coisas não possuem um valor intrínseco, mas é o homem quem lhes atribui um valor extrínseco. Com o que se torna mais fácil perceber a relação ontológica entre norma jurídica e valor. Só faz sentido normatizar aquilo a que a sociedade atribui valor. E normatizar é, em última análise, atribuir um valor jurídico àquilo que a sociedade anteriormente já atribuía um valor não-jurídico. “Normatizar é, pois, valorar juridicamente”. E não é crível cogitar-se de uma norma

¹⁰⁰ Cf. Fernando Pavan Baptista, *op. cit.*

jurídica que não se volte, ainda que indiretamente, para a tutela (preservação ou promoção) de um valor. Com efeito, os conflitos de interesses a que o Direito visa regulamentar e dirimir, são, antes de tudo, conflitos que envolvem valores das mais variadas espécies. Assim, por exemplo, a “liberdade” é um valor fundamental objeto de tutela jurídica por meio do *habeas corpus*. A “vida” é um valor fundamental protegido pelas normas jurídicas que estabelecem, por exemplo, a obrigação estatal de prestação de serviço público de medicina, e também protegido pelas normas que cominam elevada sanção penal àqueles que contra a vida atentarem. As “relações de família” são objeto de valoração social e daí porque também são valoradas pelo ordenamento jurídico e tuteladas das mais variadas maneiras. Aos bens que integram o “meio ambiente natural” o direito empresta valor jurídico. O mesmo para os mais variados valores sociais aos quais o direito posto atribui natureza jurídica, de modo a convolar os valores meramente sociais em valores estritamente jurídicos.

2.4.1 Hierarquia jurídico-axiológica e hierarquia jurídico-legislativa

De certo modo, dado a natureza bipolar dos valores, é possível identificar alguns parâmetros, no próprio ordenamento jurídico, para estabelecer uma hierarquização, como, por exemplo, a partir do aspecto quantitativo, das sanções penais. Assim, a conduta que atenta contra o valor da vida humana é penalizada com a restrição do direito à liberdade do infrator, numa extensão temporal muito maior do que a pena privativa de liberdade aplicada em face da conduta de quem atenta contra um valor patrimonial. A vida possui, desse modo, um valor jurídico maior do que o valor jurídico atribuído ao patrimônio; havendo, pois, em abstrato, a despeito da inexistência de uma relação de hierarquia legal¹⁰¹, uma hierarquia jurídico-axiológica entre esses dois valores jurídicos, a vida e o patrimônio. É claro que, em concreto, podem exsurgir circunstâncias que funcionem como fortíssimo atenuante num dado crime contra a vida e outras que atuem como fortíssimo agravante num certo crime contra o patrimônio, de tal modo que a pena a ser aplicada a esse seja maior do que a pena a ser aplicada àquele, invertendo-se em concreto uma hierarquia que existe em abstrato. E é nesse ponto que a interpretação e a aplicação da norma jurídica mais se interpenetram uma à outra. Contudo, do ponto de vista estritamente legislativo inexistente qualquer relação de hierarquia entre a norma penal que dispõe sobre o crime contra a vida e a norma penal que dispõe sobre o crime contra o patrimônio. Ambas são extraídas do mesmo veículo legislativo, o Código Penal. Tal distinção entre hierarquia jurídico-axiológica e hierarquia jurídico-legislativa assume particular importância na solução dos problemas jurídicos caracterizados pelas colisões entre princípios.

2.5 JUÍZOS DE REALIDADE ACERCA DE JUÍZOS DE VALOR (A CONFUSÃO ENTRE A DESCRIÇÃO DE PROPOSIÇÕES VALORATIVAS E A FORMULAÇÃO DE PROPOSIÇÕES VALORATIVAS)

A Ontologia estabelece uma diferença fundamental entre “juízo de valor” e “juízo de realidade”, com base na qual a própria filosofia é por convenção dividida em três grandes segmentos, e com base na qual a filosofia da ciência estabelece uma distinção entre as proposições científicas e as proposições não-científicas. As três críticas kantianas constituem conjuntamente uma tentativa de estabelecer um grande sistema filosófico capazes de deslindar

¹⁰¹ Cf. José Souto Maior Borges, “Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais”, *Revista Trimestral de Direito Público*. O autor enfrenta de modo original o problema da hierarquia dos princípios constitucionais, com base na própria conformação do texto constitucional, afirmando que tal não é incompatível com o princípio lógico da unidade da constituição. A Teoria do Direito, entretanto, parece oscilar entre a tese de uma hierarquia axiológica e a tese de uma hierarquia normativa, como se a norma não positivasse um valor. Tal suposição decorre da freqüente confusão entre valor empírico e valor transcendental ou metafísico. Os que não consegue vislumbra uma distinção entre hierarquia axiológica e hierarquia legislativa, na verdade, ainda vêem o valor como algo exclusivamente do domínio da Metafísica ou da Sociologia.

essas três áreas da filosofia. A *Crítica da Razão Pura* trata da questão do conhecimento, a *Crítica da Razão Prática* trata da questão da ação, da conduta humana e a *Crítica do Juízo* trata da questão dos valores ou dos juízos de valor (o belo, o justo, o bom *etc.*). Na filosofia da ciência, a partir das reflexões de Dilthey no século XIX, tornou-se um *topos*, um lugar-comum, a discussão sobre a questão da possibilidade e das condições das ciências do espírito; quer dizer, das possibilidades de certas questões estritamente ligadas ao homem e a cultura humana serem tomadas como objeto de investigação científica, de tal modo que de uma tal investigação fosse possível extrair conclusões relativamente objetivas e uniformes tais quais as proposições apresentadas pela ciências da natureza. As proposições das ciências da natureza são “descritivas”, descrevem os fenômenos da natureza e procuram também descrever as relações causais entre eles. Por outro lado, por exemplo, no âmbito das artes, produto do espírito humano livre e criador, os juízos formulados não são descritivos, possuem outra natureza, uma natureza valorativa. Numa proposição que diz “a obra é bela”, não há uma descrição com na proposição “o espaço é curvo”, mas sim um juízo de valor. Em face do que, na filosofia do conhecimento se estabeleceu que as proposições científicas são juízos de realidade, descritivos; diferentes, portanto, dos juízos de valor, esses do âmbito da moral, das artes *etc.*

O que os juristas da década de trinta, sob os influxos da Filosofia Analítica, tentaram fazer, pela primeira vez, notadamente Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, foi exatamente apresentar uma proposta metodológica capaz de conceber, à luz dessa distinção entre juízos de valor e juízos de realidade, uma verdadeira Ciência do Direito, na medida em que os seus enunciados, sob essa metodologia, encerrariam “proposições de realidade”, quer dizer, proposições descritivas, e não proposições valorativas (juízos de valor), estranhas ao que era havido, em face de referida distinção, por conhecimento científico. À Ciência do Direito caberia apenas descrever o direito posto pelo Estado, e não criticá-lo, ou proferir juízos que lhe reputasse justo ou injusto. As proposições da Ciência do Direito, porque juízos de realidade e não juízos de valor, deveriam ser, nesse aspecto, neutrais. Caberia ao cientista do Direito, desvendar o significado lingüístico dos preceitos legislativo. E é exatamente aí que surge a grande confusão conceitual, no meio acadêmico, sobre a questão da neutralidade e da aversão aos juízos de valor. Confusão da qual outros equívocos também decorreram. Expliquemo-nos. O valor não é uma categoria estranha ao Direito. Não é estranha ao “Direito” enquanto objeto de estudo da Ciência do Direito, a norma jurídica. Pelo contrário, o valor está no Direito, o valor é o Direito. Notadamente, o valor é o direito enquanto norma-princípio. A norma-princípio, finalística que é, é uma consagração ou uma positivação de um valor. As normas-regra, indiretamente consagram valores. São meios para que valores jurídicos sejam concretizados. A atividade legislativa é eminentemente axiológica. O legislador elege determinados valores em meio a tantos outros. Ele refuta categoricamente os valores (desvalores) opostos aos que preferiu consagrar. E, em relação a outros valores que, se não foram os escolhidos, também se não opõe aos valores escolhidos, o legislador simplesmente não reputa jurídicos, não os considera importantes ou merecedores de promoção e preservação pelo Estado. Os recursos materiais e econômicos de que dispõe o Estado são limitados, e ilimitadas são as necessidades sociais. O legislador estabelece, então, constantemente juízos de valor, quando escolhe quais, entre as tantas necessidades humanas, são as que reputa como de satisfação prioritária e, portanto, merecedoras da tutela estatal mediante a prestação de serviços públicos. A atividade legislativa, como atividade política, é eminentemente axiológica. Por outro lado, posto o preceito legal que carrega um em si um valor, começa, a partir daí, a tarefa da Ciência do Direito, que é exatamente a de descrição dessas proposições legislativas valorativas. As proposições da Ciência do Direito são descritivas, são juízos de realidade, e procuram descrever exatamente as proposições axiológicas do Direito (do ordenamento), não se confundindo, entretanto, com elas. O Direito (enquanto objeto) é formado por juízos de valor. A Ciência do Direito (enquanto método) formula juízos de realidade, juízos descritivos, acerca de juízos de valor. As decisões sobre os fins do Estado, sobre as metas políticas, cabem às autoridades públicas competentes. E

são materializadas nos preceitos legais. Ao cientista do Direito não compete dizer o que fazer, pois ele sequer é autoridade pública. A autoridade estatal põe o objeto. O cientista do direito descreve o objeto posto. Quando se afirma, portanto, que Ciência do Direito, à luz desse paradigma, é neutral, não se está excluindo os valores do âmbito do Direito. O Direito é valor, é valorativo. Mas as escolhas axiológicas já foram feitas pelo legislador, não competindo ao cientista do direito novamente fazê-las, mas, apenas, descrevê-las. A palavra “Direito”, como em outras ciências, tais quais a Física, a História ou a Economia, refere-se usualmente tanto ao objeto quanto à ciência. E desse uso ambivalente decorre a referida e freqüente confusão dos que entendem que o valor é uma categoria não-jurídica, do âmbito da Metafísica ou da Sociologia, estranha ao Direito. Mais um equívoco esclarecido, portanto. O valor não é categoria estranha à Ciência do Direito. O valor é um significado lingüístico presente nas normas jurídicas. O valor está no Direito (no Direito enquanto objeto, a norma). Mas, a Ciência do Direito (o Direito enquanto Ciência ou Método), à luz desse paradigma normativista, não emite, a princípio, juízos de valor sobre a norma jurídica, e sim juízos de realidade. Conclua-se: “a Ciência do Direito emite juízos de realidade acerca de juízos de valor.”

2.6 DIREITO E MORAL (O ERRO DE KANT E O ERRO SOBRE KANT)

Do referido equívoco kantiano de estabelecer um terceiro mundo, diverso do mundo real e do mundo ideal, o suposto mundo do *dever ser*, outro equívoco também recorrente é o de supor que a diferença entre o Direito e a Moral far-se-ia em face da suposta diferença entre os mundos aos quais cada qual pertenceria. E equivocada também é pretender atribuir a Kant a origem dessa suposta diferença. O Direito pertenceria ao mundo do *dever ser* e a Moral ao mundo do *ser*. Parece que a origem de tal confusão está na confusão feita entre a Moral e o Costume, e que, em última análise, é mais uma confusão decorrente da velha confusão entre o mundo factual e o mundo ideal. Expliquemo-nos. Desfeito o equívoco da distinção entre o mundo do *ser* e do *dever ser*, e concluído que tudo o que há é reduzível a uma categoria do mundo real ou a uma categoria do mundo ideal, e que o Direito, enquanto norma, é categoria ideal que se volta para o mundo real, é fácil perceber que a Moral, enquanto norma de conduta, também pertence ao mundo ideal, nesse aspecto coincidindo com a norma jurídica. A origem do equívoco parece estar também ligada a confusão entre a conduta, pertencente ao mundo real, e a norma de conduta, pertencente ao mundo ideal. A Moral é tomada pela conduta ou pelo costume de praticar a conduta, quando na verdade a Moral é regra de conduta ideal criada para orientar a conduta factual. A palavra “costume” pode referir-se tanto à norma consuetudinária, quer dizer, à norma derivada do comportamento espontâneo das pessoas, reiteradamente por um determinado lapso temporal relativamente extenso, como pode, também, referir-se ao próprio comportamento. Costume e Moral são entendidos ora como norma de conduta, ora como a própria conduta normada. A conduta normada, pertence ao mundo dos fatos. A norma de conduta pertence ao mundo imaginário. O uso trocado desses significados levou à referida confusão. Mas tal confusão, como mencionado, não está em Kant¹⁰², sendo falsamente atribuída a ele. Na verdade, a diferença entre o Direito e a Moral, sem prejuízo das várias distinções identificadas por Kant, como, por exemplo, as relativas à autonomia ou à heteronomia da vontade¹⁰³, deve ser feita, sobretudo, por um critério “formal”. Quer dizer, em face de uma formalidade mediante a qual a norma é inserida no sistema jurídico. E é esse um dos sentidos do termo “formal” utilizado para caracterizar o direito estatal. Formal significando não como relativo à noção de “forma” em face da noção de “conteúdo”, mas como relativo a uma formalidade ou de um ato estatal previsto em uma “forma” jurídica estatal (no sentido grego de ‘idéia’, e, portanto, em alusão à norma ideal). Como veremos, mais à diante, o que diferencia basicamente o Positivismo e o Pós-Positivismo é o modo de criação de uma norma jurídica, ou o

¹⁰² Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*.

¹⁰³ *Ibidem, idem, capítulo segundo*.

modo de introdução de uma norma extra-jurídica no sistema jurídico (positivação). Se antes, quando ainda não havia se sedimentado a distinção entre lei e norma jurídica, quando então o legislador era a boca do Direito, agora, em face dessa distinção, o Legislativo é a boca da lei e o Judiciário é a boca da norma jurídica.

2.7 A ORIGEM DO CONCEITO DE PRINCÍPIO (FINS METAFÍSICOS E FINS EMPÍRICOS)

Como a própria denominação deixa entrever, a idéia sugerida pela palavra “princípio” relaciona-se àquilo que está no início, no começo, na origem das coisas. Relaciona-se, por exemplo, com a natural indagação formulada pelas crianças quando ainda estão começando a procurar formular para si mesmas os primeiros juízos de realidade acerca do mundo em que estão lançadas, como é inerente, pois, à própria condição humana: De onde vêm as coisas do mundo? De onde viemos? Como surgiram os planeta, o sol, as estrelas, os seres vivos? E a essas indagações existenciais, que motivaram o próprio surgimento da Filosofia Grega, entre os pré-socráticos, bem como da Ontologia e demais ramificações da Filosofia, seguem-se as correspondentes perguntas: Para onde vamos após a morte (o fim), Por que existimos? Qual o significado da vida humana? Quem somos nós? Que é o homem? Nesse contexto, a Filosofia é definida pelos gregos como a ciência que procura “as causas primeiras (os princípios) e os fins últimos” de tudo que é (existe)ente. Percebe-se daí que a noção de “princípio” relaciona-se, simultaneamente, às idéias contrapostas de “início” e de “fim”, de “começo” e de “término”, de “origem” e de “destino final”, de “causa” e de “efeito”, de “criação” e de “extinção”. No início do século XX, a Ontologia Fundamental¹⁰⁴, na tentativa de resgatar as indagações filosóficas originais, que teriam sido desvirtuadas e esquecidas ao longo da história da filosofia, acrescentou à idéia de “finalidade” as noções de “utilidade” ou de “funcionalidade”. Um ente não é, ou não seria, suficientemente definido apenas mediante a descrição de sua constituição material e formal (conteúdo e forma), mas uma compreensão ontológica mais abrangente reclamaria fosse revelada a sua razão existencial, a sua utilidade ontológica, o seu destino funcional. A idéia de “fim” não se referiria, originariamente, apenas à noção de “término” ou de “extinção” das coisas, mas estaria associada também à idéia de “conclusão de um objetivo”, de uma tarefa ou de um “projeto” que constituiria a razão existencial do (existe)ente”. Um martelo, por exemplo, como coisa pertencente ao domínio da técnica, não seria suficientemente definido pela mera descrição da sua forma geométrica e de sua composição material, mas só seria passível de uma compreensão ontológica mais abrangente na medida em que revelado para que serve ao homem, para que finalidade fora criado (assentar pregos para a afixação de objetos uns aos outros), e qual a sua relação com outras coisas que com ele fazem parte do mundo do homem (os pregos, as habitações, as embarcações, os brinquedos artesanais e tudo o mais cuja criação exija a utilização de um martelo).

Assim, por exemplo, uma caneta é muito mais do que um pequeno cilindro de plástico ou metal preenchido com tinta. É um objeto do domínio da técnica, criado pelo homem para servir a um específico propósito; quer dizer, criada com vistas a uma determinada finalidade. É um ente, pois, cuja existência está associada a um “projeto”, a algo que ainda não se materializou no mundo real, mas que é antevisto idealmente pelo seu criador e cuja materialização está ligada à existência deste ente criado, como, por exemplo, o projeto de redação de um livro. Este ente (a caneta) só cumpre a sua função existencial na medida em que palavras são escritas ou desenhos são delineados por meio dele. As palavras são a concretização de um projeto relacionado à caneta. Se a caneta foi criada para ser comercializada, quem a comprou o fez pensando em escrever para alguém uma carta ou redigir um texto sobre determinado assunto. Digamos que quem a adquiriu escreveu um livro propedêutico sobre uma

¹⁰⁴ Cf. Heidegger, *Ser e Tempo*, § 44.

determinada língua estrangeira. Digamos que o livro é adquirido por um editor e reimpresso em cópias para a comercialização. Digamos que alguém o adquiriu pensando em aprender a referida língua porque desejava estudar em um país estrangeiro. Trata-se, pois, de sucessivos projetos (pré)existentes no mundo mental de diversos sujeitos e, posteriormente, sucessivamente realizados no mundo factual imediato a cada um desses sujeito. Quando se diz que alguém é “realizado na vida”, o que se pretende afirmar é que se trata de um sujeito que conseguiu realizar os seus projetos pessoais existenciais, como, graduar-se nos estudos, exercer um ofício, construir uma casa, casar, ter filhos *etc.* O homem que criou a caneta, fê-lo para que outros projetos, por meio desse ente, fossem realizados por outros homens. Tudo que o homem cria, pois, faz com vista a um propósito específico. Percebe-se, então, a relação que há entre criatura e criador. Criatura e criador são, pois, duas categorias imprescindíveis às elaborações da Ontologia. O objeto criado já pré-existe idealmente na mente do seu criador antes mesmo de sua existência concreta. E o seu criador o criou com vista a um propósito específico. Regredindo no tempo, do livro à caneta, é possível desvelar-se uma cadeia de projetos interligados. A razão existencial do livro não se traduz em algo metafísico, mas é perceptível, em face da própria composição física da coisa, por quem faz parte do meio cultural em que está inserido esse objeto dado ao conhecimento. Um aborígine que jamais viu um livro não é capaz de compreender o que é essa coisa a partir do mero contato físico e pela percepção de composição material e formal do objeto. Só o compreenderá quando alguém lhe mostrar para que serve a referida coisa no mundo das relações objetivas em que está inserida. No caso, o livro serve ao propósito geral de veiculação de palavras que carregam informações. O propósito específico de um livro propedêutico sobre uma língua estrangeira obviamente é o de introduzir o leitor nos rudimentos de uma outra língua. E o objetivo (finalidade existencial) do livro também já pré-existia na mente do escritor, antes mesmo de tê-lo escrito. A sua própria redação nada mais é do que a realização material de um projeto ideal. E obviamente, não se infira daí que a idéia, literalmente, transformou-se em ente real, saltando sobre o abismo intransponível. O mesmo raciocínio é válido para a caneta que serviu de meio para a realização desse projeto. Ela já pré-existia idealmente na mente de quem a criou. Mas, o que dizer do homem que criou a caneta. Quem o criou? Afirmar que os seus genitores o teriam criado, seria uma resposta específica. Mas quem criou, não os seus genitores ou os genitores dos seus genitores, e sim o primeiro homem e a primeira mulher? Deus? E aceitando hipoteticamente que uma inteligência superior e desconhecida teria criado o homem, então restaria a pergunta: com que propósito? Qual a razão existencial do homem? Para servir a que propósito teria tal hipotética inteligência criadora criado o homem? Após a extinção física do homem, a sua existência continuaria num outro mundo não-físico? Perceba-se que essas últimas questões, que nada mais são do que as questões primeiras e as questões últimas, ou, na linguagem da Metafísica, as questões referentes às causas primeiras e aos fins últimos, não podem ser objetivamente respondidas porque o suposto criador não pertence ao mundo físico. Se ele existe, certamente não pertence a esse mundo e não poderia ser compreendido a partir dos parâmetros desse mundo¹⁰⁵. A sua existência sequer pode ser provada, mas apenas aceita por um ato de fé do sujeito. Situam-se essas últimas perguntas, portanto, no domínio da Metafísica. Por outro lado, não há qualquer resquício de Metafísica nas demais indagações. A Metafísica procura “as causas primeiras”, anteriores ao mundo físico ou real, e os “fins últimos”, posteriores ao mesmo mundo físico ou empírico. As demais questões vêm depois da suposta causa primeira, ou vêm antes do suposto fim último. Por isso, é um equívoco pretender incluir completamente o problema dos “fins” ou dos “princípios” exclusivamente no âmbito da Metafísica. Há ilações acerca das questões dos fins ou dos princípios que se situam no domínio da Metafísica, e há outras ilações desse jaez que integram o campo da Ontologia propriamente dita, quer dizer, da Filosofia que se refere a coisas

¹⁰⁵ Cf. tópico 3.3.5. *Limites da Linguagem: Dizer e Mostrar*, essencialmente igual à questão tratada pela Filosofia Analítica acerca da impossibilidade de descrever, representar ou provar a existência das regras lógicas da linguagem.

do mundo real ou empírico, e por força do que guarda, nesse aspecto, semelhanças com as ciências empíricas.

No entanto, o que diferencia as questões metafísicas das questões ontológicas, não seria propriamente um corte epistemológico ou a existência de um marco referencial a partir do qual os questionamentos seriam respondidos e que constituiria ponto absoluto, pressuposto e não sujeito a definições ou a pré-questionamentos. Com efeito, a Metafísica também pode pressupor cortes gnosiológicos. A suposição metafísica de que Deus teria criado, “no princípio”, o primeiro homem, poderia ser seguida da indagação sobre quem teria criado Deus, e essa seguida da indagação sobre quem teria criado o criador de Deus, num *aeternum regressum ad infinitum*. Daí a possibilidade e a necessidade de cortes gnosiológicos também nos domínios da Metafísica. Por isso, a referida diferença residiria na existência de uma base empírica, pois a Ontologia se refere às coisas do mundo real, tal qual as ciências, enquanto a Metafísica volta-se para as questões que estão aquém ou além do mundo físico. Contudo, o fato de as questões metafísicas refugirem ao domínio do que pode ser respondido pela metodologia das ciências empíricas, não diminui a sua importância, porque, por um lado, do mesmo modo que as ciências empíricas fazem revelações da maior importância para a existência e a melhoria da qualidade de vida do homem, o homem não consegue passar a sua existência sem indagar-se sobre essas questões filosóficas, por outro. A Ontologia Contemporânea, entretanto, diferentemente da Metafísica, procurou apresentar respostas, a essas questões metafísicas, a partir da vida concreta, convertendo-as, desse modo, em questões empíricas. Assim, por exemplo, como o ser humano não tem a prova ou um acesso ao seu suposto criador, não tendo, pois, como encontrar o propósito para a sua existência em proposições sintéticas *a priori*, a Ontologia Contemporânea conclui que cada homem é quem deve estabelecer *a posteriori*, isto é, depois de lançado no mundo, qual o sentido de sua vida em particular, mediante a determinação de projetos pessoais de vida. E é a busca pela realização desses projetos que passa a constituir, então, o sentido da vida de cada ser humano. Daí a síntese da Ontologia Fundamental na seguinte afirmação: “a existência precede a essência”¹⁰⁶.

A compreensão dessa distinção entre fins metafísicos e fins não-metafísicos é da maior importância para a exata compreensão da concepção da teoria dos princípios jurídicos, notadamente para a distinção entre princípio jurídico enquanto categoria de direito positivo e princípio jurídico enquanto categoria metafísica ou de direito natural, questão essa que será abordada mais à diante, na seqüência progressiva do raciocínio em desenvolvimento.

2.8 PRINCÍPIO E FUNDAMENTO (FUNDAMENTO METAFÍSICO E FUNDAMENTO NÃO-METAFÍSICO)

Impende, entretanto, salientar que, dentro da noção de “princípio” que encerra simultaneamente as idéias de “início” e de “fim”, na Teoria do Direito a palavra “princípio” assumiu, preferencialmente, a acepção de “fim”, de “finalidade”, de “objetivo”, e na órbita da Filosofia do Direito a categoria do princípio assumiu, também preferencialmente, a noção de “início”, de “base” ou de “fundamento”. Em primeiro lugar é importante ressaltar que não se trata de um erro lingüístico, mas tão comum, de tomar-se o efeito (fim) pela causa (início), pois,

¹⁰⁶ Não se trata, ao contrário do que muitos afirmam a respeito, de uma Filosofia Ateísta no sentido de uma categórica negação da existência de um Deus criador, mas tão-só de uma espécie de corte epistemológico que procura distinguir as questões religiosas ou de fé e as questões filosóficas não apriorísticas. Heidegger negava peremptoriamente o rótulo de ateu, e Sartre chegou a afirmar, respondendo às críticas, em seu opúsculo “O existencialismo é um humanismo”, que o seu existencialismo não se apresentaria como sendo ateu no sentido da negação categórica da existência de um Deus, mas apenas que, por não existir um telefone que permitisse ao homem o contato com um tal Deus criador, a fim de indagar-Lhe sobre as respostas aos referidos questionamentos fundamentais, então, o homem deveria procurar pelas respostas no próprio mundo da existência humana.

no caso, o fim é, em última análise, a projeção da causa, não havendo como se distinguir completamente a causa e o efeito. Em segundo lugar é importante ressaltar que se trata apenas de um uso preferencial, pois numa menor escala os ordenamentos jurídicos e a Ciência do Direito usam também a palavra “princípio” para se referir aos fundamentos. Com efeito, a expressão “princípios fundamentais” é ambígua, reportando-se ora aos princípios-fundamento¹⁰⁷, a base sobre a qual se funda toda a ordem jurídica, ora aos princípios-objetivos ou princípios-finalidade-maior¹⁰⁸, os fins ou finalidades que devem ser precipuamente, antes de todos os outros e dos quais muitos outros constituem desdobramentos menores, perseguidos ou promovidos pelo Estado. Na verdade, os princípios-fundamento e os princípios-finalidade são, como esclarecido, dois aspectos de uma mesma idéia, na medida em que início (começo) e fim (extinção) são as interfaces de uma mesma ideal central: a idéia de “temporalidade”. Todo início é início no tempo. Todo o fim é extinção no tempo. Início e fim são, pois, noções temporais. Mesmo o fim tomado como objetivo é uma noção temporal, porque quando o objetivo (fim) é alcançado ou o projeto é realizado, dá-se o “final”, o “termino” ou a “extinção” da história (o fim da história)¹⁰⁹. E toda a história é a história de um projeto realizado no tempo. O ente tem “princípio” (início) no tempo a partir de um projeto ideal e estático. O “meio” é a dinâmica da realização do projeto, é o projeto em “persecução” ou em “promoção”, quando o ente ideal é lançado para o mundo real. O “fim” é o ente já realizado concretamente e, portanto, estático¹¹⁰. É certo que alguns diriam que as noções de início e fim não seriam categorias exclusivas do “tempo”, mas também afetas à noção de “espaço”. A foz de um rio seria o fim e a nascente o seu início no espaço geográfico. Diriam ainda que nós espacializamos o tempo¹¹¹, porque medimos o tempo utilizando-nos do critério da variação do espaço, nos mecanismos do relógio moderno ou da antiga ampulheta. Porém, uma análise mais percuciente do material teórico já há muito disponível nos revelaria que uma tal afirmação seria equívoca, na medida em que, na verdade, tempo e espaço são também dois aspectos de uma mesma realidade. Não há tempo fora do espaço e não há espaço fora do tempo. Um sempre é mensurável em relação ao outro. Não são ambos absolutos em si mesmos, porém, relativos, um ao outro. Essa, aliás, é uma conclusão a que chegou, no início do século XX, a Ontologia Fundamental e que coincide com a mesma conclusão a que chegou a Física, também no mesmo momento histórico¹¹².

Portanto, as noções de início e de fim, à luz da Ontologia Clássica, estão associadas indissolúvelmente uma à outra. Quando se fala no início do que é (existe)ente (na medida em que o início é início no tempo) reporta-se também, ainda que implicitamente, ao seu fim, ao qual está ligado pelo elo do tempo. Percebe-se, então, a correlação necessária entre as noções de início e de fim. E nesse sentido, na Teoria do Direito, percebe-se também a correlação intrínseca entre os princípios-fundamento (início) e os princípios-objetivos (fim). Um é, pois, a projeção do outro. São eles as interfaces de uma mesma categoria jurídica, seja essa categoria

¹⁰⁷ CRFB, art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

¹⁰⁸ CRFB, art. 2. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁰⁹ Cf. Francis Fukuyama, *O Fim da História*.

¹¹⁰ Bíblia, Antigo Testamento, Gênesis: “No início era o verbo...”

¹¹¹ Cf. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*.

¹¹² Cf. Albert Einstein, *Teoria da relatividade especial*.

vista numa perspectiva metafísica (princípios de direito natural), seja ela vista numa perspectiva empírica (princípios de direito posto). Exemplifiquemos. Num primeiro momento pré-jurídico (entendendo-se como “jurídico” apenas o direito estatal) historicamente uma sociedade e seus líderes chegam a constatação, como resultado de experiências históricas (tais como conflitos vividos internamente e seguidos de reflexão racional sobre os problemas do homem e da condição humana), de que os homens são ontológica ou essencialmente iguais, sendo as suas diferenças, tais como raça, credo, origem *etc.*, meramente acidentais. As diferenças entre as classes ou segmentos sociais, conclui-se, seriam decorrentes de circunstâncias históricas acidentais, embora os homens sejam, natural e essencialmente, iguais entre si. De tal constatação, são inferidas conseqüências éticas quanto às relações sociais. Se todos são iguais, todos teriam, portanto, a mesma dignidade, quer dizer, todos seriam também merecedores de uma vida minimamente decente, com habitação, saúde, educação *etc.* Contudo, no mundo factual das relações humanas a igualdade ainda não é uma realidade concreta. As sociedades são ainda caracterizadas, numa escala maior ou menor, pelo desequilíbrio social, pela desigualdade; onde alguns têm muito e outros sequer o mínimo necessário a uma vida digna, vivendo, pois, abaixo da linha de pobreza. Nesse contexto, uma decisão “política” cria um mundo imaginário de normas, o mundo jurídico, estabelecendo como norma principal ou fundamental, sobre a qual todas as demais são postas, a norma que reconhece a igualdade de todos os homens (a norma-princípio da isonomia). Perceba-se, aí, a distinção entre a igualdade enquanto constatação (princípio-fundamento), sobre a qual é lançado o projeto (ideal) de persecução ou promoção da “realização” desse “ideal” da igualdade (princípio-finalidade). O que se chama de “princípio da igualdade” é uma idéia que, no tempo, possui três momentos sucessivos de manifestação: (i) a igualdade enquanto constatação e projeto ideal (início); (ii) a igualdade como persecução dinâmica para a progressiva realização do projeto (meio), quando a idéia paulatinamente torna-se coisa real; e (iii) a igualdade como resultado já plenamente concretizado (fim), quando não há mais apenas a igualdade do mundo ideal e sim a igualdade no mundo factual. Realizar o ideal significa dizer, envidar esforços para que a idéia, ente do mundo ideal (jurídico), torne-se realidade no mundo factual (promoção), ou se já é realidade, assim permaneça (preservação). A igualdade entre os homens, em face dos mais diversos critérios, tais como o econômico, o da educação, o da habitação *etc.*, não é, pois, ainda uma realidade em toda a sua extensão, mas tão-só igualdades parciais ou igualdade em relação a apenas alguns dos numerosos aspectos da vida humana. Quando o legislador constituinte afirma que todos são iguais, com tal afirmação jurídica ideal não torna automaticamente todos os homens iguais entre si em face dos mais variados critérios ou aspectos das relações factuais da vida social. A realidade social não é instantaneamente alterada com tal imposição jurídica imaginária. Tal imposição encerra, na verdade, um projeto de alteração da sociedade, ou um projeto de preservação, se a igualdade já foi realizada concretamente dentro de patamares razoáveis. O princípio da isonomia é um princípio fundamento, na medida em que reconhece que os homens são por natureza essencialmente iguais, e em virtude do que não podem ser tratados desigualmente, conquanto acidentalmente, por circunstâncias históricas, ainda sejam socialmente diferenciados em face dos mais variados critérios. E o princípio da isonomia é também um princípio-objetivo, na medida em que determina como finalidade a ser perseguida pelo Estado, a promoção da igualdades, segundo determinados critérios pré-estabelecidos pelo legislador. O mesmo se diga em relação a outros princípios, que, explícita ou implicitamente, têm um aspecto de princípio-fundamento e um aspecto de princípio-objetivo. Mais uma vez, portanto, como de resto em relação a quase todas as questões afetas à existência humana, deparamo-nos com a questão da relação entre o mundo ideal e o mundo real.

3 – TEORIA DA NORMA JURÍDICA

3.1 Espécies normativas: norma-princípio e norma-regra 3.1.1 Evolução do conceito de princípio jurídico 3.1.2 Principais teorias sobre princípios jurídicos 3.1.3 Teoria operacional dos princípios (Fase atual): regras, princípios e postulados 3.1.4. Norma-regra e norma-princípio 3.1.4.1 Os fins do direito: fins jurídicos ou internos (Imediatos e mediatos) e fins externos 3.1.5 Postulados jurídicos (Uma primeira concepção) 3.1.5.1 Postulados da ponderação, da concordância prática e da proibição do excesso 3.1.5.2 Postulado da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade 3.2 O falso problema da incidência total ou parcial dos princípios (A falta de sentido lingüístico) 3.3 Teoria dos sistemas 3.3.1 Identificação da finalidade jurídica específica 23.2 Lógica, ordem e sistema 3.3.2 Raciocínio lógico: idéia e palavra, juízo e proposição 3.3.3 Validade lógica, verdade empírica e sentido lingüístico 3.3.5 Ordem e sistema 3.3.6 Princípios da Lógica analítica versus princípios da lógica sistêmica 3.3.6.1 Contradição e oposição: mais uma confusão de significados 3.3.6.2 Equilíbrio sistêmico 3.3.6.3 O terceiro excluído, o terceiro incluído e o equilíbrio dos sistemas materiais 3.3.7 Sistemas reais e sistemas ideais 3.3.8 Os princípios da lógica clássica e a lógica dos princípios jurídicos 3.3.8.1 Antinomias jurídicas 3.3.8.2 Antinomias e oposições na teoria dos sistemas 3.4 Igualdade material e igualdade lógica (Identidade) 3.5 Incidência das regras e persecução dos princípios 3.6 Aplicação 3.7 Efeitos dos princípios, norma-programática e dirigismo constitucional 3.8 Conflito entre princípios ou finalidades jurídicas 3.9 Conformação dos princípios 3.10 Teoria dos princípios absolutos (Princípio fundamental da igualdade-liberdade-humana) 3.11 Graus de concretização dos princípios e identificação da finalidade jurídica específica

3.1 ESPÉCIES NORMATIVAS: NORMA-PRINCÍPIO E NORMA-REGRA

3.1.1 Evolução do conceito de princípio jurídico

Ao longo do século XX, é possível identificar três concepções acerca da categoria dos princípios jurídicos: (i) a concepção segundo a qual os princípios seriam categorias externas e superiores ao ordenamento jurídico estatal; (ii) a concepção segundo a qual os princípios jurídicos teriam natureza híbrida, localizando-se tanto interna como externamente ao ordenamento jurídico; e (iii) a concepção que identifica os princípios jurídicos exclusivamente como categoria interna ao ordenamento jurídico. Na verdade, não é possível estabelecer uma cronologia história para cada uma dessas concepções, admitindo-se no máximo a identificação da predominância de uma ou de outra concepção em três momentos sucessivos do século passado. A primeira delas se confunde com a própria concepção de Jusnaturalismo. O Jusnaturalismo é, pois, em última análise, a concepção segundo a qual o direito não se restringiria ao ordenamento estatal, mas seria integrando também por princípios externos e superiores, que informariam o direito estatal ou aos quais o direito estatal deveria se subordinar. A tarefa da Filosofia do Direito seria, então, a de desenvolver estudos com vistas à identificação desses comandos superiores e transcendentais. A segunda concepção, em linhas gerais, insere os princípios dentro do ordenamento estatal, identificando-os como espécie do gênero da norma jurídica. As normas jurídicas seriam o gênero cujas espécies seriam a norma-regra e a norma-princípio. As normas-princípio funcionariam como válvulas de abertura dos sistemas jurídicos estatais para uma ordem exterior, transcendental imanente (metafísico) ou moral contingente (sociológica). Os princípios encontrar-se-iam, assim, tanto dentro como fora do ordenamento, e atuariam como diretrizes para a orientação do legislador e do aplicador do direito, funcionando como bússolas para a persecução da justiça. E é em meio a essa concepção que se insere, à luz da teoria dos sistemas jurídicos, a classificação do ordenamento jurídico como sistema do tipo aberto. Problema teórico, no entanto, que nos parece mal formulado, como procuraremos demonstrar mais à diante em tópico específico, pois, na verdade, a abertura do sistema jurídico é inequívoca, porém, não se trata de uma abertura do Direito para a Moral, seja essa Moral uma Moral empiricamente observável por métodos sociológicos, seja essa Moral uma Moral transcendental do domínio das especulações da Metafísica. Trata-se de uma abertura “lingüística”, onde a pré-compreensão do mundo factual normado determina a compreensão do mundo jurídico ideal que procura representar (reproduzir ou descrever) lingüisticamente e

disciplinar, também, lingüísticamente. Como veremos, a compreensão do significado dos signos lingüísticos que compõe o direito estatal (os dispositivos legislativos), não é estática, mas “cambiante”. Os significados se alteram em função do tempo e em função do contexto em que as palavras são usadas¹¹³. Como as normas jurídicas são os juízos lógicos extraídos dos textos legais, e como os significados das palavras que compõem os textos legais são cambiantes, então, os juízos lógicos extraídos dos textos legislativos também não são os mesmos, ou, dito de outro modo, são alteradas as possibilidades de compreensões que podem ser extraídas dos mesmos textos legais, sem que sejam procedidas quaisquer alterações formais na correspondente legislação. A terceira concepção, cujos contornos ganharam maior definição teórica a partir da década de oitenta do século passado, também identifica os princípios como espécie de norma jurídica ao lado das normas-regra, porém, em geral, os restringem ao âmbito exclusivamente interno do sistema jurídico estatal, procurando expurgar da Teoria do Direito quaisquer resquícios da Metafísica ou de sincretismo metodológico que vincule a Ciência do Direito à Sociologia, à Ciência Política; conquanto a questão da interdisciplinaridade, problema afeto à questão do objeto da Ciência do Direito, ainda constitua um problema não resolvido por tal concepção teórica, como veremos posteriormente.

Façamos uma suscita retrospectiva da sucessão de teorias sobre a natureza dos princípios jurídico, apresentadas na quadra final do século XX.

3.1.2 Principais teorias sobre princípios jurídicos

Na linha teórica que concebe os princípios como espécie de norma jurídica ao lado da regras, destacam-se, as teorias de Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Josef Esser, Friedrich Müller, Ronald Dworkin e Robert Alexy. Ressaltamos, entretanto, que não é o lugar para profundas incursões nos meandros das teorias de cada um desses juristas, mesmo porque o propósito aqui é, sobretudo, o de apresentar uma síntese das várias teorias, a fim de identificar alguns equívocos não só na forma como pretendem solucionar problemas centrais apresentados na Teoria do Direito, mas também identificar erros na própria formulação desses problemas. Assim sendo, Larenz identifica os princípios como normas que estabelecem fundamentos para a interpretação e aplicação das outras normas, as normas-regra. Deles decorreriam, direta ou indiretamente, as normas-regra. Seriam pensamentos diretivos cujos conteúdos careceriam do caráter formal das proposições jurídicas¹¹⁴ (estrutura lógica). Para Esser, na mesma linha de raciocínio, princípio é norma que estabelece fundamento para que determinada regra seja encontrada¹¹⁵. A distinção entre norma-regra e norma-princípio seria de ordem qualitativa¹¹⁶. Müller, por outro lado, apresenta uma distinção com base na idéia do grau de abstração. A distinção entre regra e princípio seria meramente quantitativa¹¹⁷. A regra quando aplicada daria concreção aos princípios. Para ele a interpretação da norma jurídica estaria intrinsecamente ligada à sua aplicação, não se concebendo mesmo a interpretação senão diante do caso concreto¹¹⁸. Canaris aponta dois critérios para a diferenciação entre princípio e regra, o conteúdo axiológico e o modo de relação com as outras normas. O princípio conteria um conteúdo axiológico explícito e demandaria uma regra para sua concreção, e a delimitação do

¹¹³ A partir de uma segunda fase do desenvolvimento a Filosofia da Linguagem, praticamente todos os segmentos desse movimento filosófico, iniciado no início do século XX, apontam para tais conclusões, notadamente na perspectiva de Wittgenstein, em sua segunda fase, com a sua teoria dos “jogos de linguagem”, em suas *Investigações Filosóficas*.

¹¹⁴ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito, e Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*.

¹¹⁵ Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho, e Precomprensione e scelta del metodo nel processo de individuazione del diritto*.

¹¹⁶ Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*.

¹¹⁷ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁸ Friedrich Müller, *métodos de trabalho de direito constitucional, e Discurs de la methode juridiche*.

conteúdo de cada princípio resultaria de um processo dialético de interação com outros princípios, de tal modo que um princípio, ao mesmo tempo em que complementaria também delimitaria outros princípios adjacentes¹¹⁹. Sem embargos do enorme avanço que representaram na Teoria do Direito, na medida em que procuraram trazer para dentro do sistema jurídico uma categoria antes restrita ao domínio da Metafísica, essas teorias, por um lado, ainda não ofereciam um instrumental teórico de grande operacionalidade para a prática jurídica; além de, por outro lado, pretenderem definir o princípio jurídico: (i) ora com base na idéia de “valor”, sem, no entanto, apresentar maiores esclarecimentos acerca de como concebiam a categoria do valor, como se as regras não consagrassem igualmente valores (suposição equivocada, como anteriormente tivemos oportunidade de demonstrar); (ii) ora recorrendo às noções de “abstração” e de “concretização”, sem, todavia, definir qual o sentido em que empregavam os termos “abstrato” e “concreto” (mais um equívoco, pois a norma-regra é ente ideal, sendo, portanto, abstrata tal qual a norma-princípio); (iii) ora correlacionando princípio e regra por meio das categorias da interpretação e da aplicação, sem, contudo, esclarecer em maiores detalhes o que são ontológica e metodologicamente a interpretação e a aplicação da norma jurídica. Questões essas que são, na verdade, centrais na teoria do conhecimento jurídico, e que não poderiam jamais ser havidas como “pressupostos óbvios” que dispensariam maiores esclarecimentos teóricos. Na seqüência, dedicamos um tópico específico para a análise da questão da relação entre interpretação e aplicação.

Partido do referido material teórico já então sedimentado, mas cujos contornos encerravam ainda uma enorme vaguidade conceitual, Dworkin e Alexy, cada qual a seu modo, apresentaram teorias que se revelaram como de grande operacionalidade forense, proporcionando um enorme avanço na Teoria do Direito, e notadamente uma reaproximação entre a teoria e a prática nos estudos jurídicos. Em linhas gerais, tanto um como o outro autor apresenta as distinções, entre regra e princípio, com base em três principais critérios: (i) quanto ao modo de aplicação; (ii) quanto à colisão com as demais normas da mesma espécie; e (iii) quanto à obrigação que instituem¹²⁰. Dworkin¹²¹ esclarece que, por um lado, as normas-regra se sujeitam à regra de aplicação “do tudo ou nada” (*all-or-nothing*), que dizer, ou se aplica uma determinada norma-regra com todas as suas conseqüências jurídicas, ou não se aplica, não havendo lugar para a aplicação parcial e concomitante de duas ou mais regras. A incidência de uma exclui necessariamente a incidência dos demais. Ao passo que, por outro lado, seria possível a aplicação conjunta e simultânea de mais de uma norma-princípio, uma vez que cada princípio teria seu conteúdo limitado e complementado pelo conteúdo de outros princípios adjacentes. As regras operariam no “plano da validade”, de tal modo que na hipótese de colisão, a antinomia deveria ser resolvida pelos critérios tradicionais da Teoria do Direito, quais sejam, pelo critério da especialidade, reputando uma norma-princípio como exceção da outra, ou concluindo, à luz dos critérios hierárquico e cronológico, pela invalidade de uma em favor da validade de outra. Já os princípios operariam na “dimensão do peso”, por força do que da colisão não resultaria a invalidade de um deles, que coexistiriam validamente em abstrato. No que respeita ao último critério, para Dworkin as regras caracterizar-se-iam por determinarem cabalmente a decisão, uma vez que a conseqüência jurídica já está predeterminada em seu mandamento, enquanto que os princípios apenas serviriam de fundamento para a decisão, de maneira conjunta, mas não prescreveriam, em termos predefinidos, o teor da decisão jurídica. Alexy¹²², a seu turno, elabora a sua teoria discordando de algumas das principais conclusões da teoria de Dworkin. Entende, diferentemente, que tanto as regras quanto os princípios são aplicados segundo a regra do tudo ou nada; quer dizer, não haveria lugar para uma aplicação

¹¹⁹ Claus-Wilhelm Canaris, *El sistema en la jurisprudencia, e Función, estructura u falsación de las teorías jurídicas*.

¹²⁰ Cf. Ávila, *op. cit.*

¹²¹ Ronald Dworkin, *O Império do Direito e Levando os direitos a sério e Uma questão de Princípio*.

¹²² Robert Alexy, *El concepto de validez no derecho e Teoria de los derechos fundamentales*.

conjunta de mais de um princípio em face do caso concreto. Entretanto, concorda que da colisão em abstrato entre princípios, diversamente do que se dá em relação às normas-regra, não resultaria a invalidade de um em benefício da validade do outro. Princípios antagônicos coexistiriam validamente em abstrato dentro do sistema jurídico (*teorema da colisão*), mas em concreto apenas um poderia ser aplicado, e não dois ou mais princípios. De tal modo, um princípio poderia ser válido em abstrato, mas a sua aplicação ao caso concreto revelar-se inválida. A aplicação de um ou de outro, orientar-se-ia, então, pela “regra da ponderação” das circunstâncias factuais presentes no caso concreto (*regra da prevalência*). Percebe-se, pois, nesse aspecto, a nítida influência da teoria de Müller¹²³ cujo teor vincula a interpretação à aplicação no caso concreto, negando a possibilidade ou a importância das interpretações meramente em abstrato. E, por fim, Alexy entende que enquanto as regras prescreveriam obrigações absolutas, os princípios prescreveriam obrigações *prima facie*, na medida em que poderiam ser afastadas em função da ponderação com outros princípios colidentes. Os princípios seriam, pois, *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e factuais em questão.

Impede destacar que, na verdade, dentro dessa terceira concepção sobre princípios, cujos contornos ganharam maior definição a partir da década de oitenta, ressaltamos que “em geral”, e “não sempre”, os autores restringem, ou, ao menos, procuram restringir, a norma-princípio ao âmbito interno do sistema estatal. Tal ressalva é importante porque, na verdade, Dworkin concebe as normas-princípio como válvulas de abertura do Direito para a Moral. Os princípios jurídicos seriam, pois, valores morais que informariam o ordenamento e orientariam a aplicação das regras. Trata-se de uma teoria pós-moderna que pretende resgatar a ligação entre o Direito e a Moral, deliberadamente se posicionando contra a concepção positivista, não só no que diz que respeito ao postulado da distinção entre direito posto e Moral, mas também no que concerne à tese segundo a qual não haveria uma única interpretação verdadeira, e sim várias interpretações razoáveis da norma jurídica. Entretanto, como veremos mais à frente ao tratarmos da temática da Viragem Lingüística no Direito e da teoria dos sistemas, Dworkin, na tentativa de estabelecer uma vinculação entre Moral e o Direito, acaba, em linhas gerais, chegando a conclusões muito próximas, acerca da relação entre a Moral e o Direito, às que também é possível chegar, à luz da Filosofia da Linguagem e da Ontologia Fundamental, aplicadas à Teoria do Direito, para as quais o modo de conceber a relação o Direito à Moral pode ser radicalmente distinto da maneira de ver das antigas teorias jurídicas de viés anti-positivista, é aponta, inclusive, para uma conciliação parcial entre concepções positivistas e não positivistas, sem reduzir, todavia, o Direito à Moral, mas, ao contrário, reduzindo uma porção da Moral ao Direito. E é por isso que não é de todo incorreto pretender inserir Dworkin nesse rol de autores cuja concepção de princípio é a de norma jurídica interna ou internalizada no sistema. Com efeito, a distinção entre a Moral e o Direito faz-se, não apenas, mas, sobretudo, por um critério formal. De fato, a norma jurídica muitas vezes só se distingue da norma moral porque foi positivada, quer dizer, porque foi formalmente inserida no sistema jurídico por ato da autoridade estatal competente. Contudo, “o modo de conceber-se a inserção no sistema” é, pois, uma das distinções entre o velho Positivismo Jurídico e o novo Pós-positivismo. Agora, com o desenvolvimento de teorias operacionais sobre interpretação e aplicação da norma jurídica, percebe-se, com uma maior nitidez, que se o Direito é o Direito Estatal, e se a norma não se confunde com a legislação, sendo o juízo lógico, ao invés, extraído dos preceitos legais, então, o Direito não é apenas o que o Legislativo diz que é (a lei), mas, sobretudo, aquilo que o Judiciário diz que é (a norma), pois, se a primeira palavra sobre o que é o Direito compete ao legislador, a última palavra compete ao julgador. Daí a conclusão que assoma com foros de evidência é: “a positivação do que será o direito compete não apenas ao Legislativo, mas também ao Judiciário”. A maneira de conceber-se a forma de inserção de novas

¹²³ Friedrich Müller, *op. cit.*

normas no sistema, inclusive mediante a incorporação, por exemplo, de normas antes externas e não-jurídicas, é, pois, o que distingue a velho Positivismo Jurídico e o novo Pós-Positivismo. Se antes apenas o legislador poderia fazê-lo, agora o Judiciário também é visto como autoridade competente para positivizar, para tornar ou consagrar como jurídica uma regra antes não-jurídica, pertencente, por exemplo, ao domínio da moral, ao domínio da religião *etc.* Trata-se, assim, de uma maneira nova, diferente das precedentes, e ao mesmo tempo simples, de conceber-se a relação entre o Direito e a Moral, sem negar os aspectos positivos do positivismo jurídico, sobretudo a segurança jurídica, e ao mesmo tempo superando os problemas decorrentes de uma concepção estritamente legalista do Direito. No entanto, trata-se também de uma afirmação polêmica e que só pode ser devidamente compreendida após uma incursão mais detalhada sobre como o instrumental teórico fornecido, conjuntamente pela Analítica da Linguagem e pela Analítica Existencial, pode auxiliar a Teoria do Direito na temática da interpretação da norma jurídica. É preciso entender como a Teoria da Linguagem e a Teoria do Ser podem ajudar não apenas a resolver velhas questões sobre a teoria do conhecimento do direito, mas principalmente como podem ajudar a ver as mesmas questões por uma outra perspectiva. É o que trataremos posteriormente em tópico específico.

3.1.3 Teoria operacional dos princípios (fase atual): regras, princípios e postulados

No entanto, foi um jurista brasileiro quem apresentou, com base no referido instrumental teórico então já sedimentado no meio acadêmico, a teoria dos princípios que se revela, até o momento, como a de maior operacionalidade para a solução de problemas forenses, além de contribuir com a identificação de uma terceira categoria normativa, ao lado das regras e dos princípios: os postulados. De fato, Humberto Ávila,¹²⁴ em sua curta e ao mesmo tempo densa e clara monografia, *Teoria dos Princípios*, apresentou à comunidade jurídica um verdadeiro equacionamento do material teórico disponível mas até então ainda fragmentado, acrescentando-lhe a contribuição pessoal do pensador que consegue ver além do já apresentado. Após nossa digressão acerca da ontologia dos valores, identificando-os em seus vários matizes (formal e material, transcendental e empírico, jurídico e não-jurídico) e demonstrada que a questão dos fins, como desdobramento da questão dos valores, também possui uma perspectiva empírica e outra metafísica, restando sobrepujada a falsa suposição que restringe o conceito de princípios jurídicos à noção de valores transcendentais ou a de fins últimos e metafísicos, torna-se possível mais facilmente, apresentar, em termos bem definidos e claros, a teoria da norma jurídica de Ávila, bem como, na seqüência, apresentar, dentro do espírito do progresso científico, críticas, acréscimos e sugerir correções que contribuam para o aperfeiçoamento de uma teoria que se revela como utilíssimo instrumental operacional para a solução de tantos problemas forenses concretos. Assim, retomando as conclusões iniciais que demonstram a indissociável correlação entre “valor”, “dever ser”, “finalidade” e “norma jurídica”, podemos apresentar a mais atual teoria dos princípios, afastando, desde já, possíveis e prováveis acusações de que a mesma se basearia em categorias não empíricas ou afetas à Metafísica, que a descredenciariam como incapaz de produzir conhecimento jurídico científico, por apresentar proposições havidas como não-jurídicas à luz dos postulados de um normativismo jurídico empírico.

3.1.4 Norma-regra e norma-princípio

Nesse sentido, os tradicionais critérios de distinção, referentes (i) à estrutura-lógica, (ii) à aplicação, (iii) à colisão, e (iv) ao fundamento axiológico, são analisados nessa nova concepção teórica. Em síntese panorâmica, o critério da estrutura-lógica é rechaçado como insuficiente, e os critérios da aplicação e do fundamento axiológico são, de certo modo, fundidos

¹²⁴ Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*.

num só e em torno da questão da “finalidade”. Ávila entende que o tradicional e antigo critério da estrutura lógica seria insuficiente para a distinção porque toda espécie normativa, seja regra seja princípio, poderia ser apresentada na forma de uma estrutura lógica “linear” ou na forma de um estrutura lógica “binomial”¹²⁵ (com uma “hipótese de incidência” e um “mandamento”). Afirma que a construção de uma norma como princípio ou como regra não poderia ser feita *a priori*, mas tão-somente diante do caso concreto. De tal modo a aplicação e a interpretação seriam momentos metodológicos indissociáveis. Percebe-se nesse aspecto, em sua teoria, a forte influência da teoria de Müller¹²⁶. E ilustra essa sua conclusão com o exemplo da norma jurídica que dispõe sobre o princípio democrático, segundo entende, tanto poderia ser apresentado na forma de um enunciado principiológico, como na estrutura lógica de uma regra: “(...) a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação lingüística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. De fato, algumas normas que são qualificáveis segundo esse critério, como princípio, podem ser reformuladas de modo hipotético, como demonstram os seguintes exemplo: ‘Se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática’ (princípio democrático); ‘Se for desobedecida a exigência de determinação da hipótese de incidência de normas que instituem obrigações, então o ato estatal será considerado inválido’(princípio da tipicidade)¹²⁷. O mesmo ocorreria, segundo argumenta, em relação às demais normas jurídicas. Algumas normas consagradas na Teoria do Direito como exemplos de princípios, e, portanto, de estrutura linear, poderiam receber uma reformulação estrutural binomial típica das regras, ou, inversamente, consagradas regras poderiam ser reestruturadas de forma linear como os princípios.

O grande salto perceptivo da teoria de Ávila, entretanto, um dos dois pontos centrais de todo o seu sistema de idéias, a nosso ver, foi a identificação da “finalidade” como critério basilar para estabelecer a distinção entre regra e princípio. Deve-se destacar, entretanto, sem embargo da excelente sistematização teórica caracterizada pela clareza e objetividade, que o autor não se preocupou em apresentar quaisquer esclarecimentos acerca da ontologia dos fins e dos valores, com o que ficou exposto às críticas dos que são infensos à introdução de categorias metafísicas ou de pluralismos metodológicos na Teoria do Direito. Críticas que, conquanto não tenham uma maior relevância para alguns, não deve ser desprezada num momento em que a Teoria do Direito ainda se encontra numa encruzilhada, entre um monismo, que opta por um reducionismo em prol de uma dignidade científica e da segurança jurídica, e um pluralismo que renega uma maior objetividade para livrar-se de algumas das conseqüências indesejadas decorrentes dessa visão reducionista. Críticas que, todavia, ao menos parcialmente, segundo nos parece, restaram-se afastadas depois da exposição inicial, e que mais à diante, no próximo capítulo, procuraremos dissipar por completo ao abordar algumas das mais relevantes questões da teoria do conhecimento, notadamente à luz da Ontologia Fundamental e da Filosofia Analítica, cujo instrumental teórico há muito já forneceu soluções para a superação do referido problema metodológico nuclear na Teoria do Direito, não obstante a comunidade acadêmica apenas mais recentemente tenha, ainda de modo incipiente, tido tal percepção. Com base no critério da “finalidade”, Ávila distingue as regras e os princípios. Aduz que as regras seriam normas “imediatamente comportamentais e mediatamente finalística”, enquanto os princípios, inversamente, seriam normas “imediatamente finalísticas e mediatamente comportamentais”. Essa distinção pode parecer simplista, mas é apenas “simples”, como, aliás, também o é a maioria das grandes teorias concebidas ao longo da história da ciência¹²⁸. No campo das ciências naturais, a teoria da relatividade especial e a teoria da relatividade geral são, por exemplo, em suas linhas gerais, de uma enorme simplicidade, e, a princípio, acessíveis à

¹²⁵ As denominações “linear” e “binomial” não estão em Ávila, são nossas essas sugestões terminológicas.

¹²⁶ Friedrich Müller, *op. cit.*

¹²⁷ Humberto Ávila, *op. cit.*, p. 32, *Apud*, Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtssaat*, p. 415.

¹²⁸ Novamente, sobre a “simplicidade” das teorias científicas, veja-se Karl Popper, *ap. cit.*, cap. VII.

compreensão de qualquer homem de cultura mediana, mas que à maioria das pessoas acabam se revelando como idéias estapafúrdias, exatamente porque refogem ao senso-comum formado a partir de pré-compreensões fenomenológicas sobre o mundo, o espaço e o tempo, sedimentadas de tal modo na memória que sequer recordamos quando começaram a fazer parte do nosso imaginário. Ilustra muito bem esse fenômeno da falsa percepção fenomenológica, a reação, tanto dos homens médios e como dos cultos, diante da teoria de Galileu, no século XV, que, questionando a concepção aristotélica aceita por cerca de dois mil anos, afirmara que corpos de massas distintas, soltados de uma mesma altura e simultaneamente, chagam ao solo no mesmo instante. Se ainda hoje uma tal afirmação é causa de espanto entre tantas pessoas, imagine-se à época. É claro que causam o mesmo espanto afirmações como “à altíssima velocidade o tempo passa mais lentamente”, ou como “a queda dos corpos ou a força da gravidade é causada por uma deformação que a massa imprime sobre o espaço”. Parece bizarra a idéia de que o tempo pode passar mais lentamente, como também parece bizarra a idéia de curvatura do espaço. E é exatamente por isso que preferimos deixar para o final, as conclusões que apontam para uma superação da referida dicotomia entre o monismo e o pluralismo jurídicos. Por ora, voltemo-nos para a distinção proposta entre regra e princípio, e ressaltemos que uma profunda compreensão do significado da referida forma de distinção demanda uma mais profunda compreensão acerca da teoria do conhecimento e da ontologia dos valores, sem o que o seu entendimento seria demasiado superficial. E foi exatamente por isso que optamos por uma precedente digressão sobre essa temática.

Assim, deixando de lado uma série de detalhes da sistematização teórica de Ávila, sem desprezar a sua importância, e nos atendo ao ponto específico e principal acerca do critério da “finalidade”, e, ao mesmo tempo, retomando algumas das considerações precedentes acerca da relação entre as idéias de “valor”, “dever ser”, “finalidade” e “norma jurídica”, mais facilmente alcançamos as conexões subjacentes entre a concepção de norma e a idéia de finalidade. Com efeito, a norma-regra, tomada em sua estrutura binomial, em qualquer de seus três moldais (“é permitido”, “é obrigatório” ou “é proibido”) reporta-se a um comportamento havido, por convenção legislativa, como necessário à persecução ou à preservação de um estado de coisas desejado (um fim). E desejar algo é o mesmo que atribuir valor ao objeto de desejo, como já antes esclarecido. E nesse sentido resta absolutamente claro que a norma-regra descreve imediatamente um comportamento, cuja concreção conduz “mediatamente”, no mundo real, à promoção do estado de coisas desejado e para o qual se volta o comportamento (a finalidade). A norma-regra descreve imediatamente um comportamento, com vistas à realização mediata de um fim (objetivo). É claro que a própria norma-regra não encerra em sua estrutura uma indicação direta e explícita acerca de sua finalidade ontológica. O que não quer dizer em absoluto que a questão acerca da finalidade encerre um problema extra-jurídico ou pré-jurídico. Absolutamente não. Pois é a norma-princípio, quase sempre inserta em preceito explícito no sistema, quem estará a indicar a finalidade ou as finalidades que “devem ser” perseguidas pelo operador do direito. Isto é, a razão de ser da norma-princípio é exatamente a de prescrever uma finalidade, referir-se a um estado de coisas a ser promovido ou preservado. Reporta-se, por isso, imediatamente a uma finalidade, a um valor, e apenas mediadamente, por meio das normas-regra que lhes “complementam”, reporta-se a um comportamento. Retomando o exposto em linhas atrás, não se trata, portanto, de admitir-se uma pesquisa antropológica em busca da *mens legislatoris*; o que de resto encerraria uma impossibilidade não só jurídica, mas, como esclarecido, também uma impossibilidade factual, porque o legislador não é uma só pessoa e nem mesmo um colegiado homogêneo¹²⁹. Caso em que estaríamos, de fato, em terreno pré-jurídico, e, por isso, estranho à Ciência do Direito. Porém, ao invés, trata-se de procurar no próprio ordenamento estatal, as diversas finalidades que devem ser perseguidas por meio da aplicação das normas-regra. Trata-se, então, da procura pela *mens legis*. Mas não da procura de

¹²⁹ Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*.

supostas *mens legis* sacadas de uma cartola ou pretensamente encontradas nas “dobras” do sistema, para usar de uma das metáforas tão comumente empregada quando o intérprete pretende convencer o aplicador do direito sobre o maior grau de razoabilidade de uma determinada interpretação, a que mais atende aos seus próprios interesses, em meio a tantas outras. Ao invés, trata-se, ao menos na grande maioria das vezes, da identificação de finalidades expressamente consignadas em preceitos legislativos, mormente em preceitos da Constituição. Assim, dentro da perspectiva da Ontologia Fundamental, dir-se-ia que “a existência da norma jurídica precede a sua essência”. É a partir do sistema e dentro do sistema, e jamais antes da existência do preceito legislativo, que o intérprete deve procurar a razão existencial da norma-regra que se lhe é apresentada à aplicação, procurando aplicá-la tão-somente na medida em que com a sua aplicação a regra cumpre com a sua missão existencial-finalística. E da afirmação de que a existência precede a essência da norma, não se conclua também que é o próprio intérprete-aplicador quem atribui a “razão da existência jurídica” à norma-regra, como num existencialismo sartreano¹³⁰. O que equivaleria, em última análise, a admitir fosse a mesma razão buscada diretamente no legislador. A “razão aplicativa” da regra está ínsita nos preceitos legislativos principiológicos e apenas neles deve ser procurada.

3.1.4.1 *Os fins do direito: fins jurídicos ou internos (imediatos e mediatos) e fins externos*

Perceba-se nesse aspecto, então, a nítida distinção entre fins internos (mediatos e imediatos) e fins externos; bem como a distinção entre fins formais e materiais. Com efeito, interessam à Ciência do Direito, ao pesquisador do direito, as finalidades principiológicas (valores ou objetivos) consagradas no sistema estatal, os fins internos ou jurídicos. O questionamento acerca dos fins últimos do direito interessa ao filósofo, é área de indagação da Filosofia do Direito, porque são eles externos ao ordenamento jurídico estatal. Do mesmo modo, afirmações do tipo “o fim do Estado é a promoção do bem comum” são meramente formais ou tautológicas, vazias de significado jurídico positivo, porque a expressão “bem comum” é um gênero vazio que demanda preenchimento com significados que, após escolhidos pelo legislador, devem ser procurados dentro de cada sistema estatal. O que é o bem comum para o ordenamento brasileiro não é necessariamente o mesmo bem comum à luz do ordenamento italiano. No primeiro caso, reportamo-nos à categoria da “finalidade” no sentido meramente “formal”; no segundo caso, reportamo-nos à categoria da “finalidade” no sentido “material”. É o próprio ordenamento jurídico que informa quais são as finalidades do Estado, quais os objetivos que devem ser perseguidos pelos Poderes Constituídos do Estado. Por isso, a afirmação de que o princípio prescreve uma “finalidade” é exatamente a mesma afirmação de que o princípio consagra um “valor”, ou, ainda, um “dever ser”. E nenhuma delas importa na assunção de idéias estranhas ao sistema, idéias extra, pré ou metajurídicas. Assim sendo, a teoria de Ávila inclui-se entre aquelas que tratam os princípios como categorias exclusivamente jurídicas. Sem que isso importe nem na cabal negação e nem na crença ou aceitação da existência de congêneres categorias finalísticas extra-jurídicas, sejam empíricas (sociológicas) ou sejam metafísicas (transcendentais); quer dizer, sem que isso importe em um posicionamento acerca da existência de valores e princípios externos contingentes ou transcendentais imanentes. Mas apenas, assume a imprescindibilidade de um corte epistemológico, separando o objeto de estudo da Ciência do Direito, demarcando o campo de investigação da pesquisa jurídica, circunscrevendo-o tão-somente às normas jurídicas estatais. Deve-se ressaltar que isso não redundaria necessariamente em reducionismo metodológico. Porém, os esclarecimentos quanto a essa última afirmação só serão apresentados mais à frente, após concluído o desenvolvimento de alguns raciocínios fundamentais, sem os quais qualquer conclusão seria precipitada e poderia induzir aos mal-entendidos tão freqüentes quando se parte dos malsinados pressupostos óbvios.

¹³⁰ Cf. Jean-Paul Sartre, *O existencialismo é um humanismo*.

Regra e princípio são normas, pois, que se complementam reciprocamente. “Uma diz o que fazer”. “Outra diz por que fazer”. Uma é meio, outra é fim. Ou, uma é meio imediato, outra é fim imediato. Conjuntamente ambas formam os “códigos binários” do sistema jurídico. Uma opera em função da outra. Uma categoria só pode ser “compreendida” em função da outra. Como vimos, a Ontologia contemporânea substituiu a noção de “entendimento” pela noção de “compreensão”, porque a palavra “entendimento” sugere a idéia de uma percepção em termos absolutos, enquanto a palavra “compreensão” sugere uma percepção em termos relativos, quer dizer, a percepção da coisa observa enquanto relacionada a outras coisas ou a um contexto dentro do qual está inserida, ao mesmo passo em que associa a noção de compreensão à idéia de “finalidade ontológica”. Assim, um cavalo jamais poderia ser definido como “alto” em termos absolutos. Só seria alto enquanto em relação a outros cavalos. Se existisse apenas um cavalo no mundo, não faria sentido defini-lo como um cavalo alto, mas apenas como um cavalo. No máximo, faria sentido defini-lo como um animal alto, mas, no mesmo sentido, alto relativamente a outros animais. Uma mulher jamais poderia ser havida como bela, em termos absolutos. Só é bonita, se e apenas se, enquanto comparada a outras mulheres. E assim sendo, a norma-regra só pode ser compreendida e interpretada quando correlacionada com as normas-princípio, cuja existência ontológica é a própria razão de ser da norma-regra. E quando não é verificada esta “funcionalidade” recíproca, a conclusão jurídica é a de que a norma-regra é inválida, em abstrato, exatamente porque não se presta à realização da finalidade principiológica. Ou quando, não obstante em abstrato identificada uma tal funcionalidade recíproca, o operador do direito verificar que, por força das particularidades do caso concreto, da aplicação da norma-regra não resultaria promovido ou preservado o estado de coisas prescrito na norma-princípio, ele deve concluir que a regra incidiu, porque caracterizada a subsunção, mas que a sua aplicação ao caso concreto revelar-se-ia inválida, exatamente porque não se prestaria à promoção ou à preservação do referido estado de coisas prescrito pelo princípio, caso em que deixaria de aplicá-la, e declinaria detalhadamente os motivos que justificariam a sua não-aplicação. Se na edição dos atos estatais, em geral, há a necessidade de uma devida motivação que possibilite o controle da legalidade, na hipótese de não aplicação de uma lei, mesmo quando configurada a hipótese que exigiria, de regra, a sua aplicação, a motivação exsurge não só como imprescindível, como também a necessidade de uma mais detalhada justificação da não aplicação da lei na motivação do ato.

3.1.5 Postulados jurídicos (uma primeira concepção)

Um segundo ponto central da teoria das normas jurídicas de Ávila, ao lado da sua identificação das normas-princípio como “finalidades jurídicas” que devem ser perseguidas mediante a aplicação das normas-regra, é o da identificação de uma terceira categoria jurídica que denominou de “postulados”. Ele percebeu que vários dos princípios jurídicos objetos de recorrentes estudos na atual Teoria do Direito, estudos desenvolvidos, sobretudo, no final do século XX, como, por exemplo, os “princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”, na verdade, possuiriam natureza distinta das demais normas-princípio, de tal modo que pertenceriam eles a uma outra categoria jurídica diferente do gênero das normas, motivo por que entendeu que não seria correto sequer classificá-los como uma terceira espécie de norma jurídica. E como entes distintos reclamam distintas denominações, a fim de evitar-se o induzimento a confusões conceituais ou ontológicas, a fim de evitar que de equívocos lingüísticos decorram equívocos ontológico-conceituais, preferiu denominá-los mais adequadamente de “postulados”, ou, especificamente, de “postulados aplicativos normativos”¹³¹. Após observar que na Teoria do Direito ora são tratados como normas-regra e ora como normas-princípio, chega à referida conclusão em face de duas constatações acerca dessa categoria: (i) que não se confundiria com as normas-regra, porque não se tratar da

¹³¹ Humberto Ávila, *op. cit.*

“descrição de um comportamento, para o qual é prescrita uma consequência”, não se lhe aplicando, como se aplica às regras, a atividade de subsunção; (ii) e que também não se confundiria com a norma-princípio, por não importarem na promoção de um fim específico. E infere daí que os postulados estariam num plano diverso do das normas, quer dizer, num plano pré-jurídico, possuindo, pois, uma natureza “formal” e de “metanorma”, voltada para a “aplicação” das normas jurídicas, notadamente para a aplicação dos princípios normativos¹³². E sem negar a existência de outros, identifica e analisa detalhadamente os seguintes postulados: (i) da ponderação; (ii) da concordância prática; (iii) da proibição do excesso; (iv) da igualdade; (v) da razoabilidade; e (vi) da proporcionalidade. Todos eles voltar-se-iam para a aplicação dos demais princípios, ou, mais do que isso, voltar-se-iam para a tarefa de compatibilização do que o autor chama de “elementos” distintos, tais como “bens”, “valores”, “interesses”, “direitos”, todos, relativos a “sujeitos” em litígio¹³³. E, então, classifica-os em duas espécies distintas: (a) os postulados incondicionais ou inespecíficos e (b) os postulados condicionais ou específicos. Os três primeiros seriam assim chamados de inespecíficos porque tratam das relações entre elementos sem que, no entanto, sejam especificados previamente os critérios que devem orientar essas relações. Os três outros seriam específicos ou condicionais porquanto seriam especificados pelo sistema jurídico os critérios que devem nortear as soluções dos conflitos ou embates entre os elementos.

3.1.5.1 Postulados da ponderação, da concordância prática e da proibição do excesso

Com efeito, a Teoria do Direito, sob os influxos das teses de Dworkin e Alexy, tem se referido muito à “ponderação” de interesses, de direitos e notadamente de “princípios”. Tal ponderação tem sido referida ora como uma “atividade” (a atividade de ponderação), ora como um “princípio jurídico” que reclama tal atividade quando da interpretação e aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. A idéia de ponderação evoca, pois, o sopesamento das circunstâncias “factuais” específica do caso sob análise, sempre em correlação com os interesses em questão, de tal modo que o interprete/aplicador do direito possa decidir se deve procurar compatibilizar os princípios jurídicos em colisão, se houver uma tal possibilidade¹³⁴, ou se deve despreza inteiramente um e aplicar apenas o outro¹³⁵. Ponderar pode significar compatibilizar em abstrato os princípios ou em concreto os interesses. Mas pode significar também, dependendo da tese a que se filie, sopesar os interesses em questão no mundo factual para, se for o caso, afastar, ao invés de harmonizar, um princípio e aplicar outro. Duas são as constatações quanto à questão. Primeiro, que, como esclarecido, a ponderação não se apresenta como um princípio jurídico, quer dizer, com uma norma que promova imediatamente um fim específico, mas, sim, trata-se de uma regra formal não normativa, melhor dizer, um postulado, que procura equacionar uma colisão de princípios ou de interesses. Percebe-se, novamente, a relação entre princípio e interesse. Segundo, que, como esclarecido, não fornece esse postulado, os parâmetros para que o intérprete/aplicador do direito possa escolher entre uma ou outra alternativa. Sendo ele mesmo, o aplicador, quem deve eleger de quais critérios se utilizará para solucionar a colisão, apresentando nas suas motivações esses mesmos critérios, declinando as razões da escolha dos critérios e a razões que justificam a solução à luz desses critérios. Nesse sentido, o postulado da “concordância prática”, cuja utilização já implica no posicionamento metodológico pela tese de Dworkin e na rejeição da teoria de Alexy, determina o dever de realizar ao máximo os valores (elementos) que se imbricam, por meio da harmonização de interesses colidentes. E assim sendo, esse postulado direciona a ponderação. Alguns falam em

¹³² *Ibidem, idem.*

¹³³ *Ibidem, idem.*

¹³⁴ Dworkin, *op. cit.*

¹³⁵ Alexy, *op. cit.*

“síntese dialética¹³⁶”. Outros ressaltam a importância desse postulado, uma vez que “há uma permanente tensão entre os princípios e regras que protegem o cidadão e os princípios e regras que atribuem poder ao Estado”¹³⁷. A seu turno, o postulado da “proibição do excesso”, como sugere a própria denominação, proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental. A promoção das finalidades constitucionalmente asseguradas possuiria um limite mínimo, aquém do qual o ato estatal respectivo responsável pela promoção do direito fundamental (ato legislativo, ato administrativo ou ato jurisdicional) seria editado em flagrante invalidade. Percebe-se, de conseguinte, que esses três postulados são aspectos distintos de uma mesma idéia mais abrangente e que poderia ser identificada como “postulado da compatibilização” ou da “harmonização”, ou ainda, mais especificamente, percebe-se que são aspectos de um “princípio lógico” próprio de todo e qualquer sistema, inclusive dos sistemas jurídicos, que denominamos de *princípio do equilíbrio sistêmico*. Na Teoria do Direito têm sido apresentadas algumas inteligentes elaborações para realçar as diferenças e as diversas aplicações práticas de cada um desses postulados; contudo, maiores detalhes a respeito devem ser procurados na farta bibliografia sobre o tema, pois escapam ao que se propõe aqui. Pretendemos tão-só apresentar uma síntese suficiente e necessária para que, não partindo dos pressupostos óbvios que freqüentemente conduzem a equívocos os mais variados, possamos apresentar críticas às teses mais atuais acerca da interpretação e da aplicação do direito, e sugerir novos enfoques de problemas, a nosso ver, mal formulados e mal compreendidos.

3.1.5.2 Postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade

Mais do que todos os outros postulados, sem dúvida, o postulado da proporcionalidade é o mais recorrentemente nos estudos da Teoria do Direito nos últimos anos, e tem sido apresentado como se realmente fosse uma norma jurídica, ora como norma-regra ora como norma-princípio. A jurisprudência também tem se utilizado dessas elaborações teórica numa freqüência sem precedentes, e notadamente o Supremo Tribunal Federal tem se valido do manancial teórico produzido aqui e no exterior, notadamente na Alemanha, a ponto de inverter-se a relação mais comum em nossa tradição jurídica, na medida em que a jurisprudência desse tribunal passou a ser utilizada como fonte de análises e estudos, o que, aliás, deveria ser a regra e não a exceção, pois, como já ressaltamos, se o direito é o direito posto pelo Estado, particularmente as leis produzidas pelo Poder Legislativo, no final das contas, como a lei demanda interpretação, é o Poder Judiciário quem dá a última palavra sobre o que é o direito. O direito é, pois, o que os tribunais dizem que é, sobretudo o que o Supremo Tribunal diz que é. É importante ressaltar, no entanto, que as observações feitas por Ávila acerca de como na Teoria do Direito esses princípios ou postulados de aplicação são tratados, parecem sugerir que ele não assume por completo a autoria da referida concepção. A uma porque ele revela que a terminologia não é sua, mas encontrada em um autor alemão, Lothar Michael; a duas porque argumenta que, conquanto outros autores se utilizem da terminologia “princípio”, as suas considerações apontam para um sentido diverso do das outras duas espécies normativas, “norma” e “princípio”, fato que talvez, em si mesmo, sugeriria, nas entrelinhas das elaborações de outros autores, que tais princípios pertenceriam a uma terceira categoria; a três porque ele afirma que o próprio Alexy, autor que indiscutivelmente, ao lado de Dworkin, é uma das duas mais respeitáveis autoridades mundiais sobre a temática das normas jurídicas, a despeito dos que assim não os consideram, fala, em nota de rodapé, em “máximas parciais” para se referir a essa categoria. Contudo, a história da ciência revela que, na verdade, a grande maioria das descobertas ou teorias científicas revolucionárias não surgiu total e exclusivamente da mente de

¹³⁶Dürig, *apud*, citado por Humberto Ávila, em *Teoria dos Princípios* (Dürig.in: MUNUZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ. Grundgesetz Kommetar. Art. 3, Abs. I, Rndr. 121 e 128. München, Beck, 1997.).

¹³⁷Humberto Ávila, *op. cit.*

um único pensador cuja genialidade lhe conduziu a idéias absolutamente autênticas ou originais; mas, ao invés, quase sempre a autenticidade e a genialidade assomam para estabelecer conexões que já estavam latentes em meio aos debates acadêmicos¹³⁸. Em última análise, a autenticidade está em perceber o óbvio que ainda não foi percebido. Tanto é assim que quando a obviedade é revelada, muito freqüentemente a sensação predominante no meio acadêmico pode ser descrita com o seguinte pensamento: “*é claro...! como pude não ter percebido antes algo tão evidente?!*”. Seguida de uma forte sensação de grande limitação intelectual por não ter chagado às mesmas conclusões. E dessa maneira, muitas obviedades passam séculos sem que sejam notadas¹³⁹. No presente caso os argumentos declinados sugerem que inexoravelmente não transcorreria muito mais tempo sem que um outro jurista chegasse às mesmas conclusões, identificando as conexões subjacentes que permitiriam perceber que os tão recorrentes princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e outros congêneres não seriam, na verdade, normas-princípio ou normas-regra, mas conformariam a outra categoria jurídica e como tal merecedora de diferente denominação. E nesse mesmo sentido, após o desenvolvimento de algumas considerações que se seguem, imprescindíveis para identificar outras conexões subjacentes ainda não apercebidas na Teoria do Direito, apresentaremos uma nova concepção de “postulado”, cujo teor, na verdade, encerra uma perspectiva que amplia e complementa a então já apresentada, sem, no entanto, negá-la, dentro do espírito do progresso científico gradual ou da evolução de teorias precedentes¹⁴⁰, evolução que ordinariamente se materializa por meio de correções ou de complementações, ora mais, ora menos extensas. Concepção ou perspectiva essa que, igualmente, parece-nos se não aqui fosse apresentada, inevitavelmente o seria em breve espaço de tempo por um outro pesquisador, porque também latente em meio a reflexões e teses então em aberto no mundo acadêmico.

¹³⁸ A historiografia relata que Darwin não queria publicar a *Origem das Espécies*, pois temia a reação que as suas idéias poderiam causar no meio social, e só foi convencido a fazê-lo quando “Em 1958, Alfred Wallece, um naturalista amador que também havia viajado para a América do Sul, enviou a Darwin uma exposição muito clara da teoria da formação das espécies, o que o obrigou a trazer suas idéias a público. Artigos separados feitos por Darwin e por Wallace foram lidos pela *Linnaen Society*, e a ascendência de Darwin foi estabelecida. O ano seguinte foi o da publicação do seu *A Origem das Espécies pela Seleção Natural ou a Preservação da Raça Favorecidas na Luta pela Sobrevivência*.”(John Simmons, *Maiores Cientistas da Humanidade*, p 47.). No mesmo sentido, as descobertas sobre o “cálculo infinitesimal”, que conduziram à elaboração matemática da teoria da gravidade de Newton, estavam latente à época no meio acadêmico: “(...) Newton também decompôs a luz branca (...). Além disso, criou o cálculo, motivo de uma posterior querela com LEIBNIZ, da qual ele saiu desacreditado. A verdade é a seguinte: em termos de tempo, foi imediatamente anterior à de Leibniz; ambos chegaram às mesmas conclusões independentemente, mas a forma com que Leibniz apresentou seus estudos era mais útil e prática.”(Martin Seymour-Smith, *Livros que influenciaram a humanidade*, p. 353-354.). “Os vitorianos, em face das novas dificuldades, postulavam a existência de alguma coisa ou coisas, que passaram a chamar de *éter*. O *éter* lhes provia um meio artificial no qual ondas de luz, ondas magnéticas e outras formas de ondas podiam executar suas funções. É difícil imaginar que quando matemáticos e filósofos do porte de Bertrand Russell e Alfred North Whitehead estavam fazendo pesquisas, por volta de 1900, essas dificuldades ainda persistiam; que eles não tinham outra escolha senão a de levar em consideração o *éter*. O único que, na época, parece ter intuído a teoria da relatividade foi o filósofo William Clifford. À medida que passava a primeira década do século XX, as coisas começaram a se tornar crescentemente mais enigmáticas e controversas. Alguns estudiosos já tinham notícia da teoria especial da relatividade de Einstein, do trabalho do matemático francês Henri Poincaré (que quase antecipou Einstein, em 1898) e de muitos outros que estavam trabalhando nesse tema. Entre eles, estava o presidente da Sociedade Americana para o Desenvolvimento da Ciência. Ele, provavelmente, sintetizou o modo como se sentiam os cientistas medíocres: ‘Não acredito que exista um só homem vivo que possa garantir com sinceridade que seja capaz de conceber o tempo como uma função da velocidade ou que esteja disposto a ser condenado pela convicção de que o seu ‘agora’ é o futuro de outro homem ou continua sendo o passado de outro homem’.”(Martin, Seymour-Smith, *Livros que influenciaram a humanidade*, p.555). A teoria especial da relatividade só seria publicada, por Einstein, em 1905.

¹³⁹ Como foi o exemplo da aceleração da gravidade descoberta por Galileu, ou a Teoria da Evolução de Darwin *etc.* relatividade.

¹⁴⁰ Cf. Karl Popper, *Autobiografia Intelectual*, secção n. 37, “o darwinismo como programa de pesquisa”.

3.2 O FALSO PROBLEMA DA INCIDÊNCIA TOTAL OU PARCIAL DOS PRINCÍPIOS (A FALTA DE SENTIDO LINGÜÍSTICO)

A Filosofia Analítica da Linguagem procurou demonstrar que muitos dos problemas apresentados e sobre os quais se detinha a Filosofia, na verdade, não passariam de pseudoproblemas resultantes do uso inadequado da linguagem. Conquanto o principal representante dessa escola, Wittgenstein, tenha, em termos parciais, nesse sentido, revisto, no final da vida, algumas de suas idéias principais sobre a linguagem, e não obstante o próprio movimento, como geralmente ocorre na Filosofia, tenha assumido, também em termos parciais, novos rumos, e, de certo modo, posteriormente arrefecido, é inegável, mesmo para os opositores das idéias professadas por autores como Russell e Wittgenstein, que a Filosofia Analítica contribuiu para revelar que, senão a maioria, pelo menos muitos dos grandes problemas discutidos pela Filosofia, de fato, têm origem em equívocos lingüísticos, e que muitas das proposições da metafísica, efetivamente, não fazem qualquer sentido ou não se referem a nada do mundo real. Noutras palavras, se, por um lado, a Filosofia Analítica não conseguiu reduzir a Filosofia à Filosofia da Linguagem, como pretendia, porque muitos dos problemas que escapam ao domínio da metodologia das ciências empíricas ainda continuam e sempre continuarão a demandar respostas que somente a reflexão filosófica pode fornecer, malgrado as limitações dessas mesmas proposições filosóficas, por outro, inegavelmente esta Escola teve o mérito de revelar que, realmente, uma significativa parcela das históricas indagações filosóficas consistiam em questões mal formuladas ou em falsos problemas decorrentes do uso equivocado da linguagem. Nesse contexto, novamente alguns dos problemas da Teoria do Direito também se apresentam como pseudoproblemas, igualmente originados do uso impreciso da linguagem. Mas os equívocos teóricos, decorrentes de equívocos no uso da linguagem na formulação das teorias, são, em última análise, reflexos da ausência de questionamento para definir, ao menos em linhas gerais, os principais contornos das premissas que servem de fundamento às mesmas teorias¹⁴¹.

A teoria do ordenamento jurídico e a teoria da norma jurídica são duas teorias sobre aspectos complementares de uma mesma realidade: o “todo” e as “partes” do mundo jurídico. A teoria do ordenamento trata do todo, o ordenamento. A teoria das normas trata das partes, as normas. Todavia, parece-nos que, sob certa perspectiva, os princípios não se apresentam como o todo ou como a parte, mas como liames que unem ou fios que ligam as partes para formar o todo. Em todo o caso, o maior equívoco da Teoria do Direito, induzido pelo mau uso da linguagem, no que diz respeito à teoria das normas, segundo nos parece, é a (pré)suposição de que os princípios, tal qual as regras, também “incidem”. Noutras palavras, o principal equívoco lingüístico cometido na órbita da teoria da norma jurídica talvez tenha sido a pressuposição de que aos princípios, por serem normas, aplicar-se-ia a categoria da “incidência”. O silogismo que induz a esse erro é bastante simples: “As normas incidem em determinadas circunstâncias, os princípios são normas, logo os princípios também incidem em determinadas circunstâncias”. Mas esse raciocínio não resultará numa conclusão verdadeira, se qualquer das premissas não corresponder à realidade, que dizer, se demonstrado que os princípios não possuem natureza de norma jurídica, ou se demonstrado que nem todas as normas sujeitam-se ao que se denomina por incidência. Como antes esclarecido, o verbo “incidir” significa “cair sobre”. E já se incorporou ao imaginário jurídico a concepção de que os princípios incidem. Num sentido realista, é correto dizer que os raios do sol incidem sobre a terra. Num sentido imaginário ou metafórico, é correto afirmar que as regras, quando ocorridas, no mundo real, determinadas condições havidas como suficientes e necessárias, incidem sobre os fatos. É óbvio que se faz referência aos fatos tomados em termos conceituais¹⁴². E seguindo essa linha de raciocínio, afirmamos que os princípios, diferentemente, não incidem. Afirmamos que uma

¹⁴¹ Eis mais uma vez, em diferente perspectiva, o problema dos pressupostos óbvios.

¹⁴² Cf. Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*.

reflexão mais atenta sobre as idéias subjacentes às palavras “incidência” e “princípio”, revela ser um equívoco pretender relacionar o fenômeno da incidência à categoria dos princípios. Quer dizer, revela que não faz qualquer “sentido” lingüístico, mesmo que metafórico, afirmar que os princípios incidem. De fato, quando se substitui a palavra “princípio jurídico” pelo sinônimo “finalidade jurídica”, mais facilmente percebe-se a falta de sentido lingüístico da seguinte proposição: “os princípios incidem no caso concreto”¹⁴³. Isso porque não faz qualquer sentido lingüístico a proposição “a finalidade incidiu”, ou a proposição “a finalidade caiu sobre os fatos”. O que faz sentido, ao invés, é a proposição “a finalidade foi alcançada”, ou “a finalidade foi atingida”. Ou mesmo, a “finalidade foi totalmente alcançada”, ou “foi apenas parcialmente atingida”. Ou ainda, do mesmo modo, faz sentido lingüístico afirmar que “o princípio é alcançado quando tal ou qual regra é aplicada ao caso concreto”, ao invés de “o princípio foi aplicado ou incidiu sobre a relação jurídica”.

Na verdade, classificar o princípio como espécie do gênero norma, “de certo modo”, também é um equívoco ontológico-conceitual decorrente do uso indevido das palavras. Tal equiparação é decorrente da identidade, quanto à forma de manifestação de um e de outro, princípio e regra. Como ambos se manifestam por meio da linguagem, notadamente por meio da linguagem escrita, como ambos comumente se manifestem como registros lingüísticos nas folhas de papel em que são consignadas as Constituições, os Códigos e demais diplomas legislativos, supõe-se que ambos são duas espécies de uma mesma categoria maior, a norma jurídica. Mas os dois, como idéias que se exprimem de forma lingüística, reportando-se ao mundo real, não guardam, além de sua natureza imaginário-lingüística, ontologicamente tantas semelhanças que lhes permitam sempre sejam classificados, “sob todas as perspectivas”, como duas espécies de uma mesma categoria convencionalmente referida por uma única denominação mais abrangente, norma jurídica. Ambos são jurídicos, porém, “sob certa perspectiva”, os dois não são espécies do mesmo gênero. Só porque fazem parte do mesmo mundo ideal ou porque, como idéias que são, exprimem-se por meio da linguagem, não quer dizer que “sobre todo e qualquer ângulo” façam parte do mesmo gênero. O homem e a pedra, ambos fazem parte do mesmo mundo concreto e nem por isso podem sempre ser havidos, “simplesmente”, como espécies do mesmo gênero, a matéria. Seria, pois, uma demasiada simplificação de coisas que, na verdade, são bem mais complexas. A concepção de gênero e de espécie encerra sempre uma relatividade. As coisas oscilam entre o infinitamente simples e o infinitamente complexo¹⁴⁴. Em meio a esses dois extremos, há uma infinidade de combinações que dão, por sua vez, lugar a uma infinidade de classificações. O que é classificado como a espécie de um dado ente, de acordo com um ou alguns referenciais, também pode ser havido como o gênero do qual fazem parte outras espécies. O que é gênero em relação a outras coisas havidas como espécies, também é espécie de um outro gênero e assim sucessivamente. Por isso, sob outras perspectivas que não a da mera forma de manifestação, a da linguagem, ou a da natureza ideal, não seria “sempre” correto incluir os princípios jurídicos e as regras jurídicas sob uma mesma denominação, norma jurídica. A clareza e a precisão exigem que entes distintos recebam diferentes denominações, pois é exatamente o erro lingüístico que freqüentemente induz a erros de concepção ontológica, e os erros ontológicos muitas vezes passam séculos sem que sejam notados, e outras vezes induzem a outros equívocos ontológicos, e assim sucessivamente, numa reação em cadeia que pode eventualmente levar à formação de verdadeiros castelos da imaginação. Os próprios sistemas metafísicos, pois, em razão dos falsos problemas decorrentes de equívocos lingüísticos, não seriam muito mais, segundo os mais radicais filósofos da linguagem, que meros castelos de

¹⁴³ Como mencionamos no tópico 3.1, Gottlob Frege, em sua obra *Conceitografia*, apresentava lições nesse sentido, utilizando o princípio leibniziano de intersubjetividade *salva veritatis*, como critério para a identificação do valor-de-verdade do significado de uma palavra mediante a substituição por uma outra palavra dentro de uma frase.

¹⁴⁴ Cf. Theard Chardin, *O Fenômeno Humano*.

idéias construídos para o entretenimento do intelecto adulto, tais quais os contos de fada os são para as crianças¹⁴⁵.

3.3 TEORIA DOS SISTEMAS

3.3.1 Identificação da finalidade jurídica específica

Todo sistema jurídico consagra uma ampla variedade de valores, isto é, volta-se para a persecução e preservação dos mais diversos objetivos, tais como a igualdade, a liberdade, a democracia *etc.* Em algumas hipóteses o operador do direito, ao aplicar a regra jurídica, deparar-se-á com um grupo de finalidades cuja preservação ou promoção não afeta diretamente a promoção ou preservação de outras finalidades principiológicas; enquanto que noutras hipóteses o operador do direito, ao aplicar a regra jurídica, deparar-se-á com um grupo de finalidades cuja preservação ou promoção afeta diretamente a promoção ou preservação de outras finalidades principiológicas consagradas no mesmo sistema. Essa distinção se insere dentro de uma temática que nos parece também tem sido incorretamente abordada na Teoria do Direito, e da incorreta compreensão de um determinado fenômeno normativo decorrem também equivocadas construções teóricas. Estamos nos referindo especificamente à identificação do critério da “colisão normativa” para a distinção entre regras e princípios. Para que tal seja compreendido, faz-se necessário o desenvolvimento de um raciocínio preliminar sobre a distinção entre a lógica que preside a mera noção de ordem e a lógica que preside uma mais complexa concepção, a de sistema.

3.3.2 Lógica, ordem e sistema

“Lógica”, “ordem” e “sistema” são três palavras que se reportam a idéias que, conquanto tenham aspectos em comum, são distintas entre si. A palavra “lógica” deriva do grego *logos*, termo que significa “palavra” ou *verbum*. Palavra ou verbo não apenas enquanto grafema ou fonema, formas de manifestação física (sonora ou visual) da idéia, e sim, num sentido, mais amplo, enquanto forma de expressão tanto física quanto mental das idéias. A “idéia” e a “palavra” estariam intrinsecamente ligadas, uma à outra. A idéia seria um ente e a palavra a forma de manifestação desse mesmo ente. Com se vê, tem, pois, origem remota a polêmica que ainda hoje divide os pensadores da linguagem e neurocientistas em duas linhas teóricas, uma segundo a qual pensamento e linguagem se confundiriam, não havendo pensamento senão por meio da linguagem, e outra para a qual, conquanto o homem, em geral, utilize-se da linguagem para pensar, seria possível a elaboração de pensamento lógico independentemente da linguagem¹⁴⁶. Os escritos religiosos sobre a gênese do mundo, como o antigo testamento, para os cristãos, ou a *thora*, para os hebreus, traduzida do hebraico antigo para o grego, do grego para o latim e do latim para as línguas modernas, quando afirma “no princípio era o verbo”, carrega uma concepção idealista que sugere que o mundo real teve origem (*princípio*) a partir da pura idéia concebida na mente do criador, consubstanciando-se, então, como a realização material da idéia pura de um criador também em si mesmo pura idéia que se manifesta pelo *verbum* (palavra) ou *logos* (idéia). Transpondo o abismo intransponível que separa o mundo real e o mundo ideal, a idéia se fez matéria, dando origem ao mundo físico. E pressupondo-se o criador do mundo humano como uma inteligência superior que teria criado o mundo e tudo o que nele se encontra, com vistas a um propósito (*finalidade*) desconhecido pelo homem, há de supor-se, de conseguinte, que todas as coisas que compõe esse mundo não estariam dispostas caoticamente, mas, ao invés, conformariam uma ordem ou um cosmos maior.

¹⁴⁵ Bertrand Russell, *The Problems of Philosophy e História do Pensamento Ocidental – dos pré-socráticos a Wittgenstein*.

¹⁴⁶ Albert Einstein, *Notas Autobiográficas*, p. 99.

E a inteligência humana seria, então, capaz de perceber as relações ou conexões necessárias entre as coisas que integram o mundo real, desvendado, assim, paulatinamente, a ordem subjacente às coisas. De fato, a palavra “inteligência” vem dos vocábulos latinos *inter legere*, “ler para dentro” ou “ler dentro”, referindo-se à capacidade de ler ou de decodificar as subjacentes conexões entre as coisas do mundo, tais como as relações de causa e efeito, de origem e fim *etc.*

3.3.3 Raciocínio lógico: idéia e palavra, juízo e proposição

Cada uma das coisas ou elementos do mundo, projetados na mente humana por meio da captação de um dos cinco sentidos, são referidos por palavras que lhes dão nomes. As palavras dão nomes às coisas, às relações entre as coisas (ou aos fatos¹⁴⁷), aos estados das coisas, às ações humanas *etc.* E é nesse contexto que se encaixa a “lógica”. “Lógica” designa as teorias que identificam as regras, ou as próprias regras sobre as formas de organização e de expressão do pensamento¹⁴⁸. E o pensamento é sempre, ao menos numa perspectiva empirista, o pensamento sobre alguma coisa real ou sobre a relação entre coisas do mundo real (fato). Assim sendo, a Lógica tem como categorias fundamentais a “idéia” (imagem mental de um ente) e a “palavra” (a expressão lingüística da idéia ou da coisa), o “juízo” (a conexão mentalmente detectada entre coisas reais ou idéias sobre coisas do mundo) e a “proposição” (forma lingüística de apresentação do juízo), e, por último, o “raciocínio” (nome dado a um conjunto de juízos concatenados ou proposições intercaladas por conexões necessárias e analíticas). Idéia e juízo são, assim, expressos, respectivamente, por meio da palavra e da proposição, que juntos formam o raciocínio. A Lógica Clássica ou Analítica apresenta as regras que presidem o raciocínio analítico. E essas regras são encontradas exatamente pela “decomposição” ou “análise” do raciocínio. Analisar significa, pois, decompor em elementos ou em partes “o todo”. Trata-se, portanto, da identificação das relações necessárias entre o todo e as suas partes, ou entre as partes maiores e as partes menores. No caso, “o todo” é o raciocínio, as partes maiores são as proposições e as partes menores são as palavras. Por isso a Lógica apenas apresenta as regras que consubstanciam as conexões analíticas e necessárias entre as proposições, quer dizer, as relações necessárias que afirmações sobre as coisas do mundo guardam entre si mesmas, umas em relação às outras. Mas a Lógica Analítica não diz nada acerca das relações entre as proposições lingüísticas e o mundo real a que se referem. Trata das relações internas entre as proposições (afirmações sobre o mundo) e não trata das relações externas das proposições com o mundo a que se refere. Quando as proposições intercaladas para formar um raciocínio obedecem a essas regras apresentadas pela Lógica, caracteriza-se um raciocínio logicamente “valido”, ou simplesmente um raciocínio lógico, ou seja, um raciocínio que obedece às regras da lógica analítica. Quando as proposições retratam exatamente o que ocorre no mundo real, fala-se em “verdade”, porque a verdade é vista, nesse aspecto, como a correspondência exata entre o que “é dito” (falado por palavras) sobre o mundo e o que o mundo “é”, de fato. O que “é dito” e o que “é”. “Validade” e “verdade” são categorias distintas. A primeira é meramente analítica, pois nada acrescenta além do já sabido. A segunda é sintética, porque pretende acrescentar um predicado à coisa referida.

3.3.4 Validade lógica, verdade empírica e sentido lingüístico

A questão da correspondência entre as palavras e as coisas, entre as proposições e o mundo factual, como vimos, foi objeto de investigação, no início do século XX, da Filosofia Analítica da Linguagem, movimento cujo propósito, em linhas gerais, era o de revelar que muitos dos problemas sobre os quais a Filosofia se detinha, na verdade, não passariam de

¹⁴⁷ Cf. *Tractatus Logico-Philosophicus*, prop. n. 1 e n.2, sobre o conceito de “fato”.

¹⁴⁸ Cf. Aristóteles, *Organon*.

pseudoproblemas decorrentes do uso impreciso da linguagem. Não pretendemos aqui, por não ser essa a proposta, repetir o que facilmente pode ser encontrado num manual de filosofia ou de lógica, mas sim apresentar as informações elementares para ressaltar que enquanto a Lógica Analítica opera num mundo ideal, e é exatamente por isso que não acrescenta nenhuma informação derivada do mundo empírico, as ciências empíricas e parte da Filosofia operam sobre o mundo empírico. Ambas se distinguindo, ciência e filosofia, conforme a concepção epistemológica, em face das especificidades do método científico. E, após o que foi brevemente exposto, é importante ressaltar também que a palavra “lógica” tem duas acepções principais. Num primeiro sentido, derivando de *logos* (palavra ou verbo), é a teoria ou ciência formal que apresenta as “regras” ou relações analíticas da composição do raciocínio. Num segundo sentido, lógica é sinônimo de “regra”. Refere-se às regras que presidem as conexões necessárias de uma dada realidade objeto de conhecimento, sejam as regras que independam da vontade humana, como as que presidem as conexões entre os fenômenos físicos, sejam as regras estabelecidas, por convenção, mediante deliberação humana, como as regras do jogo de xadrez¹⁴⁹, as regras de um programa de computador, ou as regras sobre as conexões entre fenômenos jurídicos, com são o caso as regra da incidência, da subsunção *etc.* Fala-se, então, que o mundo da natureza é regido por uma lógica subjacente, e é exatamente essa regularidade lógica que torna possível a ciência, e são exatamente as conjecturas, elaboradas pelo homem para descrever essas regras que presidem as conexões entre os inúmeros fenômenos da natureza, o que chamamos de ciência. De fato, a ciência num sentido “estático” é o nome que se dá às proposições elaboradas para a descrição do mundo empírico, e num sentido “dinâmico” é o nome que se dá ao método usado para a elaboração e seleção das proposições científicas, isto é, as proposições que são aceitas pela comunidade científica. Ciência, num sentido estático, são as informações assentadas nos compêndios. Ciência, num sentido dinâmico, é o nome que se dá à atividade científica, guiada pela metodologia científica. De fato, o significado das palavras deve ser buscado no uso¹⁵⁰, pois, é no uso que as palavras adquirem diferentes acepções. Uma mesma palavra pode ter um significado (*acepção*) em um primeiro contexto, um outro sentido com pequena variação semântica em um segundo contexto e ainda um terceiro significado de matiz fortemente destoante em uma terceira situação. Assim sendo, a palavra “ciência” ora evoca em nossa mente a imagem de um pesquisador trabalhando em um laboratório (ciência no sentido dinâmico) ora evoca a imagem de um livro ou artigo com proposições científicas (ciência no sentido dinâmico), como, por exemplo, “a origem das espécies” de Darwin, ou “uma breve história do tempo” de Howking. Seguindo a linha desse raciocínio, o próprio método mediante o qual se pretende desvendar essas regras ou conexões entre os elementos do mundo é também composto por outras regras, que no caso das ciências da natureza são a regra da indução e a regra da causa e efeito, entre outras. Indução e causalidade são regras que presidem o mundo da natureza e são regras que presidem o método científico. Não se trata de mera coincidência. Há uma “interface” entre a “lógica da natureza” e a “lógica do método científico”. São dois aspectos de uma única lógica. E a partir dessas duas regras descobertas pelo homem, indução e causalidade, o cientista pretende, mediante a mesma observação guiada pelo método científico, desvelar as demais regras ou conexões subjacentes entre os fenômenos da natureza, de modo a gradualmente completar o grande quebra-cabeça formado pelas conexões do mundo natural (os fatos). Tais considerações acerca da interface que há entre a lógica do método científico (metodologia) e a lógica da natureza têm grande pertinência porque, como demonstramos mais à diante, as regras de aplicação ou postulados de aplicação (externalização) das normas-regra também guardam correlação com a lógica interna dos sistemas jurídicos. Nesse sentido, a palavra “lógica” se aproxima da concepção de “método”, e a palavra “lógica” também se aproxima também da

¹⁴⁹ Karl Popper, *A Lógica da Pesquisa Científica*, seção n. 11, “Regras Metodológicas Apresentadas como Convenções”.

¹⁵⁰ Cf. Wittgenstein, *Investigações Filosóficas*, sobre a sua teoria dos *jogos de linguagem*, em que demonstra que os sentidos das palavras estão indissociavelmente atrelados ao seu uso, e variam em função do contexto em que são usadas.

concepção de “ciência”. Com efeito, “metodologia” é o nome que se dá à teoria sobre os métodos da pesquisa científica. Fala-se, pois, em “lógica da pesquisa científica”¹⁵¹, para referir-se às “regras” que orientam o cientista e a comunidade científica na elaboração das hipóteses e teorias científicas. Percebe-se, então, ser um equívoco tomar a palavra “lógica” apenas como denominação da “Lógica Clássica ou Analítica”. Há, de certo modo, duas lógicas, conforme seja a natureza da proposição apresentada: a “Lógica Analítica”, que apresenta as regras do raciocínio analítico, e a “Lógica Sintética”, denominação que se refere tanto ao método científico, quer dizer, às regras para confirmar ou infirmar, a suposta correspondência entre uma proposição e a realidade a que se refere (verdade e *verificacionismo*), quanto às próprias proposições científicas sintéticas, que dizer, as que pretendem acrescentar conhecimento empírico novo. Em suma, lógica é sinônimo de “regra”, de “método” e de “ciência”.

3.3.5. Ordem e sistema

É possível agora estabelecer mais facilmente as conexões entre as idéias subjacentes às palavras “lógica”, “ordem” e “sistema”. A idéia de ordem opõe-se à idéia de caos. Há ordem quando os elementos que compõe o conjunto, “o todo”, guardam conexões entre si, relacionam-se entre si segundo determinadas regras ou encerram uma certa disposição lógica. E a descoberta das regras fundamentais sobre a organização da ordem é a chave para a decodificação de todas as conexões entre os elementos dessa ordem. Há caos quando, inversamente, o agrupamento de elementos não obedece a quaisquer regras, não se dispõe de acordo com um padrão de conexão. Nesse contexto, a razão, ou *ratio* latina, alude metaforicamente a uma reta imaginária que liga ou faz a conexão entre os elementos. E assim, enquanto o *logos* grego se refere às palavras (idéias) que denominam as coisas, a *ratio* latina se refere à idéia de conexão entre as coisas. *Logos* e *ratio* encerram idéias próximas, mas não idênticas. Em todo o caso, a noção de “ordem” se refere “ao todo” cujas “partes” estão organizadas segundo determinadas “regras” ou segundo determinada “lógica”. A seu turno, a concepção de “sistema”, diferentemente não data da Grécia Antiga ou de tempos imemoriais, tendo sido apresentada na Modernidade por Christian Wolff, filósofo alemão discípulo de Leibniz. Etimologicamente é composta por *syn* e *istemi*, que significa “o composto”, “o complexo” ou “o construído”. Mas, conquanto etimologicamente ordem e sistema reportem-se “ao todo”, ao “todo constituído por partes”, as duas palavras não guardam total identidade entre si. Na verdade, a idéia de ordem é um *plus* em relação à idéia de conjunto de elementos. A concepção de sistema é, por sua vez, um *plus* em relação à idéia de ordem; pois, além de encerrar a noção de conexão entre as partes segundo regras subjacentes, sugere também as idéias de que (i) o todo é mais do que a simples soma das partes e (ii) de que a alteração de qualquer um dos elementos do conjunto causa alterações em cadeia sobre todos os demais elementos, alterando assim o todo, quer dizer, o próprio sistema. A “funcionalidade” é, pois, a nota central da idéia de sistema, e funcionalidade que dizer que cada elemento está disposto em função de outros elementos, com vista a um propósito ou finalidade a ser atingida pelo conjunto. A disposição de cadeiras em um auditório ou o enfileiramento de uma tropa de soldados marchando, encerra mais do que meros conjuntos, encerra também a noção de ordem ou de organização dos elementos, pois a eliminação de uma ou de toda uma fileira de cadeiras, a eliminação de um ou de toda uma fileira de soldados, não descaracteriza a ordem, que continua existindo nas duas situações. Um relógio em perfeito funcionamento é um sistema, mas a eliminação de apenas uma das muitas peças do seu maquinário é capaz de descaracterizar todo o sistema, transformado-o num mero conjunto, pois como cada elemento opera em relação a outros, a eliminação de apenas uma peça do relógio poderia resultar no comprometimento da funcionalidade do próprio sistema, e no caso o todo deixaria de cumprir a sua finalidade ontológica que é a indicação das horas. Conjunto, ordem e sistema são três idéias sucessivas e

¹⁵¹ Cf. Karl Popper, *A Lógica da Pesquisa Científica*.

de abrangência crescente, sendo a segunda um *plus* em relação à primeira, e a terceira um *plus* em relação às duas primeiras.

3.3.6 Princípios da lógica analítica versus princípios da lógica sistêmica

3.3.6.1 *Contradição e oposição: mais uma confusão de significados*

A exposição, mesmo que sucinta, acerca da distinção entre as concepções de ordem e de sistema, mostra-se imprescindível para que seja possível mais facilmente perceber-se alguns dos equívocos da Teoria do Direito, notadamente na teoria da interpretação e da aplicação da norma jurídica. Como é sabido, a idéia de ordem, originariamente, é presidida pelos princípios ou regras fundamentais da Lógica Analítica, quais sejam: (i) identidade; (ii) terceiro excluído; e (iii) não-contradição. Na verdade, esses três princípios são distintos aspectos de uma mesma idéia fundamental da lógica. Por exemplo, a afirmação “o rei é careca” é antinômica à afirmação “o rei não é careca”. Ou o rei é careca, ou não é careca. Não há a possibilidade lógica de uma terceira alternativa (*tertium non datur*), nem tampouco de um meio termo. Ou o é ou não o é. De tal modo que necessariamente apenas uma das afirmações seria logicamente “válida”, e em se admitindo que a constituição da realidade também se assenta sobre uma estrutura lógica correspondente e análoga, também apenas uma das afirmações seria “verdadeira”. A idéia de validade relaciona-se, pois, como esclarecido, à noção de ordem ou coerência interna entre os elementos da ordem, enquanto que a de verdade relaciona-se à coerência externa, isto é, a correspondência entre os elementos internos do sistema e os elementos externos do mundo real, também sistêmico, ao qual o sistema de idéias se reporta. Trata-se da correspondência entre sistema ideal e sistema real. A concepção de sistema, no entanto, é bem mais complexa do que a da antiga noção de ordem, não se expressando apenas por meio dos referidos princípios fundamentais e pelas demais categorias da Lógica Analítica. Sem prescindir do princípio da não-contradição, a lógica dos sistemas orienta-se pelas categorias ou princípios fundamentais da “oposição” e do “equilíbrio”. Sendo, ambos, na verdade, dois aspectos de um mesmo princípio lógico a que chamamos de *princípio do equilíbrio sistêmico*.

3.3.6.2 *Equilíbrio sistêmico*

Com efeito, toda “contradição” encerra uma “oposição”, mas nem toda “oposição” caracteriza uma “contradição”. Por mera convenção sugerimos a palavra “antagonia” como gênero do qual essas duas palavras são espécies. Mas ressalte-se que de tal distinção decorre uma série de conseqüências na própria teoria geral dos sistemas e em particular na teoria dos sistemas jurídicos. A contradição é uma categoria exclusivamente da lógica analítica, enquanto a oposição é uma categoria material ou uma categoria do mundo real, relacionada à lógica dos sistemas e sempre presente mundo concreto cuja composição material natural é invariavelmente sistêmica. A contradição é uma “impossibilidade lógica”, enquanto a oposição não só é uma possibilidade lógica e material, como é mesmo inerente e presente em tudo o que há no mundo real, seja no mundo dos fenômenos físicos seja no mundo dos fenômenos sociais. Por exemplo, o movimento de translação dos planetas em torno do sol, forma um conjunto de astros que é denominado de sistema solar, e o movimento dos sistemas solares em torno de um outro ponto central, forma um outro conjunto de astros que é denominado de galáxia. Mas, no mundo físico, o sistema solar ou o sistema galáctico só são “estáveis” ou permanecem em “equilíbrio” na medida em que forças gravitacionais se “opõem” reciprocamente. É o equilíbrio entre “forças centrípetas” e “forças centrífugas”, opostas umas às outras, que torna fisicamente possível a um satélite manter-se na órbita de um planeta. A estabilidade que caracteriza o sistema de planetas ou o sistema de subsistemas solares só é materialmente possível em virtude do equilíbrio entre as forças antagônicas. Um sistema atômico, ou um sistema molecular, só é possível, isto é, só se mantém materialmente estável em virtude do equilíbrio entre as forças

antagônicas presentes entre os elementos que compõe os átomos e entre os elementos que compõem as moléculas. Os elétrons e prótons, como cargas opostas que se atraem na composição atômica, só não “colidem” graças à atuação de uma combinação de forças “antagônicas” que permitem a “estabilização” do sistema atômico. O mesmo vale para átomos quando associados para a composição de uma molécula. Cada molécula é um sistema cujos elementos são átomos que se matem interligados em função de uma combinação de forças que operam num mesmo sentido e em oposição a forças que operam num outro sentido. Umas, compensando, ou equilibrando, as outras. E a quebra do equilíbrio conduz à negação do sistema. O sistema só é sistema enquanto houver equilíbrio na interação dos seus elementos. O meio ambiente natural em que vivemos, por exemplo, também é um excelente exemplo real ou material da idéia de sistema. Os animais e os vegetais são, uns e outros, elementos (de um sistema) que se complementam no ciclo da vida, estando em permanente troca ou oposição. Os animais transformam o oxigênio, de que precisam para viver, em gás carbônico. Os vegetais transformam o gás carbônico, de que precisam para viver, em oxigênio. A vida de um grupo depende da do outro. Ambos se complementam. Porém, quando o equilíbrio dessa troca é alterado, a vida dos dois grupos é posta em risco. A emissão excessiva e sem precedentes de carbono, ao longo do século XX, em decorrência da revolução industrial, alterou o equilíbrio do ecossistema. A quantidade de oxigênio produzido pela vegetação já é muito menor do que a quantidade de carbono produzido pelo homem. E o excesso de carbono aumentou a temperatura do planeta, que causou o degelo polar, que causou o aumento do nível do oceano, que causou transbordamentos de rios e mares, maremotos, terremotos, enfim, a instabilidade do ecossistema, comprometendo a vida no planeta, comprometendo a própria existência do sistema. A preocupação dos ambientalistas com a preservação de cada uma das espécies animais e vegetais, baseia-se na teoria dos sistemas, pois a extinção de apenas uma espécie animal (um elemento do sistema) pode gerar efeitos em cadeia a ponto de comprometer a vida de outras espécies e de forma progressiva, em tese, também a vida da própria espécie humana. No mesmo sentido, um sistema social que consagre a liberdade como um princípio fundamental, só se mantém estável enquanto presente um equilíbrio entre os interesses e as forças das diversas classes ou segmentos que compõe o todo social (o sistema social). Sem pretender emitir qualquer juízo ou crítica negativa, o modo de produção capitalista baseia-se na troca, outra forma de oposição no sentido de complementação recíproca. Classes sociais distintas produzem diferentes bens necessários à vida e permutam entre si, usando a moeda como denominador comum na troca. O desequilíbrio nas relações sociais de permuta, leva à acumulação de capital, favorecendo alguns segmentos, e numa escala progressiva pode conduzir à dominação de umas classes sobre outras, à opressão do homem pelo homem, rompendo-se o equilíbrio sistêmico. No passado, o excessivo desequilíbrio no sistema de relações sociais de permuta teve que ser restabelecido por reformas sociais profundas, levadas a efeito para evitar a ruptura total e irreversível do sistema, com a substituição de um “modo de produção e permuta”, o capitalista, por um outro, o socialista. O modelo de Estado Liberal, assim, foi historicamente substituído pelo modelo de Estado Social, como forma de restabelecer o equilíbrio sistêmico, sob pena de extinção do próprio sistema e substituição por um outro. Vivemos agora num novo momento de crise (mudança) caracterizada pela instabilidade no modelo de Estado Social, e um novo modelo, ainda não completamente delineado, apresenta-se para o restabelecimento do “equilíbrio mínimo”, sob pena de ruptura do sistema de produção.

3.3.6.3 *O terceiro excluído, o terceiro incluído e o equilíbrio dos sistemas materiais*

Uma diferença fundamental entre as noções de “contradição da lógica analítica” e de “oposição da lógica dos sistemas materiais”, é a de que enquanto a noção de contradição é incompatível com a idéia de um meio termo ou de uma terceira possibilidade entre os elementos antagônicos (o terceiro excluído), a noção de oposição entre os elementos de um sistema, inversamente, reclama por um meio termo, um ponto equidistante, fora do qual se caracteriza a

instabilidade e a própria negação do conceito de sistema material que repousa sobre a idéia de equilíbrio. Em última instância, enquanto a noção de contradição lógica exclui, necessariamente, uma terceira possibilidade formal (*o terceiro excluído*), a noção de oposição material inclui necessariamente uma terceira posição equidistante como ponto de equilíbrio do sistema (*o terceiro incluído*). A lógica da ordem é caracteriza-se por uma topologia binária, cuja inclusão de uma opção exclui necessariamente a outra. Opera, pois, com o conceito de antinomia. A lógica sistêmica baseia-se numa topologia tríade. O equilíbrio topológico encontra-se no *topos* médio, entre o pleno e o vazio, o excesso e a escassez, o tudo e o nada, o positivo e o negativo, a esquerda e a direita, o estático absoluto (ausência de movimento) e o dinâmico total (movimento na velocidade da luz). Assim, por exemplo, a distinção entre o veneno que mata e o remédio que cura não é qualitativa, é quantitativa. A funcionalidade do sistema baseia-se no equilíbrio quântico. Por isso, quanto à funcionalidade, pode-se clasflusificar os sistemas em três tipos: (i) o de bom funcionamento, quando há equilíbrio total; (ii) o de mal funcionamento, quando há desequilíbrio parcial; e (iii) o de não funcionamento, quando o desequilíbrio é total, caracterizando uma situação de *assistemia* ou de ausência de sistema. À diante retomaremos a temática da teoria dos sistemas, apresentando outras classificações relacionadas ao sistema jurídico, tais como a que diferencia os sistemas em abertos e fechados. E, por ora, antecipamos que, como veremos, as conclusões teóricas parecem apontar no sentido de que os sistemas fechados não permanecem em equilíbrio¹⁵². Mas, em síntese, o excesso da presença ou o excesso da ausência (os extremos) são as causas do desequilíbrio sistêmico. A chave do equilíbrio é o ponto médio. E tais noções parecem ser aplicáveis a tudo o mais no mundo material. À ciência, à arte, à política, à religião *etc.*, uma vez que a forma sistêmica está em tudo presente. A idéia de paz, numa perspectiva religiosa, por exemplo, aproxima-se muito mais do estado mental cujos pensamentos fluem numa determinada frequência, não muito rápida e nem muito lenta, média, e não da concepção de ausência total do pensamento (nirvana), essa mais próxima da negação da própria existência, num sentido cartesiano, em direção ao nada, à negação do homem, pois quem não pensa não existe. As doenças mentais (as loucuras) e as patologias do corpo humano são estados de desequilíbrio sistêmico, respectivamente, da mente e do corpo humano. A “oposição” ou a “antagonia”, pois, não só não é incompatível com a idéia de sistema, como é, ao invés, noção essencial à própria idéia de “equilíbrio” dos sistemas, não se confundindo, portanto, como a noção de “contradição”, essa sim incompatível com o conceito lógico de sistema. Vê-se, dessas breves considerações, a importância de uma percuciente e constante análise da linguagem para o desfazimento de tantos equívocos teóricos na Teoria do Direito, tal como evidenciado pela Filosofia Analítica da Linguagem no início do século XX. E nesse sentido, parece que toda a concepção ocidental de “razão” equivocadamente se baseia numa confusão terminológica que induz a uma confusão conceitual-ontológica entre “contradição” e “oposição”. Distinção essa, por outro lado, bastante trivial à concepção oriental de ordem alicerçada na idéia de equilíbrio entre forças opostas, cuja noção é expressa em duas palavras de uso corrente na cultura oriental: *yin* e *yang*.

3.3.7 Sistemas reais e sistemas ideais

O ordenamento jurídico é um sistema ideal criado pelo homem para impor ordem sobre um sistema real, o sistema social. É curioso, entretanto, o fato de que o cérebro humano é um sistema real responsável pela criação de um sistema ideal, a mente. Cérebro e mente são dois sistemas interligados, sendo que, um real, e outro, ideal. Como pode uma coisa real gerar algo

¹⁵² Norbert Wiener, *Cybernetis*. A palavra cibernética tem origem no grego *Kubernam* e significa originariamente “dirigir” ou “controlar”. Foi incorporada ao vocabulário científico do século XX a partir da obra *Cybernetics*, publicada em 1948 pelo matemático Norbert Wiener. As suas teorias sobre “controle” e “sistema” foram fundamentais para a criação das primeiras máquinas de calcular e dos primeiros grandes computadores, e posteriormente mostraram-se aplicáveis às mais diversas áreas do conhecimento, desde à Biologia, à Física, à História, à Economia e até ao Direito.

ideal? Se é possível do real surgir o ideal, talvez a recíproca seja verdadeira, e do ideal possa surgir o real. O que seria, pois, a negação da existência do abismo intransponível entre o mundo real e o mundo ideal. A diferença entre o ideal e o real não seria, então, qualitativa ou ontológica, e sim quantitativa. Em certo sentido, uma tal conclusão, hipotética, guarda correlação com a conclusão da Física, de que matéria e energia são a mesma coisa em estados distintos. Afirmção que contraria o senso comum, que vê a matéria como algo sólido ou concreto e a energia como algo fluídico e difuso. Mas também seria uma conclusão perigosa, por induzir, como já ocorreu na história da filosofia, tanto na Antiguidade como na Modernidade, a um idealismo extremo que nega a realidade e reduz tudo ao ideal. Reducionista, portanto. Contudo, mesmo que fosse verdadeira a conclusão de que a diferença entre o real e o ideal é apenas quantitativa, todas as nossas conclusões declinadas ao longo dessa exposição, mesmo que baseadas na premissa que opõe um abismo intransponível entre o real e o ideal, não seriam completamente invalidadas, mas continuariam sendo válidas para fins operacionais e pragmáticos, pois mesmo que teoricamente uma tal distinção fosse efetivamente quantitativa, um e outro, o real e o imaginário, estariam em extremos quantitativamente tão distantes que na prática, no cotidiano, a imprecisão teórica não seria suficiente para alterar significativamente a aplicabilidade de nossa concepção que opõe o real ao ideal. Ilustra o que se pretende dizer, no âmbito da Física, o exemplo das teorias da relatividade especial e geral. Matéria é energia são a mesma coisa, e o tempo e o espaço são dois aspectos de uma mesma coisa, superando-se a noção de que o tempo não é constante, mas oscila em função da alteração da velocidade. Sem embargo do acerto dessas concepções, as teorias da física newtoniana que supõem energia e massa como entes distintos, e o espaço o tempo não só como entes distintos, mas também inalteráveis, continua tendo plena aplicabilidade prática, e considerada válida em termos operacionais para explicar e calcular, por exemplo, fenômenos físicos cujas velocidades envolvidas não se aproximem do extremo da velocidade da luz. A correlação entre os sistemas ideais e os sistemas reais, não constitui mera filigrana acadêmica apresentada para enriquecer a exposição, mas tem uma grande importância dentro desta reflexão porque o Direito é um sistema jurídico ideal criado para impor a sua ordem sobre um sistema real, a sociedade. Quer dizer, o ordenamento jurídico é um sistema ideal criado para controlar um sistema real¹⁵³. E como os sistemas reais fechados não permanecem em equilíbrio, o sistema ideal que pretende controlar um sistema real também deve ser um sistema aberto¹⁵⁴. É importante lembrar que a superação dos dualismos, entre os quais o dualismo que opõe o real ao ideal, não significa a negação das duas perspectivas. Significa a substituição de uma perspectiva reducionista por uma mais completa, que abranja concomitantemente os tópicos duais. Mas como fazer uma tal síntese sem, no entanto, incorrer num sincretismo metodológico que nega o paradigma científico da Modernidade? A solução encontrada por muitos é a negação radical do próprio paradigma, quer dizer, não apenas corrigir eventuais equívocos da teoria do conhecimento científico, mas, ao invés, substituir o próprio paradigma, por um outro que rejeita essa razão e aceite o sincretismo. Todavia, talvez haja uma terceira via que não importe em negação total do paradigma moderno e nem em sincretismo¹⁵⁵. Eis o desafio da Pós-Modernidade.

¹⁵³ Norbert Wiener, *op. cit.*

¹⁵⁴ *Ibidem, idem.*

¹⁵⁵ Veja-se em *O Discurso Filosófico da Modernidade*, de Habermas, a concepção de Pós-Modernidade, não como um novo paradigma que nega a Modernidade e o conceito de razão consolidado no Iluminismo, mas sim como uma correção de rumos e retificação dos equívocos da Modernidade, sem, no entanto, negá-la.

3.3.8 Os princípios da lógica clássica e a lógica dos princípios jurídicos

3.3.8.1 Antinomias jurídicas

A Teoria do Direito, desde a primeira metade do século passado, notadamente nos trabalhos de Bobbio¹⁵⁶, erigiu uma densa teoria do ordenamento jurídico baseando-se na concepção de “ordem”. O “ordenamento” nada mais seria do que um conjunto que materializa uma “ordem ideal” (do mundo das idéias) que pretende impor ou estabelecer, por reflexo, uma ordem no mundo factual ou real. O ordenamento jurídico, como ordem lógica, sujeitar-se-ia aos três princípios fundamentais da lógica: (i) identidade; (ii) terceiro excluído e (iii) não-contradição. Mas embora a teoria do sistema já estivesse disponível, séculos antes de ter sido elaborada na Teoria do Direito as teorias sobre o ordenamento jurídico, tão-só na década de setenta do século XX ela começou a ser mais fortemente incorporada à Teoria do Direito, de modo a suplantá-lo, não por negação, mas por absorção, a teoria do ordenamento jurídico. Porém, conquanto a Teoria do Direito tenha absorvido muitos dos aspectos da teoria dos sistemas, tendo procurado inclusive substituir, em linhas gerais, a antiga concepção de ordenamento jurídico por uma nova, não excludente e sim mais abrangente, concepção de sistema jurídico¹⁵⁷, na verdade, ainda confunde a “lógica da ordem” com a “lógica do sistema”, e de tal confusão resultam diversas conclusões equivocadas acerca da teoria da interpretação e da aplicação do direito. Noutras palavras, a Teoria do Direito ainda não extraiu todas as conseqüências necessárias da substituição da teoria do ordenamento jurídico pela teoria dos sistemas jurídicos. É claro que essa substituição, e as conseqüências dela decorrentes, não se apresenta como algo evidente em si mesmo, mas como uma ilação inferida a partir de uma análise mais percuciente da própria história da Teoria do Direito nas últimas três décadas, e que merece maiores reflexões da comunidade científica, a fim de que seja ela provisoriamente confirmada ou definitivamente infirmada. Expliquemo-nos. Antes, entretanto, é importante esclarecer que não faz qualquer sentido a polêmica que divide, na Teoria do Direito, os que aceitam, a ampla maioria¹⁵⁸, e os que não aceitam a tese de que o direito posto possui a natureza de uma genuína “ordem normativa” ou de um verdadeiro “sistema jurídico”. De fato, há os que entendem que o Direito se apresenta meramente como um caótico conjunto de normas legislativas¹⁵⁹. Trata-se de mais um falso problema que tem origem, em primeiro lugar, na ausência de um conhecimento menos superficial sobre a própria história da Ontologia e da Teoria do Conhecimento, que dividem os entes em duas categorias, os que pertencem ao mundo real e os que pertencem ao mundo imaginário. Com efeito, o mundo das normas jurídicas é um mundo ideal. Em segundo lugar, porque muitos ainda não assimilaram a distinção entre normas jurídicas e preceitos legislativo. Essas são juízos lógicos extraídos daqueles. O que, de resto, será objeto de detalhamento, na seqüência da digressão. Ora, quando se afirma que o Direito, o conjunto de normas jurídicas, encerra uma ordem, ou, mais ainda, um sistema, tão-somente se apresenta uma premissa que dispensa qualquer confirmação, e dispensa qualquer confirmação não por redundar em uma obviedade axiomática, como o é, por exemplo, a existência do homem que se põe a indagar sobre o que existe, mas sim por tratar-se de uma simples “convenção” imaginária estabelecida,

¹⁵⁶ Norberto Bobbio, *teoria do ordenamento jurídico*. Na verdade, Bobbio utiliza-se do conceito de sistema, mas não extrai dele, para aplicação na Teoria do Ordenamento, todas as conseqüências lógicas já então disponibilizadas pela teoria geral dos sistemas, restringindo-se apenas a breves considerações sobre o método de interpretação sistemática, que, mais corretamente deve ser chamado de interpretação “sistêmica”, e não “sistemática”, uma vez que essa última palavra está mais associada a o que é realizado “em série” ou “seqüencial”. Em última análise, Bobbio praticamente confunde o conceito de “sistema” como o conceito de “ordem”, em suas ilações formuladas no capítulo terceiro da referida obra, o que se vê, inclusive, pela utilização da idéia de “antinomia”, categoria, conquanto presente no conceito de sistema, é central no conceito de ordem.

¹⁵⁷ Sobre a teoria dos sistemas aplicada na elaboração de uma concepção de sistema jurídico, veja-se *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, de Claus-Wilhelm Canaris.

¹⁵⁸ Cf. Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, capítulos VIII e XI.

¹⁵⁹ Cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Roteiro de Lógica Jurídica*, tópico n. 24.

pois, sobre algo que existe apenas como uma criação da mente humana. Direito é ficção, e fictício é o que é falso ou não existe no mundo factual. Ora, (ii) se o homem, sujeito do conhecimento, cria um plexo de regras de conduta social, mediante a edição de preceitos escritos; (ii) se ele afirma que a norma é o juízo “lógico” extraído desses escritos; (iii) se ele também afirma que tal conjunto tem natureza de sistema, quer dizer, se ele estabelece que não há contradições normativas nesse conjunto imaginário, conclui-se que ele está, na verdade, afirmando que as eventuais contradições nos textos escritos, caso detectadas, devem ser havidas, por força dessa convenção pré-estabelecida, como inválidas, e, portanto, inexistentes nesse mundo imaginário, externas, portanto, ao todo, não fazendo parte da ordem ou do sistema subjacente aos preceitos legais; motivo por que não faz qualquer sentido negar-se a natureza sistêmica do conjunto de normas que compõe o direito posto. Nesse sentido, não constitui novidade a tese segundo a qual as normas legais inconstitucionais não seriam sequer normas, de tal modo que verificada a contradição e a incompatibilidade de um preceito de lei com um preceito da Constituição, deve aquele ser havido, *ex tunc*, como jamais existente, expurgando-se a antinomia à luz das regras anti-antinomias fornecidas pelo próprio sistema. É claro que tal concepção foi mitigada por regras inseridas nos próprios sistemas constitucionais mais jovens, em virtude de certos problemas referentes à boa-fé e à própria segurança jurídica, de tal modo que eventualmente alguns dos efeitos das normas inconstitucionais devem ser havidos como efetivamente produzidos no mundo jurídico. O que, entretanto, não infirma o que afirmamos, mas apenas constitui uma ficção dentro da ficção, cujo teor estabelece a possibilidade de uma eventual exceção. E a exceção não infirma, confirma a regra.

Partido da premissa de que o Direito, isso é, o conjunto de preceitos legislativos dos quais são extraídas as normas jurídicas, possui a natureza de um genuíno ordenamento jurídico, que dizer, encerra uma ordem e com tal não comporta contradições entre os seus elementos internos (normas jurídicas), então as eventuais contradições normativas detectadas devem ser expurgadas à luz de um dos três critérios apontados pela tradicional Teoria do Direito para a solução de antinomias: o “hierárquico”, o “cronológico” e o “da especialidade”¹⁶⁰. Distinguir-se-iam, desse modo, as contradições normativas em duas espécies: as antinomias impróprias e as antinomias próprias¹⁶¹. As antinomias impróprias seriam apenas aparentes, na medida em que a eventual contradição se resolveria pela identificação da invalidade de uma das normas antinômicas à luz de um dos referidos critérios; ao passo que as antinomias próprias caracterizar-se-iam em face de contradições normativas não superáveis pela aplicação de qualquer desses critérios. Por exemplo, caracteriza-se como uma antinomia o conflito entre uma norma-regra cujo enunciado prescreve “é proibido fumar em recintos fechados” e outra norma-regra cujo enunciado prescreve “é permitido fumar em recintos fechados”. A antinomia será imprópria se excluída a validade de uma das normas à luz dos referidos critérios. Ou ainda, se verificado que pelo critério cronológico a primeira norma encontra-se derogada pela segunda; ou que, pelo critério da especialidade, a segunda norma constitui exceção que se reporta exclusivamente a situações específicas, autorizando a conduta em alguns recintos fechados e não em outros; ou que a primeira prevalece sobre a segunda por força de uma superioridade hierárquica. Por sua vez, a antinomia será própria quando se caracterizar o conflito entre os próprios critérios para a solução de antinomias, de tal modo que não seja possível à luz dessas regras a dissipação da contradição. Como na hipótese em que as normas-regra colidentes tenham sede num mesmo veículo legislativo, tenha sido editadas simultaneamente e não tenham sido especificados os âmbitos de aplicação ou de alcance de cada uma delas. Isto é, quando não for identificável qualquer distinção hierárquica, cronológica ou de especificidade entre ambas.

¹⁶⁰ Norberto Bobbio, *op. cit.*, capítulo terceiro.

¹⁶¹ *Ibidem, idem.*

3.3.8.2 Antinomias e oposições na teoria dos sistemas

As novas teorias sobre a norma jurídica, ao tentar diferenciar regra e princípio jurídicos, cometem o equívoco de confundir “contradição” e “oposição”. Com efeito, como esclarecido, toda “contradição” encerra uma “oposição”, mas nem toda “oposição” caracteriza uma “contradição”. E de tal distinção decorrem uma série de conseqüências na própria teoria geral dos sistemas e em particular na teoria dos sistemas jurídicos, como passaremos a demonstrar. Como afirmamos, enquanto a noção de contradição é incompatível com a idéia de um meio termo ou de uma terceira possibilidade entre os elementos contraditos (*o terceiro excluído*), a noção de oposição entre os elementos de um sistema, inversamente, reclama por um meio termo, um ponto equidistante, fora do qual há a própria negação do conceito de sistema material que repousa sobre a idéia de equilíbrio. Em última instância, enquanto a noção de contradição lógica exclui necessariamente uma terceira possibilidade formal, a noção de oposição material inclui necessariamente uma terceira posição equidistante como ponto de equilíbrio do sistema (*o terceiro incluído*). E na esteira desse raciocínio acrescentamos: o sistema jurídico é, pois, formado por subsistemas de “normas-regra que se inserem dentro da lógica da não-contradição e da taxatividade dos seus conceitos”, e por subsistemas de “normas-princípio que estão enredadas na lógica da oposição e da relatividade recíproca dos seus conceitos”. Eis, pois, a recepção tardia, na Teoria do Direito, da lógica que caracterizaria a Pós-Modernidade, segundo o segmento menos radical da terceira geração da Escola de Frankfurt, notadamente em Habermas¹⁶², cuja concepção, ao contrário do que entendia Lyotard¹⁶³, não renega a lógica da não-contradição característica da Modernidade, do Iluminismo, da racionalidade cartesiana, mas, ao invés, entende que o que caracterizaria o pensamento Pós-Moderno seria a inclusão da lógica da contradição (ou lógica dialética), que conviveria, nos tempos atuais, com a lógica da não-contradição, ambas se somando na tarefa de interpretar, no âmbito das ciências do espírito, a sociedade e o homem.¹⁶⁴ Os subsistemas de regras são, então, os meios indicados na legislação para que sejam alcançadas as finalidades estabelecidas pelos subsistemas de princípios. As regras, porque sujeitas ao princípio da não-contradição, incidem ou não incidem, não havendo, pois, como cogitar de um meio termo. E incidem, apenas, quando concretizados, no mundo real, os fatos idealmente previstos no preceito normativo. E como já mencionado, a incidência é inexorável, ocorrendo no mundo ideal, por convenção jurídica, sempre que materializada a descrição factual; conquanto a aplicação da norma, além de contingente e dependente de uma série de fatores reais, possa ser afastada pelo operador do direito quando esse concluir que da aplicação de uma norma não resultará a promoção ou preservação de uma finalidade principiológica da qual a regra deveria constitui meio para alcançar um tal fim. O equilíbrio é um aspecto fundamental da noção de sistema. Nas ciências da natureza refere-se à noção de “estabilidade” da ordem no tempo e no espaço. Na Teoria do Direito refere-se à idéia de estabilidade, que nada mais é do que um outro aspecto da própria idéia de “segurança jurídica”, correlata a de previsibilidade das conseqüências ou efeitos jurídicos. A noção de ordem jurídica encerra a lógica da coexistência das normas-regra à luz da diretriz lógica da não-contradição e da coexistência das normas-princípio à luz da diretriz lógica do equilíbrio sistêmico.

Por outro lado, a Ontologia, seja a clássica ou a contemporânea, sempre conceitua os entes em termos relativos. Conceituar é, pois, classificar, identificando as características que incluem no mesmo gênero e as características que diferenciam das espécies próximas. Conceituar é, então, comparar, não havendo, a princípio, entes absolutos, quer dizer, entes cujo conceito não seja estabelecido mediante a comparação com outros entes, entes cujo conceito

¹⁶² Cf. J. Habermas, *O Discurso Filosófico da Modernidade*.

¹⁶³ Cf. Lyotard, *A Condição Pós-Moderna*.

¹⁶⁴ Cf. veja-se o tópico n. 9. *Pós-Modernidade e Teoria Crítica (Escola de Frankfurt)*.

seja absoluto e independente dos conceitos dados a outros entes. Assim uma pedra é conceituada como pertencente ao gênero dos minerais, comparada que é com outros entes que como ela não são dotados do atributo da vida (água, fogo, ar *etc.*), e diferenciada de outros entes, os que têm o atributo da vida (animais e vegetais). Os animais, por sua vez, são conceituados a partir de características que os diferenciam dos entes do gênero dos minerais e da espécie mais próxima, o gênero dos vegetais, e assim por diante. Os “valores”, entretanto, por um lado, como esclarecemos anteriormente, são entes que, conquanto sejam suscetíveis de “percepção fenomenológica” como todos os demais, não são suscetíveis de precisas e claras “descrições fenomenológicas”, e, por outro, são entes caracterizados por uma “dupla relatividade”. Uma relatividade “qualitativa”, tal qual a relatividade dos demais entes, e uma relatividade “quantitativa”. A relatividade qualitativa relaciona-se a sua definição a partir da comparação que identifique semelhanças e dessemelhanças em relação aos demais entes. Como o valor se revela como algo que é atribuído pelo homem aos entes, não existindo como características intrínsecas dos próprios entes, a relatividade quantitativa relaciona-se à comparação entre a intensidade de um dado valor atribuído a um ente e à intensidade de um igual valor também atribuído a um outro ente. E é exatamente por força dessa sua dupla relatividade quantitativa e qualitativa dos valores que a concepção de princípios jurídicos, porque imediatamente finalísticos ou axiológicos, reclama a noção de terceiro incluído. Expliquemo-nos. Tal como não faz sentido classificar um cavalo como “alto”, “grande” ou “rápido” senão mediante a comparação com outros cavalos, ou com outros entes aos quais seja possível atribuir ou negar a presença dos mesmos qualificativos, o valor da beleza, por exemplo, também, com os demais entes e os demais valores, não pode ser entendido em termos absolutos, mas sempre em termos comparativos ou relativos a outros entes. Se só faz sentido qualificar uma mulher como bela na medida em que exista pelo menos uma outra mulher com a qual seja possível estabelecer comparações; então, o “bela” não é a contradição lógica do “feio”, mas apenas o valor materialmente oposto. E entre o belo e o feio há uma infinidade de gradações intermediárias. Entre a possibilidade do belo e a possibilidade do feio há terceiras possibilidades intermediárias (*o topus do terceiro incluído*).

3.4 IGUALDADE MATERIAL E IGUALDADE LÓGICA (IDENTIDADE)

Na esteira desse raciocínio, a “igualdade”, do ponto de vista jurídico, é um valor ou uma finalidade que deve ser perseguida pelo Estado. Mas a igualdade, como todos os demais entes, não pode ser definida em termos absolutos. Não faz sentido lógico, ontológico ou lingüístico dizer simplesmente “tal coisa é igual”. Só faz sentido usar a palavra “igual” num contexto de comparação de uma coisa a outra, quando se diz, por exemplo, “tal coisa é igual àquele ente”, ou, no sentido meramente formal, em notação lógica, dizer “ $A = B$ ”. Por outro lado, do mesmo que não é correto confundir a não-contradição lógica com a oposição lógico-material, também não é correto confundir a igualdade material com a igualdade lógica ou identidade. A idéia de igualdade material é mais abrangente do que a noção lógica de identidade. Não é possível, do ponto de vista da lógica clássica, conceber-se um meio termo entre a identidade e a não identidade. Para essa lógica, como já esclarecido, ou há ou não há identidade entre dois entes. A igualdade material, entretanto, relaciona-se com a idéia de “semelhança”. Característica essa que não é um atributo exclusivamente da categoria dos “valores”, e sim de todo e qualquer conjunto, seja um conjunto de entes materiais seja um conjunto de entes ideais. Há igualdade entre dois (existe)entes no mundo real quando cada um dos elementos da composição de um é exatamente igual aos correspondentes elementos da composição do outro ente objeto da comparação. Quando há igualdade não entre todos, mas apenas entre alguns dos elementos que compõem as coisas comparadas, caracteriza-se, então, a relação de semelhança entre os mesmos, e não a relação de igualdade. A semelhança será tanto maior quanto maior a igualdade entes os elementos ou aspectos das coisas comparadas. A semelhança total entre os entes confunde-se, pois, com a igualdade. Assim, tanto em termos lógicos quanto ontológicos, a

igualdade nada mais é do que a ausência de dessemelhanças entre entes objeto de comparação. Mas, do ponto de vista formal, não faz sentido falar-se em mera semelhança ou identidade parcial. Por outro lado, quando tomada como um valor material, como um valor ou finalidade jurídica a ser perseguida pelo Estado, não é uma contradição lógica a idéia de “igualdade parcial”, exatamente porque não se trata de um conceito de igualdade meramente lógico ou formal, e sim de um conceito axiológico de igualdade e como tal suscetível de gradações. Nesse sentido, a celebre afirmação do personagem da ficção “A Revolução dos Bichos”¹⁶⁵, “alguns são mais iguais que outros”, de fato não se afigura como um mero jogo de palavras que veicula um *absurdum logico*, e sim como uma afirmação que pretende justificar a legitimidade de determinadas dessemelhanças entre cidadãos ou classes de uma mesma sociedade.

3.5 INCIDÊNCIA DAS REGRAS E PERSECUÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Com efeito, em uma Constituição que consagre o princípio da igualdade, decerto, no instante em que a norma da isonomia passa a ter vigência, não são, automaticamente, dissipadas todas as espécies de dessemelhança indesejadas que diferenciam os cidadãos e as várias classes que compõem a realidade social objeto de normatização. É claro que um tal efeito, uma tal mudança automática, não ocorre porque há um abismo intransponível entre o mundo ideal normativo e o mundo real normatizado. Mas não ocorre também porque a função da norma-princípio não é a de alterar a realidade instantaneamente, e sim apenas a de estabelecer metas, objetivos que devem ser perseguidos pelo Estado. As normas-regra é que têm de, em si mesmas, a função de alterar gradativamente a realidade normada, na medida em que vão sendo aplicadas. E assim sendo, não é, pois, possível, à luz da lógica jurídica, um meio termo entre a incidência e a não incidência de uma norma-regra, conquanto seja possível um meio termo entre a total ausência de concreção e a absoluta concreção de uma norma-princípio. Constitui, por isso, um grande equívoco pretender estabelecer uma distinção entre regra e princípio com base na tese, como sustenta Dworkin, de que a incidência das regras operaria segunda a lógica do tudo ou nada, quer dizer, da plena incidência ou da total ausência de incidência, enquanto a incidência dos princípios poderia efetivar-se em termos parciais. Também constitui um grande equívoco a tese, sustentada por Alexy, de que os princípios tal qual as regras só incidiriam em termos absolutos. Ambos pretendem com essas suas teses, e ao lado deles também toda uma extensa fileira de juristas, simplesmente resolver o problema da colisão entre os princípios jurídicos. O primeiro aponta como solução, diante do caso concreto, a possibilidade jurídica de o aplicador do direito, mediante a ponderação dos valores ou interesses em jogo, concluir pela incidência simultânea entre os princípios colidentes, o que resultaria num meio termo, numa solução intermediária, contemporizando valores opostos. O outro sustenta a impossibilidade jurídica de uma tal contemporização, de tal modo que apenas um dos princípios colidentes incidiria e seria passível de aplicação ao caso concreto, afastando-se completamente a incidência e a aplicação dos demais princípios correntes para a solução do problema jurídico.

Ambas as concepções guardam em comum dois grandes equívocos. Partem de duas premissas equivocadas: (i) pressupõem a vinculação necessária da interpretação à aplicação diante do caso concreto, negando a possibilidade de uma interpretação am abstrato, e nesse ponto percebe-se nas duas teorias os influxos da teoria de Müller; e (ii) pressupõem que a “incidência” é uma categoria jurídica relacionada tanto às regras como aos princípios, sem, no entanto, definirem em termos precisos o que entendem por “incidência”. A análise da primeira suposição, isto é, o estudo da questão da relação entre a interpretação e a aplicação, de modo a esclarecer se realmente são ou não, “em todas as situações”, categorias jurídicas necessariamente interligadas uma a outra, será feito mais à frente em tópico específico, depois de realizadas algumas considerações que se constituem como antecedente para uma melhor

¹⁶⁵George Orwell, *A Revolução dos Bichos*.

compreensão da temática. Detamo-nos, por ora, na questão da “incidência”. O que é, pois, “incidir”? Anteriormente já tratamos de alguns dos aspectos da categoria da incidência, ressaltando que se trata de um fenômeno jurídico pertencente ao mundo das idéias e não ao mundo real, e que, como a própria etimologia sugere, a palavra “incidir” encerra uma metáfora que procura relacionar o mundo ideal da norma ao mundo real dos fatos. A norma ideal cairia, ou incidiria, sobre os fatos quando o ocorrido no mundo real correspondesse minimamente ao descrito no mundo ideal da norma. Percebe-se, então, a proximidade entre os significados de “subsunção”, “incidência” e “efeitos jurídicos”. A palavra “incidência”, tal qual o que muitas vezes ocorre no mundo na linguagem, ora se refere à “causa”, ora ao “efeito” de um fenômeno jurídico. Quer dizer, ora se confunde com noção de “subsunção”, ora se refere aos próprios efeitos ou conseqüências da subsunção. Expliquemo-nos. Fala-se em incidência sempre que caracterizada a subsunção (equivalência conceitual entre a norma e o fato). A norma cairia sobre o fato porque atraída para ele pela força de um magnetismo jurídico imaginário. Se não há uma coincidência conceitual entre o fato e a norma, não é possível esse encaixe metafórico (do concreto ao abstrato) do qual são deflagrados os efeitos (conseqüências) previstos na norma. A seu turno, fala-se em “efeitos jurídicos”, deflagrados no mundo ideal, sempre que caracterizada a subsunção e a conseqüente incidência. Daí, a cadeia de relação causal ideal seria, a princípio, composta por três distintos fenômenos, ocorridos concomitante e idealmente (e não temporal ou espacialmente): subsunção, incidência e efeitos¹⁶⁶ (efeitos jurídicos ideais, e não efeitos factuais ou eficácia social). A subsunção seria, por assim dizer, como a causa ideal da incidência e a incidência, por sua vez, a causa ideal dos efeitos jurídicos. Como não existe, porém, qualquer sucessão temporal ou espacial entre esses fenômenos, e como se trata de regras estabelecidas por convenção e existentes apenas no imaginário, seria possível excluir a referência à própria incidência, para operar apenas com as categorias da subsunção e dos efeitos jurídicos. Dir-se-ia, então, que sempre que verificada a coincidência conceitual mínima entre a hipótese normativa e o fato concreto (a subsunção), ter-se-ia como deflagrando no mesmo instante as conseqüências previstas na norma (os efeitos). E desse modo mais facilmente é possível perceber que o que se chama de “incidência” é, na verdade, ora a própria subsunção, enquanto causa, ora os próprios efeitos, enquanto conseqüências ideais da subsunção. Não existe, pois, de *per si*, a incidência como algo distinto e autônomo da subsunção e dos efeitos jurídico. Incidir é, em última análise, o mesmo que subsumir. Incidir é também o mesmo que produzir efeitos. Ressalte-se, todavia, que não estamos aqui a negar a existência imaginária ou sustentar como de somenos importância o fenômeno da incidência, mas tão-só esclarecendo o que é, na verdade, o fenômeno jurídico ideal denominado de “incidência”. Como o que chamamos de incidência não pode ser havido senão necessariamente associado à subsunção e aos efeitos jurídicos, e como não pode ser também concebida, cronologicamente, em separado da subsunção e dos correspondentes efeitos jurídicos, a conclusão não poderia ser outra senão a de que a “incidência” é uma palavra que se refere também tanto ao fenômeno imaginário havido metaforicamente como a causa (a subsunção) quanto ao fenômeno imaginário havido idealmente como a conseqüência (os efeitos jurídicos). Todavia, diversamente ocorre na relação entre a incidência e a aplicação. A relação entre essas, exceto para algumas vozes isoladas¹⁶⁷ na Teoria do Direito, não é necessária e nem simultânea. É possível, pois, que uma norma-regra incida sem que nunca venha a ser aplicada, seja por impossibilidade real, seja por opção do operador do direito quando verificado que dela não resultará concretizado o fim para o qual a regra se constitui como meio. E é exatamente essa independência, existente entre incidência e aplicação, que faz com que cada uma dessas

¹⁶⁶ É importante não confundir os efeitos jurídicos ideais e os efeitos jurídicos factuais. A terminologia não é uniforme, mas os efeitos factuais são chamados, por alguns, de “efetividade”, e os efeitos jurídicos ideais, de “eficácia”. Contudo, outros juristas invertem a referida terminologia. Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*, por exemplo, usa a palavra “eficácia” para referir-se à eficácia no plano factual, e nesse sentido muitos ressaltavam ser a questão da eficácia objeto da Sociologia e não da Ciência do Direito.

¹⁶⁷ Cf. Paulo de Barros Carvalho, *op. cit.*

categorias possa, em uma certa perspectiva, como será esclarecido mais a frente, ser vista como fenômenos não necessariamente ligados um ao outro.

Feitos tais esclarecimentos torna-se mais fácil demonstrar que, em certo sentido, tal qual se dá em relação à categoria da “aplicação”, que nos parece não pode ser relacionada às normas-princípio, como anteriormente procuramos demonstrar, a incidência também não é uma categoria jurídica relacionada aos princípios jurídicos, mas, do mesmo modo, apenas às normas-regra. Com efeito, na maioria das vezes a palavra incidência é tomada como sinônimo de produção de efeitos, e, assim sendo, quando se diz que uma norma incidiu, pretende-se dizer que as conseqüências jurídicas previstas no mandamento ou no prescritor da norma-regra já se encontram presentes no mundo imaginário do direito. Tomemos o exemplo de uma norma-regra cujo teor prescreva “é proibido furtar, e se furtar deve ser penalizado com a perda da liberdade de locomoção por um determinado intervalo de tempo”. Verificada a materialização do fato-furto no mundo real, tem-se como deflagrada no mundo jurídico ideal, no exato momento em que o fato ocorreu, uma conseqüência (efeito). Tem-se como nascida uma relação jurídica entre o Estado e o sujeito infrator. Relação caracterizada, por um lado, pelo poder-dever de o Estado aplicar a regra abstrata, impondo concretamente no mundo real a determinação normativa ideal, e, de outro, pelo dever de o infrator submeter-se sem resistência ao comando normativo e à imposição concreta do Estado. A existência dessa norma-regra, em abstrato, serve ao propósito de promoção ou de preservação do valor da propriedade privada, consagrado em norma-princípio; bem como a sua aplicação, ao caso concreto, tem o propósito de dar concreção real a esse mesmo valor. Da incidência da regra penal resulta, então, a imposição, em abstrato, num primeiro momento necessário, e em concreto, num segundo momento contingente, da referida conseqüência: restrição temporária ao direito de liberdade de locomoção do infrator. E nesse contexto não faz qualquer sentido falar-se em incidência do princípio, uma vez que a norma-principiológica não imputa uma conseqüência específica, mas apenas estabelece um objetivo que deve ser atingido ou concretizado, numa maior ou menor extensão, na medida em que a regra é concretamente aplicada ao mundo factual. Noutros termos, o princípio não prescreve uma conseqüência, mas é ele mesmo a própria conseqüência indireta que é idealmente antecipada e que deve ser concretizada no mundo real mediante a aplicação da regra aos casos concretos. Assim, o princípio pode ser havido, no máximo, como uma conseqüência indireta da aplicação da regra, haja vista que a conseqüência direta é aquela prevista no próprio mandamento normativo, que no exemplo dado é a restrição ao direito de liberdade do infrator. As regras estabelecem conseqüências diretas e particulares, os princípios estabelecem conseqüência indiretas e gerais. A regra incide e alcança concreção na medida em que é ela aplicada ao caso concreto. O princípio não incide, ao invés, é promovido ou preservado (atingido). E é concretizado na medida em que a regra é aplicada ao caso concreto. Em suma, a regra incide ou não incide, e é concretizada quando aplicada. O princípio (enquanto finalidade ou valor) é alcançado ou não alcançado, numa maior ou menor extensão, e é concretizado, não quando aplicado, mas, ao invés, quando a regra é aplicada. Não faz sentido lingüístico falar-se em incidência e em aplicação de uma finalidade (princípio). Só faz sentido lingüístico, ao invés, falar-se em persecução ou busca de uma finalidade. Portanto, a polêmica sobre a incidência total ou parcial dos princípios é, de certo modo, uma forma equivocada de abordar-se um outro problema, qual seja, o da colisão de princípios. Trata-se de mais um daqueles equívocos lingüísticos que, como a Filosofia Analítica demonstrou, no início do século passado, inserem-se, na verdade, entre os muitos pseudoproblemas decorrentes do uso impreciso da linguagem. E dentro do espírito que atribuí à filosofia, não exclusiva e sim inclusivamente, a função, pois, de pôr a descoberto esses falsos problemas por meio da análise da linguagem e do sentido das palavras, reafirmamos: “um objetivo jurídico (princípio ou finalidade) não incide e tampouco se aplica, mas tão-só é desejado, perseguido ou almejado. A regra é uma norma que apresenta um meio para um fim, o princípio é uma norma (se assim quiser chamá-lo) que apresenta um fim a

ser alcançado mediante a aplicação da regra. A regra é meio para um fim. O princípio é o próprio fim”.

3.6 APLICAÇÃO

A palavra “aplicar” vem do latim *app* e *licare*, do qual se originou também o verbo “ligar”. Aplicar reporta-se, pois, também à noção de “ligação” ou de “justaposição” de uma coisa a outra. Num sentido concreto ou denotativo, o verbo “aplicar” suscita a idéia de ligação, como, v. g., na proposição “a tinta foi aplicada à tela”. Quer dizer, uma coisa concreta, a tinta, foi ligada à outra coisa concreta, a tela. Num sentido metafórico ou conotativo, suscita a idéia de ligação de algo que faz parte do mundo ideal a uma coisa que faz parte do mundo concreto, como, por exemplo, na proposição “a norma (ideal) foi aplicada ao caso (concreto)”. Trata-se, é claro, de uma ligação metafórica, porque há aquele abismo intransponível entre o imaginário e o real. Aplicar uma norma é o mesmo que impor as conseqüências idealmente nela previstas à relação factual que se apresenta ao aplicador do direito. Mas, como analisaremos mais detalhadamente em tópico posterior, por traz da noção de aplicação da norma subjazem dois “sentidos” bem distintos que igualmente se relacionam à diferença entre o concreto e o abstrato (o real e o ideal). Quando alguém que pretensamente cometeu um crime é levado a julgamento, fala-se em “aplicação da norma jurídica” para referir-se à atividade jurisdicional que, após a comparação da descrição conceitual da norma geral e hipotética à descrição conceitual dos fatos específicos ocorridos no mundo concreto, determina, “também de modo conceitual” (e tal ressalva seguramente não configura filigrana acadêmica), as conseqüências concretas que devem ser infligidas ao criminoso, como, por exemplo, “o réu deve ser encaminhado à prisão onde deverá permanecer por um determinado intervalo de tempo”. A sentença, pois, reflete a idéia de aplicação em abstrato, apesar de ser comum o equívoco lingüístico de associar a decisão judicial à idéia de aplicação no sentido concreto. Apenas quando as autoridades competentes derem cumprimento, no mundo físico, ao comando abstrato da decisão judicial consignado numa folha de papel, isto é, quando efetivamente encaminharem o réu para a prisão, é quando será possível falar-se, com propriedade, em aplicação em concreto da norma jurídica, pois só nesse momento é que a previsão ideal (idealmente prevista na norma geral e idealmente prevista na norma individual, a sentença) é aplicada ao mundo real, só nesse momento caracteriza-se a ligação metafórica entre o mundo ideal e o real, quando, então, a idéia se faz fato. Poderia-se utilizar uma outra palavra, do vocabulário técnico-jurídico, para referir-se a esse desdobramento da idéia de “aplicação”, qual seja, a palavra “execução”, ou a expressão “execução do julgado”. Porém, essa última expressão se referiria a uma mera etapa “também ideal” da idéia da dinâmica da aplicação, não podendo ser-lhe atribuída a acepção específica de “aplicação em concreto”, porque, também em termos técnicos, a execução da decisão refere-se a um mero desdobramento processual, quer dizer, a um novo processo ou a uma nova etapa do mesmo processo, de cuja conclusão poderá também não implicar no efetivo e concreto cumprimento da decisão, como ocorreria na hipótese de o réu evadir-se. Portanto, “execução” é palavra que não pode ser tomada como sinônimo de “aplicação em concreto”, espécie do gênero “aplicação” da norma, categoria que se subdivide, pois, em aplicação em abstrato e aplicação em concreto.

À luz dessa distinção, e à luz das lições da Analítica da Linguagem, notadamente da teoria segundo a qual os significados das palavras só podem ser aferidos no efetivo uso da linguagem e em função do contexto em que são usadas, (teoria dos *jogos de linguagem*), é possível identificar, em relação às normas jurídicas, outras duas acepções em que a palavra “aplicação” é normalmente usada. Num primeiro sentido, “aplicar uma norma significa impor as conseqüências nela previstas”. Imposição essa, como visto, que pode ser vista em dois sentidos, a imposição abstrata individual ou a imposição concreta individual, mas ambas decorrentes da edição de um ato estatal, seja um ato administrativo, como é o caso do lançamento tributário,

seja um ato judicial, como a sentença. Num segundo sentido, “aplicar uma norma significa torná-la real ou concreta, vertê-la em situação factual”. Na primeira acepção, como esclarecido, a palavra “aplicação” só tem sentido lingüístico quando usada para se referir à norma-regra, uma vez que a norma-princípio, por ser finalística, não é a aplicada, mas apenas atingida ou não atingida, ou, ainda, atingida numa maior ou numa menor extensão. Motivo por que, como dito, a questão da incidência total ou parcial dos princípios revela-se como um pseudoproblema ou como uma abordagem incorreta do problema da colisão de princípios e da natureza das normas principiológicas. Na segunda acepção, entretanto, a palavra “aplicação” pode ser corretamente empregada para referir-se tanto à norma-regra quanto à norma-princípio. É correto falar-se em aplicação da norma-regra para referir-se à imposição efetiva da sua previsão abstrata sobre o mundo factual. Caso em que, reportar-se-ia, no exemplo dado, ao encarceramento físico do réu. É também correto falar-se em aplicação da norma-princípio para referir-se ao resultado-finalístico atingido no mundo real. No mesmo exemplo, referir-se-ia à promoção ou à preservação do valor da propriedade privada, mediante a aplicação da norma-regra cujo valor pretende preservar ou promover. Exclusivamente nessa última acepção faz sentido falar-se em “aplicação do princípio”. Porém, na maioria das vezes, quando a expressão (aplicação de princípio) é empregada, pretende-se usar a palavra “aplicação” naquela outra acepção, com o que as correspondentes frases elaboradas são despojadas de sentido, ou, conforme as lições da Analítica da Linguagem, são “proposições absurdas” ou “sem sentido”, por “não se reportarem a um estado de coisas possível”. E como freqüentemente o erro lingüístico induz a um equívoco conceitual, confunde-se a questão da incidência e aplicação das regras (imposição de conseqüências especificamente previstas), com a questão da aplicação dos princípios, como se os princípios pudessem ser aplicados do mesmo modo que as regras os são.

3.7 EFEITOS DOS PRINCÍPIOS, NORMA-PROGRAMÁTICA E DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

Insta destacar, nesse momento da presente digressão, que não se deve confundir a concepção finalística de princípio com a concepção de “norma-programática”. E para evitar a confusão conceitual é preciso esclarecer o que é um “programa” e qual o significado que a Teoria do Direito empresta a expressão “norma-programática”. “Programa” é, pois, idéia que se refere a uma tarefa cuja execução foi previamente planejada. Um projeto, no sentido da Analítica Existencial de Heidegger. Nesse sentido, toda norma jurídica, seja regra ou princípio, constitui um programa. A regra, na medida em que impõe uma conseqüência a ser implementada quando caracterizadas determinadas pré-condições, é um programa. O princípio, como meta a ser perseguida por meio da aplicação das regras, é também um programa. Contudo, a expressão “norma-programática” é usada, por convenção da Teoria do Direito, em um outro sentido específico. Reporta-se à idéia de uma diretriz, antecipada pelo legislador como meta que deve ser seguida, tal qual a concepção finalística de princípio. Mas seguida apenas preferencialmente, e não necessariamente, e nesse aspecto se distingue da concepção finalística de norma. Não encerra, pois, a idéia de “vinculação necessária” do Estado a um fim normativamente pré-estabelecido. Muitas confusões também têm sido cometidas a respeito do conceito de normas programáticas, mormente quando relacionado à teoria do dirigismo normativo da Constituição. Discute-se se a concepção de Constituição Dirigente de J. J. Canotilho basear-se-ia na idéia de vinculação do Estado, ou se, por outro lado, se basear-se-ia na concepção de norma-programática¹⁶⁸. Ligada a essa discussão, há também um outro debate, que é ainda mais recorrente nos últimos anos, acerca das contradições das idéias políticas incorporadas aos textos das Constituições em vigor no Brasil e em Portugal. A suposta falta de coerência desses textos constitucionais configuraria um obstáculo a desafiar os intérpretes. E, à luz de um outro paradigma epistemológico, vários autores procuram revelar as origens de

¹⁶⁸ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, apêndice da 11 edição.

supostas contradições a antinomias constitucionais, como sendo o resultado de embates políticos que não resultaram em acordos que apontasse para a conciliação de ideários e interesses não apenas distintos mas sim antagônico. A ausência de entendimento entre partidos representantes de classes e interesses distintos terá conduzido à elaboração de textos constitucionais caracterizados por numerosas e centrais incoerências lógicas. São apresentados, à luz desse outro paradigma, os registros das discussões políticas das quais teriam resultado normas antagônicas, que, por exemplo, de um lado, indicam a opção pelo modo de produção capitalista, e, de outro, normas cuja matriz ideológica se aproxima do modo de produção socialista¹⁶⁹; ou normas que, de um lado, consagram a propriedade privada e o princípio da economia de mercado, e, de outro, normas que autorizam a intervenção ou o controle do Estado *no e sobre* o domínio econômico¹⁷⁰. É importante evidenciar que essa discussão, em linhas gerais, tem matriz idêntica à discussão acerca da incidência e aplicação total ou parcial dos princípios, que, por sua vez, constitui um corolário da própria questão da natureza dos princípios. Com efeito, o problema que se pretendeu resolver com a elaboração da teoria das normas-programáticas e com a teoria da Constituição Dirigente não é essencialmente diferente do problema que se pretendeu resolver com as novas teorias sobre a incidência total ou parcial dos princípios. Decerto, com a concepção de norma-programática seria possível explicar as supostas incoerências entre normas que remetem a determinações aparentemente inconciliáveis e contraditórias, na medida em que se apresenta a tese de que o Estado não estaria vinculado a certos princípios constitucionais. A ausência de vinculação, característica da natureza meramente indicativa da norma-programática, permitiria, assim, explicar a suposta contradição lógica, na medida em que o Estado poderia optar pela aplicação de uma dada norma-programática ao invés de optar pela aplicação de uma outra norma-programática antagônica, ou até mesmo optar por não aplicar nenhuma delas. Muitas das novas teorias sobre a natureza das normas jurídicas tentam oferecer soluções para o mesmo problema da colisão de princípios, propondo saídas teóricas que falham porque alicerçadas no mesmo horizonte lógico da não-contradição. E nesse sentido, a diferença basilar entre a teoria das normas-programáticas e algumas das novas teorias principiológicas, assentaria-se nas idéias centrais de total ausência de vinculação ou de parcial presença de uma vinculação do Estado. Enquanto para a concepção de norma-pragmática, entre duas determinações normativas colidentes, o Estado não estaria vinculado nem a uma nem a outra, podendo optar por implementar uma ou implementar a outra, ou ainda, em algumas situações; por não implementar qualquer delas, optando por um terceiro outro caminho; por outro lado, para as novas concepções, notadamente em Alexy, diante da colisão o aplicador deveria optar necessariamente por um dos princípios insertos no sistema. Entre dois princípios opostos, deveria optar por aplicar um deles, não lhe sendo facultado deixar de aplicar ambos. Há, portanto, nessa última elaboração teórica a idéia de uma vinculação parcial, contra a idéia de total ausência de vinculação na tese da norma programática.

De fato, a concepção de dirigismo constitucional foi elaborada como uma solução teórica para o mesmo problema da suposta incoerência dos princípios. E teve o grande mérito de demonstrar à comunidade jurídica que os conflitos normativos seriam muito mais frequentes e profundos¹⁷¹ do que até então se supunha. Colocou em xeque a romântica idéia de ordem, extraída do mundo natural e aplicada ao conjunto de normas jurídicas. Como teoria constitucional, ela enfatizou o problema da fragmentação social em classes distintas e o cenário de ideologias políticas heterogêneas que é característico de uma assembléia constituinte. E pôs em evidência o fato que já constituía uma obviedade (o da heterogeneidade de um parlamento), mas cujas conseqüências no plano da teoria da interpretação constitucional ainda não havia

¹⁶⁹ Cf. J. J.G. Canotilho e Vital Moreira, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*.

¹⁷⁰ Eros Roberto grau, *A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica*, capítulo n. 3, secção n. 54, sobre a distinção de intervenção do Estado “no” e “sobre” o domínio econômico.

¹⁷¹ Cf. J. J. Canotilho, *op. cit.*

recebido a devida atenção na Teoria do Direito. Evidencia, pois, o problema da co-existência de normas cujos teores veiculam ideologias políticas antagônicas; situação essa que supostamente comprometeria, no seu modo de ver, a natureza lógica do sistema constitucional. O dirigismo constitucional data um novo momento da teoria da interpretação do direito, o dos estudos sobre “hermenêutica constitucional”, cujo desenvolvimento conduziria posteriormente à atual fase que daquela constitui desdobramento, a do chamado “Neoconstitucionalismo”, que, por sua vez, na verdade, é denominação para um segmento de idéias que faz parte de um conjunto teórico ainda mais amplo e que supostamente encerraria um novo paradigma jurídico, o do denominado “Pós-Positivismo”. Com efeito, a teoria da Constituição Dirigente põe em destaque o que já constituía uma obviedade flagrante, obviedade que há muito foi ressaltada por juristas da teoria da interpretação, como o brasileiro Carlos Maximiliano, mas que não havia até então recebido a devida atenção da comunidade jurídica¹⁷². Canotilho teve o mérito de pôr em evidência tal fato em face da temática da interpretação constitucional, questionado a suposta natureza “lógica” do ordenamento jurídico, caracterizado pelo princípio da não-contradição. Assim sendo, a teoria do dirigismo constitucional é, em última análise, um reflexo da questão que atualmente é discutida sobre se os princípios vinculam ou não vinculam o Estado, e, em se admitindo a vinculação, sobre como compatibilizar a tese da vinculação do Estado e o problema da oposição de princípios. As teorias são elaborações conjecturais para descrever e explicar uma dada realidade que se apresenta ao sujeito. Não são verdades definitivas e sim conjecturas operacionais. As mais razoáveis são, pela comunidade científica, provisoriamente aceitas até que uma outra mais razoável e mais abrangente seja posteriormente apresentada ao meio acadêmico. Nesse sentido, não nos parece razoável uma teoria que admita a existência de normas jurídicas que não vinculem o Estado. Não vincular é o mesmo que não produzir efeitos jurídicos. Ora, a importância e a razão existencial da norma é a produção de efeitos ou conseqüências jurídicas. Dizer que algumas normas não produzem, ou quase não produzem efeitos, é o mesmo que dizer que elas não existem no mundo jurídico imaginário, é reduzi-las a meros apêndices descartáveis.

Sem embargo dessas considerações, a questão da suposta ausência de efeitos de determinadas normas-princípio deve ser vista de forma mais ampla. Na Teoria da Constituição são apresentadas várias classificações da norma constitucionais quanto aos seus efeitos. A classificação que divide as normas em três espécies, quais sejam, normas de “eficácia plena” de “eficácia contida” e de “eficácia limitada”, pode ser vista como pertencendo a mesma matriz da classificação das normas programáticas, uma vez que as normas de eficácia limitada ou restrita são aquelas cuja produção de efeitos está condicionada a regulamentação legal, e, na ausência de lei regulamentar, ela praticamente não produz efeitos. Deve-se, contudo, fazer uma necessária distinção. A classificação que diferencia as normas de eficácia contida e as de eficácia limitada, refere-se apenas às normas constitucionais que expressamente tenham previsto a edição de uma lei regulamentar (por meio da inserção da expressão “nos termos da lei” no bojo do dispositivo constitucional) como condição para a produção de efeitos (caso em que é havida como norma de eficácia limitada) ou para a delimitação do campo de abrangência dos efeitos (caso em que é havida como norma de eficácia contida ou contível). A norma de eficácia plena produz, segundo essa classificação, desde logo seus plenos efeitos, inclusive porque sequer se refere à necessidade da edição de uma lei regulamentar para tanto. Por outro lado, a concepção de norma programática¹⁷³ é mais ampla, incluindo também a existência de normas que, mesmo sem

¹⁷² Cf. Carlos Maximiliano, *op. cit.*

¹⁷³ É importante destacar que a classificação que José Afonso da Silva apresenta, em seu *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, dividindo as normas constitucionais em três espécies quanto à produção de efeitos (de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada), e que trouxe para o País uma classificação já consagrada no exterior, identifica as normas programáticas apenas como espécie do gênero de normas de eficácia limitada, quando afirma que as normas de eficácia restrita dividem-se em “normas de princípio programático” e em “normas de princípio institutivo”. Contudo, outras classificações concebem as normas programáticas como um gênero mais abrangente, referindo-se aos preceitos constitucionais que encerrariam programas de governo, sem, no entanto,

que se reportem à edição de uma lei regulamentar, seriam havidas como não produtoras de efeitos vinculantes. E mais uma vez, considerando que o Direito é o Direito estatal, e como o Estado não se restringe ao Poder Legislativo, o Direito é não apenas o que o legislador diz que é, mas, sobretudo, é o que o Judiciário diz que é, na medida em que são os tribunais que têm a competência constitucional para dizer o que a lei é, o que a lei disse. No mesmo sentido, considerando que a Constituição é o que o Supremo Tribunal diz que é, podemos, então, afirmar que, à luz do Direito Nacional, só é correto falar em norma programática quando o dispositivo constitucional se reporte à necessidade de edição de regulamentação legal como condição para a produção dos seus efeitos, porque a jurisprudência do Supremo Tribunal só se refere à “norma-programática” quando em questão dispositivo constitucional cuja produção dos efeitos normativos requer a edição de uma lei regulamentar, por expressa referência do preceito constitucional¹⁷⁴.

Nesse sentido, um problema que, no entanto, permanece em aberto, sem uma teorização que tenha sido capaz até o momento de equacionar a questão, é o da identificação de critérios seguros que permitam distinguir, entre as normas constitucionais que se reportem à regulamentação legal, as que produziriam efeitos de imediato, independentemente da regulamentação (as de eficácia contida), e as cujos efeitos só seriam deflagrados com a edição da lei regulamentar (as de eficácia limitada). A solução teórica desse problema, entretanto, parece-nos que já está também latente em meio ao material teórico elaborado nos últimos anos e inserido dentro do paradigma que vem sendo imprecisamente denominado de Pós-Positivismo. Em linhas gerais, a distinção, na ausência de critérios diretamente fornecidos pelo próprio sistema constitucional, far-se-ia, caso a caso, por decisão política do Poder Judiciário, quer dizer, por decisão política do Supremo Tribunal Federal. Não se entenda, porém, a palavra política no sentido partidário, mas, num sentido muito mais amplo. Política como relativo à *polis*, como relativo às questões mais polêmicas e inerentes à vida em sociedade (*polis*), e cujas soluções, num sistema representativo de governo, devem ser tomadas pelos representantes da sociedade, senão o Poder Legislativo, na hipótese de omissão legislativa, conseqüente e inevitavelmente pelo Poder Judiciário. Esse tema da “omissão legislativa” se apresenta, na verdade, num contexto muito maior, e talvez não seja um exagero dizer que é o principal problema teórico a desafiar a comunidade científica do direito, sobretudo dentro do novo paradigma de Estado que está paulatinamente se delineando em substituição ao paradigma do modelo de Estado Social; temática que, por sua vez, também está intrinsecamente ligada ao problema da revisão da teoria da separação dos poderes. Na verdade, a omissão legislativa é, em última instância, o extremo de um outro problema relacionado à interpretação e à aplicação do direito, qual seja, o problema lingüístico do uso freqüente, por opção deliberada dos legisladores, na composição dos preceitos legislativos que tratam de questões sociais mais polêmicas, de palavras de baixa densidade conceitual, cujo significado extremamente vago não se reporta especificamente a determinados entes do mundo real ou a determinadas situações factuais, com o que a tarefa de política-decisional, a princípio reservada ao Legislativo, é transferida para o Judiciário¹⁷⁵. Hipótese em que o Judiciário deixa de decidir no plano

reportarem-se à necessidade regulamentação legal, como também aos preceitos cuja produção de efeitos demandaria regulamentação. Há, também, os que não identificam esses preceitos constitucionais que demandam regulamentação como normas programáticas, mas apenas normas não auto-executáveis (*self executing*), reservando a denominação norma-programática para outros preceitos constitucionais cuja identificação independeria de qualquer referência à necessidade de regulamentação. (Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 156).

¹⁷⁴ Jurisprudência do STF: ADI-148 (Norma programática, Previdência Complementar); ADIN 360 (Norma Regulamentadora).

¹⁷⁵ Cf. Nelson Jobim. O Ministro do Supremo Tribunal, ex-legislador e profundo conhecedor da obra de Wittgenstein, em palestras e entrevistas jornalísticas tem revelado como funcionam os bastidores da atividade parlamentar, em que projetos de lei que se utilizam de palavras de elevada densidade significativa, por força de ausência se acordo político entre os partidos, muitas vezes se apresenta como alternativa para obter-se a aprovação

meramente jurídico e passa a decidir no plano jurídico-político. Essa questão, por sua vez, está intrinsecamente ligada ao tema da “discrecionabilidade” na edição dos atos estatais (*ato legislativo, ato judiciário e ato executivo ou administrativo*), palavra que, como outras tantas mais no Direito, também não é unívoca e sim ambígua, encerrando, pelo menos, dois principais sentidos lingüísticos cuja ausência de distinção tem igualmente conduzido a mau-entendidos na Teoria do Direito. Este tema nuclear será abordado em outra ocasião.

3.8 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS OU FINALIDADES JURÍDICAS

Todo sistema jurídico consagra uma ampla variedade de valores, isto é, volta-se para a persecução e preservação das mais diversas finalidades. Isto ocorre, entre outras razões, porque o ordenamento jurídico é criado para disciplinar as relações sociais, compondo conflitos de interesses. E é esse, pois, o ponto nevrálgico do problema. Como vimos, a palavra “valor” refere-se a tudo aquilo, sem exceção, que é objeto de desejo do ser humano; a tudo aquilo a que o homem atribui importância; a tudo aquilo que o homem quer ou busca para si. Contudo, muitas das coisas que cada homem deseja para si encontram-se limitadas no mundo. Os alimentos, as terras, os metais *etc.* Surgem, então, os “conflitos de interesses”. Na verdade a palavra “interesse” guarda certa sinonímia com as palavras “desejo” e “querer”, pois só se deseja ou se quer aquilo a que se atribui valor. De fato, a palavra “interesse” é composta pelos vocábulos latinos *inter* e *sedere*, “*inter*” significa para dentro e *sedere* é “*ser*”, expressando aquilo que o “ser humano quer para si”. Por sua vez, a palavra “sociedade” designa um grupo de pessoas que estão interligadas por laços culturais ou históricos, isto é, pessoas que têm um passado em comum, falam a mesma língua *etc.* Nenhuma sociedade, entretanto, é um grupo inteiramente homogêneo. Ao contrário, uma das vantagens que estimula a vida gregária é exatamente a divisão de tarefas, as diferenças quando às aptidões práticas e intelectuais, do que decorre a divisão do trabalho. Mesmo nas sociedades gentílicas que antecederam o início da história da civilização, havia a divisão de tarefas. Aos homens competia a caça e a defesa do grupo, às mulheres competia o plantio e o cuidado da prole. Ao longo da história a vida em sociedade foi se tornando mais complexa na medida em que a divisão do trabalho para a produção das coisas necessárias à vida foi se especializando cada vez mais. E nas relações de troca dos bens produzidos pelo trabalho especializado, os valores atribuídos às coisas distintas oscilavam, como ainda hoje oscila, em função dos mais variados fatores. E em meio a esse contexto de oscilações de valores surgiam, com ainda surgem, os conflitos de interesses entre os diversos segmentos sociais. Nas complexas sociedades baseadas no modo de produção capitalista há, hodiernamente, o conflito entre os proprietários dos meios de produção e os trabalhadores. O capitalista quer obter maior lucro e procura pagar o mínimo pelo trabalho dos seus operários. Os operários, por sua vez, organizam-se para pressionar pelo pagamento de melhores salários. No cenário do capitalismo financeiro, há o embate entre os capitalistas donos dos meios de produção e os capitalistas banqueiros, cada um desses segmentos se organizando em agremiações para defender os seus interesses respectivamente por uma maior e por uma menor remuneração do dinheiro necessário à renovação ou à ampliação dos meios de produção. Travam-se os mais variados conflitos de interesses entre os setores primário, secundário e terciário da economia. Em meio a essa constante troca de bens necessários à vida, outros tantos

da lei, a substituição do projeto original por projetos alternativos em que se lança mão de palavras-chave com baixa densidade significativa, palavras que, por não se reportarem senão apenas vagamente a situações ou a fatos imprecisos, acabam gerando problemas interpretativos quando da aplicação da lei. Tal se apresenta, pois, como uma solução política de premeditada e deliberada transferência da competência do Legislativo para o Judiciário, no que respeita a fixação de regras sobre temas sociais os mais controvertidos. A deliberação política do Judiciário, no final das contas, se depreende do poder para fixar o sentido das palavras entre um amplo leque de opções, largamente oferecido pela baixa densidade conceitual de palavras da lei. (Entrevista à TVE, programa “conexão Roberto D’ávila”, em 2006.)

conflitos têm lugar no cenário das sociedades modernas. As mulheres, os profissionais liberais e tantos outros segmentos sociais com interesses próprios fazem as suas reivindicações.

Essa é uma simplificação das origens e das espécies dos mais variados conflitos de interesses presentes em meio a toda e qualquer sociedade. O ordenamento jurídico procura disciplinar e compor tais conflitos. Nos sistemas políticos atuais, sobretudo nas sociedades democráticas, a legislação é produzida por pessoas que se organizam em grupos, os partidos políticos. E o “partido político”, como a própria terminologia sugere, nada mais é do que uma agremiação política que representa, não os interesses comuns aos diversos segmentos sociais, mas sobretudo os interesses de uma determinada “parte” da sociedade. Há partidos que representam principalmente os interesses dos trabalhadores, e há partidos que representam principalmente os interesses dos proprietários dos meios de produção. As sociedades não são, pois, como um corpo monolítico e homogêneo, mas, na verdade, são compostas por distintas “partes” ou grupos de pessoas que, não obstante interligados por razões históricas e culturais, possuem interesses os mais variados e muitas vezes antagônicos entre si. Uma das principais funções do ordenamento jurídico é, pois, reitere-se, a composição desses interesses antagônicos. Mas, os ordenamentos jurídicos são estruturados de forma escalonada, e, assim sendo, as Constituições, no cume da hierarquia das normas, de um lado, têm as funções de atribuir e (de)limitar o poder estatal, e, de a outro, a de consagrar como dever do Estado a perseguição e/ou a preservação dos interesses, valores ou finalidades afetas às mais diversas classes ou segmentos sociais. E nesse contexto, invariavelmente são consignados nas Constituições princípios normativos que consagram interesses sociais colidentes. Nesse caso, como os princípios em questão fazem parte de um mesmo diploma normativo e foram editados simultaneamente, não é possível solucionar o aparente conflito à luz dos critérios “cronológico”, “hierárquico” e “da especialidade”. E partindo-se da premissa de que o ordenamento jurídico tem a natureza de sistema e a Constituição, a natureza de um sub-sistema que integra esse sistema maior, deve-se concluir que tal oposição não se caracteriza como uma antinomia própria ou real; e, de tal modo, também, deve-se concluir que as normas-principiológicas colidentes são plenamente válidas. Como resolver tal problema teórico? A saída teórica proposta pelas novas teorias dos princípios foi, como dito, apresentada a partir da distinção entre validade em abstrato e validade em concreto. Em abstrato dois princípios constitucionais que consagram interesses ou valores antagônicos são havidos como normas válidas, por força da própria pressuposta natureza sistêmica da Constituição e do corolário princípio da unidade do texto constitucional. Mas, segundo essa distinção, a aplicação de um princípio a um determinado caso em concreto nem sempre se revelaria como constitucional. Um princípio incidiria validamente em certos casos concretos, enquanto que noutros, sua aplicação se mostraria inválida ou inconstitucional. São construções teóricas decorrentes dessa concepção, a teoria sobre interpretação constitucional que diferencia a “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto” e a “declaração de inconstitucionalidade com redução de texto”. Afigura-se essa última, quando uma norma legal é havida como “parcialmente” inválida em face da Constituição. Afigura-se a primeira, quando uma norma legal é havida como “totalmente” válida em face da Constituição, sendo totalmente preservado o seu texto, conquanto seja inválida a sua aplicação a determinado caso concreto, por ofensa a preceito do texto constitucional. Na verdade, como já mencionamos, a solução dada ao problema da oposição de normas da Constituição partiu de uma premissa equivocada, a de que se caracterizaria, em tais situações, uma espécie de antinomia jurídica. Confunde-se, pois, antinomia lógica e oposição material. Confunde-se o mundo ideal da lógica e o mundo ideal do direito que se volta para o mundo real dos fatos. A solução proposta também partiu de uma outra premissa equivocada, a de que haveria uma vinculação necessária entre a interpretação e a aplicação do direito. Negado-se, pois, a possibilidade de interpretação em abstrato.

Como já ressaltamos, há certas obviedades que passam por séculos desapercibidas, em virtude de uma tendência cognitiva, inerente ao homem comum, de não

questionar o que o senso comum já incorporou ao imaginário coletivo¹⁷⁶. Ora, se as sociedades são por natureza compostas de segmentos com interesses e valores distintos e muitas vezes conflitantes, e se o ordenamento tem exatamente a função de compor esses conflitos de interesses, é natural que o ordenamento jurídico, notadamente a Constituição, consagre na forma de princípios tais valores e interesses antagônicos. Portanto, a antagonia não só se caracteriza na aplicação dos princípios aos casos concretos, mas também se verifica em abstrato, fazendo parte da própria da essência dos ordenamentos jurídicos. A lógica da não-contradição, ou da não-antinomia, é aplicável somente às normas-regra. Não faz sentido pretender aplicá-la às normas-princípio. Por outro lado, a teoria da ponderação de interesses, de princípio ou de valores, que para muitos se apresenta sói como uma revolucionária e inteligente proposta teórica, na verdade, afigura-se como uma óbvia e inexorável conclusão. Com efeito, se o Constituinte decidiu politicamente consagrar, em linhas gerais, por exemplo, dois interesses antagônicos, sem, no entanto, entrar em maiores detalhes sobre como fazê-lo, e se os correspondentes princípios constitucionais devem, por premissa, ambos ser havidos como válidos, a única conclusão logicamente possível é a de que, sendo fática ou logicamente impossível concretizar-se plenamente esses interesses, ambos devem ser parcialmente perseguidos, concretizados e reciprocamente compatibilizados. A ponderação se afigura, pois, não como uma entre as várias soluções para o impasse; mas, ao invés, nesse contexto, como a única solução a qual seria logicamente possível chegar. Por isso, os princípios antagônicos devem ser compatibilizados tanto em abstrato como em concreto. Nenhum deles deve ser totalmente negado, seja a negação apenas em abstrato, seja a negação apenas em concreto. A compatibilização entre os princípios antagônicos não deve, pois, ser procurada apenas em face do caso concreto, como sustentam alguns dos referidos autores. De fato, o operador do direito está vinculado a uma tal compatibilização ao aplicar as regras criadas em abstrato para a solução do conflito concreto que se lhe é apresentado. Mas também o legislador infraconstitucional está vinculado à mesma compatibilização. Terá ele uma margem de liberdade para atender, em determinados aspectos, mais a uma do que a outra finalidade. Porém, não terá ampla liberdade para optar por uma finalidade e negligenciar total ou quase totalmente a outra. Tal é, aliás, a principal tarefa do legislador infraconstitucional, a regulamentação da Constituição, procurado, politicamente, criar, em abstrato, normas-regra cuja aplicação em concreto resulte na concomitante promoção ou preservação das mais diversas normas-princípio. Regulamentar é, pois, detalhar, é dizer “como” ou “de que modo” os vários objetivos principiológicos escolhidos em abstratos devem ser implementados na prática. Os princípios apontam os fins. As regras, os meios ou os caminhos.

O Exemplo é o melhor professor. Como esclarecemos, as antinomias próprias são exemplos de contradições lógicas. Assim, há contradição lógica entre as seguintes afirmações: “o rei é careca” e “o rei não é careca”. Também há contradição lógica entre as normas que prescrevem respectivamente “é proibido fumar” e “é permitido fumar”. Se ambas se voltam para o mundo real, somente uma delas pode ser “verdadeira”. Também no plano puramente formal apenas uma delas pode ser “válida”. Ou “ R é C ”, ou “ R não é C ”. Não há, tanto no plano

¹⁷⁶ Por exemplo, hoje a idéia de que o homem é o resultando de um longo processo de evolução, ou a de que o homem do qual descendemos não era muito diferente dos atuais símios, soa como trivialidade aos que estão ainda em idade escolar. No entanto, quando apresentada a teoria da evolução à comunidade científica a perplexidade era dupla: (i) a do espanto de quem se depara com a revelação de sua própria natureza animal; (ii) e a percepção da própria estupidez de não ter se apercebido por tanto tempo de um fato que facilmente poderia ser deduzido pela simples observação do reino animal. No mesmo sentido, por quase dois mil anos, até que a formulação aristotélica sobre a gravidade e a queda dos corpos fosse suplantada por Galileu, era havida como uma verdade evidente a suposição de que na queda simultânea, de uma mesma altura, de dois corpos de massas distintas, o de maior peso chegaria primeiro ao solo. E o pior é que até hoje é bastante comum encontrar pessoas de cultura mediana que ainda supõe que seja assim.

material como no plano formal, uma terceira opção. Não existe a possibilidade lógica de uma terceira alternativa distinta ou mesmo intermediária. As duas afirmações não podem, simultaneamente, ser verdadeiras, ou ser logicamente válidas. O conflito entre finalidades, entretanto, como já esclarecido, não se situa dentro dessa lógica. Quando uma Constituição consagra, por exemplo, o princípio da “liberdade econômica” ou da “economia de mercado”, está sinalizando no sentido da liberdade na fixação dos preços dos bens e serviços oferecidos ao mercado consumidor pela iniciativa privada, de tal modo que é a “lei econômica” da relação entre a oferta e a procura que rege a determinação dos preços, restando vedado, a princípio, ao Estado intervir no domínio econômico criando “lei jurídica” que autorize às autoridades públicas o controle artificial dos preços, seja diretamente mediante o tabelamento de preços, seja indiretamente mediante incentivos fiscais ou fomento de crédito. Por outro lado, quando uma Constituição consagra o princípio da “proteção ao consumidor” contra o “abuso do poder econômico”, está sinalizando, inversamente, no sentido de autorizar a proteção do consumidor, inclusive contra os preços excessivos e arbitrários, que ordinariamente são o resultando das mais variadas práticas econômicas, tal como a formação de “cartéis” para o ajustamento de preços, caracterizados mediante acordo expresso ou tácito entre os agentes econômicos, ou tal como o “monopólio” ou oligopólio do mercador, obtido por estratégias que conduzem a concorrência à falência, ou mesmo, eventualmente, é o resultado da lícita disputa pela preferência do consumidor, em que um dos concorrentes simplesmente sucumbiu.

Em face do primeiro princípio (da *liberdade econômica*) a Constituição parece proibir, e em face do segundo (da *proteção ao consumidor contra abuso do poder econômico*), a Constituição parece autorizar, a intervenção do Estado no domínio econômico. Seria, pois, logicamente possível uma mesma Constituição consagrar, simultaneamente, o princípio da liberdade econômica e o princípio da proteção ao consumidor? A consagração de um desses princípios não implicaria necessariamente na negação do outro? A consagração de ambos não redundaria em antinomia jurídica? A resposta é simples: não caracterizaria antinomia a simultânea consagração dos referidos princípios, mas, ao invés, caracterizar-se-ia uma mera oposição de interesses cuja compatibilização não é apenas factualmente possível no mundo real, como é mesmo imposta pela ordem jurídica que duplamente consagre os respectivos interesses, da classe econômica e da classe consumidora. E é exatamente o que se apresenta na Constituição atualmente em vigor no País. De um lado, consagra-se o modo de produção capitalista, protegendo os interesses de uma classe social, a dos detentores dos meios de produção, quer dizer, os interesses dos fornecedores de bens e serviços ao mercado relevante, resguardando a liberdade econômica e a economia de mercado¹⁷⁷, vedado, pois, “a princípio”, a intervenção do Estado no domínio econômico. De outro lado, protege-se também os interesses de uma outra classe social, a dos consumidores, contra os eventuais excessos do mercado, inclusive quanto ao excesso dos preços¹⁷⁸. Como, entretanto, seria possível implementar-se, em abstrato e em concreto, uma tal compatibilização? Simplesmente por meio do estabelecimento normativo de situações intermediárias, isto é, por um lado, pela previsão de situações, tipificadas “em abstrato”, em que seria permitido ao Estado intervir no domínio econômico, sem o que não seria possível a ele buscar atingir a finalidade de proteção do consumidor contra os nocivos excessos praticados no mercado, e, por outro, pela proibição de intervenção estatal fora dessas mesmas situações, a fim de resguardar-se uma relativa margem de liberdade sem qual não se estabeleceriam relações econômicas capazes de caracterizar uma economia de mercado. No entanto, sem compreender essa lógica dos princípios jurídicos, muitos dos mais renomados autores, após a promulgação da Constituição em vigor, defenderam interpretações unilaterais,

¹⁷⁷ Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humana e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça, observados os seguintes princípios: IV – livre concorrência;

¹⁷⁸ Art. 173. (*omissis*) §4. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

apressando-se ou em negar totalmente ou em confirmar totalmente a validade da legislação pretérita que autorizava várias formas de intervenção do Estado “no” e “sobre” o domínio econômico¹⁷⁹, particularmente o “tabelamento de preços¹⁸⁰”. Por força do princípio da recepção, apenas as normas compatíveis com a nova ordem constitucional são havidas como válidas; e, assim sendo, o princípio da liberdade econômica foi invocado como constituindo obstáculo intransponível à recepção da lei que autorizava, em determinadas circunstâncias, o tabelamento dos preços pela Administração Pública¹⁸¹. À luz das lições de Alexy outros autores¹⁸², porém, defenderam a recepção da referida lei, com fundamento no princípio, também inserto na Constituição em vigor, da defesa do consumidor contra o abuso do poder econômico, demonstrando, dessa maneira, a imprescindibilidade do sopesamento de interesses opostos constitucionalmente consagrados ou de princípios constitucionais colidentes. A “colisão de princípios” se apresentou, então, nas últimas décadas, como um modismo que ocupa uma posição central na Teoria do Direito, do mesmo modo que as “antinomias jurídicas” foi o grande tema que ocupou as mentes dos juristas nos anos do pós-guerra. Mas ambos são, na verdade, dois distintos aspectos de uma mesma questão que constitui o cerne da teoria dos sistemas ou teoria da ordem sistêmica, concepções essas que se opõem à idéia do caos. Nesse sentido, insistimos em repetir que a ponderação não é apenas uma solução inteligente, ou mesmo tão-só, como afirmamos, a única solução para a questão do conflito entre princípios. Antes, a compatibilização, em abstrato, de princípios colidentes, na verdade, não se constitui como um problema jurídico e sim como uma solução para o embate real de interesses e de ideologias característico de toda e qualquer sociedade. A teoria da ponderação de valores ou interesses se afigura sói como uma dessas obviedades, que, segundo nos parece, há muito já havia sido percebida, e estava latente no imaginário jurídico, conquanto ainda o meio acadêmico carecesse de uma sistematização teórica capaz de explicar o óbvio.

3.9 CONFORMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

E na esteira desse raciocínio chaga-se a um ponto central na teoria dos princípios, a questão da definição ou da delimitação das idéias subjacentes a cada um dos numerosos princípios jurídicos: igualdade, liberdade, democracia, segurança, saúde, educação *etc.* A definição de quase tudo o que pode ser tomado como objeto de conhecimento, em termos ontológicos, como já mencionamos, apresenta-se em termos relativos ou comparativos, e não em termos absolutos. Definir é, pois, classificar; e classificar é comparar; de modo a identificar as características que assemelham a coisa a outros entes, incluindo-os em um mesmo gênero, e as características que a diferenciam das demais espécies. Com os princípios, enquanto categoria jurídica, não é diferente. A delimitação do conceito de um princípio só pode ser feita em termos comparativos com o conceito de outros princípios. A afirmação de que os princípios jurídicos se auto-delimitam reciprocamente, aliás, não constitui novidade¹⁸³, tratando-se, ao invés, de um lugar comum na Teoria do Direito. O que, no entanto, parece refugir à trivialidade é a percepção e a afirmação de que a referida auto-delimitação conceitual de cada princípio, nada mais é do que uma característica de toda e qualquer definição. A definição ou delimitação conceitual de cada ente suscetível de conhecimento importa sempre numa comparação com outros entes conhecidos e definidos. No mesmo sentido, a delimitação conceitual de cada princípio jurídico faz-se necessariamente mediante a comparação com as idéias subjacentes a outros princípios jurídicos. Por isso, a concepção da conformação conceitual recíproca dos princípios não

¹⁷⁹ Cf. Novamente, sobre a já clássica classificação de intervenção em “sobre” e “no” domínio econômico, veja-se Eros Grau, *A ordem econômica na constituição de 1988 – interpretação e crítica*, capítulo n. 3, seção n. 54.

¹⁸⁰ Lei-Delegada n. 4/1962.

¹⁸¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*.

¹⁸² Luís Roberto Barroso, “Ordem Econômica Constitucional e os Limites à atuação estatal no controle de preços”, in *Revista Diálogo Jurídico*, n. 14.

¹⁸³ Cf. Larenz, *op. cit*

acrescenta nenhuma real novidade ou contribuição à Teoria do Direito. Trata-se, pois, de mais uma obviedade, ou, se preferir, de uma outra velha novidade. Contudo, dentro dessa linha de raciocínio, o que indubitavelmente se constituiria como um avanço na Teoria do Direito, seria a identificação, por “redução fenomenológica”, de um núcleo conceitual essencial e comum a todos os princípios jurídicos. Um núcleo a partir do qual todos os princípios nele encontrassem seu fundamento ou se revelassem como meros desdobramentos conceituais de uma única categoria fundamental. Estamos no referindo a princípios fundamentais que em si mesmos não pudessem ser expressos, em termos precisos, por palavras, conquanto pudessem ser compreendidos fenomenologicamente. Quer dizer, os únicos princípios que se revelem como as únicas idéias absolutas do domínio da Ética, das quais todas as demais seriam relativas e a partir das quais seriam lógica e ontologicamente deduzidas. Acompanhemos o raciocínio a seguir.

3.10 TEORIA DOS PRINCÍPIOS ABSOLUTOS (PRINCÍPIO ONTOLOGICAMENTE FUNDAMENTAL DA IGUALDADE-LIBERDADE-HUMANA)

Sem pretender entrar nos meandros da discussão sobre a equiparação do paradigma das ciências da natureza ao paradigma das ciências do espírito, porque nos parece inclusive tema superado, havendo aspectos divergentes em cada modelo de ciência, mas sem dúvida havendo também aspectos convergentes, como já demonstrado pela Filosofia da Ciência da primeira metade do século XX¹⁸⁴, é inequívoco que todos os modelos têm em comum ao menos a pressuposição lógica da existência de uma ordem em oposição à idéia de caos, bem como a pressuposição ontológica de algumas categorias fundamentais e absolutas às quais todas as demais categorias são relativas. Assim, por exemplo, todas as teorias e concepções das ciências da natureza são relativas ou edificadas a partir de três categorias conceituais fundamentais: as noções de “espaço”, “tempo” e “matéria”. Cada uma das teorias da Física, da Biologia ou da Química, das mais simples às mais complexas, repousa sobre essas categorias absolutas. Havendo, ainda, categorias absolutas específicas a cada uma dessas ciências, como é o caso da categoria da “vida” para a Biologia. O que diferencia uma categoria absoluta de uma relativa é exatamente a “referibilidade conceitual”. Assim, enquanto uma categoria relativa é conceituada a partir de referências a outras categorias relativas e a categorias absolutas, as categorias absolutas não são conceituadas a partir de qualquer referência a outras categorias, e sequer são elas suscetíveis de conceituação, fazendo parte daquilo ao que a Filosofia da Linguagem diz que não pode ser dito por palavras, mas tão-somente pode ser mostrado¹⁸⁵. Quer dizer, aquilo que não pode ser objeto de uma “descrição fenomenológica”, mas tão-só objeto de uma “percepção fenomenológica”¹⁸⁶. Nesse mesmo sentido, a “igualdade”, a “liberdade” e o “homem”, na Teoria do Direito, são os três princípios fundamentais e absolutos em relação aos quais tudo o mais no mundo jurídico se refere e a partir dos quais é conceituado. Num primeiro sentido, toda e qualquer norma jurídica, isto é, todo e qualquer direito é um direito do homem.

¹⁸⁴ Cf. Karl Popper, *op. cit.*

¹⁸⁵ Dizer *versus* Mostrar: Em carta a Bertrand Russell, em 1819, afirma sobre o que considera a questão nuclear do *Tractatus*: “O ponto principal é a teoria sobre o que pode ser dito pelas proposições, isto é, pela linguagem (e, o que equivale ao mesmo, o que pode ser pensado), e o que não se pode ser dito por proposições, mas apenas mostrado; creio que este é o problema central da filosofia”. Sobre a distinção entre o que pode ser “dito” e o que só pode ser “mostrado”, veja-se também: “A diferença entre aquilo que pode ser dito em proposições dotadas de sentido e aquilo que só pode ser mostrado perpassa o *Tractatus*, desde o prefácio até o momento da célebre advertência final: ‘sobre aquilo que não se pode falar, deve-se calar’. Em carta a Russel afirmou que essa diferença constitui o ‘ponto essencial do livro’ e o ‘problema central da filosofia’”. (Glock, *op. cit.*). E a tal noção de “inefável”, porém, suscetível de “compreensão”, guarda estreita correlação com a concepção de “verdade” como “desvelamento”, de Heidegger, em *Ser e Tempo* (§44).

¹⁸⁶ Sobre a distinção entre “percepção” e “descrição” fenomenológica, a partir da Fenomenologia de Husserl, vejam-se os tópicos: 3.3. *Fenomenologia: Percepção e Descrição Fenomenológicas* e 3.4. *Ontologias Regionais e Verdade Ontológica*.

Refere-se aos homens. Não há direitos que não sejam, obviamente, dos homens. A expressão “direito dos animais” é, pois, metafórica, uma vez que os animais não são sujeitos e sim objeto de direito. O que se chama de direito dos animais é, na verdade, um plexo de normas que impõe condutas aos homens em face dos animais, como, por exemplo, a proibição de maus tratos ou a obrigação de cuidados mínimos que resguardem a saúde dos bichos. Os direitos das pessoas jurídicas e dos demais sujeitos de direito são também normas que se reportam aos homens que laboram subjacentemente a essas coletividades criadas por ficção do mundo do direito para o estabelecimento de determinadas relações jurídicas.

A igualdade e a liberdade são, pois, direitos relativos aos homens. Por óbvio, não faz sentido falar-se no direito à igualdade ou no direito à liberdade que não seja uma igualdade ou uma liberdade do ser humano. Por outro lado, a isonomia e a liberdade são, a princípio, categorias jurídicas fundamentais que se opõem reciprocamente. De fato, a liberdade, quando tomada em termos absolutos constitui a negação da igualdade entre os homens, ou, inversamente, a igualdade, quando também tomada em termos absolutos, constitui a negação da liberdade na sociedade humana. E assim sendo, a consagração simultânea desses dois princípios, por uma ordem constitucional, implica na imposição normativa da relativização e limitação, por concessões recíprocas, dos direitos à isonomia e à liberdade. E como todos os demais direitos são relativos a esses dois direitos não apenas juridicamente fundamentais, mas ontologicamente fundamentais, constituindo derivações ou aspectos os mais variados dos mesmos, não existem, portanto, direitos “absolutos”, na medida em que a liberdade e a igualdade, enquanto direitos fundamentais, também, quando simultaneamente consagradas, não existem em termos absolutos. A palavra “absoluto” aqui, por uma imprecisão inerente à linguagem, pode ser tomada em dois sentidos. Absoluto para referir-se ao fundamental ou ao elementar, àquilo cuja existência ou conformação não deriva de nada. O auto-referente. E absoluto como aquilo que é tomado em toda a sua extensão. O pleno ou o ilimitado. A igualdade e a liberdade são direitos absolutos tão-somente no primeiro sentido. São absolutos no sentido de ontologicamente fundamentais. Mas, no segundo sentido não existem direitos absolutos. Todo direito submete-se, pois, a limites. Expliquemo-nos. O ser humano em sua complexidade ontológica, ao mesmo tempo em que é conceituado e diferenciado dos demais seres vivos do mundo em que vive, a partir de uma característica que lhe seria particular, a sua inteligência, da qual lhe advém o atributo da “racionalidade” que o torna capaz de entender a si mesmo e ao mundo e de agir conforme tal entendimento, é também conceituado como um animal resultado de um longo processo de evolução; e, como animal, sujeito a agir também pelos impulsos inerentes à condição de todos os animais. Impulsos que lhes foram imprescindíveis para garantir a própria sobrevivência ante as adversidades do meio, quando ainda vivia de modo semelhante aos demais animais, ainda longe da civilização e da tecnologia que lhe permite prescindir, na maioria das vezes, dos instintos para defender-se do que lhes ameaça a sobrevivência. Não é preciso recorrer aos conceitos de *id*, *ego* e *superego*, ou a outras categorias da psicanálise para concluir-se que o homem atual encontra-se ontologicamente numa posição intermediária entre o animal que foi, quando preponderava o atávico, o ser que é e o ser que, em se supondo indutivamente a continuidade do curso do processo de mutação em direção a um aperfeiçoamento¹⁸⁷, um dia

¹⁸⁷ Preferimos usar a palavra mutação e não evolução, uma vez que a modificação biológica parece ser incontestável por força de verificação da antropologia, conquanto seja objeto de discussão a afirmação de que sempre dessa mutação resulta um aperfeiçoamento progressivo dos seres vivos, como parece sugerir a teoria da evolução. O progresso e o aperfeiçoamento são conceitos que também não podem ser havidos como absolutos, mas determinados, caso a caso, em face do contexto que está inserido do ser vivo. Dadas características de um ser vivo podem ser vistas como vantagens que redundam em superioridade em face de determinadas situações ou adversidades do meio e desvantagem em face de outras situações e adversidades. Essas são considerações da maior importância para o Direito porque a idéia de superioridade, por óbvio, afeta à questão de igualdade entre os seres humanos.

A dificuldade de implementação do princípio da isonomia, no mundo factual, decorre do fato de ainda estar bastante arraigada, entre a maioria das pessoas, a suposição de que os seres humanos não são essencialmente iguais,

será, quando então a racionalidade preponderará, numa escala muito maior do que a atual, sobre os seus impulsos ancestrais¹⁸⁸. Não pretendemos aqui, porque não é parte da proposta inicial, fazer maiores incursões filosóficas sobre a natureza e a condição humanas, mas apenas registrar a conclusão, por causa da intrínseca relação que guarda com a temática da igualdade e da liberdade, que parece ser inconteste, além de encerrar uma obviedade que nem sempre é considerada: o homem, motivado por condicionamentos atávicos, está biologicamente programado para buscar sempre mais e mais para si e para sua prole, e nessa incessante busca perde de vista a noção do que realmente é suficiente para a sobrevivência e existência dignas, quando então a mera conduta realizada para obter o imediatamente necessário ou, no máximo, para ajuntar as reservas necessárias ao próximo inverno, é substituída por uma nova razão existencial: *o homem deixa de ajuntar para viver e passa a viver para ajuntar*¹⁸⁹. E é exatamente nessa busca incessante pelas coisas, que surgem os conflitos de interesses entre os homens e dos quais inexoravelmente resulta, numa maior ou menor extensão, a subjugação de uns grupos por outros, ou o esvaziamento, proporcional à subjugação, da liberdade de alguns em proveito de outros. Sem pretender basear-se ou filiar-se a qualquer historicismo ou a uma ideologia socialista, eis, pois, a síntese que se constata: a história das civilizações é caracterizada pelo permanente conflito de interesses entre classes e pela subjugação de umas classes por outras;

ou de que as diferenças entre os homens não são apenas acidentais ou secundárias. A capacidade empática ou de compaixão de cada pessoa é refreada pela suposição consciente ou inconsciente de que ela é melhor ou superior à pessoa observada. Só tem capacidade de sentir compaixão e empatia quem se projeta mentalmente na posição do outro e tentar imaginar a dor ou o sofrimento alheio. “Compaixão” vem de *cum pactus*, expressando a idéia de sentir a dor alheia, estar mentalmente com a patologia do outro ou com o seu efeito, a dor. “Empatia” vem de *in patus*, expressando a mesma idéia de estar projetado idealmente na situação do outro a ponto de estar dentro de sua dor *in putus*. Contudo, é difícil ao ser humano projetar-se mentalmente para o lugar de uma outra pessoa em relação à qual se supõe superior ou se supõe portador de uma dignidade maior. Quando é noticiado que, por exemplo, a violência policial ou o tráfico de drogas foi responsável pelo homicídio de uma criança moradora de um gueto do terceiro mundo (as favelas), quase sempre a notícia é recebida com meros lamentos da população de classe média e média alta. Quando, entretanto, a vítima é uma criança pertencente a uma classe social mais elevada, há forte comoção social, com protestos, passeatas etc. As diferentes reações são uma consequência da pré-concepção, consciente ou inconsciente, de superioridade (diferença) ou de igualdade do observador em relação à vítima observada. Quando mais se julgar semelhante em relação à vítima, maior será a capacidade empática do observador, quer dizer, a capacidade de projetar na situação vivida pelo outro.

No mesmo sentido, a suposição de superioridade não apenas mina a implementação do princípio da isonomia no mundo factual, mas também contribui para a não implementação do princípio da liberdade. A escravidão, a servidão, a exploração do operário são formas de subjugação do ser humano e de apropriação do trabalho ou do produto do trabalho alheio. Na Grécia, na Roma Antiga, no Brasil Colonial a escravidão era vista como natural e normal. Como naturalmente decorrente da diferença e superioridade de uns em relação a outros. O genocídio de judeus na Alemanha nazista, ou *apartheid* na África do Sul, do mesmo modo, só podem ser compreendidos quando se percebe que para os responsáveis, sentiam-se realmente portadores de uma dignidade maior em relação a outras raças, e, portanto, para essas pessoas a subjugação do próximo era algo havido como natural.

¹⁸⁸ Friedrich Nietzsche: “O homem é uma corda atada entre o animal e o além-do-homem, uma corda sobre um abismo.” (*Assim Falou Zarastustra*, prefácio, §4).

¹⁸⁹“Por isso vos digo: Não vos inquieteis quanto à vossa vida, com o que haveis de comer ou de beber, nem quanto ao vosso corpo com o que haveis de vestir. Porventura não é o corpo mais do que o vestido e a vida mais do que o alimento? Olhai para as aves do céu: Não semeiam, nem ceifam, nem recolhem em celeiros; e o vosso Pai celeste alimenta-as. Não valeis vós mais do que elas? Qual de vós, por mais que se preocupe, pode acrescentar um só côvado à duração de sua vida? Porque vos preocupais com o vestuário? Olhai os lírios do campo! Não trabalham nem fiam. Pois Eu vos digo: Nem Salomão, em toda a sua magnificência, se vestiu como qualquer deles. Ora, se Deus veste assim a erva do campo, que hoje existe e amanhã é lançada ao fogo, como não fará muito mais por vós, homens de pouca fé? Não vos preocupeis, dizendo: ‘Que comeremos nós, que beberemos, ou que vestiremos?’. Os pagãos, esses sim, afadigam-se com tais coisas; porém, o vosso Pai Celeste bem sabe que tendes necessidade de tudo isso. Procurai primeiro o Seu reino e a Sua justiça, e tudo o mais se vos dará por acréscimo. Não vos inquieteis, portanto, com o dia de amanhã, pois o dia de amanhã já terá as suas preocupações. Bem basta a cada dia o seu trabalho.” (Palavras de Jesus, no Evangelho segundo São Matheus, Novo Testamento, Bíblia Sagrada).

subjugação essa que assume diferentes matizes, ora com cores mais fortes, com a escravidão ou a servidão, quando a liberdade é total ou quase totalmente suprimida, ora com cores menos berrantes, com o trabalho remunerado por baixíssimos salários, o que significa, em termos práticos, que uma classe se apropria dos bens produzidos por outra, quando, então, a liberdade, conquanto não formalmente suprimida, é, também em termos práticos, demasiadamente limitada. De fato, não é possível vislumbrar a presença de uma ampla liberdade entre homens que, para conquistar o mínimo de alimentos de que necessitam para não perecer, submetem-se a extensas jornadas de trabalho sob as condições as mais insalubres. E a lição que se depreende da história é simples: quando não há limitação à liberdade de agir, o homem é capaz das maiores atrocidades para com os seus semelhantes, e a usurpação da liberdade alheia dos mais francos é apenas uma dessas atrocidades. Infelizmente, não a maior. Com tais considerações o que procuramos salientar é que a “liberdade” quando plena, que dizer, quando sem maiores limitações, dada a natureza humana, ao “programa biológico” ao qual o homem está atrelado, sempre dá lugar à supressão da “igualdade”, na medida em que os mais fortes ou os mais inteligentes apropriam-se da maior parte bens necessários à vida e subjugam os mais fracos para apropriar-se dos bens produzidos pela exploração do trabalho alheio.

Se a escravidão foi o modo de produção predominante na Antiguidade e a servidão o modo de produção medieval, a liberdade formalmente oferecida pelo modo de produção capitalista liberal resultou em desigualdades sociais tão abissais quanto às dos precedentes modos de produção, e foi exatamente essa desigualdade social, exurgente à sobra da bandeira da liberdade içada pelas revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, que deu causa às revoluções socialistas do século XX. Mas, de contrapartida, a experiência histórica também demonstrou que as sociedades em que se procurou impor, por via da força, artificialmente a igualdade entre os seus cidadãos, acabaram por suprimir a liberdade na ordem inversamente proporcional à igualdade socialmente implementada. O ideário socialista da igualdade entre os homens resultou em Estados totalitaristas nos quais a liberdade foi reduzida aos mais baixos níveis desde a Idade Média. As variações políticas dos modos de produção capitalista e socialista são, pois, tentativas de conciliar, por diferentes combinações, os valores da liberdade e da igualdade. Se o capitalismo, ao dar ênfase à liberdade suprimiu a igualdade social, o socialismo ao dar ênfase à igualdade suprimiu a liberdade. O Estado Social, na verdade, é uma versão política do modo de produção capitalista criada para substituir o modelo de Estado Liberal, mitigando os efeitos nocivos do uso de uma liberdade não sujeita a grandes limitações e da qual resultou excessiva desigualdade social. A abstinência da ação estatal nas relações sociais de produção é substituída por uma presença fortemente interventiva do Estado, com vista à redução das desigualdades sociais, minimizando a distância entre os mais e os menos abastados, eliminando a miséria. Novas regras jurídicas esvaziaram parcialmente a autonomia da vontade, limitando a “liberdade” contratual, impondo um mínimo de garantias aos cidadãos a fim de reduzir à “desigualdade” social. Por fim, no novo modelo estatal que vem paulatinamente se delineado para substituir o modelo do Estado Social, mas cujos contornos ainda não estão completamente definidos, procura-se reduzir o tamanho do Estado sem retroceder nas conquistas sociais. De qualquer modo, o problema que se procura equacionar é sempre essencialmente o mesmo, a compatibilização de valores que se opõem, mas, sobretudo, a compatibilização dos valores da igualdade e da liberdade, mediante novas normas-regra que se apresentam como outros caminhos, outras combinações, para alcançar-se, da melhor maneira, os mesmos anseios humanos de liberdade e igualdade.

Nesse contexto, deve-se frisar que, se por uma perspectiva “os opostos se opõem”, por uma outra perspectiva, como já esclarecemos, “os opostos se complementam”. O equilíbrio dos sistemas materiais depende do correto equacionamento das forças opostas. O equilíbrio dos sistemas sociais, e dos sistemas jurídicos correspondentes, depende, pois, de uma correta compatibilização entre os princípios da liberdade e da isonomia. A igualdade e a

liberdade, porquanto relacionadas a uma mesma referência, o homem, apresentam-se como dois aspectos de um único princípio. Os homens são livres, e porque livres, são iguais. A liberdade é, então, o que faz os homens iguais. O rompimento de um desses princípios é igualmente o rompimento do outro, e também a causa do desequilíbrio do sistema. A quebra da igualdade importa simultaneamente na quebra da liberdade, porque quando alguns deixam de ser livres, tornando-se subjugados, deixa de existir a igualdade. Assim como o espaço e o tempo, sob certa perspectiva, são coisas distintas, e, sob outra perspectiva, são também dois aspectos de uma mesma realidade, então denominada como uma só coisa, o contínuo espaço-tempo, a liberdade e a igualdade também, sob certa perspectiva, são valores distintos e, sob outra perspectiva, são dois aspectos de uma mesma realidade, que bem poderia ser denominada de liberdade-igualdade, ou de “princípio da liberdade-igualdade”. Ou, talvez, o que se chama de princípio da “dignidade da pessoa humana” possa ser reduzido ao binômio da liberdade-igualdade-do-homem, ou, ainda, denominado neologicisticamente de “princípio da liberdade-igualdade-humana”. O homem não atribui nenhum valor maior do que o valor que atribui a si mesmo. O homem é o valor supremo do qual derivam todos os demais valores, e igualdade e liberdade são os dois princípios absolutos (ontologicamente auto-referentes) que servem de fundamento (referência ontológica) a todos os demais princípios e regras jurídicas. Por isso, os demais princípios jurídicos, senão todos ao menos a grande maioria, são aspectos ou desdobramentos do princípio fundamental da igualdade ou do princípio fundamental da liberdade. E se liberdade e igualdade são fins que se opõem entre si, os demais princípios ou finalidade deles decorrentes também se apresentam sempre em oposição uns aos outros, de tal modo que a implementação plena de um princípio ideal no mundo real resulta inexoravelmente na plena negação de um outro princípio ou finalidade concorrente. E assim sendo, quando o ordenamento jurídico contempla valores antagônicos, reitera-se, não está prescrevendo que somente um deles deve ser implementado em sua plenitude, em detrimento do outro, mas, ao invés, está prescrevendo que ambos sejam parcialmente implementados no mundo real. As combinações de normas-regra são numerosas, quiçá infinitas, e algumas combinações resultam mais na concreção da igualdade, enquanto outras, aproximam-se mais da concreção da liberdade; mas nenhuma combinação “deve” resultar na concreção plena de uns e, na conseqüente, negação total de outros princípios concorrentes. A legislador regulamentar dispõe de uma certa margem de liberdade para que em determinadas relações factuais aproxime-se mais de um que de outro princípio corrente, mas a ele não é dada uma tal liberdade absoluta para negar completamente qualquer dos princípios concorrentes. Não é demais reiterar que a igualdade e a liberdade não são apenas direito fundamentais no sentido exclusivamente jurídico, que dizer, à luz do direito posto pela Constituição. É claro que são também direito fundamentais nesse sentido. Mas são direito fundamentais no sentido ontológico, pois, independentemente das convenções jurídicas positivas, todos os demais direitos, regras e princípios, objetos de positivação, são, pois, desdobramentos ou projeções desses dois direitos ontologicamente fundamentais. Não falamos, assim, em uma “fundamentabilidade” meramente jurídica, mas numa “fundamentabilidade ontológico-jurídica”. Ontológica porque independe do direito posto, e jurídica porque consagrada formalmente pela Constituição como um dos direitos fundamentais. São, pois, aspectos ou desdobramentos do princípio fundamental da liberdade, por exemplo, o direito à liberdade de ir, vir e permanecer, o direito à liberdade de pensamento, de crença ideológica ou religiosa, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de escolha dos representantes políticos, o direito à liberdade de associação, recreativa, econômica ou sindical, o direito à liberdade de ter propriedade privada e de uso da mesma propriedade, o direito à liberdade de contratar *etc.* Por sua vez, são aspectos ou desdobramentos do princípio fundamental da igualdade, o direito de não ser discriminado em função do sexo, da origem, da raça, do credo *etc.*, o direito de igual acesso aos cargos e funções públicas, direito ao igual acesso a educação nas instituições públicas *etc.* Qualquer direito, pois, é fenomenologicamente reduzível a um desdobramento de uma dessas duas categorias fundamentais da existência humana: liberdade e igualdade.

3.11 GRAUS DE CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E IDENTIFICAÇÃO DA FINALIDADE JURÍDICA ESPECÍFICA

Os objetivo, as finalidades, não são tão-somente alcançadas segundo a regra do tudo ou nada. No domínio do direito, como esclarecemos, em ralação aos princípios jurídicos é inclusive vedada a regra do tudo ou nada. Na verdade, as finalidades em geral, e as finalidades jurídicas em particular, são atingidas em graus, algumas vezes numa maior e noutras vezes numa menor extensão. Expliquemo-nos. A cúpula do império romano fixou como finalidade política a total destruição do império rival, Cartago, estabelecendo como meta a ser perseguida pelas legiões romanas, não apenas a destruição do exército rival, mas determinou também a desconstrução de cada uma das edificações, o extermínio de toda a população civil e fosse lançado sal ao solo daquela cidade, a fim de impedir que no mesmo lugar algo voltasse a germinar. Infelizmente, tal finalidade, tal projeto ideal, fora, pois, historicamente, totalmente concretizado. Cada uma dessas metas, que juntas compõe a finalidade maior de destruição definitiva do inimigo, foi atingida com sucesso. Mas se houvesse sido concretizada apenas a destruição do exército inimigo, não se poderia dizer que a finalidade não fora alcançada. Se as legiões romanas houvessem destruído o exército inimigo e posto a baixo todas a edificações, sem, contudo, exterminar a população civil, também não seria razoável afirmar-se que a finalidade não fora alcançada. Nessas duas hipóteses, a finalidade teria sido “parcialmente”, e em longa medida, realizada. No mesmo sentido, quando juridicamente determinada, a eliminação das desigualdades econômicas sociais, uma finalidade jurídica é estabelecida com meta a ser perseguida pelo Estado; contudo, a meta não será havida como alcançada apenas se e quando dissipada toda e qualquer desigualdade econômica entre os cidadãos. Já terá sido parcialmente implementada, se parcialmente for reduzido o fosso que separa os mais ricos e os mais pobres. Aliás, como já esclarecido, uma tal finalidade jamais poderia ser cogitada em termos absolutos, quando também fixada como finalidade no sistema jurídico, a promoção e preservação da liberdade. Eis, pois, o que, noutra perspectiva, vem a ser o que Alexy denomina como o “mandado de otimização¹⁹⁰” que caracteriza a categoria das normas-princípio. Na maioria das vezes o operador do direito, ao aplicar a regra jurídica, deparar-se-á não com apenas uma, mas com um grupo de finalidades que deve ser perseguido, ou com um conjunto de estado de coisas que deve ser preservado.

¹⁹⁰ Alexy, *op. cit.*

4 - A LÓGICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS

4.1 Postulados jurídicos (Uma outra perspectiva) 4.1.1 Postulados de aplicação equilibrada: ponderação, proibição do excesso e proporcionalidade 4.1.2 Postulados da razoabilidade 4.2 Sistemas jurídicos: regras, princípios e postulados 4.3 Aspectos materiais e aspectos lógicos das normas jurídicas 4.3.1 Estruturas lógicas das normas-regra 4.3.2 Aspecto material das normas-regra 4.4 Os princípios em seus aspectos materiais e em seus aspectos lógicos (Postulados)

4.1 POSTULADOS JURÍDICOS (UMA OUTRA PERSPECTIVA)

4.1.1 Postulados de aplicação equilibrada: ponderação, proibição do excesso e proporcionalidade

Após as digressões feitas acerca da idéia de valor, de interesse, de princípio e de finalidade, bem como revelados os equívocos lingüísticos que dão lugar a tantas confusões ontológico-conceituais, e desfeitas as confusões notadamente entre antinomia e oposição, ordem e sistema, incidência e aplicação, podemos apresentar as conclusões quanto à natureza lógica e ontológica da categoria jurídica denominada de “postulado”. Ressaltando, antes de tudo, que essas conclusões, em linhas gerais, exceto em relação a alguns aspectos pontuais, não infirmam as conclusões já estabelecidas a respeito da categoria jurídica, pela atual teoria das normas jurídicas de Ávila; ao invés, dentro do espírito do progresso científico gradual, rumo a teorias cada vez mais amplas e que expliquem parcelas cada vez maiores da realidade, na direção ao ideal de uma teoria total, acrescenta-lhe outra perspectiva, com a revelação de outros aspectos do fenômeno normativo, até então ainda não detectados, mas que, invariavelmente, a nosso ver, não permaneceriam por muito mais tempo ocultos, e logo seriam desvelados por outros autores, uma vez que as conexões subjacentes já se encontram latentes em meio ao material teórico disponível. Assim, como uma bússola aponta em dois sentidos antagônicos, norte e sul, os princípios normativos normalmente andam em pares, que ao mesmo tempo “se opõem e se complementam”. A noção de “oposição” não é incompatível com a de “complementação”. O ponto de equilíbrio sistêmico é identificado com o auxílio de diretrizes lógicas de compatibilização, internas na configuração lógica de todo sistema, e que, na teoria dos sistemas jurídicos, nada mais são do que os denominados “postulados”. De fato, uma análise dessas diretrizes lógicas, antes confundidas, por força de equívocos lingüísticos, com os próprios princípios jurídicos materiais, revela que todas elas se voltam para a tarefa de “compatibilização” de princípios jurídicos antagônicos (normas-princípio). Todas permitem, ao intérprete/aplicador do direito, encontrar os *topos-medium* ou centros-de-gravidade-princiológica, longe dos quais o sistema perde o seu *equilibrium-logico*. Com efeito, o que o operador do direito procura quando lança mão do postulado da “ponderação” senão compatibilizar princípios normativos antagônicos. O que ele procura quando faz uso das diretrizes ou postulados da “concordância prática” e da “proibição do excesso”, aspectos da mesma diretriz da ponderação, senão evitar que, no embate entre dois princípios, duas finalidades estabelecidas no sistema, um valor ou interesse seja promovido ou preservado, pelo intérprete/aplicador, numa extensão muito maior do que a de outro, desequilibrando, assim, o sistema jurídico ideal e o sistema social real correspondente. Qual a função ou razão de ser do postulado da “proporcionalidade”, tão recorrentemente estudado nos últimos anos, senão a de compatibilizar princípios jurídicos. Há “proporcionalidade” quando os meios se apresentam como “adequados, “necessários” e “proporcionais em sentido estrito” para a promoção ou preservação dos fins, quer dizer, dos princípios. Diz-se “adequado” quando o meio escolhido (o modo estabelecido pela decisão jurídica) consegue promover a finalidade princiológica. Diz-se “necessário” quando o meio escolhido, (entre as diferentes interpretações e correspondentes

decisões possíveis), na decisão, mostra-se como o menos restritivo de direito fundamental. Diz-se “proporcional em sentido estrito” quando as vantagens que promove superam as desvantagens que provocam. Quer dizer, quando alcança uma quantidade maior de finalidades juridicamente estabelecidas e contraria num intensidade menor outros valores juridicamente consagrados. É evidente que tal elaboração da Teoria do Direito reporta-se diretamente à questão, por nos apresentada, do ponto equidistante às várias “finalidades” estabelecidas como metas a serem alcançadas por “meio” da aplicação das “normas-regra”. Após as considerações que antecederam essa conclusão apresentada, a evidência se afigura tão flagrante que dispensa outras digressões complementares. O antes subjacente e latente, exsurge como “obviedade”, e juntamente a essa percepção vem mais uma vez a inconfundível sensação que pode ser expressa naquele pensamento que não raro nos acomete quando nos deparamos com a clareira em meio à densa floresta negra: “*é claro...! como pude não ter percebido antes algo tão evidente?!*”

4.1.2 Postulados da razoabilidade

Na verdade, tal qual o postulado da proporcionalidade, o postulado da razoabilidade, nada mais é do que um aspecto lógico das normas materiais E, portanto, interno, e não externo ao sistema. Diz respeito, em suas diferentes perspectivas, à simples questão da correspondência do fato com a norma e à questão da promoção dos fins principiológicos como resultado da aplicação da norma-regra. Sem tal correspondência, a subsunção, a norma não incide e não produz efeitos, e não pode ser, é claro, aplicada. Assim, quando se fala em razoabilidade enquanto equidade, conforme a idéia de equidade ilustrada na ética nicomaqueia, infere-se a possibilidade de deixar de aplicar a regra quando dela não resulte a promoção do fim previsto na legislação, cuja aplicação normalmente deveria promover. A própria existência de regras e de princípio convivendo no sistema, acusa o juízo lógico de que aquela só deve ser aplicada à medida que seja promovido o estado de coisas previsto por essa última. A relação entre regra e princípio não está fora, está dentro do sistema, dentro da lógica do sistema. Logo, a razoabilidade não é mera regra lógica externa. Quando se fala, por sua vez, em razoabilidade em face da relação incompatibilidade entre a previsão abstrata da regra e a realidade factual, está em questão a validade em abstrato de norma material. A regra é havida em abstrato (e não em concreto, como no primeiro caso) como inválida, por pretender alterar a realidade, estabelecendo ficção contrária ao estabelecido ou presumido pela Constituição. Quando se fala em razoabilidade, ou ausência de razoabilidade, ou violação da razoabilidade, apenas se pretende enfatizar, com outras palavras, uma antinomia horizontal, ocorrida quando a norma-regra estabelece um critério, por ficção, colidente com o que já fora estabelecido em norma constitucional. Pretender alterar por meio de lei o que está implícito na Constituição, é o mesmo que pretender alterar a Constituição, é subverter, de modo sub-reptício, a ordem hierárquica do sistema jurídico. A norma prescreve conseqüências jurídicas a partir de descrições sobre o que pode ocorrer no mundo factual. Ela emite proposições com sentido, quer dizer sobre o que “pode ser o caso”. Não é dado à norma pretender prescrever conseqüências a partir do que não é possível ocorrer no mundo Factual. Caso em que estaria apresentando proposições sem sentido, proposições absurdas, proposições sobre o que “jamais poderia ser o caso”. Não é dado, pois, ao legislador, a competência para alterar, por ficção, a realidade. A norma pretende alterar a realizada à medida em que é aplicada. Não tem a capacidade de alterar os fatos por um passe de mágica, como um faz de conta. Trata-se, pois, da temática das ficções jurídicas. Só a norma impositiva fundamental, a Constituição, tem o poder para tanto. Mas ao legislador constituído há limites e um deles é o limite ontológico, o limite do mundo. A lei, assim, só pode estabelecer ficções em face de autorização constitucional nesse sentido, mesmo que tal autorização esteja implícita no texto maior. E a competência para determinar se está lá, implícita na Constituição, uma tal autorização, é do Supremo Tribunal Federal¹⁹¹.

¹⁹¹ Cf. Alfredo Becker, *op. cit.*, veja-se sobre a distinção entre presunção e ficção jurídica.

4.2 SISTEMAS JURÍDICOS: REGRAS, PRINCÍPIOS E POSTULADOS

Em síntese conclusiva, o sistema jurídico encerra uma lógica interna que lhe é própria. O sistema jurídico tem por finalidade ontológica a orientação do mundo factual das relações sociais. O sistema jurídico ideal é criado para externar a sua lógica interna impondo-a sobre o sistema social real e exterior. E essa imposição é levada a efeito por meio da aplicação das normas-regra. Aplicar, como esclarecido, significa “ligar”. A idéia subjacente é a de transposição da lógica interna do ordenamento para o mundo externo factual normado. Essas regras de transposição nada mais são do que as regras de aplicação das normas, quer dizer, os postulados lógicos aplicativos. E elas, as regras de transposição ou de aplicação, nada mais são do que reflexos ou aspectos lógicos da própria organização intra-sistêmica do ordenamento ideal. Noutras palavras, do ponto de vista interno, o sistema jurídico é constituído por um subsistema de normas-regra e um subsistema de normas-princípio. O subsistema de normas-regra é orientado segundo a lógica da não-contradição. O subsistema das normas-princípio é orientado internamente segundo a lógica da compatibilização de oposições. Cada norma-regra descreve uma conduta que constitui meio para a realização de um ou mais fins estabelecidos em norma-princípio. Como os princípios muitas vezes estão em constante oposição, a promoção plena de um implica na negação plena de um outro. Mas, se o sistema consagrou princípios opostos, e se é possível encontrar um meio termo entre as duas finalidades, a lógica da compatibilização impõe que assim o seja. Os postulados são, pois, aspectos da regra lógica da compatibilização. A lógica da compatibilização tem, por isso, dois aspectos, um interno e outro externo. O interno decorre da existência de normas-princípio materiais em oposição e assentadas sobre duas fundamentais regras lógicas internas (quer dizer, não só lógicas, mas também lógicas) ao sistema, a da igualdade dos homens e a da liberdade dos homens. O externo diz respeito à aplicação das normas ideais às relações humanas reais. Do ponto de vista externo, ou da externalização, o sistema pretende impor-se (externar-se) sobre o mundo real, mediante a atividade que denominada de aplicação das normas jurídica, e o faz por meio dos chamados postulados lógicos de aplicação. Os postulados, então, são a face externa de uma mesma lógica presente internamente no sistema jurídico. Há uma mesma lógica sistêmica que possui uma interface, com projeção interna e externa. A lógica da compatibilização tem, pois, uma face interna ou intra-sistêmica, e outra externa ou da aplicação do sistema ideal sobre a realidade factual. Em suma, a lógica da aplicação (externalização) é uma outra face da própria lógica interna do sistema. O metodológico é um aspecto externo do lógico. Trata-se, na verdade, com antes já esclarecido, de uma relação que preside todas as ciências. Reiterando o que dissemos em tópico anterior há uma “interface” entre a “lógica da natureza” e a “lógica do método científico”. São dois aspectos de uma única lógica. Por exemplo, a partir de duas regras descobertas pelo homem, indução e causalidade, que fazem parte da lógica interna da natureza, o cientista pretende, mediante a mesma observação guiada pelo método científico, desvelar as demais regras ou conexões subjacentes entre os fenômenos da natureza. Essas regras internas passam a funcionar como regras do método científico. Coincidem-se o lógico e o metodológico.

A essa altura da digressão já é possível fazer duas retificações à primeira teoria ou concepção sobre a natureza dos postulados, apresentada por Ávila: (i) não é totalmente exata a afirmação de que os postulados seriam meras regras de aplicação, e por isso diferentes das normas jurídicas; (ii) também não é totalmente exata a afirmação de que os postulados se diferenciariam dos princípios porque seriam meramente formais, pertencendo a um outro plano, o plano puramente lógico, ao invés do plano material e ontológico; (iii) conquanto seja procedente a observação de que as normas-princípio podem ser apresentadas segundo a estrutura das normas-regra, de modo binomial, com uma hipótese de incidência e um conseqüente, de uma tal observância não decorrem maiores conseqüências práticas no âmbito operacional da aplicação das normas. Expliquemo-nos. Como já esclarecemos, há uma impropriedade lingüística quando se fala em aplicação dos princípios (normas-princípio). Os princípios não

incidem e nem se aplicam, mas, ao invés, são alcançados ou concretizados, numa menor ou numa maior extensão. E os postulados nada mais são do que aspectos lógicos ou formais dos princípios materiais, e, portanto, não são externos ao sistema jurídico e sim interno, na medida em que são desdobramentos lógicos das normas-princípio materiais inseridas no sistema jurídico. Os postulados orientam à aplicação das normas-regra, porque a lógica da aplicação (a metodologia) nada mais é do que uma projeção da própria lógica interna do sistema jurídico. Tal não se trata, convém ressaltar, de uma elaboração teórica complexa e muito mesmo complicada. Na verdade, a idéia é bastante simples, conquanto possa ela ser explorada pelas mais variadas perspectivas e dela deduzidos os mais numerosos desdobramentos teóricos, como, aliás, sempre ocorre com as teorias científicas acerca das categorias fundamentais. Parece ser uma constante na história da ciência a prevalência das teorias mais simples sobre as mais complexas. Mas também parece ser uma outra constante que de idéias simples sobre as categorias fundamentais decorram infinitos e complexos desdobramentos. Em todo o caso, em ciência, no embate entre as teorias mais simples e as mais complexas, convém sempre apostar na validade das mais simples. Por trás da infinitamente complexa natureza das coisas há apenas alguns poucos e simples princípios dos quais tudo o mais constitui mero desdobramento. E assim sendo, como já esclarecemos anteriormente, o lógico nada mais é do que um sistema de regras que presidem a estruturação formal de entes materiais (ideais ou reais). Todo ente real tem dois aspectos, um formal e outro material, indissociáveis um do outro. O mesmo vale para os entes materiais ideais (as normas jurídicas). Os postulados, como manifestações lógicas, são, assim, também aspectos formais de um ente ideal material, que como todo ente material. Por isso, os princípios lógicos, denominados de postulados, também têm os seus correspondentes princípios materiais. Passaremos a tratar dos aspectos lógicos e materiais das duas espécies de normas jurídicas, ou seja, dos aspectos formais e materiais das normas-regra e dos aspectos formais e materiais das normas-princípio.

Quando à terceira observação, é importante ressaltar que as teorias devem se prestar para a solução de problemas práticos. A referida crítica quando ao critério da estrutura lógica, usado para a distinção entre normas-regra e normas-princípio, não é capaz de refutar a importância do mesmo, porque, na verdade, as estruturas lógicas das normas-regra vão muito além da simplista divisão em duas partes, antecedente e conseqüente. Cada uma dessas partes estruturais subdivide-se em outras partes menores. Subdivisão que assume estruturas diferentes em função da espécie de regra. Com efeito, a subdivisão estrutural da norma-regra-material-tributária se diferencia da subdivisão estrutural da norma-regra-material-penal. E é exatamente essa subdivisão estrutural que se apresenta como um instrumental teórico utilíssimo para a solução dos mais variados problemas relativos à interpretação e aplicação da norma jurídica. Como já nos referimos em tópico anterior, no direito tributário, por exemplo, a identificação do elemento temporal da norma, à luz da legislação, contribuiu para a solução dos mais diversos casos levados ao Judiciário. Em 1990, o aumento da alíquota do imposto de importação, sem uma prévia comunicação do Executivo à sociedade, obrigou os contribuintes importadores de veículos automotores a arcar com uma sobrecarga tributária fora do planejamento econômico. Antes, as importadoras de veículos, aproveitando a baixa da alíquota do imposto de importação e do imposto sobre produtos industrializados importados, entabularam contratos de compra com fábricas estrangeiras. Discutiui-se nos tribunais, à época, se o aumento valeria para aquelas que já haviam comprado os bens, não obstante ainda pendentes de importação, ou se valeria para aquelas cujos veículos comprados já haviam ingressado em território nacional, não obstante ainda aguardassem nas docas o despacho aduaneiro. O Supremo Tribunal, à luz da legislação em vigor, decidiu que a majoração alcançava todas essas situações, porque identificou o elemento estrutural temporal da norma tributária no instante do despacho aduaneiro, antes do que, para fins fiscais, os bens ainda não haviam ingressado no País, e, portanto, seriam flagrados pela incidência da norma. Tal exemplo ilustra que a simples da divisão estrutural da regra, em duas partes, não decorrem, imediatamente, maiores conseqüências jurídicas, mas sim da subdivisão

estrutural. E se é verdade que uma norma-princípio pode ser apresentada sob uma estrutura binomial, com antecedente e conseqüente, também é verdade que as informações, os significados que veiculam não carregam um detalhamento capaz de permitir que também sejam as normas-princípio apresentadas mediante uma estrutura lógica mais complexa, com subdivisões, como, de fato, são as estruturas lógicas das normas-regra. Portanto, nesse aspecto, da crítica que a doutrina alemã faz ao critério da estrutura lógica, trazida para o País por Ávila, não decorrem maiores conseqüências quanto à interpretação e à aplicação das normas-regra.

4.3 ASPECTOS MATERIAIS E ASPECTOS LÓGICOS DAS NORMAS JURÍDICAS

4.3.1 Estruturas lógicas das normas-regra

Integrantes do conceito de norma, como “juízo lógico”, estão as concepções de norma material e de norma formal, ou, ainda, as noções de norma como conteúdo e de norma como estrutura lógica. O qualificativo “juízo” encerra, pois, a noção de norma enquanto “conteúdo” (informação, significado ou sentido lingüístico), enquanto o adjetivo “lógico” reporta-se ao aspecto “estrutural” da norma. Correspondem, em síntese, às noções de “forma” e de “conteúdo” relacionadas aos entes reais e aos entes ideais. Essa distinção entre norma material e norma formal, longe de constituir novidade, foi exaustivamente estudada na Europa Continental ainda na primeira metade do século passado¹⁹²; mas infelizmente tem sido negligenciada pelos autores nacionais, não tendo sido devidamente desenvolvida no Brasil senão no âmbito do Direito Tributário, e mesmo assim quase que restritamente a uma das escolas de direito do País, a escola paulista de Direito Tributário¹⁹³. A norma é, portanto, um juízo que o intérprete constrói, em geral, a partir da conjugação de diversos dispositivos legislativo, ou poucas vezes a partir de um só preceito legal ou ainda, muito raramente, de um único dispositivo podem ser extraídas mais de uma norma jurídica¹⁹⁴. Alguns dispositivos veiculam informações, outros, prescrições, e quando conjugados, pelo intérprete, conformam as normas jurídicas, que

¹⁹² Cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas; Kelsen e Klug, Normas Jurídicas e Análise Lógica*; Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*.

¹⁹³ Reportamo-nos à Escola Paulista de Direito Tributário, outrora liderada por Geraldo Atabila, precocemente falecido, e a sua obra referencial, *Hipótese de Incidência Tributária*. Escola essa, preconceituosa e pejorativamente rotulada, por muitos, de reducionista, formalista ou logicista. Assim, se por um lado constitui lição fundamental a distinção entre dispositivo ou preceito legislativo e norma jurídica, por outro, tal lição parece ser um lugar-comum, no meio acadêmico nacional, apenas para os tributaristas, e mesmo assim só para aqueles que procuram seguir a produção acadêmica da escola paulista; salvo poucas exceções, como no Recife, com Souto Maior Borges, em Minas Gerais, com Sacha Calmon Navarro Coelho, e no Rio Grande do Sul, preteritamente com Alfredo Augusto Becker e atualmente com Humberto Ávila. Fora desses parâmetros, não apenas a comunidade de técnicos ou operadores do direito, mas também o meio o próprio meio acadêmico continua ignorando a referida distinção ou quando muito, tendo notícia da mesma, mas não vislumbrando uma importância prática maior da distinção.

¹⁹⁴ Analisando a relação entre preceito e norma, Souto Maior Borges identifica três distintas situações: (i) caso em que há um só preceito e várias normas dele extraídas; (ii) caso em que há vários preceitos dos quais é extraída uma só norma; e (iii) caso em que há um preceito do qual não é extraída nenhuma norma. Senão vejamos: “Relações entre preceito e norma – 1.2. São múltiplas as relações sintáticas entre preceito e norma. Um preceito pode hospedar mais de uma norma. Pro exemplo, na garantia constitucional do direito de propriedade (CF, art. 5, XXII) estão embutidos não só o dever coletivo de não turbar os direitos de propriedade, mas também o de não ser instituído tributo confiscatório da propriedade, da qual o proprietário só pode ser turbado por via expropriatória (CF, art. 5, XXIV). Um só preceito e quatro normas, uma autorizativa do exercício do direito de propriedade (dever ser: é autorizado o exercício do direito do proprietário) e três proibitivas: proibição coletiva de turbar a propriedade, proibições dirigidas ao Legislativo, e ao Executivo, de efeitos tributários confiscatórios (dever ser: é vedado à coletividade turbar o direito do proprietário; é vedado à lei instituir tributo confiscatório; é vedado à administração fiscal cobrar tributo confiscatório). Noutro extremo, o preceito pode não envolver norma completa, na sua bimembridade constituinte (descriptor/prescritor). A definição de tributo no CTN, art. 3, tem sentido deontico, não descritivo portanto. U preceito do art. 2 do Código Civil, em cujos termos a personalidade do homem tem o seu termo inicial com o nascimento com vida (texto normativo, não descreve um acontecimento concreto) (...), não expressa norma completa. (José Souto maior Borges, *Curso de Direito Comunitário*, pp. 2-3.).

se expressam, em linhas gerais, em um dos três moldais: “é proibido”, “é permitido” e “é obrigatório”. O Código Penal Brasileiro prescreve, por exemplo: “art. 121. matar - pena de 6 a 20 anos de reclusão”. Trata-se, pois, de mero dispositivo de lei, que, na verdade, não veicula sequer uma proibição, mas apenas prevê uma hipótese, o homicídio, à qual imputa uma consequência jurídica, a prisão do homicida. E assim sendo, à luz do dispositivo, o homicida não cometeu qualquer violação à lei, mas, ao contrário, apenas realizou um ato descrito em texto legal. Rigorosamente, portanto, ele não violou a lei penal, ao invés, cumpriu ou realizou o fato nela descrito. Ele violou, na verdade, a norma jurídica, a conclusão lógica que se extrai desse dispositivo, qual seja, a de que “é proibido matar”, e “se matar, *dever ser* imputada, a quem matou, a pena de reclusão”. Eis, pois, uma das possíveis estruturas lógicas construídas a partir da interpretação do preceito legal. Esta é a estrutura lógica de um raciocínio (conjunto de juízos ou proposições interligados), composto por proposições (juízos lógicos). Do referido exemplo, perceba-se que as normas jurídicas, especificamente as normas-regra, têm todas uma estrutura lógica binomial ou bipartida. Quer dizer, são, do ponto de vista lógico, estruturadas em duas partes, uma “antecedente”, que veicula a *descrição* hipotética de um fato ou situação, e outra “conseqüente”, que veicula a *prescrição* de uma “consequência”, automática e necessariamente imputada no mundo jurídico imaginário, e que “deve ser” (*contingentemente*) aplicada no mundo jurídico concreto. A primeira parte da estrutura normativa recebe as mais variadas denominações doutrinárias, *fattispecie*, entre os italianos, *tatbestand*, entre os germânicos, *hipótese de incidência*, para os tributaristas nacionais. Por sua vez, cada uma dessas partes da estrutura binomial normativa, subdivide-se, estruturalmente, e essa subdivisão, diversamente, não segue sempre uma mesma conformação estrutural para todas as normas jurídicas, porém, ao invés, revela-se em padrões estruturais específicos para cada tipo de norma comum a cada ramo do direito. As normas de direito tributário têm, por exemplo, uma determinada estrutura lógica que lhe são próprias e que se diferenciam, por exemplo, da estrutura lógica das normas-regra de direito penal ou de direito civil. Mas essa conclusão conquanto não se apresente como nenhuma novidade, infelizmente, tem sido tratada por décadas como uma elaboração acadêmica despojada de maiores repercussões pragmáticas. Eis, pois, o grande desafio que já tem sido denominado no meio acadêmico, ainda modestamente e tão-só por poucas vozes, de *Giro Lingüístico* no mundo jurídico¹⁹⁵. Nesse sentido, a “norma-regra-formal” de direito tributário encerraria a referida estrutura lógica binomial: um antecedente (*descriptor ou hipótese de incidência*), que se subdivide, segundo a teoria predominante, nos elementos ou critérios *material, espacial e temporal*, e um conseqüente (*prescriptor*), que se subdivide nos elementos *quantitativo (base de cálculo e alíquota)* e *peçoal (sujeito ativo e sujeito passivo)*. Noutros termos, conforme construção teórica da doutrina nacional¹⁹⁶ haurida a partir das lições de lógica jurídica de Lourival Vilanova¹⁹⁷, a norma tributária estruturar-se-ia pela combinação de cinco elementos: (i) “elemento material” (*coisa ou situação tributada*); (ii) “elemento espacial” (*local de incidência ou delimitação espacial de abrangência da incidência*); (iii) “elemento temporal” (*momento de incidência*); (iv) “elemento peçoal” (*sujeito passivo e sujeito ativo*); e (v) “elemento quantitativo” (*base de cálculo e alíquota*). À toda e qualquer norma tributária “material” corresponderia, segundo a teoria dominante¹⁹⁸, uma tal estrutura lógica ou formal, e, assim, a “norma-regra-material” do IPTU teria a propriedade territorial urbana como elemento material, o território urbano municipal, como elemento espacial, o primeiro dia útil do ano, como elemento temporal, o Município e o proprietário do imóvel, como sujeito ativo e passivo do critério peçoal, e o valor venal e a alíquota de 1% , como elementos quantitativos da obrigação tributária. Qualquer norma tributária seria constituída segundo essa estrutura, que

¹⁹⁵ Lenio Streck, *op. cit.*

¹⁹⁶ Geraldo Ataliba, *Hipótese de Incidência Tributária*, e Paulo de Barros Carvalho, *Teoria da Norma Tributária*.

¹⁹⁷ Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*.

¹⁹⁸ Paulo de Barros Carvalho, *Teoria da Norma Tributária*.

constitui, em última análise, a própria norma jurídica tributária em seu aspecto formal. Numa palavra, essa estrutura lógica é a própria norma formal tributária.

4.3.2 Aspecto material das normas-regra

Do que foi dito, facilmente se infere que essa estrutura lógico-formal é preenchida por informações veiculadas por palavras cujos sentidos apontam para coisas, fatos e pessoas que são postos sob a incidência da norma jurídica, e tal relação significativa (em que o signo aponta para coisas, fatos e sujeitos do mundo real) é exatamente o que se chama de aspecto material da norma jurídica. Em seu aspecto material a norma jurídica tributária é, pois, o ente ideal material que encerra um conjunto de informações precisas acerca da matéria tributada (*coisa ou situação tributada*), da identificação das coordenadas de espaço e de tempo havidas para a ocorrência do fato tributado, dos sujeitos da relação jurídica, e dos parâmetros quantitativos para a mensuração do tributo devido. Assim, o cidadão, destinatário da obrigação tributária, mesmo sem que tenha maiores conhecimentos técnicos sobre Direito Tributário, sabe que a matéria tributada é a propriedade de veículo automotor ou o imóvel situado do perímetro urbano do município, ou ainda a aquisição de renda ou a circulação jurídica de mercadoria. É conhecedor da norma material tributária em seu aspecto bruto. E não poderia deixar de conhecê-la sob pena de não ser possível dele exigir-se o cumprimento. Contudo, apenas um especialista em tributação detém o conhecimento detalhado da norma formal tributária. O referido exemplo extraído do direito penal, conquanto recorrentemente citado pelos autores, não nos parece o mais feliz para expressar a importância da referida distinção, uma vez que dele não se vislumbram de imediato maiores conseqüências teóricas e práticas da diferença entre dispositivo ou preceito legislativo e norma jurídica.

Vejamos, então, uma situação na qual o desconhecimento dessa perspectiva lógico-ontológica, no Direito penal, resulta em grave equívoco de interpretação da norma-princípio da retroatividade benigna, em prejuízo de direito constitucional fundamental do infrator. A jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive a da mais alta corte nacional, não absorveu a lição da Teoria do Direito acerca da distinção entre preceito legal e norma jurídica, o que se verifica, entre outros julgados, no seu entendimento acerca do princípio constitucional da retroatividade benigna no âmbito do direito penal. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal há muito assentou o entendimento de que havendo dois preceitos penais, editados em momentos distintos, na hipótese de cada um deles encerrar, isoladamente, prescrições que em parte são mais favoráveis, e em parte, mais desfavoráveis ao réu, é vedada, para fins de aplicação do princípio constitucional da retroatividade benigna, a combinação de ambos os preceitos apenas naquilo em que cada um deles contenha de mais benigno ao criminoso¹⁹⁹. Concluiu o Supremo Tribunal que, ao réu, por meio de seu advogado, caberia a escolha sobre a aplicação total de um ou de outro dispositivo. E dessa maneira, faz-se a confusão entre o dispositivo da lei penal e a norma penal. Quando, ao invés, a norma penal deveria ser havida como o juízo lógico resultante da combinação de ambos dispositivos apenas naquilo em que cada um deles fosse mais benéfico. Esse exemplo serve como confirmação do desconhecimento da referida distinção não apenas entre os penalistas, mas inclusive, com rara exceção, entre parte dos cultos juristas que presidem as mais elevadas instâncias do Poder Judiciário no País. Posição jurisprudencial que vem de longa data. O que parece ser uma conseqüência, em última análise, da ausência de estudos sobre a temática da norma jurídica e notadamente do preconceito em relação aos estudos sobre lógica jurídica, reputados como de somenos importância e inseridos dentro de uma pré-concepção cultural fenomenológica avessa ao formal, como se fosse a forma lógica a responsável pelos efeitos nocivos de uma legislação que por muito tempo foi carente de

¹⁹⁹STF/HC/76978/RSHABEASCORPUS/Relator(a): Min.MAURÍCIOCORRÊA/Julgamento: 29/09/1998/ Órgão Julgador: Segunda Turma.

legitimidade, durante o longo período recente de ditadura militar em nosso País. Contudo, a importância de uma distinção entre preceito legislativo e norma jurídica, bem como entre norma formal e norma material, não se restringe às normas-regra. E ganha, mais recentemente, um lugar de destaque também no que diz respeito às normas-princípio. Com efeito, os estudos sobre a teoria dos princípios conquistaram um progresso sem precedentes nos últimos anos. Sedimentou-se a concepção de que princípio jurídico não só não é uma entidade metafísica externa ao sistema jurídico, como possui natureza de norma jurídica, e, segundo nos parece, tal qual as normas-regra, ele também é dotado de aspectos lógicos e de aspectos materiais. É o que veremos a seguir.

4.4 OS PRINCÍPIOS EM SEUS ASPECTOS MATERIAIS E EM SEUS ASPECTOS LÓGICOS (POSTULADOS)

Anteriormente fizemos uma retrospectiva sobre a evolução acadêmica da Teoria dos Princípios, demonstrando que as teorias sobre a temática evoluíram de construções vagas e densamente abstratas, para elaborações verdadeiramente operacionais capazes de servir como útil instrumento para a solução dos mais variados problemas da prática jurídica. Essas teorias operacionais, porém, são ainda insuficientes para orientar o operador do Direito nas tarefas de interpretação e aplicação da norma jurídica. A Teoria do Direito tem estudado os aspectos lógicos e materiais das normas-regra, mas tem silenciado em relação aos aspectos lógicos das normas-princípio, como se elas não possuíssem, tal qual as normas-regra, também as mesmas dimensões lógicas. Entendemos que qualquer teoria das normas jurídicas, inclusive as teorias sobre as normas-princípio, só se torna completa quando investiga os aspectos lógicos e ontológicos da norma jurídica. Sigamos, então, o raciocínio. Como já esclarecemos, a maior parte da doutrina divide a norma jurídica em duas espécies: norma-regra e norma-princípio.²⁰⁰ Enquanto a norma-regra teria uma estrutura lógica binária, composta por uma hipótese de incidência e um mandamento, a norma-princípio teria estrutura linear e sua função seria não a de incidir sobre os fatos, como ocorrem com as normas-regra, atribuindo-os, numa linguagem jurídica metafórica, relevância jurídica, mas, ao invés, a de servir com instrumento jurídico para a interpretação e aplicação das normas-regra, na medida em que se apresentam como fins ou metas a serem atingidas por meio da aplicação das regras. Mais recentemente a doutrina tem acrescentado a essas duas, uma terceira categoria, que, até há pouco tempo, seria, segundo uma concepção teórica²⁰¹, incorretamente classificada como subespécie de norma-princípio; mas que, todavia, não possuiria real natureza de norma jurídica, sendo, ao invés, não uma regra de conduta ou uma diretriz do sistema normativo, e sim uma regra de aplicação das normas jurídicas. E como categoria distinta deveria também ser diferentemente denominada, deixando, então, de ser referida, como princípio interpretativo, para ser chamada de “postulado aplicativo”, como seriam exemplos os assim chamados princípios da “proporcionalidade” e da “razoabilidade”. “Norma-regra”, “norma-princípio” e “postulado interpretativo”, seriam, pois, três categorias jurídicas distintas, as duas primeiras, espécies de norma jurídica material, e a última, uma regra de natureza distinta das outras duas, uma regra de natureza lógico-formal, relacionada à aplicação das normas materiais e com elas não se confundindo.²⁰²

Como afirmamos, decerto, essa última concepção inova, ao ressaltar a distinção dos “postulados normativos” como uma terceira categoria cuja natureza lógico-interpretativa não corresponderia à natureza de uma espécie normativa propriamente dita, isto é, à de uma categoria interna ao ordenamento, como as outras espécies normativas (norma-regra e norma-princípio), revelando-se, ao invés, como uma categoria externa ao sistema jurídico. Com efeito,

²⁰⁰ Cf. Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, e Ronald Dworkin, *O Império do Direito*.

²⁰¹ Cf. Humberto Ávila, *op. cit.*

²⁰² Humberto Ávila, *op. cit.*, e Eros Roberto Grau, *Ensaio sobre Interpretação/Aplicação do Direito*.

essa visão consubstancia um avanço na teoria das normas jurídicas, quando “esclarece”, “sistematiza” e “dá forma teórica” ao que, na verdade, há muito já estava latente na Teoria do Direito. Contudo, não nos parece que essa seja a melhor maneira de descrever e classificar essas distintas categorias jurídicas. Parece-nos, pois, mais acertada a classificação que, partindo da já clássica divisão bipartida, subdivide cada uma das duas referidas espécies em outras duas subespécies: *norma-regra-material* e *norma-regra-formal*, de um lado, e *norma-princípio-material* e *norma-princípio-formal*, de outro. De fato, o princípio da isonomia, tem o seu aspecto de “norma-princípio-formal” quando estabelece que todos são iguais “perante” a lei, o que significa dizer que a norma deve ser aplicada de modo igual a todos os destinatários, uma vez que ela se reporta indistintamente a toda uma categoria de pessoas, e cujo desrespeito pode configurar violação do princípio da igualdade em seu aspecto formal ou igualdade perante a lei”. Mas o princípio da isonomia também tem o seu aspecto de “norma-princípio-material” quando estabelece que todos são iguais “na” lei, o que equivale a dizer que a própria lei não deve conter qualquer dos elementos de discriminação expressamente vedados na ordem constitucional, como raça, credo ou ideologia, sob pena de ter-se por violado o princípio da igualdade material ou igualdade na lei. “Isonomia perante a lei” é aspecto formal do princípio geral da igualdade e concernente “à aplicação da lei”, motivo por que se trata de um aspecto lógico de um princípio interno e não de um princípio externo ao sistema normativo. “Isonomia na lei” é isonomia material, é isonomia quanto ao conteúdo. É aspecto material do princípio geral da igualdade. Tais lições acerca dos aspectos formal e material do princípio da isonomia, na verdade, são velhas novidades que remontam a Kelsen e já foram muito bem trabalhadas na doutrina nacional²⁰³, sendo nova apenas uma tal forma de abordagem à luz da teoria lógica dos princípios. O fato é que o referido exemplo permite uma mais fácil percepção de que toda norma jurídica (*regra* ou *princípio*) tem um aspecto material e, também, correspondentemente, um ou mais aspectos formais.

Por exemplo, o mesmo princípio da isonomia, ainda, revelar-se-ia por outros diversos aspectos normativo-formais ou lógico-normativos. Fala-se, pois, em “isonomia positiva²⁰⁴” para referir-se ao dever de o Estado tratar diferentemente os desiguais, seja para referir-se ao dever de a própria lei estabelecer em seu conteúdo (*aspecto material*) um tratamento desigual entre os desiguais, seja para referir-se ao dever de o aplicador da lei dar tratamento desigual em relação aos desiguais quando da aplicação da lei no caso concreto (*aspecto lógico-metodológico*). Fala-se, também, em “isonomia negativa²⁰⁵”, inversamente, para referir-se à vedação de o Estado tratar diferentemente os iguais, seja para referir-se à vedação de a própria lei estabelecer em seu conteúdo (*aspecto material*) um tratamento desigual entre os iguais, seja para referir-se à proibição de o aplicador da lei dar tratamento desigual em relação aos iguais quando da aplicação da lei (*aspecto lógico-metodológico*). No mesmo sentido, outras tantas normas-princípio têm, como todas as normas-regra também têm, um duplo aspecto, o formal e o material, e muitos dos identificados princípios formais são aspectos lógicos de um mesmo princípio material referido por uma outra denominação, tal como os tão recorrentemente estudados princípios da “razoabilidade” e da “proporcionalidade”, que, em última análise, não têm os correspondentes princípios materiais da razoabilidade e da proporcionalidade, mas são, na verdade, aspectos de um outro princípio material, qual seja, o princípio da isonomia no que pertine à aplicação do direito. De fato, todo e qualquer ente real não pode ser definido ou mesmo pensado senão mediante a conjugação de seus aspectos material e formal; não sendo mesmo ontologicamente possível pensar em algo real despojado do seu aspecto formal, conquanto seja, inversamente, ontologicamente possível pensar um ente formal desconectado de um conteúdo

²⁰³ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*; Hugo de Brito Machado, *Princípios Jurídicos de Tributação na Constituição de 1988*.

²⁰⁴ Misabel Derzi, *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*, capítulo n. 4, secção n. 6.

²⁰⁵ *Idem, ibidem*.

material imediato. A geometria e a matemática, são exemplos, como já esclarecemos anteriormente. E, por absoluta pertinência, retomando as considerações antes apresentadas, não é possível, por exemplo, pensar abstratamente sobre “uma laranja” (coisa material), sem necessariamente recorrer-se, em pensamento, à sua forma geométrica (circular ou esférica) ou à sua quantidade numérica (uma, e não, duas, laranjas). Mas é possível pensar no número “um”, ou em uma forma “geométrica” qualquer, o círculo, sem que se faça uma correlação necessária com um ente do mundo real. Como o lógico e o metodológico são duas faces de uma mesma moeda, a norma-princípio-formal (ou, o aspecto lógico da norma-princípio) acabou sendo confundida, na Teoria do Direito mais recentemente elaborada²⁰⁶, com uma mera norma de aplicação ou postulado hermenêutico (regra metodológica)²⁰⁷, externo ao sistema e de natureza distinta e independente dos princípios materiais.

Esse equívoco quanto à natureza dos assim denominados “postulados”, diferenciando-os das normas-princípio, como se eles pertencessem a uma terceira categoria jurídica distinta das normas jurídicas, não diminui a importância da Teoria dos Princípios de Ávila, nem invalida todas as consequências que autor extraiu da suposição de que seriam eles, regras de aplicação, porquanto, de fato, além de serem eles aspectos das próprias normas-princípio, são também aspectos lógicos e metodológicos das mesmas normas jurídicas. Nem diminui, por outro lado, a capacidade analítica do autor, porque, nesse equívoco ele está muito bem acompanhado de outros autores, como, é o caso, de Norberto Bobbio. Expliquemo-nos. Na mesma armadilha da complexidade lógica dos sistemas jurídicos caiu esse autor italiano quando, em obra clássica da Teoria do Direito, a *teoria do ordenamento jurídico*²⁰⁸, apresentou como meras regras de aplicação do direito e de solução de conflitos, os famosos critérios *hierárquico*, *cronológico* e da *especialidade*. Na verdade eles não estão fora do sistema, pois mesmo quando não registrados expressamente em textos legislativos, em geral eles estão dentro do sistema jurídico estatal porque são aspectos lógicos de normas materiais presentes no mesmo sistema. Senão vejamos. O critério cronológico é facilmente depreendido do explícito dispositivo constitucional cujo teor determina a ultratividade ou a retroatividade da norma penal mais benigna²⁰⁹, mesmo não tendo incidido sobre o fato pretérito, já que a incidência é sempre a da norma em vigor no momento da ocorrência do fato. Com esse comando a Constituição, por dedução lógica, reconhece que a lei posterior revoga a anterior, ao afirmar que se aplica, de regra, a norma que estava em vigor no momento da ocorrência do fato ilícito, mesmo que uma nova norma posterior tenha estabelecido novas consequências jurídicas para o mesmo fato ilícito. Reconhece-se aí que a norma posterior revogou a anterior, mas independentemente da revogação, de regra, aplica-se (no presente ou no futuro) a norma anterior porque ela que estava em vigor no momento do ato ilícito (no passado), exceto se e somente se a norma posterior (a norma revogadora) tenha estabelecido consequências mais benéficas ao réu. “Tal é uma dedução lógica incontestável”. E exatamente por ser uma dedução lógica (um juízo lógico) que faz dessa regra uma norma jurídica. O preceito legislativo é um (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu). A norma jurídica é outra. É a ilação lógica, ou são as ilações lógicas extraídas como consequências necessárias do comando legal. Em termos bem simples e objetivos, para iluminar ainda mais tal raciocínio, poderíamos ilustrá-lo com um outro exemplo, o exemplo da

²⁰⁶ Humberto Ávila, *op. cit.*

²⁰⁷ Aliás, essa correlação necessária, entre o lógico, o metodológico e o objeto material de estudo, como já esclarecemos, não é uma exclusividade da Ciência do Direito, mas é uma constante em toda e qualquer ciência. De fato, se tomarmos como exemplo a Física, verificaremos que a matéria (seu objeto de estudo), possuiu uma estrutura lógica que se manifesta no espaço-tempo segundo leis lógicas, e é exatamente essa ordem lógica (o cosmos) do seu objeto que torna possível a Ciência cuja metodologia espelha a mesma lógica do objeto de estudo. A Metodologia da ciência e a estrutura lógica do objeto são, pois, inseparáveis uma da outra, o que explica a confusão entre a estrutura lógica da norma principiológica e a metodologia de aplicação das normas. A lógica da aplicação espelha a lógica da estruturação do objeto. É assim na Física e é assim no Direito.

²⁰⁸ Norberto Bobbio, *op. cit.*

²⁰⁹ Constituição Federal de 1988, art. 5, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

regra de trânsito consignada em texto legislativo: “é proibido dobrar à direita”. Ora, do preceito segundo a qual “é proibido dobrar à direita”, inferem-se, como conclusão lógica “necessária”, as seguintes normas ou juízos lógicos: (i) “é permitido dobrar a esquerda”; (ii) “é permitido ir em frente”;; (iii) “é permitido voltar” *etc.* Todas essas regras são juízos lógicos extraído do preceito legal que determina “é proibido dobrar à direita”. E é exatamente assim porque a norma não deve ser confundida com o preceito legal. No caso, o preceito legal é um só, mas as normas são várias, muito mais até do que as três referidas ilações. Mais uma vez, diante desse esclarecimento, assoma aquela sensação de quem está vencido por *xequete-mate*, seguida da velha interjeição “*mas é claro..!* Assim, o preceito constitucional que registra explicitamente a retroatividade benigna é, pois, a base legislativa do princípio cronológico²¹⁰. Está aí a sede legislativa de onde se extrai o princípio lógico-material por força do qual a lei posterior revoga a anterior. Aí está a sede (se preferir assim chamá-lo) do “critério cronológico” de solução de antinomias, na terminologia de Bobbio; ou, na terminologia de Ávila, a sede do “postulado aplicativo”, do postulado lógico que orienta a aplicação das normas jurídicas sucedidas no tempo. E não poderia ser diferente, porque senão tivesse sede constitucional, mas apenas sede legal, como é o caso da chamada da Lei de Introdução ao Código Civil, o dispositivo não teria suficiente força normativa para impor-se sobre outras leis, na medida em que, por força desse mesma lógica da revogação da lei anterior pela posterior, uma outra lei posterior contrariasse a uma tal regra lógica, estaria revogando da própria regra lógica disposta na anterior Lei de Introdução ao Código Civil. Daí a necessidade de que uma tal regra seja veiculada em sede Constitucional, cuja superioridade hierárquica lhe atribui força normativa suficiente para que ela se imponha sobre as demais normas. Os outros dois critérios, o hierárquico e o da especialidade, também estão lá, dentro, da Constituição. São igualmente juízos lógicos (e, portanto, normas jurídicas) extraídos da própria Constituição. Vejamos. As Constituições encerraram diversas normas-regra aparentemente antagônicas, mas que, na verdade, são havidas como regras e exceções expressamente ressalvadas, e não como antinomias. Tal conclusão decorre a suposição, por convenção pré-estabelecida, de que, exatamente por ter a natureza de sistema, não há contradições entre normas-regra presentes na Constituição. E dessa lógica, da convivência entre regra e exceção, também facilmente se infere o critério da especialidade, calcado na noção de que a norma mais específica prevalece sobre a mais geral. No mesmo sentido, o critério da hierarquia, por sua vez, é uma decorrência lógica da própria pretensão impositiva da Constituição²¹¹, cuja força normativa pretende ser suficiente para a ela vincular as demais normas estatais, e inclusive todos os atos exarados pelos Poderes constituídos, (Judiciário, Executivo e Legislativo). Portanto, esses três critérios (*cronológico, hierárquico e da especialidade*) não são meras convenções metodológicas, mas sim aspectos lógicos de normas jurídicas que estão lá, dentro do sistema jurídico, e não antes do sistema jurídico. E estariam ainda que a nossa Lei das Normas, ou Lei de Introdução ao Código Civil, não houvesse explicitamente consignado tais regras de aplicação. Pelas mesmas razões, também não são meras regras de aplicação, estranhas ao sistema, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade formal *etc.* E mais uma vez ressaltamos que não há nenhum demérito em antes não ter sido capaz de ver o evidente. Basta lembrar a velha suposição de que na queda de corpos de massa distintas chegaria primeiro ao solo o mais pesado, segundo entendimento do gênio de Aristóteles, suposição que perdurou por quase dois mil anos até que Galileu demonstrasse que uma bala de canhão e outra de mosquete, quando ambas lançadas de uma mesma altura, lá do alto da torre de Pisa, como reza o romântico relato histórico, chegariam simultaneamente ao solo.

²¹⁰ Cf. 36.2.4. *Incidência e Aplicação*. Na seqüência, no momento oportuno, apresentaremos uma outra norma-princípio-formal que também é uma consequência lógica do princípio da retroatividade benigna.

²¹¹ O princípio da supremacia constitucional é pressuposto epistemológico necessário e juridicamente inquestionável.

Cabe, a partir dessas conclusões, o desenvolvimento de estudos que procurem um maior aprofundamento teórico acerca dessa relação entre os aspectos lógicos e materiais dos princípios, de modo a edificar uma teoria lógica das normas-princípio, com o mesmo rigor e precisão que a teoria lógica das normas-regra foi capaz de alcançar. O presente estudo apenas “mostra” algo que, segundo nos parece, já estava latente em meio ao material teórico mais recentemente elaboração em torno do que já que convencionou denominar de Pós-Positivismo Jurídico. Porém, esse nosso estudo não identificou outras tantas conexões certamente existentes entre os elementos dos sistemas jurídicos. Por exemplo, o princípio da segurança jurídica inequivocamente também se apresenta como um princípio lógico; contudo, quer nos parecer, a primeira vista, que não se trata apenas de um aspecto lógico de um correspondente princípio material referido por uma outra terminologia (como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em relação ao princípio da isonomia), mas sim de um nome que se dá a uma característica lógica do próprio sistema normativo como um todo, e não o nome que se dá a um aspecto lógico de uma norma, uma mera parte ou elemento desse todo. Cabe a comunidade acadêmica, pois, desenvolver estudos que confirmem ou infirmem essa suposição, bem como elaborações que permitam estabelecer outras conexões lógico-ontológicas entre normas-princípio identificadas nos sistema sob distintas denominações. Essa conclusão acerca da dupla natureza, formal e material, das normas-princípio, não é uma conclusão final, mas antes se apresenta como uma conclusão inicial. O início de um projeto inacabado. Eis, pois, o projeto que apresentamos à comunidade jurídica. Eis, pois, o projeto que, segundo nos parece, constituirá a próxima etapa do desenvolvimento evolutivo da teoria dos princípios. O nosso trabalho acaba aqui. Com ele, ao mesmo tempo em que entramos, também saímos do mundo acadêmico; pois, embora entendamos como de grande relevância o desenvolvimento da Ciência do Direito, o fato é que, numa existência tão breve, há outros tantos projetos que se nos afiguram como de muito maior importância para a utilização desse bem tão escasso que é o tempo, como, por exemplo, o cuidado(*sörge*)²¹². O cuidado com a prole e o cuidado com os outros (*assistência social*). Esse sim o melhor projeto de enriquecimento do *curriculum* de vida.

Passemos agora às considerações sobre a natureza lógico-ontológica do ato de interpretação e do ato de aplicação das normas jurídicas.

²¹² A alegoria do *cuidado* (*sorge*) conjuntamente com outras categorias utilizadas por Heidegger, prestam-se para definir o que é o Estado a partir de sua razão existencial. O Estado é, pois, na terminologia kelseniana, uma “corporação”, mas uma corporação cuja função é a de cuidar da sociedade mediante a prestação de serviços. O *projeto* existencial do Estado é o de servir à sociedade, e é identificado, especificamente, nas normas-princípio. As normas-princípio determinam, pois, os *fins* do Estado; são, assim, os projetos cuja realização dá-se mediante a aplicação das normas-regra.

5 - TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

5.1 Teoria da interpretação da norma jurídica 5.1.1 Interpretação em concreto e interpretação em abstrato 5.1.2 Interpretação em abstrato 5.1.2.1 Interpretação 5.1.2.2 Aplicação 5.1.2.3 Subsunção e incidência 5.1.2.4 Incidência e aplicação 5.2 Teoria da aplicação da norma jurídica 5.2.1 Interpretação em concreto (Interpretação-aplicação). 5.2.3 Aplicação ideal e aplicação real 5.2.4 Aplicação ideal da norma geral e elaboração da norma individual 5.2.5 Incidência e não-aplicação da norma (Princípio e não-aplicação, a justiça no caso concreto)

5.1 TEORIA DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

5.1.1 Interpretação em concreto e interpretação em abstrato

“Quanto à norma jurídica, não há aplicação sem interpretação”. “É impossível conceber-se aplicação sem interpretação”. E, após as imprescindíveis considerações, retomando as questões antes apresentadas, novamente pergunta-se: a recíproca também seria verdadeira? Seria possível cogitar-se de interpretar sem aplicação? Ou ainda, seria possível cogitar-se de interpretação em abstrato? Cogitar-se de uma interpretação da norma abstrata sem qualquer referência a um caso concreto? Essa é uma questão fundamental que tem sido objeto de muitos equívocos na Teoria do Direito. A doutrina, na última década, tem sustentado ainda mais incisivamente uma suposta vinculação necessária entre interpretação e aplicação²¹³, a ponto de negar peremptoriamente a possibilidade de interpretação da norma sem que seja diante de um caso concreto. Esses autores, alguns deles de invejável erudição, apresentaram respostas que, embora não sejam essencialmente erradas, são indubitavelmente incompletas, por não tratarem do problema em sua inteireza, ao desprezarem o questionamento de determinadas premissas pressupostamente óbvias. A resposta, diríamos, não a mais correta, porém, a mais adequada e completa, não é pela afirmativa nem pela negativa de uma tal vinculação necessária, mas, ao invés, é pela relatividade: “depende”. Essa resposta pode parecer, a princípio, evasiva, mas, como esclareceremos, não o é. De fato, depende dos respectivos conceitos estabelecidos acerca do que é um ente “abstrato” e do que é um ente “concreto”. Expliquemo-nos.

Uma observação mais atenta dos problemas teóricos subjacentes a essa questão, revela que a resposta a essa pergunta se confunde com a resposta à indagação filosófica fundamental acerca da existência dos supostos juízos sintéticos *a priori*. Com efeito, afirmar que é rigorosamente possível interpretar uma norma jurídica sem qualquer referência ao mundo concreto, significa essencialmente o mesmo que reconhecer a existência dos supostos juízos sintéticos *a priori*. Como vimos, para não ser enredado pelo equívoco da ambigüidade, é fundamental distinguir o “meramente abstrato” e o “puramente abstrato”. O primeiro se relaciona a todo conhecimento humano empírico. O segundo se reporta ao problema filosófico acerca da possibilidade de um conhecimento que independa totalmente de qualquer experiência imediata ou mediata, direta ou indireta, isto é, de um conhecimento que seja proveniente da “razão pura”, no sentido kantiano; âmbito de investigação da Metafísica em sentido estrito. Exceto dentro desse restrito âmbito da Metafísica, todo conhecimento, e, de conseguinte, toda interpretação, é interpretação *a posteriori*. Provém do mundo empírico, ou, no mínimo, é passível de verificação no mundo empírico. É imagem ou linguagem ideal que se reporta a um ente do mundo real, como os são as ciências factuais, como a Física e a Biologia; ou, no mínimo, é imagem ou linguagem reportável a um ente do mundo real, como o são a Matemática a Geometria, e também o Direito (*Ciência do Direito*). No caso das ciências factuais, as proposições, ao apresentarem uma descrição e uma explicação abstrata (*ideal*), reportam-se

²¹³ Cf. Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO*; Friederich Müller, *op. cit.*

imediatamente a um ente do mundo real. No caso das ciências ideais e formais, como a Matemática e a Geometria, as respectivas proposições não se referem imediatamente a um ente do mundo real específico e determinado, ao invés, referem-se a todo um gênero ideal (o número que expressa uma quantidade de qualquer coisa real, ou a forma geométrica que retrata todo um gênero de formas identificáveis no mundo real). E nesse sentido, as proposições dessas ciências referem-se indiretamente a entes do mundo real. De fato, como já esclarecemos, a Matemática tem sido na História progressivamente elaborada a partir de experiências vividas pelo homem no mundo factual, e com vista à solução de problemas práticos com os quais ele se deparou no mundo real, tais como a necessidade de quantificar as coisas reais ou a necessidade edificação de coisas que se materializam em formas geométrica determinadas. Da forma geométrica do círculo criou-se um objeto que revolucionou a história, e cuja invenção é marco temporal divisor de época da pré-história: a roda. Quadrados, retângulos, triângulos, e seus congêneres tridimensionais, são formas geométricas presentes na história e pré-história da construção de habitações (nas ocas, pirâmides, castelos, palácios e edifícios modernos *etc.*).

Igualmente, a norma jurídica, ou mesmo o preceito legislativo com o qual não se confunde, é um ente ideal elaborado pela mente humana a partir de experiências vividas no mundo factual das relações humanas. Configurando-se, pois, com a licença do inevitável pleonasma, como uma descrição abstrata de fatos suscetíveis de “concretização” contingente no “mundo real”. E nesse sentido, a norma jurídica, como ente ideal, não é “puramente abstrata”, mas tão-só “meramente abstrata”. Num momento pré-jurídico, isto é, num momento anterior à existência da norma como ente ideal objetivado pela linguagem, o legislador, a fim de propor solução para determinado gênero de conflitos de interesses reiteradamente observado nas relações sociais, elabora regras jurídicas. Assim como os entes da Matemática ou da Geometria, as regras jurídicas são elaborações ideais do espírito humano, a partir de experiências no mundo factual e para a solução de problemas do mesmo mundo real, embora com eles não se confundam. São simultaneamente “retrospectivas” e “prospectivas”²¹⁴, porque criadas a partir da experiência pretérita e como soluções teóricas generalizadas para problemas práticos futuros. A finalidade existencial da norma ideal é, pois, resolver um problema do mundo factual das relações humanas. É claro que a essa altura da presente digressão, o leitor que se filia ao monismo jurídico, isto é, que é infenso ao sincretismo metodológico, torce o nariz, reputando como pré-jurídica as considerações havidas pelo legislador antes da criação da regra jurídica, por entender que após a sua criação a lei ganha vida própria e independente do criador, rompendo-se o cordão umbilical que a ligaria ao legislador, devendo o operador do direito laborar a partir do direito posto, sem indagar sobre o que lhe precedeu, mesmo porque o legislador não é uma só pessoa e como tal portador de uma só intenção criadora, mas é um colegiado composto por pessoas egressas das mais diversas classes sociais. Sem embargo dessas premissas epistemológicas, não estamos aqui, em absoluto, a negar uma tal perspectiva metodológica. Não opomos um pluralismo ao monismo, como será mais detalhadamente esclarecido na seqüência. Não obstante, é forçoso chegar-se a conclusão de que, tendo sido elaborada pelo legislador, a partir de experiências vividas no mundo factual, o aplicador, ao entrar em contato com o texto do preceito legal, só conseguirá compreendê-lo porque compartilha, em seu repositório de memórias de experiências vividas, de experiências semelhantes às vividas pelo legislador, como, de resto, também compartilhadas, numa perspectiva fenomenológica²¹⁵, essencialmente por todos os seres humanos que vivem no mesmo meio social. Experiências semelhantes entre si e que variam, numa maior ou menor extensão, em função do nível de instrução, quociente de inteligência e outros tantos fatores individuais, mas que nem por isso deixam ser, em seu âmago, fenomenologicamente

²¹⁴ Cf. Humberto Ávila, *op. cit.*

²¹⁵ Cf. Edmund Husserl, *Investigações Lógicas – Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento*, §4, sobre “juízo de percepção”.

semelhantes, por mais complexo e heterogêneo que seja esse meio social e em que pesem tais peculiaridades que diferenciam os sujeitos do conhecimento.

Daí as conclusões, que, desde logo, antecipamos: (i) é impossível conceber-se qualquer interpretação, de preceito legislativo, que seja proveniente exclusivamente da “abstração pura”, isto é, que seja totalmente independente de qualquer experiência humana existencial vivida pelo intérprete, sendo, ao contrário, condição de possibilidade da própria interpretação, a preexistência de experiência de vida do próprio intérprete no meio social para cuja norma pretende disciplinar, sem o que não tem ele parâmetros para a compreensão do texto normativo (o conhecimento da conduta normada é condição necessária para o conhecimento da norma de conduta); (ii) é possível conceber-se uma interpretação, de preceito legislativo, que seja proveniente da “mera abstração”, isto é, que não seja imediatamente referente a um específico caso concreto, mas que se reporte a uma generalidade de situações reiteradamente observadas no mundo factual e cuja percepção fenomenológica pretérita torna possível ao operador do Direito reconstruí-las em seu mundo mental, extraindo as conclusões, em abstrato, do texto legislativo (em nível doutrinário, são exemplos de tal interpretação, os populares comentários aos Códigos Legais, e, são exemplos, em nível jurisprudencial, as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de ações constitucionais – Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade; (iii) quando realizada com vistas à aplicação em um caso concreto específico, a interpretação da norma jurídica, de regra, assume os contornos que a amoldam as especificidades do mesmo caso, de tal modo que a interpretação e a aplicação se imbricam em uma só atividade (*interpretação-aplicação*). Em síntese, é impossível a aplicação sem a interpretação da norma, mas é possível a interpretação sem a aplicação da norma. Ou, noutros termos, há duas espécies de interpretação: (i) a “interpretação em abstrato”, a interpretação meramente em abstrato, dissociada da aplicação em face de qualquer caso em concreto específico; e (ii) a “interpretação em concreto”, ou interpretação-aplicação, concebida em face de um específico caso em concreto.

De fato, rigorosamente falando não existe, pois, interpretação totalmente em abstrato. Por isso, quando alguns autores vinculam a interpretação à aplicação, não estão rigorosamente incorretos, mas apenas, por um lado, apresentam uma abordagem incompleta da fenomenologia da interpretação da norma jurídica, e, por outro, não são precisos no uso da linguagem ao tomarem a espécie pelo gênero. Expliquemo-nos. A aplicação da norma é atividade que se volta para o mundo real. É espécie de ação que ocorre no mundo geral dos fatos. Na grande maioria das vezes, quase sempre, quando o operador do Direito é instado a manifestar-se, a ele é apresentado um questionamento sobre um conflito de interesses no mundo factual, e apenas excepcionalmente é instado a manifestar-se exclusivamente sobre a validade ou sobre como deve ser entendido um determinado preceito legislativo. Nessa última hipótese não está em discussão um problema acerca de subsunção (correspondência entre norma e fato), nem, de conseguinte, um problema sobre incidência de norma jurídica. Porém, um problema de compatibilidade entre duas ou mais normas jurídicas. Em geral, uma norma superior (norma constitucional) e uma inferior (norma legal), ou entre uma norma anterior (norma constitucional originária) e outra posterior (norma constitucional derivada). O que não quer dizer, todavia, que a questão factual não esteja subjacente; mas tão-somente que ela existe exclusivamente em tese ou por referência lingüística mediata. Assim, num exemplo hipotético, numa ação judicial cujo objeto seja unicamente o pronunciamento da autoridade judicial competente acerca da validade de lei que autorize o aborto de nascituro anencéfalo, o fato-vida e o fato-morte, suscetíveis de ocorrerem exclusivamente no mundo real, são discutidos “em tese”, ou abstratamente, porque a decisão não se reportará a nenhum caso concreto em particular, e sim a toda uma generalidade de casos pretéritos, presentes e futuros, que se assemelham entre si por certos traços fenomenológicos. A validade da norma só é passível de análise judicial exatamente porque se reporta a fatos passíveis de conhecimento em face de “experiências pessoais” vividas por cada

um dos julgadores; experiências essas também compartilhadas com todas as pessoas que tenham vivido o suficiente para alcançar um mínimo nível de discernimento social. A interpretação e a aferição de validade da norma só poderá ser levada a efeito porque os intérpretes já conhecem fenomenologicamente os fatos hipoteticamente descritos nos correspondentes preceitos legislativos, na referida hipótese: os fenômenos naturais da vida e da morte.

Reitere-se. Na grande maioria das vezes, quase sempre, o operador do Direito é instado a manifestar-se particularmente acerca de um caso concreto que se lhe é apresentado, em vista da aplicação de uma regra jurídica, a princípio, elaborada como solução preestabelecida por uma decisão política. Nessa hipótese, numa extensão muito maior do que naquela, são de grande importância, ao contrário do que por muito tempo equivocadamente se supôs na Teoria do Direito, as circunstâncias particulares que transbordam a previsão genérica da norma jurídica, isto é, que vão além do mínimo factual cuja concretização deflagra a incidência da norma e a produção de seus efeitos jurídicos. E não só é pertinente, como é imprescindível à aplicação da norma, não apenas a análise do texto do preceito legislativo, mas também a interpretação dos fatos correspondentes, por duas razões: (i) porque a análise dos fatos é imprescindível à verificação da ocorrência de subsunção de uma determinada norma e não de outra; e (ii) porque eventualmente, não obstante caracterizada a subsunção, a aplicação da norma ao caso concreto pode redundar na violação de um princípio, revelando-se inválida, não a norma em si, mas a sua aplicação ao caso concreto, como também já esclarecido anteriormente. Reitere-se, entretanto, a esse último respeito, que as considerações apresentadas, por ocasião da operacional Teoria dos Princípios, são insuficientes para orientar o operador do Direito nas tarefas de interpretação e aplicação da norma jurídica. Conquanto não seja possível estabelecer um limite divisório entre uma teoria lógico-estrutural da norma jurídica e uma teoria da interpretação da norma jurídica, a Teoria dos Princípios insere-se, preponderantemente, dentro de uma perspectiva estrutural-material das normas jurídicas, e só se torna completa com uma Teoria da Interpretação da norma jurídica, baseada nos estudos levados a efeito pela Teoria do Conhecimento, notadamente pela Filosofia Analítica e pela Ontologia Fundamental, que permitem uma compreensão da norma jurídica por um outro viés, como passaremos a demonstrar ao longo dos tópicos que seguem.

5.1.2 Interpretação em abstrato

5.1.2.1 Interpretação

Num primeiro momento metodológico da Ciência do Direito, momento rigorosamente jurídico, numa perspectiva do direito posto, na medida em que o direito é visto como norma posta pela autoridade estatal competente, o intérprete, nome que se dá ao cientista do Direito, entra em contato com o texto normativo em abstrato, e, a princípio, é capaz de compreendê-lo, extrair dele significados precisos, ou seja, estabelecer as possíveis conexões das palavras com fatos idealmente considerados acerca do mundo real, independentemente da comparação da descrição normativa desses fatos em abstrato com fatos específicos e efetivamente ocorridos no mundo real. Nesse momento a interpretação não é levada a efeito em vista da solução de um determinado conflito de interesses do mundo real. O intérprete labora com o texto em abstrato, sem qualquer referência a um caso concreto específico que tenha ocorrido no mundo fenomênico posteriormente à vigência da norma. Texto legal com o qual labora refere-se genericamente a fatos ideais e atemporais, e cuja ocorrência real que permitiu a generalização fenomenológica necessária a elaboração desse texto, deu-se no pretérito, antes da edição do preceito legal. E o intérprete só capaz de compreender o texto legal porque previamente já havia tido contato físico, por experiência existencial pessoal, com fatos do mesmo gênero, em virtude do que formou, em sua memória cognitiva, conceitos ideais sobre eles, mediante uma redução fenomenológica. A compreensão só é possível para quem já inserido no meio em que está inserida a coisa que se busca compreender. Um eventual caso

concreto e específico que, por ventura, se lhe seja apresentado, a princípio, em nada contribui, para que conseguisse alcançar uma compreensão do texto legal. Situa-se o intérprete, pois, do ponto de vista epistemológico, exatamente na arena de pesquisa da Ciência do Direito. A tarefa da Ciência do Direito é, então, exatamente a de fornece as várias, e não a única, interpretações possíveis do texto normativo. E nesse sentido, o intérprete não se confunde necessariamente com o aplicador do direito. Todo aplicador do direito é necessariamente um intérprete da norma jurídica, na medida em que sem uma prévia interpretação não é metodologicamente possível a aplicação da norma jurídica. Mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo intérprete é aplicador do direito. O advogado, quando apresenta ao juiz um a descrição de um caso e uma interpretação do texto correspondente, é um intérprete; o jurista que publica comentários sobre um texto legal, é também um intérprete. Até mesmo o destinatário da norma jurídica, numa perspectiva não metodológica, também é um intérprete da norma, porque só é possível a ele observá-la na medida em que a compreende. O próprio aplicador oficial do direito pode proceder metodologicamente a uma interpretação pessoal da norma jurídica, atuando como cientista do direito, ou pode valer-se de uma interpretação fornecida pela comunidade científica do Direito, tomando, por empréstimo, como sua, a interpretação fornecida, em abstrato, pela Ciência do Direito, a fim de aplicar a norma específica, extraída do texto legal, como critério de solução para o conflito concreto que lhe seja apresentado.

5.1.2.2 Aplicação

Um segundo e distinto momento metodológico da Ciência do Direito é o da aplicação. E nesse caso, como a aplicação pressupõe uma interpretação da norma, a autoridade instada a solucionar um conflito real e a dizer qual o direito que se aplica à situação concreta, realiza, na verdade, três espécies de interpretação: (i) a interpretação do texto legal em abstrato; (ii) a interpretação do fato concreto que se lhe é apresentado; e (iii) a interpretação do preceito legal em face do caso concreto que se lhe é apresentado. A identificação dessas três espécies de interpretação não é filigrana acadêmica, muito menos abstração distante da realidade metodológica. A fenomenologia da aplicação do direito segue necessariamente essas três distintas etapas. E foi exatamente no que diz respeito a essa última etapa, que a Teoria do Direito elaborou novos e significativos estudos que se revelam como instrumental teórico extremamente útil na prática jurídica e se inserem dentro de um conjunto teórico mais amplo que vem sendo denominado de Pós-Positivismo, como já tivemos oportunidade de demonstrar no tópico anterior, e como demonstraremos à diante quando tratarmos da intrínseca relação ontológica entre a natureza da norma e a natureza da atividade de interpretação normativa. Já esclarecemos como se configura a primeira dessas etapas, a da interpretação em abstrato; cabendo apenas reiterar, em relação a ela, que não se trata de uma interpretação puramente abstrata no sentido kantiano. É abstrata, tão-só, em relação a um específico caso em concreto que se apresente. *A priori* em relação a ele, mas *a posteriori* em relação às experiências pessoais do intérprete. As conclusões a que o intérprete chega acerca do significado do texto legal não são extraídas exclusivamente das palavras, mas da relação das palavras com o mundo fenomênico, por ele já conhecido em face de interação pessoal. Por isso é de todo correto afirmar que a interpretação abstrata, em última análise, resulta do cruzamento do texto normativo com as idéias pessoais do intérprete sobre o mundo factual normado. Não extraí, ele, significações exclusivamente das palavras do texto, como um mágico que saca coelhos da cartola, porém dos próprios fatos por ele vivenciados, ainda que a conexão entre uma determinada palavra e uma coisa real, eventualmente, se estabeleça de forma bastante indireta. Numa palavra, não extraí, do texto legal, juízos sintéticos *a priori*.

5.1.2.3 Subsunção e incidência

Por outro lado, a segunda etapa, a da interpretação do fato concreto específico, que exsurge posteriormente ao início da vigência da norma jurídica abstrata, dá-se por necessidade da verificação de subsunção e incidência, quer dizer, de verificação da correspondência entre texto legal e a situação factual que se apresenta à autoridade competente para a aplicação do direito, porquanto só em havendo subsunção dá-se a incidência e a conseqüente produção de efeitos jurídicos na norma (as conseqüências jurídicas). Quanto a essa etapa metodológica da aplicação do direito, três observações devem ser feitas. A questão da subsunção e da incidência, na verdade, é um pouco mais problemática do que pode, a primeira vista, parecer, pois a relação de correspondência da norma ao fato é uma via de mão dupla, podendo ser verificada tanto a ausência de correspondência da norma inequívoca em relação ao fato a ser interpretado, como a ausência de correlação exata do fato inequívoco em relação à norma a ser interpretada, ou ainda, sobre a controvérsia concomitante em relação ao fato e em relação à norma. Ou seja, o problema da subsunção pode comportar três ângulos distintos de apreciação: a) quando há controvérsia apenas em relação aos fatos, não havendo dúvida sobre a interpretação ou validade da norma jurídica, o que normalmente é solucionado por dilação probatória, em se tratando de processo judicial; b) quando há controvérsia apenas em relação à interpretação da norma, não havendo dúvida em relação aos fatos; e c) quando há simultaneamente controvérsia quanto aos fatos e à norma jurídica. Assim, por exemplo, a autoridade competente pode concluir que não ocorre a incidência: a) porque da análise dos fatos verificou que determinados aspectos de seus contornos materiais o excluem do campo de incidência normativa²¹⁶, não correspondendo exatamente à previsão normativa inicialmente cogitada; ou b) porque da análise do texto extraiu uma norma cujo desenho não corresponde exatamente aos fatos *sub analise*; ou c) porque da análise jurídica verificou que tanto o fato quanto a norma encerram complexidades específicas que infirmam uma suposta subsunção inicialmente presumida pelos que apresentaram o caso à autoridade para a aplicação de uma norma jurídica.

5.1.2.4 Incidência e aplicação

Como já esclarecemos anteriormente, “incidir” etimológica e semanticamente significa “cair sobre”. Trata-se, pois, de expressão metafórica, como tantas outras na Teoria do Direito, tais como “ramo do direito”, “órgão jurídico”, “pessoa jurídica”, “lançamento tributário” *etc.* Suscita a idéia figurada de que, caracterizada a correspondência, entre a norma e o fato, ou entre a idéia da norma e a idéia do fato²¹⁷, tecnicamente denominada de “subsunção”, a norma cairia sobre os fatos, impregnado-os de juridicidade, deflagrando conseqüências, “efeitos” jurídicos. É claro que literalmente se trata de uma impossibilidade ontológica, por causa do abismo intransponível entre o mundo das idéias (imaginário) e o mundo das coisas (real). A “subsunção” que suscita a idéia de encaixe da norma no fato também é, por óbvio, outra alegoria. Os “efeitos” igualmente se operam do mundo das idéias, já que não se vê um feixe de luz ou é sentida uma força magnética. Tudo se dá no mundo mental, de acordo com regras de lógica jurídica há muito estabelecidas por convenção na Teoria do Direito. Assim, por exemplo, é regra lógica resultante de convenção, na Teoria do Direito, a de que a incidência dá-se imediata e inexoravelmente no mundo mental no mesmo instante da ocorrência do fato no mundo fenomênico. Como ilustração, dir-se-ia que “no instante da morte, dá-se a sucessão patrimonial aos herdeiros”. O instante da morte no mundo real é o mesmo instante da sucessão patrimonial no mundo jurídico ideal. Como esclarecemos, tais regras operam da mesma maneira

²¹⁶ São exemplo, no direito tributário, a isenção e a imunidade. E, no direito penal, são exemplos os excludentes de punibilidade e os excludentes de culpabilidade.

²¹⁷ Geraldo Ataliba, *op. cit.*

que as regras de um jogo, como o xadrez. São, pois, convenções²¹⁸ estabelecidas pela comunidade jurídica ao longo da própria história do Direito ocidental. Não constam de nenhum manual, mas fazem parte do imaginário jurídico coletivo, do mesmo modo que as regras do xadrez não foram criadas por uma organização internacional do xadrez e, posteriormente, registradas em um manual por um decreto dessa entidade. São, igualmente, resultantes de uma “tradição” que remonta a tempos imemoriais. Os registros que existem sobre tais regras, no xadrez e no Direito, têm natureza meramente informativa para os neófitos enxadristas ou estudantes de Direito. Pretender alterar as regras do jogo jurídico ou as do jogo de xadrez, é pretender empreender alterações nessas longas tradições. O que seria impossível fazê-lo unilateralmente, demandando um acordo entre todos os enxadristas ou entre toda a comunidade jurídica. Daí se apresentar como vã, por exemplo, uma tese jurídica que sustente, no afã vaidoso de inovar e criar escola, que a incidência dá-se com a aplicação da norma, e não mais com a ocorrência do fato no mundo real, como alguns têm pretendido sustentar²¹⁹. É o mesmo que querer alterar unilateralmente um acordo há muito tempo já estabelecido na comunidade jurídica ocidental. O que, convenhamos, além de ser algo nada razoável e extremamente difícil de ser levado a efeito, redundaria num realismo jurídico que comete o equívoco oposto da concepção idealista do Direito. Essa quer conceber o Direito como fazendo parte de um mundo puramente ideal (o mundo do direito natural), de existência independente do mundo real, para concluir que se o mundo factual não corresponde a mundo jurídico ideal, o tanto pior para ele. Aquela quer conceber o Direito como fazendo parte do real que pretende alterar o ideal, embora o ideal não exista realmente de *per si*, mas apenas no imaginário coletivo da comunidade jurídica.

Essa convenção, faz parte, por um lado, do próprio paradigma da Ciência do Direito, notadamente do modelo jurídico continental europeu ao qual se filia a tradição jurídica no Brasil. Quer dizer, integra um sistema de postulados epistemológicos para o estudo e para a interpretação do Direito posto, situando-se num momento anterior ao da pesquisa científica, fazendo parte e materializando as próprias regras da lógica da pesquisa científica do Direito²²⁰. Por outro lado, e aqui, a partir dessas informações reiteradas, acrescentamos nova ilação, essas regras metodológicas relativas à aplicação da norma também fazem parte do próprio arcabouço de normas materiais, isto é, são regras comportamentais presentes expressa e diretamente em alguns preceitos legislativos, ou são implícita e indiretamente dedutíveis da organização lógica do próprio sistema jurídico. Com efeito, como já demonstramos no tópico sobre a estrutura lógica das normas jurídicas, os postulados de interpretação do direito são, ao mesmo tempo, regras formais procedimentais da lógica da interpretação e da lógica da aplicação do Direito e também reflexos de normas materiais presentes internamente no sistema jurídico. E essa dupla natureza formal (*procedimental*) e material (*conteudística*) é uma decorrência da imbricação necessária entre a forma e a matéria, entre a lógica interna e a metodologia externa. Assim, por exemplo, do preceito constitucional fundamental que, expressamente, consagra o “princípio da retroatividade ou da ultratividade benigna da norma penal”, extrai-se a regra lógica de que incidência opera no momento da ocorrência do fato, na medida em que a Constituição estabelece que: “de regra”, devem ser aplicadas as normas-regra vigentes no momento da ocorrência do correspondente fato no mundo fenomênico (porque as conseqüências jurídicas que devem ser impostas são as previstas na norma geral então vigente), em virtude do que se conclui que fenômeno da incidência opera incontinente ao fato; e que, apenas “por exceção”, expressamente ressalvada no sistema, devem ser aplicadas as normas-regra vigentes no momento da aplicação. Se com a incidência deflagram-se os efeitos jurídicos (conseqüências ou deveres), e se a Constituição determina que devem ser aplicadas as normas-regra em vigor no momento da

²¹⁸ Cf. Karl Popper, *A Lógica da Pesquisa Científica*, Seção n. 11, “Regras Metodológicas Apresentadas como Convenções”.

²¹⁹ Cf. Paulo de Barros Carvalho, *op. cit.*

²²⁰ Cf. Karl Popper, *op. cit.*

ocorrência do fato no mundo real, então a própria Constituição também está consagrando a regra metodológica segundo a qual a incidência dá-se no momento da ocorrência do fato normado e não no momento da aplicação da norma²²¹. E que apenas excepcionalmente, por força de uma ficção estabelecida no próprio sistema, despreza-se a incidência da norma pretérita, e os efeitos delas decorrentes, para aplicar as conseqüências mais benignas da norma jurídica vigente no momento da aplicação²²². Por isso não é, pois, crível pretender separar-se completamente a norma-regra-material da norma-regra-formal-procedimental. Ambas são os dois aspectos de uma mesma norma. Ambas são forma e conteúdo de uma mesma norma jurídica.

5.2 TEORIA DA APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

5.2.1 Interpretação em concreto (interpretação-aplicação)

A distinção entre incidência e aplicação, guarda correspondência com a distinção entre interpretação e aplicação, na medida em que as duas distinções decorrem da mesma dicotomia entre o mundo real e o mundo ideal. De tal modo, da má compreensão desse dualismo decorrem inferências equivocadas. Mas a interpretação propriamente dita não se confunde com a aplicação da norma. Na verdade, o fenômeno da interpretação se avizinha mais do da incidência e menos do da aplicação. São três fenômenos distintos: a interpretação, a incidência e a aplicação. Num primeiro momento metodológico, a norma é interpretada em abstrato. Não puramente em abstrato, uma vez que o intérprete compara o texto ideal com memórias fenomenológicas de fatos pretéritos ocorridos no mundo real e que fizeram parte do mesmo gênero dos fatos descritos no texto legal; por isso é interpretação apenas meramente em abstrato, e não, interpretação puramente em abstrato. Num segundo momento metodológico, o intérprete compara a interpretação em abstrato com o fato concreto específico, cuja materialização no mundo fenomênico é posterior à vigência da norma interpretada. Não se trata, na verdade, de uma comparação entre a norma ideal descritiva e um fato concreto, mas, quase sempre, trata-se de uma comparação entre a norma hipotética e a descrição ideal de um fato concreto e

²²¹ Cf. 35.2. Aspectos Normativos: Norma-Regra-Material, Norma-Regra-Formal, Norma-Princípio-Material e Norma-Princípio-Formal.

²²² Imaginem-se preceitos legais que estabeleçam um dever tributário de reconhecer, independentemente de cobrança, certa quantia em dinheiro em determinado prazo, e um dever de pagar multa pecuniária pelo não cumprimento tempestivo do mesmo dever tributário. Suponha-se que a multa era da ordem de dez por cento do valor do tributo. Suponha-se que o tributo não tenha sido pago tempestivamente e que, posteriormente, quando cobrado pelo Fisco, a legislação tenha sido alterada para reduzir pela metade o valor do tributo e para apenas cinco por cento a o valor da multa por não pagamento espontâneo tempestivo. A alteração legislativa só se reporta a fatos ocorridos posteriormente ao início de sua vigência, o que é mais um postulado formal aplicativo, também materialmente expresso na Constituição. O valor tributário que deve ser objeto de cobrança é o previsto na inicialmente, antes da alteração legislativo, porque o tributo não se confunde com sanção, de tal modo que em relação a esse dever não se aplica a retroatividade benigna. E tal se dá por força da incidência da norma tributária em vigor no momento da ocorrência do fato que deflagrou o dever tributário. O mesmo não se dá, porém, em relação ao dever de pagar a multa, que passa a ser de cinco por cento, em razão da natureza punitiva da correspondente norma. Não sendo correto supor, nesse último caso, que a primeira norma teria deixado de incidir por força da norma posterior. Não. As regras que norteiam a fenomenologia da incidência não conduzem a uma tal conclusão. Mesmo porque a se a incidência é automática com a concretização do fato normado, a primeira norma tributária necessariamente incidiu, criando no mundo jurídico imaginário o correspondente dever. Como antes do pagamento uma nova norma entrou em vigor, por força de norma constitucional superior, “restou afastada, não a incidência da primeira norma, mas tão-só a sua aplicação”. O valor a ser exigido corresponde à quantia inicialmente devida, acrescida de apenas cinco por cento. Observe-se que se houvesse sido pago intempestivamente, porém antes da alteração legislativa que reduziu a multa, nem por isso o contribuinte faria jus à devolução da diferença paga a maior da multa, e isso se dá porque antes da alteração legislativa não apenas se operou a incidência, mas também a aplicação espontânea da norma no mundo dos fatos, por cumprimento do dever de pagar o principal e a multa antes da cobrança administrativa. A norma posterior tem o poder jurídico de alterar o dever em abstrato, e não o fato já consumado – o pagamento.

particular, levada a efeito, por exemplo, em uma peça processual (exordial, contestação *etc.*), que se baseia em elementos empíricos, como, por exemplo, as provas da sua ocorrência no mundo factual (fotos, exames de corpo de delito, depoimentos *etc.*). Elementos materiais que permitem a reconstrução ideal conjectural dos fatos que teriam ocorrido no mundo real. E, verificada a coincidência mínima entre a norma e o fato, o intérprete tem por operada preteritamente a incidência e a conseqüente produção de efeitos jurídicos. Diz-se mínima, porque a norma encerra uma moldura ampla com critérios que delimitam o seu campo de incidência. O fato jurídico, em geral, além de se enquadrar nessa moldura, possui características que transbordam o desenho normativo e que, também em geral, mas não sempre, não têm relevância jurídica, não excluindo a relação de subsunção²²³. A comparação exige, pois, que se some à interpretação da norma a interpretação dos fatos. E essa interpretação dos fatos dá-se, de diferentes modos, mediante a análise dos elementos empíricos que se lhe são apresentados (as provas). Assim, o intérprete pode, eventualmente, já ter em sua mente de modo bastante determinado o desenho da norma que dispõe sobre o homicídio, e não ter ainda, em sua mente, um desenho exato sobre o que ocorreu no mundo fenomênico, não tendo ainda concluído, por exemplo, se houve um homicídio ou se ocorreu uma morte natural. A proximidade entre a interpretação e a incidência é evidente, porque da interpretação o intérprete verifica se ocorreu ou não a incidência. A atividade interpretativa pode conduzir a distintas conclusões acerca do desenho da norma, de tal modo que, à luz de uma dada interpretação o desenho da norma pode corresponder ao desenho do fato, enquanto para uma outra interpretação, o desenho da norma pode destoar do desenho do fato, havendo incidência na primeira hipótese e não-incidência na segunda.

5.2.2 Aplicação ideal e aplicação real

Entre a interpretação e a aplicação nem sempre há uma tal proximidade. De fato, num terceiro momento metodológico, o intérprete extraí, ainda no plano ideal, as conseqüências, prescritas genericamente pela norma ideal, para o caso concreto específico, exarando (i) uma decisão declaratória, reconhecendo a “existência ou a inexistência de uma relação jurídica”, (ii) uma decisão condenatória, por exemplo, “determinando-se o pagamento de quantia em dinheiro”, ou (iii) uma decisão mandamental, como, por exemplo, “prenda-se o infrator”. Essa ordem, que é norma individual, volta-se para o mundo factual, mas com ele também não se confunde. É *dever ser* que pretende estabelecer alterações contingentes no mundo do *ser*. Assim, se o condenado evadir-se, não haverá o cruzamento de horizontes entre o *dever ser* ideal (ordem de prisão) e o *ser* factual (aprisionamento real). Em termos rigorosamente precisos, o termo “aplicação” tem, pois, duas acepções distintas, que se reportam a duas situações inconfundíveis uma com a outra, as quais denominamos, respectivamente, de “aplicação ideal” e de “aplicação real”. Quando o intérprete profere a norma individual, em face do caso concreto que se lhe foi apresentado na prática forense, caso concreto em geral apresentado mediante descrições de uma peça processual que se faz acompanhar, não dos elementos materiais do fato, como o corpo de delito no Direito Penal (entes reais), mas de documentação descritiva (ente ideal) desses elementos e que constituem prova empírica da ocorrência concreta dos fatos específicos no mundo fenomênico, está operando meramente uma “aplicação ideal”, porquanto o comando individual não tem o condão de alterar “automaticamente” qualquer relação no mundo dos fatos.

²²³ Eventualmente, todavia, essas circunstâncias materiais transbordantes têm relevância jurídica quando excluem a incidência de uma norma, por força de disposição expressa em outra norma. É o que ocorre, por exemplo, no Direito Tributário, em relação às isenções, que são, de acordo com a doutrina dominante, hipóteses de não-incidência legalmente qualificada; bem como é o que ocorre, por exemplo, no Direito Penal, em relação aos preceitos que estabelecem exclusão de punibilidade, quando, conquanto caracterizado o crime, o infrator não pode ser punido, ou em relação a preceitos que estabelecem a exclusão de culpabilidade, quando o fato que normalmente caracterizaria crime, excepcionalmente, deixa de configurar uma infração penal, em virtude de circunstâncias excepcionais relativas ao agente ou ao modo como praticado.

Só quando a referida alteração determinada pela norma individual ideal for levada a efeito no mundo dos fatos, é que, rigorosamente, poderia falar-se em “aplicação real” da norma individual. Essa aplicação real, por sua vez, divide-se em “espontânea, quando o destinatário da norma individual voluntariamente sujeita-se ao comando normativo individual, ou “coativa”, quando na ausência de observância espontânea, for necessário o uso de força estatal para a alteração, no mundo factual, individualmente determinada. Ressalte-se que o mundo factual só é rigorosamente jurídico tão-somente na medida em que recebe os influxos da qualificação estabelecida pela norma ideal. O factual que se situa cronologicamente antes da vigência na norma é apenas pré-jurídico, conquanto a sua pré-compreensão fenomenológica determine a compreensão jurídica da norma que se projeta para o futuro. A compreensão do fato pretérito, genericamente categorizado na mente por redução fenomenológica, determina a compreensão da norma jurídica, que, por sua vez, qualifica os fatos futuros. Os fatos pretéritos, mediados pela norma (linguagem), determinam a compreensão jurídica dos fatos futuros. Eis o círculo hermenêutico ao qual está preso o intérprete.

Portanto, a tese que vincula a interpretação à aplicação da norma jurídica, professada por autores de envergadura como Friedrich Müller²²⁴, e aperfeiçoada mais recentemente, da década de oitenta, por Dworkin²²⁵ e Alexy²²⁶, nas clássicas obras em que estabeleceram, com contornos mais bem definidos do que os das vagas teorias precedentes, as distinções teóricas e operacionais entre norma-regra e norma-princípio, acrescida, no Brasil, de significativas contribuições de Eros Roberto Grau²²⁷, Humberto Ávila²²⁸ e Lenio Streck²²⁹, não está, em linhas gerais, errada, mas incorre em imprecisão quando sob a mesma denominação, “interpretação”, refere-se a dois distintos momentos da metodologia jurídica. Imprecisão essa que, aliás, é natural. A Ciência progride gradualmente. Distintos pesquisadores que se voltam para os estudos de um mesmo fenômeno, vão paulatinamente descobrindo imperfeições e propondo alterações ou acréscimos parciais à teoria provisoriamente aceita pela comunidade científica, redesenhando-a, aperfeiçoando-a, de tempos em tempos, como sempre ocorreu na história da ciência.

5.2.3 Aplicação ideal da norma geral e elaboração da norma individual

A par dessas considerações, é fácil perceber que a norma individual está, de fato, intrinsecamente ligada à aplicação ideal. É ela mesma, ao menos em parte, a própria aplicação ideal. É mandamento ou declaração estabelecida a partir das especificidades do caso em concreto. Por exemplo, uma sentença penal que condene à pena privativa de liberdade, é norma individual elaborada em função das características específicas do fato criminoso e das circunstâncias particulares relativas ao agente, como, por exemplo, as suas motivações para o cometimento do crime *etc.* O *quantum* da pena é estabelecido em face das particulares do caso. O seu desenho final é, numa palavra, moldado à luz do caso concreto específico. No entanto, a imprecisão da linguagem é causa de mais um mal entendido conceitual. É que a Teoria do Direito ainda tem posto sob um mesmo rótulo, “norma”, o que chama de *norma geral*, regra que imediatamente orienta o intérprete-aplicador, e o que chama de a *norma individual*, conclusão final e mandamento da decisão judicial, elaborada simultaneamente à luz da moldura dessa norma geral e à luz das peculiaridades do caso individual em concreto. Tanto uma como outra são genericamente denominadas de “norma jurídica”. Uma geral, outra individual. Porém, aquela é norma geral em abstrato, e nada tem a ver com a aplicação. Decorre apenas do

²²⁴ Friedrich Müller, *op. cit.*

²²⁵ Ronald Dworkin, *op. cit.*

²²⁶ Robert Alexy, *op. cit.*

²²⁷ Eros Grau, *op. cit.*

²²⁸ Humberto Ávila, *op. cit.*

²²⁹ Lenio Streck, *op. cit.*

conhecimento fenomenológico do intérprete acerca de fatos pretéritos. Conhecimento esse que lhe permite compreender o sentido da descrição idealmente apresentada no preceito legislativo. Essa é norma individual, elaborada a partir do conhecimento do intérprete acerca dos fatos específicos, concretos e ocorridos posteriormente a vigência da norma geral. A norma geral precede a existência desses fatos concretos específicos. A norma individual é necessariamente posterior a esses mesmos fatos concretos. Aquela é interpretação em abstrato, essa é o resultado da interpretação em concreto. Mas essa também é, diferentemente, interpretação dos fatos reais para a criação da norma ideal individual, à luz da moldura da norma geral. Em última análise, “aquela é interpretação propriamente dita, essa é apenas aplicação”. As duas têm uma coisa em comum: ambas são criadas posteriormente e em decorrência de relações factuais submetidas à disciplina do Estado. A criação da norma geral é motivada por pretéritos problemas e conflitos experimentados nas relações sociais, e a criação da norma individual é igualmente motivada por problemas experimentados em uma dada relação social também pretérita a edição da regra individual. E nesse sentido mais facilmente se vislumbra a nítida identidade entre as funções legislativa e judiciária, tema esse que guarda uma estreita conexão com as questões da interpretação e da aplicação da norma jurídica geral e que será abordado em outra oportunidade.

Na Teoria do Direito os autores sempre incorreram na imprecisão de denominar as duas situações pelo mesmo nome, “norma jurídica”, diferenciando-as apenas pelo qualificativo geral ou individual. Reitere-se, a norma geral designa o comando hipotético e genérico extraído dos preceitos legais, e a norma individual designa o resultado da decisão que aplica a uma situação individual a prescrição geral. A Teoria do Direito mais recentemente tem cometido uma imprecisão do mesmo jaez, quando se utiliza, para reportar-se a duas situações distintas, a mesma terminologia genérica, “interpretação-aplicação”, a fim de enfatizar uma suposta impossibilidade de distinção ontológica ou metodológica entre esses dois momentos, o momento da interpretação e o momento da aplicação. Não se trata rigorosamente de um erro cabal na descrição da fenomenologia da metodologia da Ciência do Direito; mas, ao invés, por um lado, trata-se da redução de dois fenômenos distintos ou de dois momentos epistemológicos distintos, o da “interpretação” e o da “aplicação” da norma, a um único momento epistemológico, como se um nada mais fosse do que um mero desdobramento do outro. O erro está em não se estabelecer uma diferença ontológica entre a interpretação e a aplicação da norma jurídica. Por outro lado, a palavra “interpretação” pode ser usada para reportar-se à interpretação dos fatos, como para referir-se à interpretação da norma geral. Assim, a utilização dessa terminologia pode conduzir a equívocos indesejados, uma vez que a expressão “interpretação-aplicação” é usada para reportar-se apenas ao momento da aplicação, momento esse que requer muito mais a interpretação dos fatos, e menos a interpretação da norma geral à luz da qual a norma individual (aplicação) será elaborada. Isso porque, em geral, a interpretação dos preceitos legais já está pronta, elaborada pela doutrina nos manuais e comentários aos códigos e aos demais diplomas legislativos. Melhor seria talvez simplesmente falar-se em norma geral e interpretação em abstrato, para referir-se a um anterior momento metodológico, e norma individual e aplicação, para reportar-se um posterior momento metodológico. Para fenômenos distintos o bom senso aconselha, o uso de terminologias distintas, a fim de evitar-se os tão frequentes equívocos e imprecisões lingüísticas tão criticadas pela Filosofia da Linguagem. De fato, a palavra “norma” deriva de “normal”, referindo-se, pois, ao que “normalmente ocorre” ou ao que, ao menos, deveria normalmente ocorrer. É também sinônimo de “regra”, que, por sua vez, é palavra que se reporta ao geral, opondo-se à “exceção”. E assim sendo, não nos parece adequado falar-se em “norma individual”, ou “regra individual”, para denominar as decisões individuais extraídas de um comando geral. São denominações que carregam uma contradição em termos lingüísticos, por serem formadas por palavras que se reportam a idéias antinômicas ou antitéticas: regra e exceção, geral e individual, normal e anormal. E a maior imprecisão gerada por essa denominação, “norma individual”, é exatamente a confusão que suscita entre a interpretação e a aplicação do Direito; confusão essa que desaconselha inclusive o uso

metafórico da referida denominação, diversamente do que ocorre em relação a outras denominações metafóricas na Ciência do Direito, como é o exemplo de “cláusulas pétreas”, utilizada para reportar-se às normas constitucionais não suscetíveis de alteração pelo Poder Constituinte derivado, sugerindo metaforicamente a idéia de que determinadas “cláusulas”, quer dizer, normas jurídicas (ente do mundo das ideais) seriam rígidas como pedras (entes do mundo concreto). Nesse caso, conquanto inadequado, o uso da metáfora não chega a gerar maiores equívocos quanto ao entendimento, diferentemente da denominação norma individual, que além de inadequada, suscita grave confusão teórica.

5.2.4 Incidência e não-aplicação da norma (princípio e não-aplicação, a justiça no caso concreto)

Essa confusão terminológica teve origem²³⁰ num momento em que ainda não se havia desenvolvido, com contornos mais bem delimitados, a teoria estrutural da norma jurídica cujo teor propôs uma distinção entre norma-regra e norma-princípio, não em termos vagos e distantes da prática forense, mas em termos metodológicos e operacionais²³¹. Após o desenvolvimento dessa teoria operacional, entretanto, carecem de desenvolvimento, ao menos em termos menos superficiais, estudos específicos que se voltem para a ontologia da norma, ou seja, para o “conceito” de norma jurídica e dos seus desdobramentos: a sua “interpretação” e a sua “aplicação”. Estudos que analisem a norma não apenas do ponto de vista metodológico, porém em uma perspectiva ontológica, e que indague “o que é a norma jurídica”, em cada um de seus vários aspectos, material e formal; ou que indague “o que é a interpretação da norma jurídica”, e até que ponto o conceito de interpretação não se confunde com o próprio conceito de norma jurídica; ou ainda que responda “o que é a aplicação da norma jurídica”, e em que sentido a aplicação se relaciona diretamente com a interpretação e em que sentido inexistente uma tal relação. Tarefa que demanda reflexões sobre o sentido, sobre o significado, isto é, sobre a relação entre signo e significado, dos vocábulos “interpretação” e “aplicação”, ou, noutros termos, estudos que revelem os vários sentidos (conforme a teoria dos jogos de linguagem) o que cada um desses termos, “interpretação” e “aplicação”, exatamente se reportam, a que coisas, estados, ações ou situações a que uma cada uma dessas palavras se referem respectivamente; de tal modo a diferenciar as diferentes relações de referibilidade entre signo e significado, caso a caso, como já, de fato, estamos ensaiando em linhas ainda muito gerais, mas que evocam, desde já, estudos específicos e profundos sobre a temática. Pesquisas essas que invariavelmente far-se-ão sob a ótica da “Analítica da Linguagem”. O quadro que se apresenta no atual momento histórico de desenvolvimento da Teoria do Direito, sugere que, após a Teoria dos Princípios, tais estudos constituam a próxima etapa do que já está, por assim dizer, no forno das especulações e em breve será servido à comunidade jurídica, como uma seqüência natural da Teoria dos Princípios em seus próprios desdobramentos. Nosso trabalho acaba aqui. Reiteramos que, com ele, ao mesmo tempo em que entramos, saímos do mundo acadêmico.

²³⁰ Friedrich Müller, *op. cit.*

²³¹ Humberto Ávila, *op. cit.*

6 – TEORIA DA CIÊNCIA DO DIREITO NO PÓS-POSITIVISMO

6.1 Desenvolvimento da ciência e da filosofia 6.2 A pré-compreensão do mundo normado (factual) determina a compreensão do mundo normativo (ideal) 6.3 Nem monismo ingênuo nem pluralismo: a terceira via metodológica 6.4 Ciência do direito e tecnologia jurídica 6.5 Categorias do pós-positivismo jurídico: preceito legislativo, proposição jurídica e norma jurídica 6.6 O caso paradigmático: discussão sobre pedido de autorização judicial para aborto de anencéfalo

6.1 DESENVOLVIMENTO DA CIÊNCIA E DA FILOSOFIA

A história da ciência tem demonstrado que o conhecimento científico desenvolve-se²³² ora lenta e continuamente, ora em grandes saltos revolucionários²³³. De regra, as teorias científicas que sucedem as precedentes não as negam completamente, mas lhes retificam pequenas imprecisões, quando verificado que em parte não se prestam para explicar corretamente determinados aspectos do fenômeno que não haviam sido considerados inicialmente, ou não se prestam para explicar outros fenômenos do mesmo gênero de fenômenos que pretendeu descrever e explicar. Muitas vezes, mesmo quando as novas teorias negam as precedentes, muito freqüentemente aproveitam uma pequena parcela da elaboração das teorias sucedidas. Na história da filosofia não é diferente. Às vezes há grandes saltos e rompimentos de paradigmas, mas também, muito freqüentemente, as novas concepções filosóficas são edificadas a partir de parte do material teórico fornecido precedentemente por um outro filósofo ou por outras escolas. Assim, por exemplo, no campo da ciência, as formulações de Galileu acerca da gravidade ou aceleração da queda dos corpos, da esfericidade da terra e sobre o heliocentrismo, foram parcialmente retificadas e parcialmente complementadas pelas teorias de Newton. As teorias de Newton, por sua vez, foram parcialmente retificadas e parcialmente complementadas pelas teorias de Einstein. A teoria da relatividade especial foi, do mesmo modo, parcialmente retificada e parcialmente complementada pela física quântica. No mesmo sentido, não é preciso remontar a um passado muito distante, basta voltarmos para o início do século XX, por exemplo, para observarmos que o mesmo fenômeno ocorre em relação à filosofia, quer dizer, que várias das teorias filosóficas se sucederam ora negado totalmente, ora apenas retificando, as precedentes; porém, num caso ou outro, delas aproveitando determinadas idéias centrais para a elaboração de novas concepções filosóficas. Foi o que aconteceu, por exemplo, com a teoria da linguagem de Wittgenstein em relação à teoria da linguagem de Russell; ou com a teoria de Heidegger em relação à fenomenologia de Husserl; ou com a teoria hermenêutica de Gadamer em relação à Ontologia Fundamental de Heidegger. As duas últimas pertencem a uma mesma matriz e forma elaboradas a partir da fenomenologia de Husserl. Mas Heidegger, ao mesmo tempo em que edificou a sua teoria a partir de conceitos fundamentais retirados da filosofia de Husserl, retificou parcialmente esses mesmos conceitos. Refiro-me à categoria fundamental da fenomenologia, o método fenomenológico”. O mesmo se deu com a concepção de Gadamer em relação às teorias de Heidegger – tendo edificado a sua obra, *Verdade e Método* – sobre as categorias da “compreensão”, “pré-compreensão” e “círculo hermenêutico”, extraíndo daí conseqüências e conclusões bastante distintas das do seu mestre Heidegger. Não entramos nos pormenores das referidas teorias, porque não é essa proposta, mas apenas destacar algumas das idéias fundamentais dessas concepções, há muito disponível, para descrever determinados fenômenos que fazem parte do mundo jurídico e a fim de apresentar algumas propostas de solução para determinados problemas relacionados à interpretação da norma jurídica. É claro

²³² Poderíamos ter utilizado, ao invés do termo “desenvolvimento”, as palavras “evolução” ou “progresso”. Popper, por exemplo, fala em “evolução” da ciência (*op. cit.*). Como, entretanto, essas duas palavras evocam determinadas idéias e freqüentemente são objetos de crítica, preferimos não usá-las.

²³³ Thomas Kuhn, *As Estruturas das Revoluções Científicas*.

que as respectivas obras encerram complexidades filosóficas cuja compreensão demanda tempo e dedicação, não sendo, pois, possível aqui adentrar os pormenores de cada uma delas. *Ser e tempo* de Heidegger, por exemplo, obra inacabada e com dois volumes, é considerada uma das mais complexas obras da história da filosofia, e a sua leitura constitui um grande desafio mesmo para os profissionais do meio acadêmico-filosófico. Contudo, todas essas elaborações filosóficas tornam-se complexas apenas no que diz respeito aos numerosos desdobramentos deduzidos de algumas poucas idéias fundamentais. Mas essas idéias fundamentais não são em si mesmas de tão difícil compreensão e podem ser brevemente apresentadas, ao menos em linhas gerais, de modo que, também em linhas gerais, seja acessível àqueles que pertencem a outros meios acadêmicos, como o meio acadêmico do Direito. E a compreensão dos rudimentos dessas idéias fundamentais, apresentados anteriormente, já foi o suficiente para a compreensão do que se pretende dizer acerca de alguns equívocos da Teoria do Direito, notadamente sobre a teoria da interpretação da norma jurídica. Passemos às considerações sobre a Ciência do Direito.

6.2 A PRÉ-COMPREENSÃO DO MUNDO NORMADO (FACTUAL) DETERMINA A COMPREENSÃO DO MUNDO NORMATIVO (IDEAL)

As conclusões da Ontologia Fundamental e da Teoria Hermenêutica com base nela desenvolvida conduzem invariavelmente à conclusão de que a pré-compreensão do mundo normado determina a compreensão do mundo normativo, a pré-compreensão do mundo real (das coisas e dos fatos) determina a compreensão do mundo ideal (das normas). Somente com o prévio conhecimento do mundo real é possível o conhecimento do mundo normativo. E tal decorre em virtude da correspondência que há entre o mundo real e o ideal. O mundo ideal é sempre uma projeção do mundo real e ao mesmo tempo pretende se projetar sobre ele. E mesmo os que admitem a possibilidade de juízos sintéticos *a priori*, não poderiam negar a excepcionalidade da existência das supostas proposições puramente metafísicas. E como a exceção não infirma, apenas confirma a regra, podemos concluir que, de regra a, mente humana compreende o mundo real exterior apenas na medida em que internamente o reconstrói (retrata) idealmente. E não se confunda uma tal afirmação com a perspectiva kantiana idealista de que a ciência constrói o seu objeto. Não. Para o idealista, o mundo real é uma ilusão, só existiria na mente humana. O que aqui se afirma, inversamente, é que o objeto de conhecimento pré-existe. A sua existência real independe da existência do sujeito de conhecimento. Mas o sujeito só o compreende na medida que a coisa real imprime-lhe na mente o seu reflexo por reconstrução fenomenológica²³⁴. Assim, quando alguém lê um livro só o compreende na medida em que os fatos nele descritos já foram de alguma maneira objeto de percepção empírica anteriormente à leitura. E isso ocorre porque as palavras se reportam ao mundo real. Por isso, o intérprete do texto jurídico só o compreende por um mecanismo de associação das palavras da lei ao mundo factual a que se refere. O exemplo (factual) é o melhor dos professores. Utilizemo-nos do recorrente exemplo do perfume de gardénia. Suponha-se que o perfume de gardénia custe muito caro, de tal modo que o seu uso presuma a capacidade econômica e em virtude do que o legislador criou o “imposto de gardénia”. Estabeleceu o preceito legal nos seguintes termos: “quem usar o perfume de gardénia, deverá recolher ao Erário, por cada dia de uso, determinada quantia em dinheiro”. Decorrem daí dois problemas jurídicos. Um relativo à descrição factual e outro relativo à interpretação normativa. Por um lado, como descrever, por palavras, objetivamente o perfume de gardénia? Por outro, como um intérprete que nunca experimentou um tal perfume poderia, em abstrato, ao ler o texto legal, compreender exatamente o teor do preceito legal? Vislumbra-se desse exemplo, pois, em face da dificuldade da descrição ideal, por palavras, da algo que pertence ao mundo factual, a importância da “Análítica da

²³⁴ Sobre a “redução fenomenológica” vejam-se os tópicos: 3.3 *Fenomenologia: percepção e descrição fenomenológicas* e 3.4 *Ontologias regionais e verdade ontológica*.

Linguagem”; bem como a importância da “Analítica da Existência” em face da dificuldade de interpretação do texto legal. Não é tão-somente “difícil” descrever, com a precisão necessária, o que é o perfume de gardênia. É mesmo “impossível” descrevê-lo. Só é possível compreender o que é um perfume, após ter empiricamente conhecido, pelo sentido do olfato, a coisa descrita. Só é possível saber especificamente ao que o texto se refere, ao perfume de gardênia, e não a um outro perfume qualquer, após tê-lo especificamente experimentado. Mas após ter experimentado esse referido perfume, basta uma simples referência ao mesmo, no texto legal, para que o intérprete tenha uma compreensão precisa da coisa real objeto de descrição, graças ao mecanismo cognitivo da redução fenomenológica. Redução e reconstrução ideal da coisa real, elaborada pela mente humana, por meio do que torna o conhecimento possível. O mesmo se dá, numa maior ou menor extensão, em relação a tudo o mais existente no mundo real; conquanto não tenhamos, em geral, uma noção clara desse fenômeno, porque, o distanciamento temporal das primeiras experiências apaga da memória a forte sensação de espanto experimentada em cada uma das primeiras experiências sensoriais havidas nos primeiros momentos da existência, ao longo do primeiro ano de vida, como exaustivamente demonstraram as pesquisas de Piaget²³⁵; de tal modo que o conhecimento empírico dos entes reais com o passar do tempo passa a ser trivial, como se sempre ele houvesse feito parte da nossa existência, quando, na verdade, a nossa existência precede à essência (idéia) do conhecimento. O conhecimento das coisas reais não é *a priori*, mas, *a posteriori*. Por isso, se um texto legal estabelece que “no momento da morte opera-se imediatamente a sucessão patrimonial hereditária”, parece, a princípio, não haver nenhum mistério ou problema interpretativo. O texto descreve hipoteticamente um fato, a morte. Só não há mistério, porém, em relação a esse fato, porque o intérprete já possui um prévio conhecimento empírico acerca do fenômeno real descrito, a morte. Se jamais houvesse se deparado com a morte de alguém, não teria parâmetros para a compreensão de uma norma que dispusesse sobre esse fenômeno²³⁶. Note-se, contudo, que se trata de conhecimento *a posteriori* em relação ao fato, a morte, mas também de conhecimento *a priori* em relação ao texto legal. E o mesmo se dá, repita-se, no que diz respeito à compreensão de todos os demais fatos mundanos descritos por palavras, havidos como triviais por força do distanciamento temporal em relação às primeiras experiências existenciais. Nesse sentido, a perplexidade, o “espanto”, é característico de duas situações existenciais distintas: o instante da compreensão e o instante da incompreensão. Não é por acaso que o espanto simboliza na filosofia simultaneamente o instante da dúvida e o da resposta, o átimo da indagação deflagrado pela incompreensão diante do fenômeno, como também o momento da compreensão, quando se desvela a clareira que dissipa o mistério. Não se infira daí qualquer pretensão de apologia a sincretismo metodológico. Não é não. Do ponto de vista epistemológico, a norma continua sendo o “único” objeto da Ciência do Direito. Do mesmo modo que a língua, as palavras e não o mundo, os fatos, são o objeto do cientista da língua, o lingüista, o filólogo. Entretanto, a palavra, o texto, como ente ideal que se reporta ao um ente real, a sua compreensão está atrelada à pré-compreensão do mundo factual a que se reporta. Verifica-se, então, dois momentos distintos: um *a priori* e um *a posteriori*. Não um *a priori* absoluto (metafísico), mas a um *a priori* relativo (físico). A compreensão do sentido da norma jurídica é *a posteriori* à (pré)compreensão empírica do “gênero” de fatos a que ela (a norma) se reporta, e *a priori* em relação ao fato “específico” para o qual se volta a sua

²³⁵ Jean Piaget e Bärbel Inhelder, *A psicologia da criança*.

²³⁶ As crianças quando pela primeira vez se deparam com a morte de uma pessoa querida, num primeiro momento não conseguem compreender o ocorrido. Perguntam: quando ele volta? Para onde ele foi? Num segundo momento, quando já conseguem assimilar o que é a morte, chocam-se fortemente, muito mais do que os adultos cujo distanciamento temporal das primeiras experiências com esse fenômeno, em geral, faz com que substituam o que era visto como um fato espantoso por uma visão de um fato tão trivial, que, enredados na inautenticidade e no automatismo, perdem a capacidade do espanto, distanciando-se e esquecendo-se dos mais fundamentais questionamentos mais sobre a vida humana, com o que passa a ter o que poderia ser chamado de um baixo quociente de “inteligência existencial”..

aplicação. A experiência com os fatos torna possível a construção, por generalização ou redução fenomenológica, de conceitos mentais acerca de fatos concretos²³⁷. A interpretação do texto legal é, de conseguinte, possível somente à luz desses conceitos ontológicos. Trata-se, pois, como já mencionamos, de dois momentos existenciais distintos. Um anterior ao direito, e por isso, pré-jurídico, e outro, posterior, e, por isso, jurídico. Conquanto distintos, são ontologicamente indissociáveis. E mais uma vez, repita-se, de tal afirmação não se extraíam ilações de caracterização de um sincretismo metodológico que confunda o mundo dos fatos e o mundo das normas, o mundo real e o mundo das idéias. O objeto da Ciência do Direito é unicamente o universo dos textos legislativos e das normas jurídicas, os fatos descritos nas normas são objeto das Ciências empíricas factuais (Sociologia, Economia, Biologia *etc.*).

Assim, metodologicamente há, a princípio, dois momentos distintos na Ciência do Direito. O Momento da interpretação em abstrato da norma (ideal) e o momento da aplicação da norma (ideal) ao caso (real). Mas, o respeito à clareza exige que se proceda à identificação de um terceiro momento metodológico cuja caracterização, repita-se, tem sido mal compreendida na Teoria do Direito, porque, a bem da verdade, rigorosamente não se trata de um terceiro momento autônomo, mas de um momento de cruzamento de horizontes, entre o mundo ideal normativo e o mundo real dos fatos. Onde a interpretação e a aplicação se encontrariam, uma com a outra. Reitere-se, um cruzamento de horizontes, no sentido metafórico, é claro. Por respeito à clareza, expliquemo-nos. Apresentada a distinção entre interpretação em concreto e interpretação em abstrato dos textos legislativos, a apresentados os esclarecimentos quanto à impossibilidade de uma interpretação puramente em abstrato das palavras da lei, porquanto a leitura das palavras só suscita a compreensão do texto na medida em que nos remete à registros mnemônicos de experiências referentes a fatos externos (capitados por um dos cinco sentidos) e fatos internos (emoções, desejos *etc.*), experimentados pelo sujeito de conhecimento, sendo, pois, lógica, ontológica, metodológica e gnosiologicamente impossível mesmo compreender o significado de qualquer palavra que remeta a uma experiência não vivenciada pelo sujeito de conhecimento, isto é, o significado de uma palavra que remeta a algo que não faça parte do repositório de seus registros mnemônicos, torna-se, agora, também mais fácil compreender-se a afirmação que segue: o significado de um texto legislativo pode ser alterado sem que haja a alteração das próprias palavras da lei. Com efeito, como a compreensão do texto normativo interpretado é determinada pela pré-compreensão do corresponde mundo normado objeto de normatização, alterações históricas sobre a pré-compreensão do mundo normado inexoravelmente levam a alterações sobre a compreensão do significado dos textos legislativos sem que tenha havido quaisquer alterações das palavras ou signos lingüísticos que compõem o texto legal. Caso em que ocorrem “mutações normativas” não seguidas de “mutações legislativas”, pois sendo a norma o juízo lógico resultado da compreensão dos significados dos textos legais, é possível a alteração normativa independentemente de reformas legislativas. Deve-se ter o cuidado para não fazer confusões quanto a uma tal conclusão, ressaltando-se que a norma jurídica é o nome dado especificamente à interpretação oficial do texto legal, interpretação escolhida pelo Estado-Judiciário entre as diversas interpretações eventualmente fornecidas pela Ciência do Direito. Assim sendo, o Direito é o Direito estatal: a lei. Entretanto, na perspectiva assim chamada de pós-positivista, a afirmação de que o Direito é o Direito estatal, é entendida, mais especificamente, não apenas como “o Direito é a lei”, e sim como “o Direito é a interpretação oficial da lei”. Se o Direito é a lei, a norma jurídica é o resultado da interpretação oficial da lei. Se ao Poder Legislativo compete dizer o que é a lei, ao Poder Judiciário compete dizer o que é a norma jurídica.

²³⁷ Cf. tópicos: 3.3 *Fenomenologia: percepção e descrição fenomenológicas*, e 3.4 *Ontologias regionais e verdade ontológica*.

6.3 NEM MONISMO INGÊNUO NEM PLURALISMO: A TERCEIRA VIA METODOLÓGICA²³⁸

Heidegger reconstruiu a Ontologia, desvelando velhos equívocos da Ontologia tradicional que se perpetuaram longamente no tempo, por força do fenômeno do encastelamento das idéias inquestionadas em face do argumento de autoridade. Erros da Ontologia Geral que repercutiram nos demais segmentos da Filosofia (Epistemologia e Ética), como também nas Ontologias Filosóficas particulares, as Ontologias Regionais, inclusive na Teoria do Direito, como, por exemplo, o falso dualismo entre o “ser” (*sein*) e o “dever ser” (*sollen*), os falsos critérios de distinção entre o Direito e a Moral, o equívoco sobre a natureza ontológica da norma jurídica, a confusão entre os fins ontológicos e os fins metafísicos, ou entre os valores jurídicos e os valores transcendentais *etc.* A nova teoria sobre a Ciência do Direito, ainda em processo de formação, na verdade não é essencialmente nova, mas, exatamente, o resultado de uma série de propostas de reformulação de algumas de suas principais categorias, de modo a corrigir velhos equívocos há muito encastelados no assim chamado paradigma positivista. Correções que, em última análise, são projeções na Teoria do Direito, das correções apresentadas pela nova Ontologia Fundamental à Ontologia tradicional e pela Filosofia da Linguagem à Teoria Geral do Conhecimento. Nesse sentido, sobre a verdade, Heidegger identifica, na história da civilização, três concepções distintas²³⁹. Uma com matriz idealista que se aproxima da teoria platônica das idéias e que se relaciona com a verdade religiosa sobre um outro mundo cujo conhecimento direto só seria possível após a morte. Conhecimento de certo modo empírico, direto, mas num outro suposto horizonte. A segunda é uma concepção “realistas”, na medida em que admite a pré-existência e autonomia, em relação ao homem, do mundo real, e vê a verdade como uma relação de igualdade entre a descrição mental do mundo real e o próprio mundo real. E a terceira, de certo modo, não é uma categórica negação dessa última concepção, mas um acréscimo que procura mostrar o caminho para a superação do dualismo entre realismo e idealismo. Não obstante toda antagonia entre a Ontologia Fundamental e a Filosofia da Linguagem, externada inclusive pela animosidade entre os seguidores e uma e de outra escola, o fato é que não apenas as perguntas fundamentais respectivamente apresentadas, por uma e outra escola, mas também, sem embargo dos caminhos distintos seguidos por cada uma em busca de soluções, as respostas elas apresentadas são, em parte, essencialmente as mesmas. Uma diz que “se deve calar sobre o que não se pode dizer”. Outra diz que “há coisas que não podem ser compreendidas por palavras, mas senão após a experiência existencial”. Uma questiona a possibilidade da verdade por correspondência entre as palavras e as coisas. Outra, no mesmo sentido, questiona essa possibilidade, e diz que só é possível chegar à verdade sobre as coisas mesmas mediante a experiência empírica, mas notadamente por meio da experiência existencial, experiência essa que adiciona um sentido atribuído individualmente a cada coisa, na medida em que correlaciona cada coisa aos demais sentidos atribuídos às demais coisas do mundo. Ao “sentido” (correspondência) entre idéia e coisa, na mente do sujeito, é acrescentado o sentido (importância) para a vida (existência) humana. Vida humana inserida no tempo, no cotidiano aparentemente trivial, que segundo a filosofia tradicional não encerraria questões importantes, mas apenas banalidades, mas que, na perspectiva da Analítica Existencial, no fundo, é o que mais há de importante para o homem. A Ontologia Fundamental não revela a verdade de cada uma das coisas em si e por meio de uma mera descrição das coisas, mas mostra o caminho para o desvelamento da verdade, ao mesmo passo em que mostra que outras questões são muito mais importantes do que as tradicionalmente postas. Diz que não são apenas que as respostas na

²³⁸ “A terceira margem”, a expressão é de Guimarães Rosa, nos *Grandes Sertões*, e usada recorrentemente por Vilém Flusser, para evocar a idéia de superação dos tantos dualismo e dicotomias culturalmente desgastadas, tais como causa e efeito, realismo e idealismo, monismo e pluralismo *etc.*

²³⁹ Heidegger, *op. cit.*

história da filosofia moderna que estão erradas, mas que também as próprias perguntas, ao menos em parte, incorrem em equívocos, desviando-se das questões fundamentais da Ontologia Pré-Socrática.

Não se trata de trazer o *Trattatus Logico-Philosophicus* e o *Ser e Tempo* para o âmbito da Teoria do Direito, mas apenas o caso de compreender ao menos as questões fundamentais e as correspondentes respostas apresentadas por essas obras seminais de toda a história da filosofia, na medida em que o Direito trata com “palavras” e com questões do cotidiano da “vida humana”. Não da vida apenas numa perspectiva biológica, e sim da vida numa perspectiva “existencial”, numa perspectiva das relações humanas, dos problemas que envolvem questões que se não podem ser ditas por palavras, precisam ser pensadas, compreendidas. Como um magistrado poderia, por exemplo, apresentar uma boa decisão, não justa e perfeita no sentido metafísico, mas o quanto mais próxima desse ideal transcendental, se não se envolve e procura penetrar no lado “demasiadamente humano” das relações humanas? As limitações inerentes às palavras não permitem que o que se pretende nessa passagem comunicar seja, de fato, comunicado. Alguns que já tenha se lançado mais profundamente a reflexões desse jaez facilmente compreenderão o que se pretende comunicar, porque a pré-compreensão determina a compreensão. Outros, mais jovens e com menos experiência de vida, experiência existencial, talvez reputeem extremamente vago ou filosófico, no sentido pejorativo, e distante da vida real; quando, ao invés, o que se pretende comunicar, na verdade, é exatamente o contrário, não é metafísico, não se afasta dos problemas importantes, mas se reporta diretamente à vida real, aos problemas da vida humana. Quando falamos em terceira via metodológica, nos reportamos à necessidade de superar-se o embate entre monistas e dualistas. Por um lado, para os monistas o objeto da Ciência do Direito é o Direito estatal. Por outro lado, para os pluralistas, não só o Direito estatal, mas também é objeto do Direito o fato social, nas várias perspectivas de estudo das ciências factuais, tais como a Sociologia, a Economia, a História *etc.* A metodologia monista, por reduzir o campo de investigação ao Direito oficial, acaba reduzindo também as possibilidades interpretativas, com o que o operador do direito acaba não dispondo de meios operacionais que lhe auxiliem quando diante de um preceito legislativo carente de legitimidade democrática ou que em face da generalidade da lei a sua aplicação a um caso concreto importe em flagrante injustiça à luz dos próprios princípios consagrados no sistema jurídico oficial. A metodologia pluralista, em última análise, não passa de uma reflexão crítica e solta, e da qual resulta uma pluralidade de caminhos e resultados interpretativos incompatíveis com os limites interpretativos comportados pelo também caro valor da “segurança jurídica”. De um lado, há o problema da “justiça”, particular, em face do caso concreto²⁴⁰. De outro, o problema da “segurança jurídica”, geral, porque resultante da existência de regras gerais prévias e da estabilidade dessas mesmas regras gerais e das quais depende a previsibilidade das relações jurídicas e das conseqüências normativas; previsibilidade sem a qual o homem não tem como se sentir seguro nas escolhas que faz, nas relações sociais pelas quais opta. A superação do monismo que põe uma camisa de força e ata as mãos do operador, sacrificando eventualmente o valor da justiça individual em prol de um valor da segurança geral, e a superação de um pluralismo que quer fazer do operador do direito um especialista em generalidade, quer dizer, um sociológico, um economista, um historiador *etc.*, depende, pois, da percepção de um uma obviedade, depende da profunda compreensão de um fato onto-gnosiológico: “a compreensão do sentido da norma de conduta (*ser-ideal*) depende da pré-compreensão da conduta normada

²⁴⁰ Reiterando o já antecipado por ocasião da apresentação, o atual modelo Pós-Positivista oferece quatro caminhos distintos: (i) o argumento da interpretação alternativa do direito posto, sem que haja a necessidade de negação do próprio direito oficial; (ii) o argumento da invalidade normativa em abstrato, por força de eventual caracterização de antinomia jurídica; (iii) o argumento pela invalidade da aplicação da norma ao caso concreto, por ausência de subsunção do fato concreto à norma abstrata; e (iv) o argumento de inaplicabilidade da norma-regra ao caso concreto, quando da sua aplicação não resultar a promoção de fim jurídico estabelecido, no próprio sistema jurídico, por norma-princípio.

(*ser-factual*)”. Conquanto o objeto da Ciência do Direito seja o Direito estatal, a compreensão do sentido do texto legal depende da pré-compreensão do mundo factual a que se reporta, de tal modo que para compreender o mundo normativo deve compreender antes o mundo normatizado. Por isso ao cientista do Direito não é vedado voltar a suas indagações para o mundo factual; mas só deve fazê-lo na medida em que precise conhecer os contornos conceituais das categorias factuais objeto de normatização. A partir de certos limites, entretanto, em virtude das especificidades ônticas dos vários segmentos do mundo factual normado, o operador do Direito já não dispõe de certos conhecimentos epistemológicos e técnicos prévios acerca da estrutura ôntica de categorias pertencentes a outras Ontologias Regionais²⁴¹. Caso em que inevitavelmente tem que recorrer às outras ciências. Caso em que não pode pretender aventurar-se por outros domínios do conhecimento, por outras Regiões Ônticas cujo conhecimento mais profundo demanda, muitas vezes, toda uma vida de dedicação. Caso em que deve recorrer aos especialistas, às demais ciências, como a Medicina, a Economia, a História, a Psicologia, ao invés de arvorar-se de uma onisciência de que só Deus possui. E de posse dos conceitos fornecidos pelas outras ciências, acerca de categorias objeto de normatização, será então ele, finalmente, capaz de extrair do texto legal uma das possíveis interpretações. Tal perspectiva ressalta a importância do instrumental conceitual fornecido pela outras ciências, sem o qual o cientista do direito, bem como o aplicador do direito, em muitos casos, não tem como interpretar com uma maior precisão o texto legal que se lhe é apresentado. E com isso demonstra a importância não só de um conhecimento mais profundo sobre a existência e a condição humana, como também a importância de uma educação humanística e enciclopédica que forneça ao operador do direito um conhecimento acadêmico dos rudimentos de outras Ontologias Regionais, de outras ciências, a Medicina (a Medicina Legal), a Economia e as Finanças, a História, a Sociologia *etc.* Mas, ao mesmo tempo, ressalta-se que, na busca de conceitos referentes a outros domínios do conhecimento, o cientista ou o operador do direito deve apenas buscar as informações já prontas e elaboradas por outros cientistas, disponíveis nos compêndios de ciência, nos pareceres técnicos e científicos, e, diferentemente do que equivocadamente propõem algumas metodologia à luz de um pluralismo ingênuo, não deve procurar realizar pesquisas de campo sobre objetos que pertencem a outros domínios, transformando-se, de cientista do direito e intérprete da norma jurídica, em sociólogo, em economista, em historiador, em psicólogo, em médico *etc.* Os conceitos fornecidos pelas demais ciências não só são muitas vezes imprescindíveis à realização do trabalho de interpretação do texto legal, como também não sendo o conhecimento científico visto como um verdade definitiva, e sim como conjecturas provisórias, a alteração dos mesmos, não só conduz, nas revoluções científicas, a rupturas na forma como o homem vê o mundo e a si mesmo, mas também conduz a mudanças nas interpretações dos textos legais. Caso em que ocorrem as mutações normativas sem que ocorram as mutações legislativas.

6.4 CIÊNCIA DO DIREITO E TECNOLOGIA JURÍDICA

Retomemos o recorrente exemplo do preceito legal do Código Penal Brasileiro referente ao homicídio: “art. 121. matar - pena de 6 a 20 anos de reclusão”. Como já esclarecemos, trata-se, pois, de mero dispositivo de lei, que, na verdade, não veicula sequer uma proibição, mas apenas prevê uma hipótese, o homicídio, à qual imputa uma consequência jurídica, a prisão do homicida. E assim sendo, à luz do dispositivo, o homicida não cometeu qualquer violação à lei, mas, ao contrário, apenas realizou um ato descrito em texto legal. Rigorosamente, portanto, ele não violou a lei penal, ao invés, cumpriu ou realizou o fato nela descrito. Ele violou, na verdade, a norma jurídica, a conclusão lógica que se extrai desse

²⁴¹ Cf. tópico: 3.4. *Ontologias Regionais e Verdade Ontológica.*

dispositivo, qual seja, a de que “é proibido matar”, e “se matar, *dever ser* imputada, a quem matou, a pena de reclusão”. Eis, pois, uma das possíveis estruturas lógicas construídas a partir da interpretação do preceito legal. Esta é a estrutura lógica de um raciocínio (conjunto de juízos ou proposições interligados), composto por proposições (juízos lógicos). Perceba-se que não se trata de uma perspectiva idealista kantiana, segundo a qual a ciência constrói o seu objeto. Não. O objeto é pré-existente (os preceitos legislativos). A interpretação constrói possíveis formas ou modos de relações entre as idéias e os juízos mais simples apresentados ou representados na linguagem legal. A interpretação apresentada pela Ciência do Direito oferece uma possível proposta de norma, mas não põe a norma, porque o cientista do Direito, enquanto tal, não é a autoridade estatal competente para a edição da norma, mas um mero pesquisador. Portanto ele apresenta uma mera elaboração lógico-ontológica do que poderia ser a norma (juízo lógico-ontológico) subjacente ao texto. Um possível sentido do que seria o estado de coisas referido pela linguagem legal, que poderá ser ou não ser o caso; quer dizer, que poderá corresponder ao que uma outra autoridade competente reputar como sendo o caso. Mas do mesmo modo que o preceito não é a norma, tal elaboração da Ciência do Direito também não é a norma. A norma será a interpretação dada pela autoridade estatal competente para aplicar a legislação. Assim, se a autoridade competente para legislar é a boca da lei, a autoridade competente para aplicar a lei é a boca da norma. A função da Ciência do Direito é, pois, nesse contexto, a de oferecer as possíveis construções lógico-ontológicas a partir do texto legal. As possíveis interpretações da lei. Ou, numa linguagem própria da Analítica da Linguagem, a função da Ciência do Direito é a de apresentar os estados de coisas possíveis. No caso, como as coisas que toma por objeto são normas, e não entes reais, a sua função é, pois, apresentar os estados de coisas ideais (*descrições ideais de entes factuais*) possíveis. Como a Ciência do Direito não é uma ciência factual, quer dizer, uma ciência que tem por objeto fatos do mundo real, mas, ao invés, é uma ciência ideal, que tem, portanto, entes do mundo ideal como objeto (*as palavras e as idéias correspondentes*), a “verdade jurídica²⁴²” (da *Ciência do Direito*) é identificada não pela verificação de correspondência empírica entre um ente ideal (*a descrição conjectural de um fato*) e um ente real (*o fato concreto*), e sim é identificada pela verificação de correspondência entre um ente ideal (*a possível descrição conjectural do sentido da descrição legal*) e um outro ente ideal (*a descrição normativa-oficial do sentido da descrição legal*). Com efeito, depois de iniciado nas mais primárias lições da Analítica da Linguagem, cujo teor revela, entre outras conclusões, a inescapável polissemia das palavras, esclarecendo que os significados das palavras oscilam em função dos contextos em que são elas usadas (técnicos, históricos, culturais *etc.*), assoma com foros de obviedade a conclusão kelseniana de que não existe uma única interpretação da lei, não valendo para a Ciência do Direito a lógica da única interpretação, mas sim a lógica das possíveis interpretações. Do mesmo modo que as palavras comportam vários sentidos, a Ciência do Direito, em função dessas possibilidades de significados, apresenta as várias interpretações possíveis à luz dessas mesmas variações semânticas, sintáticas e pragmáticas.

Nesse sentido, é possível mais facilmente perceber que a Ciência do Direito não se confunde com a Tecnologia Jurídica. Ciência é conhecimento. Cabe à ciência apresentar o conhecimento, fazer pesquisas para chegar ao conhecimento. Técnica é aplicação de conhecimento. Tecnologia é, mais especificamente, aplicação de conhecimento científico. O técnico ou tecnólogo não é pesquisador, mas aplicador do conhecimento. Ele aplica o conhecimento para fins práticos. A Engenharia Civil, por exemplo, numa acepção, é a ciência que elabora pesquisas, estudos para aperfeiçoar os meios necessários para edificar, construir casas, edifícios, pontes, estradas *etc.* O cientista da engenharia é pesquisador. Ele busca produzir

²⁴² É claro que usamos a expressão “verdade científica”, quase que metaforicamente, no sentido usado pelo empirismo lógico, para nos referir a uma proposição científica que não se apresenta como uma verdade definitiva, mas apenas como uma conjectura provisoriamente aceita como se fosse verdade (uma verdade operacional) até que uma outra proposição explique o mesmo fenômeno de um modo mais abrangente e eficiente.

o conhecimento. O engenheiro, no entanto, não busca produzir o conhecimento, ele aplica o conhecimento já produzido. Ele usa o conhecimento no seu trabalho profissional, utiliza-o para edificar, construir. Ele é tecnólogo, porque usa do conhecimento científico. No mesmo sentido, é preciso distinguir o cientista do Direito e o tecnólogo jurídico. O juiz, o advogado, o delegado, o promotor são primeiramente técnicos ou tecnológicos. Usam em sua profissão do conhecimento produzido pela Ciência do Direito. Quando um juiz profere uma sentença está aplicando a lei ao caso concreto (o preceito legislativo), e também pode estar aplicando, eventualmente, a interpretação fornecida pelos pesquisadores, pelos doutrinadores (a proposição jurídica produzida pela Ciência do Direito). É claro que uma mesma pessoa pode ser ao mesmo tempo cientista e técnico. Isso não é só possível, como é desejável, a fim de que não haja uma cisão profunda entre a teoria e a prática, entre a ciência e a tecnologia. Um engenheiro da construção civil, por exemplo, pode deparar-se com um problema prático, um desafio para o qual a ciência não lhe apresentou um conhecimento específico capaz de resolver um dado problema concreto relacionado à edificação. Ele é levado pela necessidade a pensar um modo de resolver o problema e disso consegue produzir conhecimento novo. Pode guardar para si mesmo a sua descoberta. Pode também levá-la ao meio acadêmico a fim de dar-lhe registro e divulgação. Nessa última hipótese a mesma pessoa agiu como técnico e como cientista. Embora não seja um cientista por profissão, agiu eventualmente como um cientista. O mesmo se dá em relação ao meio jurídico. Uma mesma pessoa pode atuar ora como cientista ora como técnico profissional. E no caso do meio jurídico essa dupla atuação, como cientista e como técnico, é muito mais freqüente do que, por exemplo, em relação ao meio da engenharia. Mas, embora haja mais freqüentemente essa dupla atuação, deve-se frisar que não é possível uma simultaneidade nessa prática. Ora uma determinada pessoa atua como cientista, quando elabora, por exemplo, um artigo para publicação acadêmica, ora atua como tecnólogo, quando elabora uma peça processual (uma petição ou uma sentença, por exemplo). São, pois, dois momentos distintos e inconfundíveis um com o outro, embora relacionados entre si. Não deve haver, em certo sentido, uma cisão profunda entre a teoria e a prática, entre a ciência e a tecnologia, porque aquela produz conhecimento para ser aplicado por essa, e, em geral, na grande maioria das vezes, conquanto não sempre, procura-se elaborar teorias para a solução de problemas práticos, problemas ligados ao cotidiano. Aí está a origem do aforismo com o qual iniciamos nossa digressão, “nada mais prático do que uma boa teoria”. É claro que, muitas vezes, o cientista depara com uma descoberta, acidentalmente, quando estava realizando pesquisa para a solução de um outro problema com o qual a sua descoberta não se relaciona diretamente. A história da ciência está repleta de descobertas em tais circunstâncias. A descoberta da penicilina é um exemplo. Então, ele leva a descoberta à comunidade científica, publicando um artigo nos periódicos acadêmicos. E muitas vezes só tempos depois um problema concreto revela o uso prático de que se pode fazer daquele conhecimento científico. Tal, entretanto, não é a regra, mas a exceção no meio acadêmico em geral. Contudo, no meio acadêmico do Direito, tal tem sido, por muito tempo, a regra e não a exceção. As Pós-Graduações fomentam o estudo do Direito, por um viés sociológico ou filosófico quase que absolutamente despreocupados com a prática. Complexas teorias epistemológicas são elaboradas sem uma conexão com a práxis. E que servem no mais das vezes ao mero entretenimento intelectual dos pós-graduandos, para a discussão acadêmica apenas “em tese”, apenas “na teoria”. Caso em que é pertinente a crítica de Russell fazia à história dos sistemas filosóficos, reputando-os com mero entretenimento intelectual para adultos, equivalente às historinhas contadas para o entretenimento das crianças. Inverte-se o caminho da construção de paradigmas, segundo à lição de Kuhn em que de teorias para a resolução de problemas práticos resultam teorias sobre a ciência, sobre o conhecimento (as epistemologias). E dessa inversão, os acadêmicos do Direito muitas vezes concluem que se a prática é outra bem diversa do que a postulada na sua proposta metodológica, o tanto pior para a prática. Se o fenômeno não se amolda à teoria, o tanto pior para ele. E se conclui que na prática a teoria é outra. As novas teorias elaboradas dentro do contexto do que se convencionou chamar de Pós-Positivismo Jurídico, entretanto, finalmente conseguem romper com essa tradição quase

que esquizofrênica. E as nossas considerações ao longo de toda a digressão, mesmo quando tratamos de questões mais abstratas como as reflexões sobre o mundo ideal, sempre foram no sentido pragmático, na medida em que sempre procuramos relacionar o mundo ideal ao mundo real. Esperamos ter contribuído de alguma forma para o esclarecimento de questões relacionadas à aplicação da norma jurídica na cotidianidade forense. Esperamos que nossas reflexões sejam tomadas como teorias operacionais do Direito.

6.5 CATEGORIAS DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO: PRECEITO LEGISLATIVO, PROPOSIÇÃO JURÍDICA E NORMA JURÍDICA

Como já antecipamos anteriormente, Kelsen distingue na Teoria Pura, e depois dele os demais assim também impropriamente chamados de positivistas, como Bobbio e Hart, a “norma jurídica” e a “proposição” científica. E, posteriormente, distinguiria também a “norma jurídica” e o “preceito legislativo”²⁴³, conquanto não tenha apresentado uma teoria que buscasse equacionar a correlação entre essas três categorias: (i) *preceito legal*; (ii) *proposição científica*; e (iii) *norma jurídica*. Nesse sentido, pode-se concluir que: (i) o *preceito legislativo* editado pela autoridade estatal competente (Poder Legislativo) é o objeto de descrição da Ciência do Direito, à luz do critério da demarcação da base empírica da Ciência do Direito; (ii) as *proposições* da Ciência do Direito são as conjecturas proposicionais ou interpretativas (proposições com sentido); e (iii) a *norma jurídica* é a proposição oficial (interpretação oficial) escolhida pela autoridade estatal competente (Poder Judiciário) entre as proposições conjecturais oferecidas pela Ciência do Direito. Em síntese, indo além do Positivismo kelseniano, cujo parâmetro identificava duas categorias distintas, a *proposição jurídica* (emitida pela Ciência do Direito) e a *norma jurídica* (emitida pelo Estado), o Pós-positivismo identifica agora, ainda de modo latente da produção acadêmica, três categorias, acrescentando por mera explicitação o que, na verdade, já estava implícito no normativismo positivista: *preceito legislativo* (emitido pelo *Estado-Legislador*), *proposição jurídica* (emitida pela *Ciência do Direito*) e *norma jurídica* (emitida pelo *Estado-Judiciário*). Assim sendo, reiteramos o exemplo anteriormente oferecido. Em termos bem simples e objetivos, para ilustrar a mesmas idéias, poderíamos imaginar a seguinte regra de trânsito consignada em texto legislativo: “é proibido dobrar à direita”. Ora, do preceito segundo a qual “é proibido dobrar à direita”, infere-se como conclusão lógica “necessária”, as normas “é permitido dobrar a esquerda”, “é permitido ir em frente”, “é permitido voltar” *etc.* Todas essas regras são juízos lógicos extraídos do preceito legal que determina “é proibido dobrar à direita”. “E é exatamente assim porque a norma não deve ser confundida com o preceito legal”. No caso, o preceito legal é um só, mas as normas são várias, muito mais até do que as três outras referidas. O Judiciário não está limitado pela lei, mas sim está limitado pelas possibilidades lógicas e ontológico-conceituais de interpretação do texto legal. Se a lei diz que é proibido seguir em frente, não pode o Judiciário autorizar um pedido nesse sentido. Mas tal preceito não inibe outras possibilidades interpretativas, como a ilação do juízo lógico segundo o qual é permitido dobrar à esquerda ou à direita. Tem, pois, competência constitucional para autorizar pedidos nesses últimos sentidos. Não teria como autorizar um pedido para dobrar à esquerda se, no caso, não se apresentasse uma tal possibilidade no mundo factual (se não fosse o caso). Se, por exemplo, o cruzamento viário apresentasse apenas duas possibilidades factuais, ir em frente ou dobrar à direita. Haveria aí uma limitação ontológica, e não apenas jurídica (jurídico-ontológico, porque o mundo jurídico ideal não tem o poder de alterar o mundo real automaticamente). O Poder Judiciário não está limitado pelos preceitos legislativos da lei ou da Constituição, mas sim pelas possibilidades lógicas e ontológicas de interpretação do texto legislativo. Se para a Filosofia Analítica os limites da linguagem são o limite do mundo, não sendo dado à linguagem dispor sobre o que não há no mundo, sobre o que não poderia jamais ser o caso, por impossibilidade lógico-ontológica, então, a conclusão que à luz das premissas

²⁴³ Cf. Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas*.

apresentadas se assoma com foros de obviedade é a de que “os limites do Poder Judiciário são os limites da linguagem legal”. O exemplo da regra de trânsito é simples, lúdico e ao mesmo tempo iluminador. Mais uma vez, diante desse esclarecimento, assoma aquela sensação de quem está vencido por *xequemate*, seguida da velha interjeição “*mas é claro..!, como não percebi antes algo tão óbvio!*”. Do que inferimos e destacamos mais uma sutil obviedade que ainda não foi registrada na Teoria do Direito: a denominação “norma implícita” constitui um pleonasma, pois sempre a norma está implícita no texto legal, não se confundindo com ele. O preceito legal é sempre explícito. A norma jurídica é sempre implícita. Convém, assim, sob a ótica crítica da Analítica da Linguagem, fazer a distinção entre dois sentidos em que é frequentemente usada, contextualmente, a expressão “norma jurídica”. Numa acepção ampla a expressão norma jurídica abrange a norma jurídica em sentido estrito (o juízo lógico) e o preceito legal. Quer dizer, muitas vezes a palavra norma é usada para se referir ao dispositivo de lei. Num sentido estrito, porém, norma jurídica se diferencia de preceito legal e refere-se apenas ao juízo lógico extraído da lei e emitido pela autoridade competente.

Tendo o exemplo como o melhor dos professores, tudo o que foi dito a respeito da interpretação, pode ser exemplificado no caso paradigmáticos apresentado a seguir, e recentemente submetido ao Poder Judiciário.

6.6 O CASO PARADIGMÁTICO: DISCUSSÃO SOBRE PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO DE ANENCÉFALO

Dramática polêmica envolveu um caso concreto apresentado ao Supremo Tribunal Federal em 2004²⁴⁴. Tratava-se de um pedido de autorização judicial para a interrupção de gravidez cujo feto apresentava, conforme diagnóstico médico, a terrível anomalia congênita chamada de anencefalia (ausência de cérebro). O pedido baseava-se no argumento de que havia certeza científica de que logo após o nascimento, com o rompimento do cordão umbilical por meio do qual é fornecido o alimento necessário à vida intra-uterina, a criança necessariamente morreria, em virtude da ausência de um cérebro que permitisse o controle das funções vitais independentemente do auxílio do organismo materno. O óbito, quase que imediatamente após o parto, seria, segundo parecer médico, certo. E a mãe seria obrigada, caso não fosse interrompida a gestação, a vivenciar uma terrível experiência. A solução para o drama, a fim de evitar o indescritível sofrimento, tanto da mãe quanto do feto, seria, pois, a interrupção da gestação, por intervenção médica. Contudo, a legislação penal em vigor, que tutela o direito à vida, autorizava e ainda autoriza o aborto apenas em face de duas situações e mesmo assim tão-somente mediante autorização judicial, quais sejam: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (*Aborto necessário*); II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (*Aborto em Gravidez decorrente de estupro*). Como resolver juridicamente a questão, sem que seja violado o princípio constitucional da legalidade estrita, ao qual estão adstritas as normas de Direito Penal, e o princípio constitucional da separação dos Poderes cujo teor limitaria a competência outorgada ao Poder Judiciário aos limites fixados nos preceitos editados pelo Poder Legislativo? Com efeito, diante desse quadro, em que não havia, e ainda não há, autorização legislativa para o aborto fora da referidas situações, e considerando, por um lado, o princípio constitucional da separação do Poderes, cujo teor não permite que o Poder Judiciário invada a área de competência legal do Poder Legislativo, e, por outro, considerando que o Direito Penal se rege pelo princípio da legalidade estrita e pelo seu corolário, o princípio lógico da tipicidade cerrada nos termos do artigo quinto da Constituição, cujo teor limita o âmbito da discricionariedade judicial e administrativa, concebendo a incidência da lei restritivamente aos fatos descritos no

²⁴⁴(ADPF-54).

tipo penal, como uma forma de limitação do Poder inerente ao conceito de Estado de Direito, nos termos do artigo primeiro da Constituição; como, então, resolver juridicamente a questão, sem que resultassem violados os referido princípios constitucionais? O paradigma do Pós-Positivismo diferencia-se da Teoria Crítica exatamente por não negar, como essa nega, o direito posto, e por procurar soluções interpretativas, à luz dos princípios constitucionais; dentro, portanto, do próprio sistema jurídico. Mas como seria possível encontrar uma saída jurídica em uma tal situação paradigmática? Simples. Se a pré-compreensão do mundo normado determinada à compreensão do mundo normativo, então, a saída interpretativa só poderia ser encontrada recorrendo-se à pré-compreensão do mundo normado, à pré-concepção dos fatos descritos na lei. E, assim sendo, ao voltarmos para o mundo factual, poderíamos indagar sobre o que, para as Ciências Médicas, seria a vida humana? Qual seria o conceito vida, segundo a perspectiva dessa Ontologia Regional? Ou melhor, em que momentos caracterizar-se-iam, respectivamente, o início e o fim da vida humana? Ora, é pacífico no âmbito dessa ciência que o óbito do ser humano dá-se com a cessação da atividade cerebral. E nesse sentido, é possível, pois, segundo a Medicina, manter o corpo físico funcionado por tempo indefinido, mediante o uso de diversos aparelhos que auxiliam a circulação, o batimento cardíaco e o funcionamento de todos ou quase todos os demais órgãos do corpo humano, não obstante tenha se caracterizado, de modo irreversível, a morte cerebral. E tal pré-compreensão do mundo factual normado conduz ao entendimento jurídico segundo o qual, reputada a morte como já consumada com a falência das funções cerebrais, há a possibilidade de autorização de doações dos órgãos e o correspondente desligamento das máquinas que mantém em estado vegetativo o corpo em cuja morte cerebral já se instalou²⁴⁵. Nesse sentido, é a vida do cérebro o que definiria a vida humana, e não o funcionamento dos demais órgãos, segundo a concepção Médica, e com base na qual também segundo uma concepção do direito oficial em face de outras situações. A essência do conceito de homem e de vida humana repousa, pois, sobre a categoria da “vida cerebral” que possibilita a existência da “mente humana”. E a conclusão, a partir dessas considerações, já se afigura evidente: se é a atividade cerebral, cujo funcionamento é responsável pela criação da mente humana, se o que define a essência da vida humana, e se o limite temporal em que se dá o fim da vida humana corresponde ao momento em que há a cessação da atividade cerebral (morte cerebral), então, pela mesma razão, quando inexistente o cérebro inexistem também a mente a vida humanas. A vida humana, pois, no caso do anencéfalo, sequer teve início temporal. Logo, não se caracterizaria crime contra a vida humana na hipótese de interrupção de gestação de anencéfalo. E, portanto, a rigor, pelas mesmas razões legais que autorizam a doações órgãos, para o procedimento médico abortiva, no caso, sequer seria necessária uma autorização judicial, inversamente do que ocorre em relação às hipóteses da gestação decorrente de estupro ou de gestão cuja vida da gestante corre perigo.

Percebe-se, pois, que, de fato, conquanto o objeto do direito seja a lei posta, e não os fatos sujeitos à normatização, é a pré-compreensão do mundo factual, decorrente, por exemplo, do entendimento científico de uma outra ciência a respeito do mundo factual, ou mesmo da pré-compreensão sobre os mais variados fatos ocorridos em meia à sociedade e ao qual o direito atribui importância jurídica mediante a criação de regras comportamentais que os disciplinem. Com base em tal entendimento, poderia, pois, o Supremo Tribunal ter deferido o pedido de interrupção de gravidez. E se não o fez é porque ainda não está devidamente compreendida a relativização do princípio da separação do poderes, a partir da abertura lingüística que existe e sempre existiu no sistema jurídico estatal. A elaboração do preceito legal é da competência do Poder Legislativo, mas a competência para a edição da norma jurídica é do

²⁴⁵ Tal foi, pois, a tese defendida por Luís Roberto Barroso no pedido de interrupção da gravidez apresentado ao STF (ADPF n. 54). Em virtude do que fora concedida liminar pelo Ministro Marco Aurélio Mello. A Liminar fora, entretanto, cassada, antes que a intervenção médica em questão fosse levada a efeito. Defendendo posição contrária, o Procurador Geral da República, Cláudio Fontelles, acompanhado do Ministro Gilmar Mendes, com base no argumento de que tal importaria em violação do princípio constitucional da separação dos Poderes.

Poder Judiciário. E em face dessa distinção entre preceito de lei e norma jurídica (*o Giro Lingüístico* no mundo jurídico), verifica-se, no referido caso, a ausência de violação do princípio da separação dos Poderes. Eis, pois, a “senda” que permite a atualização do direito posto, ou a retificação de imprecisões ou de insuficiências legislativas, sem que seja necessária a alteração da lei.

A “subsunção” é uma categoria lógica que parece não ter sido devidamente compreendida na Teoria do Direito. A subsunção é uma via de mão dupla. Interpreta-se o fato, de um lado, e interpreta-se o preceito legal, de outro. Ambas são interpretações por redução fenomenológica retrospectiva. A verificação de ocorrência de subsunção, de incidência e de cabimento de aplicação da norma depende, pois, não apenas da interpretação da norma, mas também da interpretação dos fatos. Contudo, a compreensão sobre os fatos sociais não é estática e sim cambiante. E a alteração da compreensão de certos fatos sociais, descritos em lei, leva à alteração dos juízos lógicos extraídos da lei. Leva à alteração da norma jurídica. Assim, se à luz de uma pré-compreensão sobre determinados fatos sociais, previstos em lei, resulta uma interpretação de um texto legal, a alteração dessa pré-compreensão pode conduzir a alteração da interpretação do mesmo texto legal. Assim, por exemplo, o juízo lógico oficial do Estado-Judiciário (a norma jurídica), que no passado era no sentido de que, no exemplo dado ao final, não poderia ser autorizado o aborto senão naquelas duas hipóteses expressas no texto do art. 121 do Código Penal, poderia ter sido alterado de modo a permitir o aborto, no caso paradigmático da gravidez de anencéfalo, à luz de uma nova pré-compreensão sobre o referido fato social normado, uma nova pré-compreensão fornecida pelo avanço do conhecimento científico capaz de imprimir nova forma de percepção da realidade, no caso, particularmente, uma alteração nos das delimitações ontológicas sobre o conceito de vida humana. Se o conceito de vida humana está associado a um aspecto essencial da biologia humana, centrado na concepção de “mente” produzida pelo “cérebro”, então na ausência desse órgão, o cérebro, não há mente, e na ausência de mente humana não há vida humana. Altera-se o juízo lógico, por meio de uma pré-compreensão sobre o mundo factual, apresentada por uma das ontologias regionais, a Medicina; altera-se a forma de percepção do mundo humano, como que numa micro-revolução paradigmática no modo segundo o qual o homem vê a si mesmo e concebe a vida humana, e do que resulta a possibilidade de formação de novos juízos lógicos sobre os mesmos textos legais. A ausência de uma devida compreensão da correlação entre interpretação dos fatos e interpretação da lei, bem como a ausência de compreensão sobre a distinção entre norma e lei, conduz a conclusões ingênuas de que o Poder Judiciário, por força de supostas limitações constitucionais impostas pelo princípio da separação dos Poderes, não teria competência para editar decisões fora das hipóteses expressamente previstas na lei, com o que se opera uma espécie de Positivismo reducionista que jamais fora defendido por teóricos como Kelsen, Bobbio, Hart, entre outros; reduzindo-se aquele paradigma a um “legalismo” simplista e ingênuo. Por isso, oportunidade, diante do caso paradigmático e revelador, repetimos já registrado linhas atrás: o Judiciário não está limitado pela lei, mas sim está limitado pelas possibilidades lógicas e ontológico-conceituais de interpretação do texto legal. Se a lei diz que é proibido seguir em frente, não pode o Judiciário autorizar um pedido nesse sentido. Mas tal preceito não inibe outras possibilidades interpretativas, como a ilação do juízo lógico segundo o qual é permitido dobrar à esquerda ou à direita. Tem, pois, competência constitucional para autorizar pedidos nesses últimos sentidos. Não teria como autorizar um pedido para dobrar à esquerda se, no caso, não se apresentasse uma tal possibilidade no mundo factual (se não fosse o caso). Se, por exemplo, o cruzamento viário apresentasse apenas duas possibilidades factuais, ir em frente ou dobrar à direita. O Poder Judiciário não está limitado pelos preceitos legislativos da lei ou da Constituição, mas sim pelas possibilidades lógicas e ontológicas de interpretação do texto legislativo. Se para a Filosofia Analítica os limites da linguagem são o limite do mundo, não sendo dado à linguagem dispor sobre o que não há no mundo, sobre o que não poderia jamais ser o caso, por impossibilidade lógico-ontológica, então, a conclusão que à luz das

premissas apresentadas se assoma com foros de obviedade é a de que “os limites do Poder Judiciário são os limites da linguagem legal”. A de se diferenciar, assim, os limites meramente lógico-ontológicos e os limites jurídicos. Os limites jurídicos são de duas ordens, os *limites jurídicos lógico-ontológicos* (limites do mundo jurídico-ideal, quer dizer, o que jamais poderia ser o caso, dentro das opções apresentadas pela lei ideal pautada pelas várias alternativas possíveis no mundo factual) e os *limites jurídicos lógico-onto-ontológicos* (limites do mundo real, quer dizer, limites dentro do que é, de fato, possível e impossível de ser o caso do mundo real, e não apenas o que é logicamente possível concluir dentro de alternativas idealmente postas pela lei). O Pós-Positivismo é, assim, o nome atribuído a um conjunto de idéias que pretende romper ou superar gradualmente com um legalismo ingênuo, sem, contudo, abandonar a lei, instrumento que é imperfeito, como imperfeita também é a Ciência em geral e a Ciência do Direito em particular, mas mesmo assim são o melhor que a imperfeição humana foi capaz de alcançar no atual estágio da civilização.

CONCLUSÕES

1. O paradigma de Ciência do Direito que sempre foi denominado de Positivismo Jurídico, na verdade, jamais se enquadrou nos contornos epistemológicos do paradigma de ciência denominado de Positivismo ou Neopositivismo, nos termos estabelecidos pelo Círculo de Viena, mas se faz parte, ao invés, na moldura do paradigma teórico denominado de “Empirismo Lógico”, conforme uma outra concepção de ciência, como a defendida, entre outros, por Karl Popper. Assim sendo, conquanto na introdução da Teoria Pura do Direito Kelsen registre que se trata de uma teoria positivista, como afirma Robert Walter, amigo pessoal de Hans Kelsen e diretor do instituto Hans Kelsen em Viena, em texto de apresentação à edição resumida da Teoria Pura do Direito, publicada em 1933, a concepção epistemológica sustentada nessa obra “ao contrário do que freqüentemente se supõe nada tem a ver com o positivismo filosófico, nem com o neo-positivismo do círculo de Viena, próximo a Moritz Schlick. Como se sabe. Schlick recusa, por questão de princípio, uma consideração normativa, o que Kelsen não podia aceitar. Sem dúvida, a Teoria pura do Direito liga-se ao empirismo lógico, no empenho pelo conhecimento racional e a ética da pureza metodológica”. Conquanto não seja possível negar que tenha sido influenciada profundamente, como também foram o Círculo de Viena, o Neopositivismo e o Empirismo Lógico, pela Filosofia Analítica da Linguagem de Wittgenstein.

2. O conjunto de “novas” concepções elaboradas a partir do final do século XX, sobre Teoria do Direito, notadamente sobre a natureza, a interpretação e a aplicação de normas jurídicas, que vem sendo genérica e imprecisamente denominado de Pós-Positivismo, na verdade, não só não constitui um novo paradigma de ciência jurídica, em negação ao que equivocadamente era denominado de Positivismo Jurídico, como sequer consubstancia como um novo e revolucionário paradigma científico no sentido kuhniano; mas, se inserindo dentro do paradigma maior da Pós-Modernidade, cuja conformação não deve ser vista como a negação dos postulados da Modernidade, e sim tão-só, numa perspectiva habermasiana, como uma retificação dos equívocos e correção de rumos do projeto da Modernidade, o Pós-Positivismo também, em última análise, dentro desse contexto mais amplo, afigura-se como uma retomada dos próprios postulados do velho Positivismo Jurídico, assumindo aspectos da Teoria Crítica do Direito, sob uma nova perspectiva, que em parte corrige equívocos do velho paradigma positivista de Ciência do Direito, e, que em parte apresenta-lhe novos desdobramentos teóricos cujo teor acrescenta sem, contudo, negar o antigo paradigma.

2.2. O Pós-Positivismo, não se afigura como uma negação total do Positivismo Jurídico, na medida em que, ao contrário da Teoria Crítica do Direito, concepção metodológica que se circunscreveu ao mundo acadêmico, por força de motivos históricos, não repercutindo significativamente no mundo da prática dos tribunais, ele não nega o direito posto, mas, ao invés, tal qual o Positivismo, acatando implicitamente o postulado segundo o qual a norma jurídica não está certa ou errada e sim é válida ou inválida, procura dentro do sistema estatal soluções, para harmonizar o direito posto às aspirações de justiça e de legitimidade, a partir de um novo instrumental teórico que oferece novas perspectivas de interpretações desse mesmo direito posto, com base na distinção entre norma jurídica, proposição jurídica e preceito legislativo.

2.3. Pós-Positivismo é caracterizado pela coexistência dos logos da não-contradição, norteador do subsistema de normas-regra, e do logos da contradição dialética, norteador do subsistema de normas-princípio. A palavra “contradição”, entretanto, não é a mais adequada para referir-se à idéia de oposição dialética, resultando do seu uso inadequado graves equívocos ontológico-conceituais na Teoria do Direito. No Brasil, em ausência de democracia, no período de regime militar, a Teoria Crítica do Direito, cumpriu a sua missão de “crítica”,

opondo-se a um sistema jurídico oficial cuja ideologia subjacente atendia aos interesses da classe dominante e do imperialismo americano. Contudo, em tempos de democracia consolidada, esse modelo perde a razão de ser, e é substituído por um modelo descritivo do direito posto. Enquanto o Positivismo Jurídico era um modelo eminentemente “descritivo”, e enquanto o modelo da Teoria Crítica do Direito era eminentemente “crítico”, o Pós-Positivismo Jurídico é, pois, ao mesmo tempo “crítico” e “descritivo”. Mas, diferentemente, é crítico sem negar cabalmente o direito posto, é crítico na medida em que a descrição que apresenta, sobre o direito posto, propõe interpretações mais consentâneas com os valores sociais vigentes no momento.

2.4. Em suma, o Pós-Positivismo é um paradigma que não nega os precedentes, mas procura somá-los, compatibilizá-los. E tal compatibilização dos paradigmas precedentes, só é possível graças à assimilação da distinção entre norma e texto legal; só é factível, pois, em face do Giro Lingüístico na Teoria do Direito. Em última análise, o Pós-Positivismo é o resultado do Giro Lingüístico no Direito. Assim, ao contrário do que vem sendo sustentado por um segmento da Teoria do Direito, não é o caso de superar-se a antiga distinção entre norma jurídica e proposição jurídica; mas sim, como consequência das novas teses professadas no supostamente novo paradigma denominado de Pós-Positivismo, o de identificar três categorias jurídicas distintas, sem o que o quadro teórico da Ciência do Direito se apresenta incompleto e insuficiente para explicar e descrever a fenomenologia jurídica: “preceito legislativo” (elaboração estatal do Poder Legislativo), “proposição jurídica” (elaboração da Ciência do Direito) e “norma jurídica” (elaboração estatal do Poder Judiciário).

3. A Filosofia Analítica da Linguagem procurou demonstrar que muitos dos problemas filosóficos apresentados ao longo da história, na verdade, não passariam de pseudoproblemas, confusões ontológicas decorrentes do uso inadequado da linguagem; no mesmo sentido, também nos domínios da Teoria do Direito, o uso incorreto da linguagem leva não apenas a equívocos na elaboração de muitas das soluções teóricas apresentadas, como também alguns dos supostos problemas parecem não passar de confusões do impreciso uso da linguagem. Com efeito, ao longo da história, na Teoria do Direito, tais como a suposta distinção gnosiológica entre *ser* e *dever ser*, *incidência* e *aplicação* da norma, entre *antinomia normativa* e *aposição normativa*, entre *norma jurídica*, *preceito legislativo* e *proposição* da Ciência do Direito, entre *regra*, *princípio* e *postulado*, entre *norma geral* e *norma individual*, entre *interpretação em abstrato*, *interpretação em concreto* e *aplicação* da norma jurídica, entre *Ciência do Direito* e *Tecnologia Jurídica*, entre outras confusões ontológicas causadas em decorrência de uma mais acurada crítica da linguagem.

3.2. São exemplos de equívocos ontológico-conceituais decorrentes de equívocos terminológicos, entre outros: (i) a confusão conceitual entre norma individual (juízo lógico individual) e norma geral (juízo lógico geral); (ii) a confusão entre interpretação e aplicação da norma jurídica, essa última confusão resultado da primeira; (iii) a suposição de que a norma jurídica seria um ente ideal que pertenceria a um domínio cognitivo próprio e diverso do domínio do *ser*, qual seja, o domínio do *dever ser*, supostamente o mesmo domínio dos valores.

3.3. Há, pois, duas espécies de interpretação, quanto ao critério da referência empírica: (i) a interpretação meramente em abstrato, que se opera mediante redução fenomenológica de fatos retrospectivos; (ii) a interpretação em concreto, que se opera mediante a comparação da interpretação em abstrato da norma com a interpretação concreta dos fatos prospectivos a existência da norma. Assim, ao contrário do que vem sendo sustentado na nova Teoria do Direito, a interpretação e a aplicação da norma jurídica não se confundem em um único momento metodológico, mas, ao invés, se apresentam como momentos metodológicos distintos, o momento da interpretação em abstrato e o momento da aplicação em concreto. O

primeiro é momento metodológico da Ciência do Direito, o segundo é momento metodológico da Tecnologia Jurídica; conquanto seja também possível falar-se em interpretação em concreto para referir-se a um momento metodológico específico e atrelado à própria aplicação da norma, posterior, portanto, ao da interpretação em abstrato da norma jurídica.

3.4. Por sua vez, a norma jurídica é ente ideal que pertence ao domínio do ser ideal. Ela não se confunde com os valores, conquanto consagre valores. Os valores, tal qual as normas, não pertencem a um domínio próprio do conhecimento, diverso do domínio do ser, o suposto domínio do *dever ser*; mas, ao invés, pertencem ao domínio do ser ideal. É possível dizer que eles pertencem a um domínio do *dever ser*, desde que se admita que tal domínio não é diverso do mundo do *ser*, e sim apenas uma subdivisão da “região ôntica” do *ser ideal*.

4. A Analítica Existencial, denominação dada ao instrumental teórico apresentado pela Filosofia Ontológica Contemporânea, no início do século XX, encontra-se o embasamento teórico necessário para que na Teoria do Direito, notadamente na Hermenêutica Jurídica, seja superado o embate teórico entre o monismo e o dualismo jurídicos, por meio das categorias da “compreensão e pré-compreensão”, “círculo hermenêutico”, que se voltam para a compreensão do ser humano sob uma perspectiva espaço-temporal” e eminentemente voltada para as questões pragmáticas referentes à existência. Perspectiva metodológica que, com base na distinção entre norma, proposição e preceito, permite inferir mutações normativas independentemente de mutações legislativas.

4.2. As “novas” teorias sobre interpretação da norma jurídica, apresentadas, genérica e imprecisamente, sob o rótulo Pós-Positivismo, sob os influxos da Ontologia Analítica, apontam, de modo ainda latente, para uma solução teórica do histórico problema do objeto da Ciência do Direito, e em vista da superação do embate entre o monismo e o pluralismo jurídicos. Para o paradigma do Pós-Positivismo, a norma jurídica e o preceito legislativo são o objeto da Ciência do Direito; mas, conquanto o factual não seja objeto da Ciência do Direito, a interpretação do mundo normativo (ideal) está intrinsecamente ligada à compreensão do mundo factual objeto de normatização, ou, dito de outro modo, a pré-compreensão do mundo normado determinada a compreensão do mundo normativo; e dessa conclusão devem ser deduzidas as mais profundas conseqüências sobre a metodologia da Ciência do Direito e sobre a metodologia da aplicação do Direito (Tecnologia Jurídica).

5. A “norma jurídica” é denominação que deve ser usada, conforme convenção da Teoria do Direito, para compreender apenas duas categorias distintas, a norma-regra e a norma-princípio; não sendo o caso de identificar-se uma terceira categoria de norma jurídica ou uma outra categoria jurídica distinta e autônoma, como vem sendo supostamente identificada sob a denominação de “postulado aplicativo”, para referir-se aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, entre outros. Os postulados aplicativos não são, pois, uma terceira categoria de norma jurídica, nem mesmo uma categoria jurídica autônoma e de natureza distinta a das normas, mas apenas um aspecto lógico das próprias normas-princípio, cuja natureza identifica-se também com a das regras de metodologia de aplicação do direito, na medida em que a metodologia de uma ciência é elaborada a partir das características lógico-formais do seu próprio objeto de estudo, de tal modo que a metodologia não é muito mais do que um desdobramento da própria estrutura lógica do objeto que toma para descrição. O Direito é um sistema ideal que se volta para disciplinar um sistema real (a sociedade), e o que faz na medida em que procura externar por imposição a sua ordem interna e ideal sobre o mundo factual e real. A externalização de sua ordem interna dá-se pela aplicação ao caso concreto e daí porque as regras lógicas internas coincidem com as regras metodológicas de imposição ou aplicação.

5.2. No atual estágio da Teoria do Direito, em virtude da assimilação, ainda que tardia, das lições de Filosofia Analítica da Linguagem nos domínios da Ciência do Direito, começa finalmente a ser assimilado no meio jurídico a distinção entre norma e lei, que, de resto, remonta às lições de Kelsen e Klug, entre outros, e, em razão do que já se encontram em franco desenvolvimento os estudos sobre lógica jurídica que já permitiram o conhecimento da estrutura lógica das normas-regra, ainda que tal se restrinja a alguns ramos do direito, como é o caso do Direito Tributário. Por outro lado, no Direito Penal, tal distinção não fora ainda assimilada, motivo por que equívocos interpretativos são cometidos pelos Tribunais, na medida em que a jurisprudência tem negado a conjugação de preceitos penais distintos naquilo que mais têm de benéfico ao réu, prática por força da qual é não é respeitado o princípio material da interpretação e aplicação benigna.

5.3. A próxima fase dos estudos lógicos na Teoria do Direito, sob os influxos do Giro Lingüístico, será o desenvolvimento de estudos que permitirão esclarecer sobre a estrutura lógica das normas-princípio. Diferentemente das normas-regra, os aspectos formais, as normas-princípio-lógicas, têm recebido denominação diversa das normas-princípio-material correspondente. Assim, por exemplo, o princípio da proporcionalidade é o nome que se dá à norma-princípio-lógico correspondente à norma-princípio-material da isonomia. Tais divergências terminológicas devem ser sanadas porque de equívocos lingüísticos decorrem equívocos ontológico-conceituais. Assim, a norma jurídica é um gênero que comporta, a princípio, segundo a Teoria do Direito, duas espécies: (i) a norma-regra; e (ii) a norma-princípio. Mas cada uma dessas espécies pode ser decomposta em dois aspectos, um lógico e um material. De tal modo, as espécies normativas podem ser apresentadas em quatro distintas perspectivas: (i) norma-regra-material; (ii) norma-regra-lógica; (iii) norma-princípio-material; e (iv) norma-princípio-lógico. Existem outras regras lógicas que são meros aspectos de regras materiais insertas no sistema jurídico, conquanto tenha sido sempre consideradas meras regras formais, externas e de natureza meramente metodológicas da interpretação ou da aplicação da norma, como os chamados critérios de solução de antinomias: (i) o critério cronológico; (ii) o critério hierárquico; e (iii) o critério da especialização. No mesmo sentido, a regra da “incidência” é um desdobramento lógico inserto no sistema e afim ao critério cronológico.

5.4. O critério cronológico é facilmente depreendido do explícito dispositivo constitucional cujo teor determina a ultratividade ou a retroatividade da norma penal mais benigna, mesmo não tendo incidido sobre o fato pretérito, já que a incidência é sempre a da norma em vigor no momento da ocorrência do fato. Com esse comando a Constituição, por dedução lógica, reconhece que a lei posterior revoga a anterior, ao afirmar que se aplica, de regra, a norma que estava em vigor no momento da ocorrência do fato ilícito, mesmo que uma nova norma posterior tenha estabelecido novas conseqüências jurídicas para o mesmo fato ilícito. Reconhece-se aí que a norma posterior revogou a anterior, mas independentemente da revogação, de regra, aplica-se (no presente ou no futuro) a norma anterior porque ela que estava em vigor no momento do ato ilícito (no passado), exceto se e somente se a norma posterior (a norma revogadora) tenha estabelecido conseqüências mais benéficas ao réu. “Tal é uma dedução lógica incontestável”. E exatamente por ser uma dedução lógica (um juízo lógico) que faz dessa regra uma norma jurídica. O preceito legislativo é um (a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu). A norma jurídica é outra. É a ilação lógica, ou são as ilações lógicas extraídas como conseqüências necessárias do comando legal. E não poderia ser diferente, porque senão tivesse sede constitucional, mas apenas sede legal, como é o caso da chamada da Lei de Introdução ao Código Civil, o dispositivo não teria suficiente força normativa para impor-se sobre outras leis, na medida em que, por força dessa mesma lógica da revogação da lei anterior pela posterior, uma outra lei posterior contrariasse a uma tal regra lógica, estaria revogando da própria regra lógica disposta na anterior Lei de Introdução ao Código Civil. Daí a necessidade

de que uma tal regra seja veiculada em sede Constitucional, cuja superioridade hierárquica lhe atribui força normativa suficiente para que ela se imponha sobre as demais normas.

5.5. Os outros dois critérios, o hierárquico e o da especialidade, também estão lá, dentro, da Constituição. São igualmente juízos lógicos (e, portanto, normas jurídicas) extraídos da própria Constituição. Vejamos. As Constituições encerraram diversas normas-regra aparentemente antagônicas, mas que, na verdade, são havidas como regras e exceções expressamente ressalvadas, e não como antinomias. Tal conclusão decorre a suposição, por convenção pré-estabelecida, de que, exatamente por ter a natureza de sistema, não há contradições entre normas-regra presentes na Constituição. E dessa lógica, da convivência entre regra e exceção, também facilmente se infere o critério da especialidade, calcado na noção de que a norma mais específica prevalece sobre a mais geral. No mesmo sentido, o critério da hierarquia, por sua vez, é uma decorrência lógica da própria pretensão impositiva da Constituição, cuja força normativa pretende ser suficiente para a ela vincular as demais normas estatais, e inclusive todos os atos exarados pelos Poderes constituídos, (Judiciário, Executivo e Legislativo). Portanto, esses três critérios (*cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*) não são meras convenções metodológicas, mas sim aspectos lógicos de normas jurídicas que estão lá, dentro do sistema jurídico, e não antes do sistema jurídico. E estariam ainda que a nossa Lei das Normas, ou Lei de Introdução ao Código Civil, não houvesse explicitamente consignado tais regras de aplicação. Pelas mesmas razões, também não são meras regras de aplicação, estranhas ao sistema, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade formal *etc.*

5.6. Do mesmo modo, do preceito constitucional fundamental que, expressamente, consagra o “princípio da retroatividade ou da ultratividade benigna da norma penal”, extrai-se a regra lógica de que a incidência opera no momento da ocorrência do fato, na medida em que a Constituição estabelece que: “de regra”, devem ser aplicadas as normas-regra vigentes no momento da ocorrência do correspondente fato no mundo fenomênico (porque as conseqüências jurídicas que devem ser impostas são as previstas na norma geral então vigente), em virtude do que se conclui que fenômeno da incidência opera incontinente ao fato; e que, apenas “por exceção”, expressamente ressalvada no sistema, devem ser aplicadas as normas-regra vigentes no momento da aplicação. Se com a incidência deflagram-se os efeitos jurídicos (conseqüências ou deveres), e se a Constituição determina que devem ser aplicadas as normas-regra em vigor no momento da ocorrência do fato no mundo real, então a própria Constituição também está consagrando a regra metodológica segundo a qual a incidência dá-se no momento da ocorrência do fato normado e não no momento da aplicação da norma. E que apenas excepcionalmente, por força de uma ficção estabelecida no próprio sistema, despreza-se a incidência da norma pretérita, e os efeitos delas decorrentes, para aplicar as conseqüências mais benignas da norma jurídica vigente no momento da aplicação. Por isso não é, pois, crível pretender separar-se completamente a norma-regra-material da norma-regra-formal-procedimental. Ambas são os dois aspectos de uma mesma norma. Ambas são forma e conteúdo de uma mesma norma jurídica.

5.7. A percepção de que tais critérios são regras lógicas que estão dentro do sistema jurídico resta mais clara com a ilustração do preceito legislativo que consagra uma regra de trânsito de veículos: “é proibido dobrar à direita”. Dele se inferem como conclusão lógica “necessária”, as seguintes normas ou juízos lógicos: (i) “é permitido dobrar a esquerda”; (ii) “é permitido ir em frente”; (iii) “é permitido voltar” *etc.* Todas essas regras são juízos lógicos extraído do preceito legal que determina “é proibido dobrar à direita”. E é exatamente assim porque a norma não deve ser confundida com o preceito legal. No caso, o preceito legal é um só, mas as normas são várias, muito mais até do que as três referidas ilações. Assim, no mesmo sentido, do preceito constitucional que consagra a irretroatividade benigna extrai-se a regra da prevalência cronológica da lei e a regra lógica de que a incidência opera no momento da

ocorrência do fato. O Poder Judiciário não está limitado pelos preceitos legislativos da lei ou da Constituição, mas sim pelas possibilidades lógicas e ontológicas de interpretação do texto legislativo. Se para a Filosofia Analítica os limites da linguagem são o limite do mundo, não sendo dado à linguagem dispor sobre o que não há no mundo, sobre o que não poderia jamais ser o caso, por impossibilidade lógico-ontológica, então, a conclusão que à luz das premissas apresentadas se assoma com foros de obviedade é a de que “os limites do Poder Judiciário são os limites da linguagem legal. Há de se diferenciar, assim, os limites meramente lógico-ontológicos e os limites jurídicos. Os limites jurídicos são de duas ordens, os *limites jurídicos lógico-ontológicos* (limites do mundo jurídico-ideal, quer dizer, o que jamais poderia ser o caso, dentro das opções apresentadas pela lei ideal pautada pelas várias alternativas possíveis no mundo factual) e os *limites jurídicos lógico-onto-ontológicos* (limites do mundo real, quer dizer, limites dentro do que é, de fato, possível e impossível de ser o caso do mundo real, e não apenas o que é logicamente possível concluir dentro de alternativas idealmente postas pela lei).

6. Se na perspectiva do Positivismo Jurídico o Direito era entendido tão-somente como o Direito estatal, cuja tônica estava na lei, no Pós-Positivismo o Direito não é exclusivamente, mas apenas preponderantemente o Direito estatal, cuja tônica está na norma jurídica e não apenas na lei. Assim, se para o Positivismo o Direito era o que Legislativo dizia ser (a lei estatal), para o Pós-Positivismo o Direito é o que os Tribunais dizem que é (a norma estatal).

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. “A ‘concretização constitucional’ de Friedrich Müller”. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 2, n. 3, p. 223-232, jan/mar., 1997.
- _____. *Filosofia do Direito – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Ética e Retórica – Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo, Saraiva, 2006.
- ALEXY, Robert. “Problemas da Teoria do Discurso”. In Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife, n. 5, Recife, UFPE, 1992.
- _____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia I – Filosofia Analítica, Semiótica e Hermenêutica*. São Paulo, Loyola, 2002.
- _____. *Transformação da Filosofia II – O A Priori da Comunidade de Comunicação*. São Paulo, Loyola, 2002.
- ARISTÓTELES. *Hermenéia o tratado de la proposición*. In: Obras completas de Aristóteles, t. III. Buenos Aires, Anaconda, 1947.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. “Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios”. *RDP*, v. 10, RT, 1969.
- AUSTIN, J.L. *Quando o dizer é Fazer*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1990.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo, Saraiva, 2006.
- BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro, Contraponto, 1996.
- BAPTISTA, Ferando Pavan. *O Tractatus e a Teoria Pura do Direito – Uma análise semiótica comparativa entre o Círculo de Viena e a Escola de Viena*. Rio de Janeiro, Letra Legal, 2004.
- BARBIERI, Marco Antonio Lima. *Os Princípios na Teoria do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 2001.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1972.
- BERNARDO, Gustavo. *A Dívida de Flusser*. Rio de Janeiro, Globo, 2002.
- BETTI, Emilio. *Diritto, Metodo Ermeneutica*. Milano, Giuffrè, 1991.
- BIBLIA SAGRADA. São Paulo, Loyola, 1989.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura all’funzione*. Milano, Edizioni di Comunità, 1977.
- _____. *Diritto e Stato nel Pensiero di Emmanuele Kant*. Torino, G. Giappicheli, 1959.
- _____. *Kelsen et les Sources du Droit, Archives de Philosophie du Droit, T. 27 – Sources du Droit*. Paris, Sirey, 1982.
- _____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.
- _____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, Edunb, 1994.
- _____. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo, Ícone, 1995.
- BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias*. São Paulo, Sugestões Literárias, 1969.
- _____. *Lei Complementar Tributária*. Sugestões Literárias, 1979.
- _____. “Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais”. *RTDP*, n. 01, São Paulo, Malheiros, Malheiros, 1993.

- _____. *Ciência Feliz – sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife, Fundação Cidade do Recife, 1994.
- _____. *O Contraditório no Processo no Processo Judicial - Uma Visão Dialética*. São Paulo, Malheiros, 1996.
- _____. *Lançamento Tributário*. São Paulo, Malheiros, 1999.
- _____. *Obrigações Tributárias – uma introdução metodológica*. São Paulo, Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo, Saraiva, 2005.
- _____. “Para a Fundação de uma Teoria Heterodoxa do Processo Tributário”. *RDT*, v. 75. São Paulo, Malheiros, s/d.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gome. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra, Coimbra, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre, Fabris, 1993.
- CARRIÓ, Genaro. *Principios Jurídicos e Positivismo Jurídico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970.
- _____. *Sobre los Límites del Lenguaje Normativo*. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1973.
- _____. *Notas sobre el Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. São Paulo, Max Limonad, 1998.
- _____. *Direito tributário - fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 2004.
- CIRNE-LIMA, Carlos. *Sobre a Contradição*. Porto Alegre, EDPUCRS, 1996.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- CLÉVE, Clémerson. *O Direito e os Direitos – Elementos para uma Teoria Crítica Contemporânea*. São Paulo, Academia, 1988.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para Entender Kelsen*, São Paulo, Max Limonad, 1995.
- _____. *Roteiro de Lógica Jurídica*. São Paulo, Max Limonad, 1997.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria da Ciência do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1974.
- _____. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Rio de Janeiro, Forense, 1991.
- _____. *Teoria Crítica do Direito*. Porto Alegre, Fabris, 1991.
- _____. *Saldade do Futuro – Transmodernidade, Direito e Utopia*. Santa Catarina, Boiteux, 2001.
- COSTA, Cláudio. *A linguagem factual*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1995.
- _____. *Filosofia da Linguagem*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- DARDFITIGUES, André. *O que é a Fenomenologia?* São Paulo, Moraes, 1992.
- DINIZ, Maria Helena. *Conceito de Norma Jurídico como Problema de Essência*. São Paulo, Saraiva, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. São Paulo, Perspectiva, 2003.
- EINSTEIN, *Notas Autobiográficas*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982.
- _____. *Como Vejo o Mundo*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1981.
- ERNEST, Tugendhalt e WOLF, Ursula. *Propedêutica Lógico-Semântica* (Título original *Logisch-semantische Propädeutik*). Petrópolis, Vozes, 1996.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro, RT, 2002.

- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración de la jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 1961.
- _____. *Precomprensione e Scelta del Metodo nel Processo di Individuazione del Diritto*. Napoli, Scietifiche Italiane, 1983.
- FARIAS, José Eduardo. *Qual o Futuro dos Direitos?*. São Paulo, Max Limonad, 2002.
- _____. (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo, Malheiros, 2002.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- _____. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo, RT, 1980.
- FREGGE, Gottlob. “Sobre o sentido e a referência”. In: *Lógica e Filosofia da Linguagem* -. São Paulo, Cultrix/Edusp, 1978.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método I – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, Vozes, 2004.
- GHETTI, Pablo Sanges. *Direito e Democracia sobre Espectros de Schmitt – Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Jüngen Habermas*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros, 2006.
- _____. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo, Revistas dos Tribunais, 1988.
- _____. *La Doppia Destrutturazione del Diritto – Uma Teoria Brasileira sull’ Interpretazione*. Milano, Edizione Unicopoli, 1996.
- GLOCK, Hans-Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998.
- HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas* (Título original *Philosophy of Logics*). São Paulo, Unesp, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre, Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade, Vol I e II*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. “Was heisst Universalpragmatik?”. In K. O. Apel (Org.) *Sprachpragmatik und Philosophie*, Frankfurt, 1976.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, Parte I. Petrópolis, Vozes, 1995.
- _____. *Ser e Tempo*, Parte II. Petrópolis, Vozes, 2002.
- _____. *O Que é Isto – a Filosofia?. Que é Metafísica?. O Fim da Filosofia e a Tarefa do Pensamento. Sobre a Essência do Fundamento. Sobre a Essência da Verdade. Identidade e Diferença. A Determinação do Ser do Ente segundo Leibniz. A Tese de Kant sobre o Ser. Tempo e Ser. Protocolo do Seminário sobre a Conferência – “Tempo e Ser”. In: Conferências e Escritos Filosóficos. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo, Nova Cultural, 2005.*
- _____. *A Caminho da Linguagem*. Vozes, Petrópolis, 2003.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre, Fabris, 1998.
- _____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre Fabris, 1991.
- HUSSERL, Edmund. *A Idéia de Fenomenologia*. Viseu, Edições 70, 1986.
- _____. *Investigações Lógicas - Sexta Investigação – Elementos de uma Elucidação Fenomenológica do Conhecimento*. São Paulo, Nova Cultural, 2005.

- INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999.
_____. *Heidegger*. São Paulo, Edições Loyola, 2004.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo, Nova Cultural, 1999.
_____. *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*. Rio de Janeiro, Ediouro, s/d.
_____. *Crítica da Razão Prática*. Rio de Janeiro, Ediouro, s/d.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo, Malheiros, 1995.
_____. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre, Fábris, 1986.
_____. *Ilusão da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans; KLUG, Ulrich. *Normas Jurídicas e Análise Lógica*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. *Problemas Escogidos de la Teoria Pura del Derecho – Teoria Egologica e Teoria Pura*. Buenos Aires, Guillermo kraft, 1952.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo, Perspectiva, 2006.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1985.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUHMANN, N. *Sociologia do Direito*, Vol I. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Em Decouvrant l' Existence avec Hussrl et Heidegger*. Paris, J. Vrin, 1982.
- LYOTARD, Jean François. *La conditióon postmoderna. Informe sobre el saber*. Madrid, Cátedra, 1986.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro, RT, 1989.
- MARQUES, Edgar. *Wittgenstein e o Tractatus*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005.
- MARCONDES, Danilo. *Filosofia, Linguagem e Comunicação*. São Paulo, Cortez, 2001.
_____. *Iniciação à História da Filosofia*. Rio de Janeiro, Zahar, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, RT, 1990.
- MERLEAU-PONTY, M. *O Visível e o Invisível*. São Paulo, Perspectiva, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1996.
_____. *Discricionariiedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo, Malheiros, 2001.
_____. *O Conteúdo do Princípio da Igualdade*. São Paulo, Malheiros,
- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência - Elementos de uma teoria constitucional*, V. I. Porto Alegre, Fabris, 1995.
_____. *Discours de la Methodik Juridique*. Paris, Universitaires de Franca, 1996.
_____. *Método de Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. “Da Autopoiese à Alopoiese”. *Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, n. 5, Recife, UFPE, 1992.
_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo, Saraiva, 1988.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral. Aurora – Pensamentos sobre os Preconceitos Morais. A Gaia Ciência. Assim Falou Zaratustra. Para Além do Bem e do Mal - Prelúdio de uma filosofia do porvir. Para a Genealogia da Moral. In Obras Incompletas*, São Paulo, Nova Cultural, 1999.
- PIAGET, Jean e BÄRBEL, Inhelder. *A psicologia da criança*. Diel, Rio de Janeiro, 2003.

- PLATÃO. *A República*. São Paulo, Martin Claret, 2001.
- POINCARÉ, Henri. *A Ciência e a Hipótese*. Brasília, Unb, 1988.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito, V.2*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1972.
- POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo, Cultrix, 1993.
- _____. *Autobiografia Intelectual*. São Paulo, Cultrix, 1993.
- PRADO, Luiz Regis e KARAM Munir (Org.). *Estudos de Filosofia do Direito – Uma Visão Integral da Obra de Kelsen*. São Paulo, RT, 1985.
- ROSS, Alf. *Hacia una Ciencia Realista Del Derecho – Crítica Del Dualismo em el Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- ROSS, Alf. *Tû-Tû*. São Paulo, Quartieri, 2004.
- RORTY, Richard. *Ensaio sobre Heidegger e outros*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1999.
- RUSSELL, Bertrand. *Sobre Denotação*. Coleção os Pensadores, São Paulo, Abril, 1974.
- _____. *História do Pensamento Ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro, Ediouro, 2001.
- _____. *The problems of Philosophy*. Oxford, Oxford UP, 1980.
- SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger – Um Mestre da Alemanha entre o Bem e o Mal*. São Paulo, Geração, 2000.
- SANTOS, Boaventura Souza. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Porto, Afrontamento, 1995.
- STEIN, Ernildo. *Seis Estudos sobre “Ser e Tempo”*. Petrópolis, Vozes, 2005.
- _____. *Exercícios de Fenomenologia – Limites de Um Paradigma*. Ijuí, Inijuí, 2004.
- _____. *Epistemologia Crítica da Modernidade*. Ijuí, Unijuí, 2001.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica – sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 1992.
- _____. *Da teologia à metodologia – secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- _____. *A Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro e São Paulo, Renovar, 2000.
- _____. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- _____. *A eficácia das normas constitucionais*. São Paulo, Malheiros, 2000.
- SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os Livros que mais influenciaram a humanidade*. Rio de Janeiro, Difel, 2002.
- SOUTO, Cláudio, e SOUTO, Solange. *A Explicação Sociológica – Uma Introdução à Sociologia*. São Paulo, E.P.U, 1985.
- STRECK, Luiz Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- _____. “A Hermenêutica Filosófica e a Possibilidade de Superação do Positivismo pelo (Neo)Constitucionalismo”. *Anuário de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS*, Livraria do Advogado, 2004.
- _____. “Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos – a incidibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica (ontologische differentz) entre texto e norma”. *Anuário de Mestrado e Doutorado em Direito da UNISINOS*, Livraria do Advogado, 2005.

- _____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Porto Alegre, Lumen Juris, 2006.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem – Uma Análise de Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- TÔRRES, Heleno Taveira (Coord). *Teoria Geral da Obrigação Tributária – estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges*. São Paulo, Malheiros, 2005.
- WARAT, Luís. *El Derecho y su Lenguage*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.
- _____. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre, Síntese, 1979.
- _____. *Introdução Geral ao Direito I*. Porto Alegre, Fabris, 1994.
- _____. *Introdução Geral ao Direito II*. Porto Alegre, Fabris, 1995.
- _____. *Introdução Geral ao Direito III*. Porto Alegre, Fabris, 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Lisboa, Calouste Gulbenkinan, 2002.
- _____. *Investigações Filosóficas*. Lisboa, Calouste Gulbenkinan, 2002.
- _____. *Investigações Filosóficas*. São Paulo, Nova Cultura, 1991.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo, Saraiva, 2005.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madri, Taurus, 1964.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica – Do Modelo Juspositivista-Legalista do Século XIX às Novas Perspectivas*. Rio de Janeiro, RT, 2005.
- VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica*. São Paulo, Bushatsky, 1976.
- _____. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo, RT, 1997.
- _____. “Norma Jurídica – Proposição Jurídica - Significação Semiótica”. *RDP*, n. 61, São Paulo, RT, 1982.
- _____. *Causalidade e Relação no Direito*. São Paulo, Saraiva, 1989.
- VON WRIGHT, George Heinrik. *Norma y Acción – Una Investigación Lógica*. Madrid, Tecnos, 1979.