

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Programa de Pós-graduação em Direito**

**CONSTRUTIVISMO JURÍDICO:**  
**produção e aplicação da norma jurídica sob uma**  
**perspectiva pragmático-lingüística.**

**Eugênio Pacelli Vasconcelos Menezes**

**Belo Horizonte**  
**2007**

**Eugênio Pacelli Vasconcelos Menezes**

**CONSTRUTIVISMO JURÍDICO:  
produção e aplicação da norma jurídica sob uma  
perspectiva pragmático-lingüística.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público, sob a orientação do Professor Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Junior e co-orientação do Professor Dr Antônio Cota Marçal.

**Belo Horizonte**

**2008**

**MENEZES, Eugênio Pacelli Vasconcelos.**

**M541c**

**Construtivismo Jurídico: produção e aplicação da Norma jurídica sob uma perspectiva pragmático-lingüística. / Eugênio Pacelli Vasconcelos Menezes – Belo Horizonte, 2007.**

**144 p.**

**Orientador: Prof.: José A. de Oliveira Baracho Junior  
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade  
Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito.**

**1. Direito. I Teoria Geral do Direito. II Título.**

**CDU – 343.21**

## **AGRADECIMENTOS**

**A minha esposa Francelle pelo amor, apoio e paciência, e aos meus filhos James e Gabrielle.**

**A meu pai Hamilton e sua esposa Neuli por propiciarem o “espaço do silêncio” necessário à produção científica.**

**A Ana, minha mãe, pelo carinho e incentivo.**

**A meu irmão Enrico pela acolhida em Belo Horizonte.**

**Aos professores Hudson Freitas, Abraão Soares e Denis Cruz por terem me incentivado a fazer o Mestrado.**

**A Lídia Milani, minha professora de italiano, de quem recebi muitas lições de vida.**

**Ao meu orientador, professor Dr. Baracho Junior, pelas lições deixadas.**

**Ao meu co-orientador, professor Dr. Marçal, pela dedicação na análise da dissertação.**

**A meus colegas de PUCMINAS pelo compartilhamento de vivências.**

**E a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.**

## RESUMO

Esta dissertação é resultado de uma análise jurídico-filosófica sobre como se dá a produção do direito efetivo. Objetivou-se a formulação de uma teoria que explicasse como é realizada a normatização do direito e que fornecesse elementos para o trabalho de aplicação da norma jurídica a partir de parâmetros lingüístico-pragmáticos. Para o empreendimento adotou-se a linha crítica-metodológica, com ênfase em uma teoria discursiva, com base numa vertente jurídico-teórica, privilegiando raciocínios dialéticos. A investigação foi realizada de forma jurídico-compreensiva e jurídico-propositiva. Com o desenvolvimento do trabalho formaram-se as convicções de que a tensão fato-norma é indispensável à produção do direito; que o direito é linguagem, devendo ser considerado nas dimensões semântica, sintática e pragmática; que é resultado da justaposição dos planos ético, pragmático e do justo; e que para a produção de seu conteúdo devem ser usadas inferências formais e materiais, conseqüentemente devem ser considerados no raciocínio prático, além de elementos lógicos, concepções de crenças, convicções, compreensões, desejos, valores e intenções. Para auxiliar na aplicação prática da teoria, serviu-se de três princípios hermenêuticos: Princípio da Integridade (Dworkin), Princípio da Dialética da Pergunta e da Resposta (Gadamer) e Princípio da Autonomia Semântica do Texto (Ricoeur e Eco). Com a análise de casos, constatou-se que a teoria produz resultados práticos satisfatórios. Concluiu-se que só há realmente direito se ele for considerado em suas dimensões ontológica e deontológica, num ambiente discursivo que garanta a autonomia normativa dos indivíduos.

Palavras-chave: crença; direito; intenção; linguagem; pragmatismo.

## ABSTRACT

This dissertation is the result of a philosophical and legal analysis about how the effective law is made. The formulation of a theory that could explain how the law normatization is produced and how it provides elements for the law application work with the help of pragmatic and linguist patterns was the major aim. A critical and methodological line with emphasis in an educational account theory, based in a legal vertical path that gives privileges to dialect reasonings was adopted. The investigation was carried out in a legal and understading way as well as in a legal intention based result way. As this work was being developed, convictions were formed that the connection between fact and rule is indispensable for the law production; that Law is language and it has to be considered when studying the words meaning evolution, when following grammar rules to correctly place words in a sentence and in a pragmatic way; that it is the composition result of the ethical, pragmatic and precise plans; and for its content production, formal and material inferences should be used. Consequently, they have to be considered into a practical reasoning, further on, logical elements, belief concepts, convictions, understandings, desires, values and intentions. To help applying the practical theory, three(3) interpretation principles were used: Integrity Principle (Dworkin), Questioning and Answering Dialectic Principle (Gadamer) and Text Semantics Autonomy Principle (Ricoeur e Eco). After analyzing several cases, it was verified that the theory produces satisfactory and practical results. It was concluded that Law can only exist if it is considered inside of its ontological and deontological dimensions, in a discursive enviroment that can guarantee societies's normative autonomy.

**KEY WORDS:** beliefs, law, intention, language, pragmatism

## SUMÁRIO

|                                                                                                                    |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                          | <b>06</b> |
| <b>2. NOÇÃO GERAL DO DIREITO.....</b>                                                                              | <b>10</b> |
| 2.1 O direito como tensão entre o real e o ideal.....                                                              | 10        |
| 2.1.1 <i>O direito como medium de integração social.....</i>                                                       | <i>10</i> |
| 2.1.2 <i>A dimensão axiológica do direito.....</i>                                                                 | <i>15</i> |
| 2.2 O direito é linguagem.....                                                                                     | 28        |
| 2.2.1. <i>As três dimensões da linguagem: semântica,<br/>                  sintática e pragmática.....</i>         | <i>30</i> |
| 2.2.2. <i>Intencionalidade na linguagem do direito.....</i>                                                        | <i>31</i> |
| <u>2.2.2.1 O que é intenção?.....</u>                                                                              | <u>31</u> |
| <u>2.2.2.2 A expressão lingüística da intencionalidade.....</u>                                                    | <u>38</u> |
| <b>3 A NORMA JURÍDICA.....</b>                                                                                     | <b>40</b> |
| 3.1 A norma como manifestação intencional.....                                                                     | 40        |
| 3.2 O enunciado jurídico.....                                                                                      | 44        |
| 3.3 O conteúdo normativo.....                                                                                      | 46        |
| 3.3.1 Inferência formal e material.....                                                                            | 47        |
| 3.3.2. <i>Semântica inferencial e pragmática lingüística.....</i>                                                  | <i>50</i> |
| 3.3.3 <i>O papel expressivista do vocabulário normativo.....</i>                                                   | <i>58</i> |
| 3.4 A indeterminação da norma jurídica.....                                                                        | 60        |
| 3.4.1 <i>A dimensão social da linguagem e sua dinamicidade.....</i>                                                | <i>60</i> |
| 3.4.2 <i>O excedente de significação na linguagem.....</i>                                                         | <i>62</i> |
| 3.4.3 <i>Transição do universal ao particular.....</i>                                                             | <i>63</i> |
| 3.4.4 <i>Seletividade normativa da realidade.....</i>                                                              | <i>64</i> |
| <b>4 A APLICAÇÃO DA NORMA.....</b>                                                                                 | <b>66</b> |
| 4.1 O construtivismo jurídico dworkiano.....                                                                       | 66        |
| 4.1.1 <i>Crítica às teorias semântico-sintáticas e a dimensão pragmática do<br/>                  direito.....</i> | <i>68</i> |
| 4.1.2 <i>Crítica ao pragmatismo “cético”.....</i>                                                                  | <i>74</i> |
| 4.1.3 <i>Crítica ao convencionalismo.....</i>                                                                      | <i>75</i> |

|                                                                                |         |
|--------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 4.1.4 <i>Crítica ao Juiz Hércules sob o enfoque do procedimentalismo</i> ..... | 79      |
| 4.2 Princípios de hermenêutica.....                                            | 81      |
| 4.2.1 <i>Princípio da Dialética da Pergunta e da Resposta</i> .....            | 82      |
| 4.2.2.1 <i>Autonomia Semântica do Texto</i> .....                              | 87      |
| 4.2.2.2 <u>Diferença entre discurso e texto</u> .....                          | 87      |
| 4.2.2.3 <u>A busca pela intenção da obra</u> .....                             | 89      |
| 4.2.2.4 <u>Coerência textual</u> .....                                         | 92      |
| 4.2.2.5 <u>Isotopia semântica</u> .....                                        | 93      |
| 4.2.2.6 <u>Economicidade interpretativa</u> .....                              | 93      |
| 4.2.3 <i>Princípio da Integridade</i> .....                                    | 94      |
| 4.3 Princípios e regras sob a perspectiva da intencionalidade .....            | 98      |
| 4.3.1 <i>Diferença entre princípios e regras</i> .....                         | 98      |
| 4.3.2 <i>Indeterminação e incompatibilidade na aplicação de normas</i> .....   | 99      |
| <br>5. A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PELA DISCURSIVIDADE.....                       | <br>108 |
| <br>6. ANÁLISE DE CASOS.....                                                   | <br>117 |
| 6.1 Lei “Maria da Penha”: um caso de incoerência legislativa.....              | 117     |
| 6.2 O caso reeleição do Governador Geraldo Alckmin.....                        | 122     |
| 6.3 O caso (in)fidelidade partidária.....                                      | 128     |
| 6.4 O caso da presunção de estupro.....                                        | 133     |
| <br>7 CONCLUSÃO.....                                                           | <br>137 |
| <br>REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....                                              | <br>140 |



## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho foi idealizado inicialmente para a busca da resposta sobre “o que é o direito?”, tendo em vista que a compreensão deste instituto normativo-social é condição imprescindível para sua operacionalização. Sem sua compreensão, o operador do direito se torna refém das opiniões alheias, comprometendo a sua autonomia como ser humano.

Avançando-se nos estudos, percebeu-se com a ajuda das orientações recebidas que o direito é um instituto por demais amplo, envolvendo questões normativas, hermêuticas, sócio-culturais, econômicas, psicológicas, políticas, etc.

Necessitando-se de uma melhor delimitação do objeto de pesquisa, optou-se em analisar o direito, tendo como aspectos centrais o normativo e o hermenêutico, ou seja, no desenvolvimento do trabalho, serão abordados diversos vieses, mas a preocupação estará centrada na questão da norma e sua interpretação.

Assim, a questão principal foi reformulada para: “como é realizada a construção do direito, tendo como ponto de partida a produção da norma e sua aplicação?”

A hipótese aventada é de que o direito é resultado de uma construção realizada em duas fases indissociáveis: a primeira de criação da norma e a segunda de sua aplicação por meio da interpretação.

Para o empreendimento, adotou-se a linha crítico-metodológica, com ênfase em uma teoria discursiva, com base numa vertente jurídico-teórica, privilegiando raciocínios dialéticos. A investigação foi realizada de forma jurídico-compreensiva e jurídico-propositiva, buscando entender o instituto do direito em suas dimensões normativa e hermenêutica e propondo lançar um novo olhar sobre ele, sob um prisma pragmático-lingüístico.

Não se adotou apenas um marco teórico, o que exigiu um esforço maior no sentido de conciliar as principais idéias teóricas, que apesar de distintas foram lidas sob a perspectiva pragmática, acreditando-se, contudo, ter-se obtido, como resultado, uma coerência na análise proposta.

As principais idéias adotadas partiram das obras de Brandom (2002, 2005), Dworkin (2001, 2002, 2003) e Habermas (1989, 1997).

De Brandom (2002, 2005) foram adotadas as idéias do que ele denomina por uma pragmática normativa e uma semântica inferencial. O normativo é criado no âmbito discursivo social, portanto intersubjetivamente. E a significação é definida pelo uso social da linguagem e produzida por meio de inferências formais e materiais, tendo como elementos crenças, convicções, compreensões, desejos, interesses, intenções e valores.

A concepção dworkiana (2001, 2002, 2003) de direito como integridade é usada para a análise crítica das principais correntes teórico-jurídicas que pretendem um lugar de destaque na teoria do direito (positivistas, convencionalistas e céticas) e como parâmetro interpretativo para a produção de um direito coerente e legítimo.

Habermas (1989, 1997) contribui para este trabalho principalmente com as idéias de que o direito é a imbricação dos planos ético, pragmático e do justo, e que é fruto de uma construção procedimental. A efetivação do direito envolve, portanto, questões axiológicas de escolha de fins e meios e critérios de justiça. E só é legítimo se for resultado de um processo discursivo no qual seja dada oportunidade efetiva de participação a todos os possíveis afetados.

Este trabalho acadêmico foi dividido em sete capítulos, sendo o primeiro composto por esta introdução.

No capítulo 2, foi desenvolvida uma idéia geral do que é o direito, a partir da tensão real-ideal nele contida. Demonstrou-se que o direito, tanto considerado como sistema normativo quanto em sua efetivação, tem uma dimensão axiológica irrenunciável, pois é fruto de escolhas, de opções quanto ao que é o “bom”. Além de ser linguagem. O direito não se manifesta na linguagem, mas é linguagem em suas dimensões semântica, sintática e pragmática. E como tal contém uma intencionalidade manifesta ou latente. Importantíssimo neste capítulo a contribuição de Anscombe (1991) na definição do que seja intenção, como se realiza o raciocínio prático e quais elementos o compõem. Como também a sugestão prática do uso da dialética da pergunta e da resposta.

O capítulo 3 contém uma análise da norma jurídica sob uma abordagem lingüística e intencional, referindo-se a suas dimensões implícita e explícita, procurando demonstrar que são indissociáveis. Propõe-se o uso da pragmática normativa e da semântica inferencial para a produção do conteúdo normativo e se identificam algumas causas da indeterminação do conteúdo da norma jurídica.

Já no capítulo 4, faz-se uma análise crítica, a partir das idéias de Dworkin (2001, 2002, 2003), de teorias jurídicas positivistas, convencionalistas e céticas, adotando-se a idéia dworkiana de direito como integridade na legislação e na aplicação. Finalizando a primeira subdivisão do capítulo, criticou-se, com fundamento na idéia de direito efetivamente construído discursivamente, a figura do Juiz-Hércules criada por Dworkin.

Na segunda parte do capítulo 4, foram estruturados teoricamente três princípios de hermenêutica: Princípio da Dialética da Pergunta e da Reposta, a partir das idéias de Gadamer (1999), Princípio da Autonomia Semântica do Texto de Ricoeur (1976) e Eco (2001) e Princípio da Integridade desenvolvido por Dworkin (2003).

Na terceira parte do capítulo 4, fez-se uma releitura da dicotomia normativa regra-princípio sob a ótica da intencionalidade, demonstrando-se que as regras materializam intenções-meio e contêm intenção-fim, enquanto o princípio indica uma intenção-fim. Dito de outra forma, o direito intenciona uma conduta e algo por meio desta conduta.

Não se poderia deixar de se fazer uma análise do direito sob o panorama de sua legitimação. Portanto, sustentando-se no capítulo 5, sob as idéias de autonomia e racionalidade kantiana, interpretadas por Brandom (2003) e o procedimentalismo habermasiano, que a legitimação se realiza por meio de um processo discursivo com a oportunidade de participação simétrica dos possíveis afetados.

O capítulo 6 foi incluído com a preocupação de aferir se a teoria desenvolvida nesta dissertação tem uma aplicação prática e quais são os resultados desta aplicação. Demonstrou-se que a teoria é coerente e aplicável, produzindo resultados interpretativos condizentes com uma teoria discursiva e democrática do direito. Foram escolhidos quatro casos considerados paradigmáticos: a aprovação e aplicação da Lei “Maria da Penha”, o julgamento do Supremo Tribunal Federal da questão da reeleição do Governador Geraldo Alckmin, a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta formulada sobre fidelidade partidária e um exame hipotético de um caso de violência presumida no estupro, tendo como referência o julgamento de um *Habeas Corpus* também pelo Supremo Tribunal Federal.

A conclusão foi apresentada de forma sintética no capítulo 7, uma vez que em todos os capítulos foram apresentadas conclusões parciais quanto ao tema central. A hipótese aventada inicialmente foi confirmada no desenvolvimento do trabalho. O

direito é resultado de uma construção realizada em duas fases: normatização e interpretação/aplicação da norma, considerando-se ambos contextos. É fruto de uma construção pragmático-lingüística, portanto criado intersubjetivamente. Só existe realmente direito se no processo de sua produção se garantir a autonomia normativa dos indivíduos.

Acredita-se que se tenha cumprido o propósito inicial de forma integral com o desenvolvimento de uma teoria coerente sobre a produção da norma jurídica e sua aplicação sob uma perspectiva pragmático-lingüística.

O direito é uma realidade muito mais ampla, abrangendo aspectos não vistos neste trabalho, como, por exemplo, a influência das decisões judiciais no processo de normatização, os aspectos psicológicos envolvendo a eficácia e ineficácia das normas, a contribuição do executor direto da norma na conformação de seu conteúdo.

Espera-se que este trabalho contribua de alguma forma para a compreensão do direito e para sua operacionalização de forma consciente e democrática.

## 2 NOÇÃO GERAL DO DIREITO

### 2.1 O direito como tensão entre o real e o ideal

#### 2.1.1 O direito como *medium de integração social*

Aristóteles (1984) já dizia que o móvel de todo homem é o *bem*, é a finalidade que se tem em uma ação, “pois é tendo-o em vista que os homens realizam o resto.” E que o sumo bem é a *felicidade*, sendo algo absoluto, pois é “aquilo que é sempre desejável em si mesmo e nunca no interesse de outra coisa. [...] A felicidade é, portanto, algo absoluto e auto-suficiente, sendo também a finalidade da ação.”<sup>1</sup> (ARISTÓTELES, 1984, p. 54)

Na busca da *felicidade* o homem escolhe, prefere, *valora*. Opta por uma, ou algumas, dentre condutas possíveis, pois

[...] enquanto o homem vive, enquanto **o homem está sendo**, ele está sendo **em sua liberdade**. Em sua liberdade de escolha. Escolha que orienta e define a conduta. [...] a conduta é *axiológica*, dependendo do valor assim como não há movimento sem uma força propulsora que o enseje. Ora, não há ser humano que não se conduza. Não existe homem sem conduta. Por isso, não há ser humano alheio ao valor: **O homem é, pois, um ser axiológico**. Sendo racional, o homem já tem, em si, a aptidão de eleger alternativas de conduta. Mas, quando o faz concretamente, isto é, quando se conduz, quando se realiza, no sentido, fique-se certo de que o faz movido por valorações. (grifo nosso) (FALCÃO, 2000, p. 19)

O homem, como ser racional, define meios e fins buscando atingir o seu estado de *felicidade*. No processo de escolha de meios e fins ele pondera, orientado por valores, o que é mais eficiente para a produção do resultado pretendido. Mas o homem não o faz sozinho. O compartilhamento da vida em comunidade lhe

---

<sup>1</sup> Aristóteles não diferenciava valor de bem. Usa o termo “bem” para designar indistintamente bem e valor.

proporciona condições para superar com mais facilidade os desafios para a consecução de seus objetivos. O homem social está melhor aparelhado para alcançar sua plenitude.

Somos, por natureza, feitos para a vida em comunidade e é apenas por meio dela que alcançamos o pleno desenvolvimento de nossas aptidões. Graças à cooperação com outras pessoas, não precisamos viver sem teto, procurando por frutas, cavando em busca de raízes. Ela permite que nos vistamos segundo nossa moda, que estejamos protegidos em casas das inclemências do tempo, aprovisionados com uma ampla oferta de alimentos, que nos dediquemos a atividades e interesses multiformes e que possamos nos desenvolver nos mais variados sentidos. Nossa inclinação pra o companheirismo, a utilização da língua como meio de compreensão e nosso sentido de justiça e de injustiça também correspondem a essa dependência da comunidade. Resumindo, precisamos da comunidade para desenvolver, de forma plena e ordenada, as aptidões que existem dentro de nós, satisfazendo assim a finalidade de nossa existência. Foi mais ou menos assim que Aristóteles traçou a figura do ser humano. (ZIPPELIUS, 2006, p. 1)

Sem a colaboração recíproca não seria possível a vida como hoje existe. A vida em comum permite, dentre outras coisas, o compartilhamento de experiências, poupando tempo e esforços na escolha de meios adequados para se atingir os objetivos, e possibilitando a divisão de tarefas, que proporciona um melhor aproveitamento das habilidades de cada um com um melhor resultado final.

Os homens em comunidade têm valores, desejos, intenções, crenças, convicções e interesses comuns, cultivando também, como indivíduos (aquele que tem características próprias diferentes dos outros), valores, desejos, intenções, crenças, convicções e interesses próprios, muitas vezes conflitantes com os dos demais. O conflito é algo existente num mundo em que os bens desejáveis são distribuídos de forma desproporcional às necessidades dos seres humanos.

Necessário, portanto, para uma vida em sociedade, que haja orientação racional do comportamento humano, pois

[...] uma comunidade de seres humanos não se forma apenas através de leis naturais, nem por meio de simples mecanismos psíquicos, mas pela adaptação do comportamento de um indivíduo ao do outro segundo diretivas comportamentais normativas. (ZIPPELIUS, 2006, p. 5)

Uma vez que,

[...] como nosso comportamento não é manifestamente dirigido por um “programa genético”, precisamos alcançar – mormente na complexa civilização moderna que criamos para nós mesmos – uma *segurança ordenadora* através de *normas comportamentais* e de idéias diretoras do comportamento. (ZIPPELIUS, 2006, p. 4)

A interação humana se faz por meio do normativo, mesmo quando a vivência é lúdica. Os jogos na vida, ou da vida, somente são possíveis porque se predeterminam os comportamentos dos jogadores, fixando, assim, parâmetros para juízos de correção e validade de suas jogadas.

O comportamento humano é regulado por uma infinidade de normas de conduta, que são fruto dos valores, desejos, crenças, convicções, intenções e interesses compartilhados. Há normas de convivência familiar, no trabalho, na escola, no comércio, etc.

O ordenamento jurídico não é o único sistema normativo:

As normas jurídicas constituem apenas uma parte das normas comportamentais que regulam a convivência, que é amplamente definida por outras diretivas comportamentais – como as normas de *costume* e de *moral social* – ou, simplesmente, por determinadas regras desportivas. (ZIPPELIUS, 2006, p. 9)

Na efetivação do direito, tem-se como objetivos gerais a segurança jurídica (busca de estabilização de expectativas de comportamento) e a justiça (correção da decisão), a serem implementadas normativamente (HABERMAS, 1997, v. 1).

Habermas (1997, v. 1) sustenta que o processo de normatização do direito, que define as condutas exigidas ou possíveis, envolve questionamentos em três planos distintos e complementares: o ético, o pragmático e o do justo<sup>2</sup>.

No plano ético a comunidade, na medida em que define o que quer, analisa de forma crítica suas tradições e indica o que é bom para ela. O que deve ser perseguido em termos de projetos e ideais de vida comuns. Aponta os valores que devem prevalecer na vida social. Tem a ver como a comunidade se vê, se gostaria de ver, se encontra e sob quais ideais se projeta.

---

<sup>2</sup> O plano do justo é denominado por Habermas como moral.

No plano pragmático, são feitas escolhas de fins e meios aptos à concretização dos valores socialmente desejados. Os valores previamente estabelecidos orientam a escolha de fins e meios prognosticados como eficientes. A problemática pode dizer respeito tanto aos meios, quanto aos fins, pois pode haver tanto mais de um meio para se atingir um fim, quanto fins desejáveis, mas incompatíveis entre si, porquanto excludentes no plano da realização.

No plano do justo, examina-se a questão colocada sob o prisma de regular a convivência social no interesse simétrico dos envolvidos. O justo se implementa normativamente quando o mandamento é universalizável, ou seja, pode ser assumido por todos e cada um. Define-se o que é bom para todos os membros da comunidade.

Habermas, literalmente:

Portanto, dependendo de como o problema se põe, a questão "Que devo fazer?" ganha um significado pragmático, ético ou moral. Em todos os casos se trata da fundamentação de decisões entre possibilidades alternativas de ação; as tarefas pragmáticas, porém, exigem um *tipo de ação* diferente das éticas e morais; as questões que lhe são correspondentes exigem um *tipo de resposta* diferente das respostas éticas e morais. A ponderação das metas orientada para valores e a ponderação dos meios disponíveis mediante a racionalidade de fins servem à decisão racional sobre como temos de intervir no mundo objetivo para provocar um estado desejado. Neste caso, trata-se essencialmente da elucidação de questões empíricas e de questões de escolha racional. O *terminus ad quem* de um discurso pragmático correspondente é a recomendação de uma tecnologia adequada ou de um programa exequível. Outra coisa é a preparação racional de uma decisão de valor grave que afeta a orientação de toda uma prática de vida. Neste caso, trata-se de uma elucidação hermenêutica da compreensão de si de um indivíduo e da questão clínica do êxito ou não de minha vida. O *terminus ad quem* de um discurso ético-existencial correspondente é um conselho para a orientação correta na vida, para a realização de um modo pessoal de vida. Uma outra coisa é, por sua vez, o julgamento moral de ações e máximas. Ele serve à elucidação de expectativas legítimas de comportamento em face de conflitos interpessoais que atrapalham o convívio regulado de interesses antagônicos. Neste caso, trata-se da fundamentação e da aplicação de normas que estabelecem deveres e direitos recíprocos. O *terminus ad quem* de um discurso prático-moral correspondente é uma compreensão sobre a solução justa de um conflito no âmbito do agir regulado por normas. (HABERMAS, 1989)

O direito efetivado é, sob esta ótica, a interpenetração dos planos ético, pragmático e do justo. É a escolha socialmente orientada de valores, meios e fins



adequados à sua concretização, por meio da conformação das condutas humanas, levando-se em consideração o interesse de todos simetricamente.

Não se pode olvidar, todavia, que no caso da norma jurídica, a perspectiva não está centrada no *eu*, mas no *nós*, pois aqui não se trata do indivíduo, mas do grupo social, que também tem uma identidade, apesar de ideal.

A identidade de um grupo refere-se às situações nas quais os membros podem dizer enfaticamente “nós”; ela não constitui uma identidade-eu em tamanho grande, e sim o seu complemento. O modo como nós nos apropriamos das tradições e formas de vida nos quais nascemos e como as continuamos seletivamente decide sobre quem nós somos e queremos ser enquanto cidadãos. Decisões axiológicas graves resultam da autocompreensão cultural e política de uma comunidade histórica e se transformam junto com ela. O esclarecimento dessa autocompreensão é dado por uma hermenêutica que se apropria criticamente das próprias tradições, contribuindo deste modo para a conscientização intersubjetiva de convicções axiológicas e orientações de vida autênticas. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 201)

A título de comprovação empírica, pode-se usar como exemplo o tratamento conferido pela Constituição da República Federativa do Brasil ao Direito à Educação. No plano do ético representa a escolha do *saber* em detrimento da *ignorância*, tendo como valor último ou estado desejado a autonomia do ser humano. O saber como valor positivo conduz à idéia da *educação* como bem jurídico-constitucional, pois se acredita que a *educação* é um instrumento para se atingir a *sabedoria*, que é uma das condições para a autonomia e a felicidade do indivíduo.

Todavia não se pode proteger juridicamente um *bem* sem levar em consideração questões de *justiça*. Na linha da concepção aristotélica de justiça como tratamento isonômico, deve-se tratar iguais com igualdade e desiguais com desigualdade, na medida desta desigualdade. Porém, como o que existe no mundo são indivíduos irrepetíveis, a igualdade ou desigualdade se refere a algum aspecto que os assemelha ou desassemelha, sendo indispensável apontar o aspecto ou parâmetro que se tem por referência para se definir o *justo*. Daí surgir as idéias de justiça distributiva, compensatória, retributiva, etc., por ter como referente uma necessidade, a reparação de um dano e um mérito ou demérito.

Com a imbricação dos planos do *ético* e do *justo*, definem-se os valores a serem perseguidos pela sociedade e a divisão dos bens jurídicos aos indivíduos, devendo ser feitas alcançado escolhas quanto aos *meios* e *fins* necessários. Quanto

ao direito à educação, o legislador escolheu entre os objetivos do Estado o fornecimento de condições para que as pessoas possam se educar. Os *meios* escolhidos são, por exemplo, *obrigar* o Estado a fornecer educação fundamental, a *implementar* gradativamente a educação secundária e técnica e a *ampliar* a educação de nível superior; tornar *obrigatório* para os pais a inserção dos filhos no ensino fundamental, a propiciar condições favoráveis ao aprendizado e a promover a educação de forma direta; *obrigar* a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a aplicar parte de suas rendas para a manutenção e desenvolvimento do ensino básico, etc.

Portanto, de forma sintética, pode-se asseverar que a integração social tem como *medium* o direito, que, por cujo meio se definem os valores (inclusive quanto ao justo) que devem prevalecer ou serem alcançados numa dada comunidade, bem como os meios e fins capazes de implementá-los. Não se pode, assim, negar a existência de uma dimensão axiológica no direito.

### **2.1.2 A dimensão axiológica do direito**

Na ordem ou processo de efetivação do direito, considerado como interpenetração dos planos do ético, do justo e do pragmático, perpassam valores, crenças, convicções, compreensões, desejos e intenções.

Como se confere ao direito uma “função socialmente integradora” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 246), deseja-se, de forma geral, a preservação da sociedade como existente ou a implementação de condições para coexistência ordenada dos seres humanos. A partir do momento que este desejo é dirigido à concretização surgem os estados intencionais: crenças em estados de coisas, crenças-instrumentais, intenções de ação e na ação.

Acredita-se que o desejo humano de auto-preservação só pode ser atingido numa sociedade organizada por normas jurídicas que devem promover, a um só tempo, justiça e segurança jurídica (HABERMAS, 1997).

Uma sociedade sem um mínimo de justiça e segurança jurídica estaria fadada à desintegração por forças anárquicas ou revolucionárias. Evidentemente que

“justiça” e “segurança jurídica” são termos cujos conteúdos conceituais são produzidos na vivência de cada sociedade. Assim, trata-se de justiça e segurança jurídica sob uma dada concepção histórica, ou seja, situada espacial e temporalmente.

Objetiva-se com a efetivação do direito, de maneira geral, atingir níveis sociais aceitáveis de justiça e segurança jurídica. Para tanto é necessária a instituição de mecanismos de interferência na vida dos indivíduos para resolver os conflitos de interesses existentes.

Os interesses dos trabalhadores nem sempre são os mesmos dos grandes proprietários de bens, capitais e tecnologias. Podem ter alguns interesses em comum, mas não todos. Do mesmo modo, pode-se pensar em inquilinos e proprietários de imóveis, pessoas com crenças religiosas diversas, produtores e consumidores, etc.

Deste modo,

O legislador que estatui uma norma, ou, mais precisamente, que intenta regular um determinado sector da vida por meio de normas, deixa-se nesse plano guiar por certas intenções de regulação e por considerações de justiça ou de oportunidade, às quais subjazem em última instância determinadas valorações. Estas valorações manifestam-se no facto de que a lei confere protecção absoluta a certos bens, deixa outros sem protecção ou protege-os em menor escala; de que quando existe conflito entre os interesses envolvidos na relação da vida a regular faz prevalecer um em detrimento de outro, ou considera cada um dentro de um certo âmbito, na imposição ou proibição de certos modos de conduta, na cominação de “sanções” contra os infractores, na restrição ou negação de direitos, na imputação de riscos. (LARENZ, 1997, p. 297)

Abbagnano, procurando conceituar o que seja valor sob diversas correntes filosóficas, assevera:

Por outro lado, a crítica dos V. [valores] não poderia ser eficazmente instituída sem levar em conta outro aspecto dos V. em que R. Frondizi insistiu muito: a conexão entre V. e situação: “A organização econômica e jurídica, os hábitos, a tradição, as crenças religiosas e muitas outras formas de vida que transcendem a ética contribuem para configurar determinados valores que, ao contrário, são considerados existentes num mundo estranho à vida do homem. Embora o V. não possa derivar exclusivamente de elementos de fato, tampouco pode prescindir de conexão com a realidade. Uma separação dessas condena quem a executa a manter-se no plano desencarnado das essências” (*Qué son los valores?*, 1958, p. 127). Os estudos contemporâneos, elaborados com base nesse pressuposto negativo, evidenciaram os seguintes aspectos: 1º **O V. não é**

**somente a preferência ou o objeto de preferência, mas é o preferível, o desejável, o objeto de uma antecipação ou de uma expectativa normativa** (v. Dewey, *The Field of Value: a Cooperative Inquiry*, ed. Ray Lepley, 1949, p. 68; Clyde Kluckhohn e outros, em *Toward a General Theory of Action*, ed. Parsons e Schils, 1951, p. 422). 2º Por outro lado, **não é um mero ideal que possa ser total ou parcialmente posto de lado pelas preferências ou escolhas efetivas, mas é guia ou norma (nem sempre seguida) das escolhas e, em todo caso, seu critério de juízo** (V. C. Morris, *Varieties of Human Value*, 1956, cap. I). 3º Consequentemente, **a melhor definição de V. é a que o considera como possibilidade de escolha**, isto é, como uma disciplina inteligente das escolhas, que pode conduzir a eliminar algumas delas ou a declará-las irracionais ou nocivas, e pode conduzir (e conduz) a privilegiar outras, ditando a sua repetição sempre que determinadas condições se verifiquem. Em outros termos, uma teoria do V., como crítica dos V., tende a determinar as *autênticas* possibilidades de escolha, ou seja, as escolhas que, podendo aparecer como possíveis sempre nas mesmas circunstâncias, constituem pretensão do V. à universalidade e à permanência. (grifo nosso) (ABBAGNANO, 1998, p. 993)

O legislador, ao produzir a norma jurídica, opta entre objetivos possíveis, prefere alguns meios (ações e bens jurídicos) em detrimentos de outros; inegavelmente valora. Ao determinar uma certa conduta e suas conseqüências, o legislador opta por uma ou algumas em relação a várias outras. Busca tutelar, proteger um bem em detrimento de outros, apontando mecanismos para se fazê-lo.

Quando se proíbe juridicamente o porte de arma ao cidadão comum, por ter a crença de que menos armas levam a um menor índice de criminalidade, deseja-se, intenciona-se uma sociedade com menos crimes. Alcançar o desejo intencionado depende de ser esta crença-instrumental verdadeira ou não.

Pode o legislador fazer opção diversa, preferindo estimular a autodefesa, descriminalizando o porte de arma, ou até estimular sua aquisição e uso.

Em outras palavras, o legislador, entre o bem *autodefesa* e o bem *defesa promovido pelo Estado*, opta entre um ou outro, buscando atingir o objetivo (desejo) de uma sociedade menos violenta, com menos crimes.

Relevante, esclarecer neste ponto a diferença hodierna entre *valor* e *bem*, observando-se que Aristóteles não faz esta distinção, usando *bem* com ambos os significados:

*Valor* não se confunde com *bem*. Pelo contrário, é por causa do valor que surge a idéia de algo como sendo um bem. O valor é primário. O bem é decorrência, é algo que vem em seguida. Bem é conceito mais voltado à idéia de instrumento, de meio, utilizado com vistas à consecução de um objetivo de vida. Não importa se o objetivo é econômico, político, social, moral, jurídico, estético, etc. Será sempre através dos bens que se

instrumentalizará sua consecução. Todavia, seja como for, é o valor que faz com que o ser humano identifique, em algo, um bem. (FALCÃO, 2000, p. 20)

No processo de produção do ordenamento jurídico o legislador, para fazer opção quanto a valores, bens, meios e fins, num primeiro momento, *percebe* o mundo a sua volta, utilizando-se de seus sentidos. Todavia a realidade circundante não é *apreendida* da mesma forma pelos indivíduos. Cada um tem uma visão de mundo.

Dilthey (1974) afirma que a vida é a última raiz da visão de mundo, pois em sua vivência o indivíduo cria seu próprio mundo. Cada indivíduo forma sua própria *idéia ou imagem de mundo* e, por meio dela, confere significação e sentido a ele.

A formação das idéias de mundo é pautada nas crenças vitais adquiridas pela vivência direta ou pelo aprendizado com seus semelhantes que experimentaram outras vivências. Não é necessário, por exemplo, que se experimente o *crack* para formar uma idéia a respeito do uso desta droga. Pode-se formar uma idéia sobre ele a partir das experiências relatadas por outras pessoas e pesquisas científicas realizadas, que não deixam de ser, de uma outra maneira, vivências.

No processo de formação das idéias de mundo o homem utiliza-se da linguagem e de métodos de analogia, incluindo a metáfora. A compreensão do desconhecido, conferindo-lhe significação e sentido, ocorre por um método que parte do conhecido para se compreender o desconhecido.

Uma interpretação semelhante do mundo, que aclara seu ser múltiplo mediante algo mais simples, germina já na língua e se desenvolve na metáfora com substituição de uma intuição por outra afim, que a faz em algum sentido mais evidente; na personificação, que aproxima e faz compreensível por humanização, ou mediante raciocínios analógicos, que em virtude da afinidade determinam desde algo desconhecido o menos conhecido e a mercê disso se acercam já ao pensamento científico. (tradução nossa) (DILTHEY, 1974, p. 45)<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Una interpretación semjante del mundo, que aclara su ser múltiple mediante algo más simple, germina ya en la lengua y se desarrola en la metáfora como sustitución de una intuición por otra afín, que a hace en algún sentido más evidente; en la personificación, que aproxima y hace comprensible por humanización, o mediante razonamientos analógicos, que en virtud de la afinidad determinan desde algo desconocido lo menos conocido y merced a ello se acercan ya al pensamiento científico.

A realidade tem significação e sentido sobre a base de uma *imagem do mundo*. Portanto “a imagem do mundo se converte no fundamento da apreciação da vida e da compreensão do mundo”<sup>4</sup> (tradução nossa) (DILTHEY, 1974, p. 46)

Da *imagem do mundo*, que se tem, se deduzem os ideais, os valores, os bens e os princípios supremos da conduta da vida, que direcionam o viver.

A determinação da vontade, de acordo com Dilthey, é condicionada pela “valoração das situações e objetos segundo o agrado ou desagradado, prazer ou desprazer, aprovação ou desaprovação”. (tradução nossa) (DILTHEY, 1974, P. 45)<sup>5</sup>

Pelo sentimento que nós mesmos gozamos o valor de nossa existência; atribuímos aos objetos e pessoas que nos rodeiam um valor de eficácia, porque elevam e ampliam nossa existência; agora bem, determinados esses valores segundo as possibilidades de favorecer-nos e dar-nos contidos nos objetos; os valoramos, e buscamos para esta valoração uma medida incondicionada. (tradução nossa)<sup>6</sup> (DILTHEY, 1974, p. 46)

E,

Da intenção, do desejo, da tendência, nascem os fins permanentes que se orientam a realização de uma idéia, a relação entre meios e fins, a seleção de meios e, por último, a agrupação das finalidades em uma ordem suprema de nossa conduta prática: em um plano total de vida, um bem supremo, normas supremas de atuação, um ideal formativo da vida pessoal e da sociedade. (tradução nossa)<sup>7</sup> (DILTHEY, 1974, p. 46)

Afastando-se um pouco da perspectiva subjetivista de Dilthey sobre a idéia de mundo, é possível afirmar que existe também uma visão de mundo compartilhada socialmente, porquanto os indivíduos têm crenças, intenções, valores, convicções e desejos comuns.

<sup>4</sup> [...] la imagen del mundo se convierte en fundamento de la apreciación de la vida y de la comprensión del mundo.

<sup>5</sup> “valoración de las situaciones y objetos según el agrado o desagradado, placer y disgusto, aprobación y desaprobación”

<sup>6</sup> Em el sentiminetto de nosotros mismos gozamos el valor de nuestra existencia; atribuímos a los objetos y personas que nos rodean un valor de eficacia, porque elevan y amplían nuestra existencia; ahora bien, determinamos esos valores según las posibilidades de favorecernos y danarnos contenidas en los objetos los valoramos, y buscamos para esta valoración una medida incondicionada.

<sup>7</sup> De la intención, el anhelo, la tendencia, nascen los fines permanentes que se orientan a la realización de una idea, la relación entre medios y fines, la selección de los medios y, por último, la agrupación de las finalidades en una ordenación suprema de nuestra conducta práctica: en un plan total de vida, un bien sumo, normas supremas de actuación, un ideal formativo de la vida personal y de la sociedad.

Se as *idéias de mundo* fossem inteiramente individuais, não seria sequer possível a comunicação humana, pois ela se perfaz tendo como base elementos compartilhados e a vida em sociedade. As *idéias de mundo* são construídas por indivíduos não em seu isolamento interior, mas de forma intersubjetiva.

Segundo Brandom:

Somos seres discursivos cujas ações características consistem em aplicar conceitos, dar e pedir razões, ter por verdadeiro e fazer verdade, e por isto existimos, nos movemos e levamos nossa vida em um espaço estruturado por normas. (tradução nossa) (BRANDOM, 2005, p. 96)<sup>8</sup>

E, se referindo a uma afirmação de Wittgenstein, Brandom assume que “as práticas implicando normas que articulam sentidos compreensíveis devem ser práticas *sociais*.” (tradução nossa)<sup>9</sup> (BRANDOM, 2005, p. 106)

O processo hermenêutico do mundo e do complexo normativo é realizado intersubjetivamente, exigindo dos seus intérpretes uma participação argumentativa, em outras palavras, um **agir comunicativo**. E para uma **ação comunicativa** é necessário um conceito complementar, denominado por Habermas (1992), de **mundo da vida**.

O **mundo da vida** é o elemento aproblemático indispensável à ação comunicativa. Para a comunicação ouvintes e falantes devem compartilhar um mínimo, a partir do qual podem tentar chegar a acordos sobre as situações que lhe são colocadas ou que eles se colocam.

Desta perspectiva centrada na situação, o mundo da vida aparece como um depósito de auto-evidências ou de convicções inquestionadas, das quais os participantes na comunicação fazem uso nos processos cooperativos de interpretação.<sup>10</sup> (HABERMAS, 1992, p. 176)

Para a ação comunicativa os atores do discurso devem ter uma definição comum da situação que lhes é posta. Se dois falantes discutem sobre características de um “banco”, mas não compartilham uma definição comum da situação, não têm

---

<sup>8</sup> Somos seres discursivos cuyas acciones características consisten en aplicar conceptos, dar y pedir razones, tener por verdadero y hacer verdad, y por esto existimos, nos movemos y llevamos nuestra vida en un espacio estructurado por normas.

<sup>9</sup> “las prácticas implicando normas que articulan sentidos comprensibles deben ser prácticas *sociales*.”

<sup>10</sup> Desde la perspectiva centrada en la situación, el mundo de la vida aparece como un depósito de autoevidencias o de concepciones incuestionadas, de las que los participantes en la comunicación hacen uso en los procesos cooperativos de interpretación.

como realizar uma comunicação efetiva. Um apontará os requisitos para que um “banco”, instituição financeira, tenha sucesso na empreitada, enquanto o outro pode estar falando sobre o tipo de “banco” que deve ser colocado em uma praça.

Uma *situación* representa um fragmento do mundo da vida delimitado em vista de um tema. Um tema *surge* em relação com os interesses e fins de ação de (pelo menos) um implicado; circunscreve o âmbito de *relevância* dos componentes da situação suscetíveis de tematização e é acentuado pelos *planos* de ação que, sobre a base da interpretação que da situação fazem, trazem os implicados para realizar cada um seus próprios fins. (tradução nossa) (HABERMAS, 1992, p. 181)<sup>11</sup>

Isto não quer dizer que devem estar de acordo em tudo, mas devem compartilhar um mínimo necessário para os exercícios da fala e da escuta.

### O *mundo da vida* proporciona aos participantes do discurso um

[...] acervo de saber [...] de *convicciones de fondo aproblemáticas*, de convicciones de fundo que eles supõem garantidas; e dessas convicciones de fundo se forma em cada caso o contexto dos processos de entendimento, no quais os participantes fazem uso de definições acreditadas da situação ou negociam definições novas. (tradução nossa) (HABERMAS, 1992, p. 178)<sup>12</sup>

Situações aproblemáticas são aquelas sobre as quais os participantes acordam quanto ao tema, fins, planos de ação, etc. Situações problemáticas são, ao contrário, aquelas em que não há acordo quanto aos seus elementos relevantes.

Portanto, para o *agir comunicativo*, precisa-se de *convicciones ou creencias* comuns, que funcionam como elementos comuns e ponto de partida para a busca do consenso quanto às situações problemáticas.

Estas convicciones e creencias são encontradas no *mundo da vida*, que tem como **componentes estruturais** a cultura, a sociedade e a personalidade.

Habermas, conceitua tais componentes estruturais da seguinte forma:

<sup>11</sup> Una *situación* representa un fragmento del mundo de la vida delimitado en vista de un tema. Un tema *surge* en relación con los intereses y fines de acción de (por lo menos) un implicado; circunscribe el ámbito de *relevancia* de los componentes de la situación susceptibles de tematización y es acentuado por los *planes* de acción que, sobre la base de la interpretación que de la situación hacen, trazan los implicados para realizar cada uno sus propios fines.

<sup>12</sup> [...] acervo de saber [...] de *convicciones de fondo aproblemáticas*, de convicciones de fondo que ellos suponen garantizadas; y de esas convicciones de fondo se forma en cada caso el contexto de los procesos de entendimiento, en los que los participantes hacen uso de definiciones acreditadas de la situación o negociaban definiciones nuevas.



Chamo *cultura* o acervo de saber, nos quais os participantes na comunicação se abastecem de interpretações para se entenderem sobre algo no mundo. Chamo *sociedade* as ordenações legítimas através das quais os participantes na interação regulam seu pertencimento a grupos sociais, assegurando com isso a solidariedade. E por *personalidade* entendo as competências que convertem um sujeito em capaz de linguagem e de ação, isto é, que o capacitam para tomar parte em processos de entendimento e para afirmar neles sua própria identidade. (tradução nossa) (HABERMAS, 1992, p. 196)<sup>13</sup>

A cultura, a sociedade e a personalidade correspondem a três maneiras possíveis de relações do sujeito, respectivamente:

- com algo no mundo objetivo (como totalidade das entidades sobre as quais são possíveis enunciados verdadeiros); ou
- com algo no mundo social (como totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas); ou
- com algo no mundo subjetivo (como totalidade das próprias vivências as quais cada um tem um acesso privilegiado e que o falante pode manifestar verazmente ante um público), relação em que os referentes do ato de fala aparecem ao falante como algo objetivo, como algo normativo ou como algo subjetivo. (tradução nossa) (HABERMAS, 1992, p. 171)<sup>14</sup>

Estes três mundos fornecem aos atores no discurso um sistema de referências que funciona como “marco de interpretação dentro do qual elaboram as definições comuns de sua situação de ação.” (tradução nossa)<sup>15</sup> (HABERMAS, 1992, p. 171)

As estruturas do mundo da vida fixam as formas da intersubjetividade do entendimento possível. [...] falante e ouvinte se entendem desde, e a partir do mundo da vida, que lhes é comum, sobre algo no mundo objetivo, no mundo social e no mundo subjetivo. (tradução nossa) (HABERMAS, 1992, p. 179)<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Llamo *cultura* al acervo de saber, en que los participantes en la comunicación se abastecen de interpretaciones para entenderse sobre algo en el mundo. Llamo *sociedad* a las ordenaciones legítimas a través de las cuales los participantes en la interacción regulan sus pertencias a grupos sociales, asegurando con ello la solidaridad. Y por *personalidad* entiendo las competencias que convierten a un sujeto en capaz de lenguaje y de acción, esto es, que lo capacitan para tomar parte en procesos de entendimiento y para afirmar en ellos su propia identidad.

<sup>14</sup> - con algo en el mundo objetivo (como totalidad de las entidades sobre las que son posibles enunciados verdaderos); o – con algo en el mundo social (como totalidad de las relaciones interpersonales legitimamente reguladas); o – con algo en el mundo subjetivo (como totalidad de las propias vivencias a las que cada cual tiene un acceso privilegiado y que el hablante puede manifestar verazmente ante un público), relación en la que los referentes del acto de habla aparecen al hablante como algo objetivo, como algo normativo o como algo subjetivo.

<sup>15</sup> “marco de interpretación dentro del cual elaboran las definiciones comunes de su situación de acción.”

<sup>16</sup> [...] hablante y oyente se entienden desde, y a partir de, el mundo de la vida que les es común, sobre algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo.

O *mundo da vida* é um horizonte móvel dentro do qual os participantes do *agir comunicativo* se movem e dele não podem sair.

[É] o lugar transcendental em que falante e ouvinte saem ao encontro; no qual podem apresentar reciprocamente a pretensão de que suas emissões concordam com o mundo (com o mundo objetivo, com o mundo subjetivo e com o mundo social); e no qual podem criticar e exigir os fundamentos dessas pretensões de validade, resolver seus dissensos e chegar a um acordo. (tradução nossa) (HABERMAS, 1992, p. 179)<sup>17</sup>

A situação é o centro do mundo da vida. Um centro que se desloca à medida que elementos novos passam a se tornar relevantes, redefinindo a definição inicial da situação, isto é, “quando o assunto se converte em ingrediente de uma situação, pode ser sabido e ser problematizado como fato, como conteúdo de uma norma, como conteúdo de uma vivência.” (tradução nossa) (HABERMAS, 1992, p. 176)<sup>18</sup>

Sob a visão da filosofia da linguagem, o *mundo da vida* se apresenta como “um acervo de padrões de interpretação transmitidos culturalmente e organizados lingüisticamente” (tradução nossa). (HABERMAS, 1992, p. 176)<sup>19</sup>

A linguagem e a cultura, nem coincidem com os conceitos formais de mundo, de que se servem os participantes na interação para definir em comum sua situação, nem tampouco aparecem como algo intramundano. **A linguagem e a cultura são elementos constitutivos de mundo da vida mesmo.** (grifo e tradução nossos) (HABERMAS, 1992, p. 177)<sup>20</sup>

Todavia o sujeito não é um elemento passivo no *mundo da vida*, pois, apesar de o repetir, também o reconstrói. Repete-o quando acolhe aproblematicamente o acervo cultural, e o reconstrói quando problematiza as convicções que antes eram inquestionadas, negociando novas definições.

E apesar do *mundo da vida* manifestar-se por situações ou crenças e convicções aproblemáticas, parte dele pode ser objeto de problematização. Não é viável uma problematização absoluta, mas são perfeitamente problematizáveis temas específicos.

<sup>17</sup> [...] hablante y oyente se entienden desde, y a partir de, el mundo de la vida que les es común, sobre algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo.

<sup>18</sup> “cuanto el asunto se convierte en ingrediente de una situación, puede devenir sabido y ser problematizado como hecho, como contenido de una norma, como contenido de una vivencia.”

<sup>19</sup> “un acervo de patrones de interpretación transmitidos culturalmente y organizados lingüísticamente.”

<sup>20</sup> [...] hablante y oyente se entienden desde, y a partir de, el mundo de la vida que les es común, sobre algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo.

A inviabilidade da problematização absoluta se mostra patente pelo pressuposto de que toda problematização é uma interpretação da realidade e, como tal, deve partir de algo aproblemático, algo estabelecido e aceito como incontroverso.

O mundo da vida constitui uma rede intuitivamente presente, e, portanto, familiar e transparente e, sem embargo, por vez inabarcável, de pressuposições que tem que cumprir-se para que a emissão que se faz possa ter sentido, isto é, para que possa ser válida. (HABERMAS, 1992, p. 186)<sup>21</sup>

A certeza do mundo da vida é conferida por um “[...] *a priori* social inscrito na intersubjetividade do entendimento lingüístico.” (grifo nosso) <sup>22</sup>(HABERMAS, 1992, p. 187)

Portanto o mundo da vida não é o mundo privado, mas o mundo construído intersubjetivamente. É uma estrutura básica da realidade compartilhada pelos indivíduos.

A estabilidade desta estrutura básica é conferida pela língua e pela cultura, mas se deve também à “segurança que dão ao ator as solidariedades acreditadas e as competências provadas.”<sup>23</sup> (HABERMAS, 1992, p. 192) Isto é, o processo de aprendizagem individual e social, realizado por ações de sucesso e insucesso, também confere estabilidade ao mundo da vida, pois fixa padrões de comportamentos aptos a atingirem fins.

Desta forma, situados no *mundo da vida*, os legisladores, a partir das *idéias de mundo* que têm e da sociedade em que vivem, valoram as situações e objetos. Considerando-os desejáveis ou indesejáveis e intencionando mantê-los ou modificá-los, escolhem fins e meios necessários para atingir seus objetivos.

Mas o que é desejável/indesejável e intencionado não é o que faz parte de sua ética individual, mas de uma ética social. Somente as *idéias de mundo* que corresponderem aos valores da comunidade que representam devem ser sustentadas, pois o legislador não legisla para si, mas para uma dada comunidade que o tenha legitimado como seu representante.

<sup>21</sup> [...] hablante y oyente se entienden desde, y a partir de, el mundo de la vida que les es común, sobre algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo.

<sup>22</sup> [...] *a priori* social inscrito en la intersubjetividad del entendimiento lingüístico.

<sup>23</sup> [...] seguridad que dan al actor las solidariedades acreditadas y las competencias probadas.

O grupo social tem uma identidade coletiva que, apesar de ser ideal, pode ser identificada. Deve então o legislador defender uma *idéia de mundo* que a identidade coletiva concebe. Só assim sua participação no processo de produção da norma será legítimo.

No processo legislativo, que inclui as fases de apresentação do projeto de lei, emenda, discussão, votação, sanção ou veto, são levadas a público, num espaço discursivo, diversas *idéias de mundo*, devendo prevalecer aquela ou aquelas que têm uma maior aceitabilidade pela comunidade.

Não se quer com tal afirmação defender uma posição na qual devem prevalecer sempre os interesses da maioria em detrimento da minoria. Como também não se quer desprezar ou tentar acabar com o pluralismo social existente.

É perfeitamente possível compatibilizar a existência de uma identidade coletiva ideal com o pluralismo social. Identidade não pressupõe homogeneidade ou crenças absolutas, muito pelo contrário, identidade pressupõe certezas e incertezas, coerências e contradições. Os seres humanos, por exemplo, não são considerados indivíduos apenas por suas certezas e coerências, mas também por suas contradições e incertezas.

Contradições e incertezas levam a questionamentos que proporcionam dinamicidade e evolução à identidade coletiva idealizada, condição importante para a evolução do direito efetivado. Questionamentos que devem se dar em um ambiente discursivo, intersubjetivo.

A discursividade na produção da norma pressupõe uma abertura permanente ao debate e ao reexame dos valores, meios e fins para atingi-los, bem como dos critérios de justiça. Além do que a dimensão do justo implica consideração dos interesses de todos de forma simétrica.

Pode ser e não raras vezes, ocorre que, na impossibilidade de coexistência de valores incompatíveis, na escolha do meio ou fim que deve ser perseguido e qual critério de justiça deve prevalecer, um grupo social possa ser beneficiado em detrimento de outro. Mas isto não pode levar a uma total desconsideração dos interesses do grupo minoritário ou que tenha seu interesse subjugado por outro.

O sistema de produção da norma deve ser inclusivo e aberto, permitindo uma permanente revisão dos valores, meios, fins e critérios de justiça por aqueles que serão afetados pelas normas produzidas.

A legitimidade das normas e, portanto, sua força coercitiva, depende da aceitabilidade daqueles que se submeterão a seus ditames. E a aceitação depende da autonomia normativa dos indivíduos.

É um bom exemplo a Lei sobre Crimes Hediondos. Inegável que sua aprovação se deu por considerações prévias dos legisladores, como reflexo dos anseios sociais, sobre o atual estado de insegurança que assola o país.

*Percebendo* a realidade pelo contato imediato com situações de violência ou mediato, por meio de relato de outras pessoas, o legislador *apreendeu* a realidade valorando-a como *indesejável pela comunidade*. Com as manifestações de repúdio à violência e a apresentação do projeto de lei, o desejo, que se encontrava interiorizado na sociedade, passou a se exteriorizar por meio de *atos intencionais*.

A aprovação da lei é manifestação da *crença* de que o ordenamento jurídico é um meio apto para se atingir o objetivo de uma maior segurança social. E que, dentre os meios disponíveis, dicotomizados em punições e prêmios, seria a punição um meio mais eficiente do que o sistema de premiação.

O movimento *Law and Order* se sustenta sobre a convicção de que o meio adequado à manutenção da ordem social é a punição de quem infringe uma norma penal. Punição que deve ser cada vez mais severa, pois se acredita que quanto maior for o temor infringido, maior será sua eficácia. Há, contudo, fundadas dúvidas quanto à eficácia desta convicção-instrumental, haja vista que a criminalidade não cedeu depois da aprovação da Lei sobre Crimes Hediondos.

Mas não é só na fase de criação da norma que se manifesta a dimensão axiológica do direito. Também na aplicação da norma é indispensável o juízo valorativo. Os fatos são objetos de juízos valorativos fixados nas normas, como também são necessários juízos quanto aos meios mais aptos para se atingir os fins: qual dos fins, numa concorrência, deve prevalecer ou qual o bem jurídico deve ser protegido em detrimento de outros, etc.

Nem sempre há previsão no ordenamento jurídico quanto qual bem jurídico deve prevalecer, ou quais fins deverão ser perseguidos ou quais meios são mais aptos ou adequados, ou qual seu conteúdo proposicional.

Larenz sintetiza bem esta idéia:

Vimos que o julgador, desde logo na apreciação de certos eventos com base em experiências sociais, quando não dispõe para o efeito de nenhuma máxima geral da experiência, “pondera” factos, quer dizer,

valora-os na sua significação concreta sob o ponto de vista da regulação legal. É evidente que se lhe exige um juízo de valor quando, para poder coordenar a situação de facto com a previsão da norma legal, tenha de julgar segundo uma pauta que primeiro ele tenha de concretizar, uma pauta “carecida de preenchimento”. (LARENZ, 1997, p. 406)

Não se quer com isto transformar o aplicador da norma em legislador, pois isto implicaria uma ausência de diferença de funções de normatização e aplicação, necessária a uma maior legitimidade do direito e à defesa contra um exercício abusivo e arbitrário por um grupo. Mas também não se pode desprezar que existem juízos de valor na aplicação da norma.

Não se defendem aqui juízos de valor irracionais, mas juízos calcados nas pautas de valoração existente no ordenamento jurídico e na sociedade:

[...] se já os juízos de valor englobam a pretensão de terem de ser afirmados por toda a pessoa de são entendimento, de serem “válidos”, neste sentido, por maioria da razão tal deve ser válido para os **juízos de valor jurídicos, que se estribam no apelo às pautas de valoração do ordenamento jurídico**. Tais juízos não só expressam algo sobre a própria valoração do julgador, mas, em primeiro lugar, algo sobre como *deve ser julgada* esta situação de facto – bem entendido, segundo a convicção conscientemente formada do julgador – sob pontos de vista jurídicos, em conformidade às exigências e pautas de valoração do ordenamento jurídico. A questão é de como, e em que grau, se pode justificar esta pretensão mediante ponderações feitas com perspicácia e orientadas ao Direito. **É errado pensar que o “valorar” é somente uma conduta que não é proporcionada por meio de ponderações racionais e, neste sentido, “irracional” e emocionalmente condicionada em ampla escala.** Decerto que um tal valorar puramente “emocional” predomina, de longe, no dia-a-dia e dificilmente se deixa erradicar das discussões políticas, nem sequer das salas de audiência. Mas **a tarefa do jurista é precisamente a “materialização” das valorações. Incumbe-lhe, por isso, um valor ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento “orientado a valores”<sup>24</sup>, como acima dissemos.** Frente ao filósofo da moral, que busca algo de semelhante, **o jurista tem neste ponto a vantagem de que a ele as pautas de valoração por que há-de reger-se estão-lhe previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição e nos princípios jurídicos por ela aceites, mesmo quando necessitem para a sua “aplicação” de outros actos, como uma concretização.** Pelo menos, a direção em que ele deve prosseguir é-lhe, por essa via, traçada. Para ele, “justificar” uma decisão quer dizer mostrar que ela está em consonância com essas pautas fundamentais e com a sua posterior configuração no ordenamento global – com inclusão dos critérios de decisão elaborados pela jurisprudência dos tribunais. (grifo) (LARENZ, 1997, p. 409)

<sup>24</sup> Por pensamento “orientado a valores” se infere que o direito tem uma dimensão axiológica, seja na produção da norma, seja em sua aplicação. Sempre há um juízo valorativo. Uma escolha de qual bem jurídico será protegido em detrimento de outro.

Juízos de valor estão ligados a idéias de como é o mundo e como deve ou deveria ser: juízos de realidade e idealidade.

Na efetivação do direito, há uma constante tensão entre o real, o que se percebe e é apreendido e o ideal, o que se busca, se objetiva. O ideal nasce a partir de uma vivência e valoração do real; concomitantemente a realidade é apreendida segundo os ideais buscados. Ideal e real procuram uma conformação recíproca. A tensão é permanente e indissociável.

Não existe realidade sem idealidade, como também não existe idealidade sem fundamento na realidade. Um aluno participando de uma aula vivencia uma realidade que só existe porque ele tem ideais ligados à sua formação profissional, *status* social, auto-realização ou de qualquer outra ordem.

A normatização e a aplicação da norma são impulsionadas tanto pelo ideal, pelo objetivo de regular a vida e a sociedade e obter previsibilidade de comportamentos e justiça, como pela realidade, que condiciona a produção da norma e o conteúdo na sua aplicação.

O homem e a sociedade são um misto de sonho e realidade, que se autoconstroem, recíproca e permanentemente.

## **2.2 O direito é linguagem**

Como já dito, o direito efetivado é constituído de fatos, situações e acontecimentos reais e por idealizações, do que é e do que deve ser. Das crenças e convicções acerca do que existe e como existe e dos desejos e intenções de como deveriam ou deverão existir.

Fatos, situações e acontecimentos percebidos ou queridos não existem por si mesmos na perspectiva da filosofia da linguagem. O mundo não é uma auto-evidência que seria descoberta por um sujeito, mas é fruto de uma construção intersubjetiva, que só é possível na linguagem. A linguagem é o elemento que permite a percepção, compreensão e comunicação no mundo e do mundo.

Neste sentido, direito é linguagem. Manifesta-se lingüisticamente nas formas escrita (leis, contratos, sentenças), oral (contratos, decisões orais), sonora (apito de um guarda de trânsito), gestual (sinais de mão de pare e siga), imagética (placas de

trânsito e sinais luminosos) e no silêncio (artigos 61, §1º e 111 do Código Civil Brasileiro).

É recorrente, no direito, o uso da linguagem escrita e falada, sendo usados em menor proporção os demais tipos. As normas jurídicas se apresentam, em regra, no sistema *civil law*, na forma escrita, enquanto que, na aplicação, as decisões jurídicas se exteriorizam na forma escrita e na oral.

Comum a todos os tipos de linguagem é a existência de uma funcionabilidade. A linguagem existe em função da comunicação de algo, por pelo menos uma pessoa a outra. COPI (1968) classifica (de maneira bastante simplificada) as manifestações lingüísticas, quanto às suas funções, em: *informativa*, *expressiva* e *diretiva*. Enquanto Bobbio (2005), utilizando-se da teorização de Copi, prefere as expressões: função *descritiva*, *expressiva* e *prescritiva*:

Copi (1968) apresenta esta tricotomia da seguinte maneira.

A linguagem, em sua *função informativa* ou *descritiva*, visa transmitir informações, formulando proposições afirmativas e negativas, falsas ou verdadeiras. Neste tipo de discurso, busca-se descrever o mundo e raciocinar sobre ele. A ciência oferece os melhores exemplos deste tipo de discurso, pois objetiva-se informar sobre fatos ou teorias a respeito do mundo.

A poética representa um bom exemplo (apesar de não ser o único) do uso *expressivo* da linguagem, comunicando não conhecimento, mas sentimentos e atitudes. O poeta pretende exprimir emoções vivenciadas, levando o leitor a experimentar sentimentos semelhantes.

A linguagem é usada em uma função *diretiva* ou *prescritiva* quando se tem como objetivo levar alguém a uma ação, seja positiva ou negativa. São exemplos claros deste tipo de uso as ordens e os pedidos.

A sentença judicial, as petições, os depoimentos de testemunhas, dentre outras formas de manifestação, são expressas por meio de proposições declarativas e prescritivas. Por sua vez a norma tem uma função prescritiva, extraindo-se de enunciados escritos ou orais a pretensão de conformação da realidade. Como um todo, o direito oscila entre o ser e o dever-ser. Declara-se a existência de fatos ou prescreve-se que os fatos, no futuro, sejam de uma determinada forma.

Retomando a linguagem em suas manifestações escrita e oral, por sua maior importância para a efetivação do direito e percebendo, além da dimensão formal (sintática), uma contedística ou material (semântico-pragmática), pode-se, citando



Bobbio, que ainda segue a lição de Copi (1968), apresentar uma diferenciação entre proposição e enunciado:

Por *proposição* entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. Sua forma mais comum é o que na lógica clássica se chama *juízo*, uma proposição composta de um sujeito e de um predicado, unidos por uma cópula (S é P). (...) Por *enunciado* entendemos a forma gramatical e lingüística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas. Uma mesma proposição pode ser expressa por enunciados diversos quando se altera a forma gramatical. Por exemplo: “Mário ama Maria” e “Maria é amada por Mário”, o significado é idêntico e o que muda é apenas a expressão, ou ainda na passagem do mesmo significado de uma expressão numa língua para o seu equivalente em outra. Por exemplo: “Chove”; “Piove”; “Il pleut”; “Its raining”; “Es regnet” são enunciados diversos da mesma proposição. Ao contrário, com o mesmo enunciado pode-se exprimir, em contextos e circunstâncias variáveis, proposições diversas. Por exemplo, quando eu digo, voltando-se para um amigo com quem estou passeando: “Gostaria de beber uma limonada”, pretendo exprimir um desejo meu e além disso dar ao meu amigo uma informação sobre o meu estado de espírito; se dirijo as mesmas palavras para uma pessoa que está atrás do balcão de um bar, não pretendo expressar um desejo nem dar-lhe uma informação, mas impor-lhe uma determinada conduta. (BOBBIO, 2005, p. 73)

A diferenciação entre enunciado e proposição corresponde, respectivamente, às dimensões formal (sintática) e material (semântica e pragmática) de uma manifestação lingüística.

### **2.2.1 As três dimensões da linguagem: semântica, sintática e pragmática.**

A linguagem, qualquer que seja, se apresenta em forma de signos, sob as perspectivas sintática, semântica e pragmática:

A unidade de análise de qualquer sistema lingüístico é o *signo*. Para Carnap, o signo é composto por dois elementos: *indicador*, situado no plano da expressão, de natureza sempre material (som, grafia, gesto), e o *indicado*, constituído pela situação significativa (fenômeno, fato, situação do mundo), que conseguimos comunicar mediante o indicador. O signo seria, uma realidade bifásica e seu estatuto lógico seria o de uma relação. [...] **O signo, assim caracterizado, pode ser estudado sob três pontos de vista, atendendo ao fato de que pode ser considerado como elemento e mantém três tipos de vinculações: com os outros signos; com os objetos que designa; com os homens que o usam. A primeira vinculação é chamada *sintaxe*; a segunda, *semântica*; a terceira, *pragmática*.** Estes três níveis de análise constituem as partes da

*semiótica*, entendida como a *teoria geral de todos os signos e sistemas de comunicação*. (grifo não consta do original) (WARAT, 1995, p. 39)

O uso da linguagem, ou a função que pretende desempenhar, não é definido exclusivamente pela forma gramatical (semântico-sintática), ou seja, pelo enunciado. O contexto do discurso (pragmática) desempenha um papel fundamental na definição da função da linguagem, ou da intenção nela contida.

Pode a proposição ser *prescritiva* e ter a forma de enunciado *declarativo*. Por exemplo, quando um chefe diz ao empregado, responsável pela vigilância de um estabelecimento, que “a porta está aberta”, não se intenciona simplesmente comunicar um fato, mas compelir o empregado a agir, fechando-a.

No ordenamento jurídico, é muito comum o uso de enunciados declarativos com função prescritiva. Quando a Constituição da República Federativa do Brasil, no *caput* do artigo 5º, dispõe que “todos são iguais perante a lei”, não está usando a linguagem para declarar um fato, mas para prescrever condutas a serem seguidas pelos legisladores, juízes, intérpretes, etc. Todos devem ser tratados de forma igual na confecção das leis<sup>25</sup> e na sua interpretação.

A possibilidade de divisão da linguagem em sintaxe, semântica e pragmática é apenas teórica. Indissociáveis o são, para a produção do significado, as três dimensões da linguagem.

“Crer o contrário é empenhar-se numa via positivista. Aliás, foi o positivismo que consagrou esta divisão, seguido nisso, curiosamente, por Chomsky.” (MEYER, 1982, p. 110).

Além do que a funcionalidade da linguagem implica sua intencionalidade.

## **2.2.2 Intencionalidade na Linguagem do Direito**

### **2.2.2.1 O que é intenção?**

---

<sup>25</sup> Nota: lei em sentido *lato*, compreendendo todas as espécies normativas, tais como: emendas à constituição, leis complementares e ordinárias, medidas provisórias, resoluções, decretos.

Para a realização do empreendimento de definir o que seja intenção serão adotados os posicionamentos teóricos desenvolvidos por Anscombe (1991) na década de 50 do século passado.

A idéia de *intenção* é indissociável da *ação*. Todavia nem todo agir humano é intencional. “[...] chamar intencional a uma ação significa que é intencional segundo alguma descrição que demos (ou podemos dar) dela.”<sup>26</sup> (ANSCOMBE, 1991, p. 75)

Nenhuma ação é intencional em razão de uma característica adicional, mas o é em relação a alguma descrição da ação. Uma ação pode ter várias descrições diferentes. Um homem, ao chegar em casa, aciona o interruptor da luz, pretendendo iluminar o ambiente, mas concomitantemente, independentemente de sua vontade, alerta o ladrão que se encontrava lá.

O que diferencia a ação intencional de iluminar o ambiente da ação não-intencional de alertar o ladrão é o conhecimento do que se realiza ou está por se realizar. “[...] dizer que um homem sabe que realiza X é dar a descrição do que faz *com a qual* ele o reconhece.” (ANSCOMBE, 1991, p. 54)

E o conhecimento de algo independe da observação, que funciona apenas como auxiliar à verificação do que realmente acontece, pois

[...] o conteúdo de uma intenção, pode ser um elemento no qual existe um conhecimento ou opinião baseada na observação, na inferência, num rumor, numa superstição ou qualquer coisa em que se baseie o conhecimento ou a opinião; ou também, um elemento a partir do qual se sustenta uma opinião sem que exista nenhum fundamento. (tradução nossa)<sup>27</sup> (ANSCOMBE, 1991, p. 102)

[...] é o conhecimento que o agente possui acerca de sua ação o que conduz a descrição segunda a qual o que acontece constitui a execução de uma intenção.<sup>28</sup> (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 149)

E,

<sup>26</sup> Llamar intencional a una acción significa que es intencional según alguna descripción que demos (o podemos dar) de ella.

<sup>27</sup> [...] el contenido de una intención puede ser un elemento en el que existe un conocimiento u opinión basado en la observación, la inferencia, un rumor, una superstición o cualquier cosa en que se base el conocimiento o la opinión o también, un elemento a partir del cual se sostiene una opinión sin que exista ningún fundamento.

<sup>28</sup> [...] es el conocimiento que el agente posee acerca de su acción lo que arroja la descripción según la cual lo que sucede constituye la ejecución de una intención.

Um homem possui conhecimentos práticos se sabe como fazer as coisas; porém esta é uma descrição insuficiente, pois se *poderia* dizer que sabe como fazer as coisas se é capaz de explicá-las, ainda que se mostrasse perplexo no momento de enfrentar-se com a tarefa de realizá-la.<sup>29</sup> (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 150)

Ação intencional é aquela na qual o agente tem conhecimento de sua ação e das razões que o levaram ou levarão a atuar. Algo “é uma razão para atuar, em oposição a uma causa, quando o movimento é voluntário e intencional.”<sup>30</sup> (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 53)

Toda ação, portanto todo agir intencional, é voluntária, mas nem toda ação voluntária é intencional. O voluntário e o intencional implicam o *querer*, mas de forma diversa. O *querer* envolvido no intencional tem como sentido *tratar de obter* algo, portanto a busca de um objetivo. Enquanto o voluntário se restringe ao *querer* no sentido de algo que é desejado, independentemente, se visto isoladamente, de um movimento em direção ao que é desejado.

Uma crença popular é que a gente pode querer qualquer coisa, isto é, que em “A quer X”, “X” abarca todos os objetos ou situações que se possam descrever. Isto é insustentável; por exemplo, a variedade se acha restringida aos objetos presentes ou futuros e às situações futuras; pois aqui não nos interessam os desejos ociosos.<sup>31</sup> (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 123)

Portanto aqui interessa o *querer* ou o *desejo* de se *obter algo*, que pode ser um objeto presente ou futuro, ou uma situação futura.

O signo primitivo de querer é *tratar de obter*; ao dizer isto; descrevemos o movimento de um animal em termos que ultrapassam o que faz no presente. [...] De tal modo, há duas características que se acham presentes no ato de querer; o movimento em direção a um objeto e o conhecimento (ou pelo menos a opinião) de que o objeto se encontra aí. Ao considerar

<sup>29</sup> Um hombre posee conocimientos prácticos si sabe cómo hacer las cosas; pero ésta es una descripción insuficiente, pues se *podría* decir que sabe cómo hacer las cosas si es capaz de explicarlas, aunque se mostrara perplejo a la hora de enfrentarse con la tarea de realizarlas.

<sup>30</sup> [...] es una razón, em oposición a uma causa, quando el movimiento es voluntario e intencional.

<sup>31</sup> Una creencia popular es que la gente puede querer cualquier cosa, es decir, que em “A quiere X”, “X” abarca todos los objetos o situaciones que se puedan describir. Esto es insostenible; por ejemplo, la variedad se halla restringida a los objetos presentes o futuros y a las situaciones futuras; pues aquí no nos interesan los deseos ociosos.

uma ação humana, ainda que é muitíssimo mais complexa, estão presentes as mesmas características quando a coisa querida é algo que já existe: como uma vaca Jersey determinada que se crê que está à venda no mercado de Hereford, ou uma mulher determinada que se deseja em matrimônio. (tradução do autor) (ANSCOMBE, 1991, p. 125)<sup>32</sup>

Ademais, na ação intencional, aquela voltada para a concretização da intenção, o homem (ou até os animais) deve funcionar como agente do resultado pretendido. “[...] a situação futura que se menciona deve ser tal que o agente nos dê a entender que pensa que pode produzi-la mediante a ação pela qual temos perguntado.” (tradução do autor) (ANSCOMBE, 1991, p. 83)<sup>33</sup>

Anscombe afirma ainda que:

Desde logo, não pretendo dizer que toda resposta que nos informe com que intenção uma pessoa faz o que faz seja uma descrição de uma situação futura; porém sua descrição da situação futura tem sentido em si mesma como resposta à pergunta [por quê?], então se trata de uma expressão de intenção. Sem embargo, existem outras expressões da intenção com que uma pessoa faz algo; por exemplo, uma descrição mais ampla do que está efetuando.<sup>34</sup> (tradução do autor) (ANSCOMBE, 1991, p. 82)

Pode-se dizer desta forma que existe uma *intenção de agir* (de realizar uma ação) e uma *intenção contida em seu ato de agir ou proposição* (contida na realização de um ato, ou melhor, uma intenção *com a qual* se age: um objetivo).

Como o *intencional* é algo que transcende o que se faz e, portanto, remete a idéias de processo ou empreendimento, pode-se afirmar que existem *intenções-meio* e *intenções-fim*. A *intenção-fim*, ou o *objetivo com o qual se age*, é objeto presente ou futuro ou uma situação futura, enquanto a *intenção-meio* é a intenção de praticar uma ação que se acredita ser necessária para se obter o objeto ou a situação futura. Por exemplo, se alguém *pretende* ser aprovado em um concurso

<sup>32</sup> El signo primitivo de querer es *tratar de obtener*; al decir esto, describimos el movimiento de un animal en términos que rebasan lo que hace en el presente. [...] De tal modo, hay dos características que se hallan presentes en el acto de querer; el movimiento hacia un objeto y el conocimiento (o por lo menos la opinión) de que el objeto se encuentra ahí. Al considerar una acción humana, aunque es muchísimo más compleja, están presentes las mismas características cuando la cosa querida es algo que ya existe: como una vaca Jersey determinada que se cree que está a la venta en el mercado de Hereford, o una mujer determinada que se desea en matrimonio.

<sup>33</sup> [...] la situación futura que se menciona debe ser tal que el agente nos dé a entender que piensa que puede producirla mediante la acción por la cual le hemos preguntado.

<sup>34</sup> Desde luego, no pretendo decir que toda respuesta que nos informe con qué intención una persona hace lo que hace sea una descripción de una situación futura; pero si la descripción de al situación futura tiene sentido em sí misma como respuesta a la pregunta, entonces se trata de una expresión de intención. Sin embargo, existen otras expresiones de la intención con que una persona hace algo; por ejemplo, una descripción más amplia de lo que está efectuando.

público para exercer um determinado cargo, isto representa a sua *intenção-fim*. Porém, para obter esta situação (condição de servidor público), são necessários vários atos: estudar as matérias exigidas no concurso, fazer a inscrição, comparecer no dia da prova e responder às questões, etc. Cada uma destas situações-meio exigem uma *intenção de agir*, que representam as *intenções-meio*. O estudar, se inscrever, comparecer e responder a questões são atos intencionais, mas não têm um fim em si, são apenas meios para se obter o fim pretendido que é a condição de servidor público.

Para a definição dos meios e fins, o agente deve usar uma das descobertas de Aristóteles: o raciocínio prático. Segundo Anscombe (1991, p. 111), “O ‘raciocínio prático’ ou ‘silogismo prático’, que significa o mesmo, foi uma das descobertas mais importantes de Aristóteles, porém seu verdadeiro caráter ficou obscurecido.”<sup>35</sup>

O raciocínio prático é assim definido por Anscombe:

Desde logo, “Deveria fazer isto, portanto o farei” não é um exemplo de raciocínio prático, como tampouco o é “Isto é bonito, portanto o conseguirei”. **A característica do raciocínio prático é que o objeto querido se encontra a certa distância [temporal ou espacial] da ação imediata, e esta é calculada como a forma de obter, fazer ou assegurar o objeto querido. [...] raciocínios práticos [são aqueles] que partem de um objetivo, atravessam diversos passos e chegam à realização de uma ação particular aqui e agora.** Por exemplo, um médico aristotélico quer combater uma inflamação; afirma que isso se alcançará produzindo certas condições no sangue; estas podem produzir-se com a aplicação de certo tipo de remédio; tal ou qual medicamento é esse tipo de remédio; aqui existe um pouco deste medicamento... administremo-lo. (grifo e tradução do autor)<sup>36</sup> (ANSCOMBE, 1991, p. 138)

Inferre-se, todavia, que o raciocínio prático não se realiza somente com a *intenção*. É necessário, como já mencionado, que se tenha a *crença ou convicção* de que o objeto querido exista ou possa existir, e de como se deve proceder para se

<sup>35</sup> El ‘razonamiento práctico’ o ‘silogismo practico’, que significa lo mismo, fue uno de los descubrimientos más importantes de Aristóteles, pero su verdadero carácter ha quedado oscurecido.

<sup>36</sup> Desde luego, “Debería hacer esto, por lo tanto lo haré” no es un ejemplo de razonamiento práctico, como tampoco lo es “Esto es bonito, por lo tanto lo conseguiré”. La característica del razonamiento práctico es que el objeto querido se encuentra a cierta distancia de la acción inmediata, y ésta es calculada como la forma de obtener, hacer o asegurarse el objeto querido. [...] razonamientos prácticos [...] que parten de un objetivo, atraviesan diversos pasos y llegan a la realización de una acción particular aquí y ahora. Por ejemplo, un médico aristotélico quiere reducir una inflamación; afirma que ello se logrará produciendo ciertas condiciones en la sangre; éstas pueden producirse con la aplicación de cierto tipo de remedio; tal o cual medicina es ese tipo de remedio; aquí hay un poco de esa medicina... adminístrela.

chegar a ele. Assim, as *crenças/convicções sobre estados de fato* e as *crenças/convicções instrumentais* são indispensáveis ao agir intencional.

O agir intencional demanda valorações, cálculos, escolhas de modos e meios mais adequados para se obter o fim.

Pensemos por exemplo em alguém que constrói uma casa; seu plano talvez não determine se porá janelas de guilhotina ou de folhas, porém deve decidir que tipo de janelas instalar, ao menos quando chegue o momento, ou a casa não será terminada. E seu cálculo “Se elejo isto, tal será o resultado; se elejo aquilo será outro, de modo que optarei por isto” é um cálculo com um fim em mente – isto é, acabar a casa -, ainda quando ambas alternativas se mostraram adequadas a seus planos. Elege *uma* alternativa apropriada, apesar de não ser a única. (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 142)<sup>37</sup>

Importante anotar que meios e fins não têm estas condições preestabelecidas, de forma natural ou *a priori*, mas funcionam de uma forma ou outra em determinados raciocínios práticos. Algo que é fim em um raciocínio pode ser usado em outro como elemento meio.

Segundo Aristóteles (1984), apenas a felicidade é considerada um fim absoluto, pois não é meio para nada além dela.

Portanto uma determinada intenção-fim pode ser considerada como meio para obter outro fim. Contudo isto não configura um contra-senso, pois intenção-meio, no sentido adotado neste trabalho, se refere à determinação de um agir com indicação mais precisa de um comportamento, enquanto intenção-meio se refere a uma situação que deve ser alcançada pelo agir determinado na norma.

Por exemplo, a norma que permite o recurso das decisões de primeiro grau denota uma intenção-meio tendo como fim mais imediato, ou intenção-fim, a garantia do duplo grau de jurisdição, que se acredita ser um meio para a busca de decisões mais acertadas. Nem por isto devo desconsiderar que, em relação à conduta permissiva prevista na norma, a garantia do duplo grau de jurisdição é uma intenção-fim. Em verdade a garantia do duplo grau de jurisdição implica a busca de

---

<sup>37</sup> Pensemos por ejemplo en alguien que construye una casa; su plano tal vez no determina si pondrá ventanas de guillotina o de hojas, pero debe decidir qué tipo de ventanas instalar, al menos cuando llegue el momento, o la casa no se terminará. Y su cálculo “Si elijo esto, tal será el resultado; si elijo aquello será tal otro, de modo que optaré por esto” es un cálculo con un fin en mente – es decir, acabar la casa -, aun cuando ambas alterantivas se hubieran adecuado a sus planes. Elige *una* alternativa apropiada, a pesar de que no es la única.

decisões mais acertadas, portanto encontra-se implícita também como intenção-fim na norma garantidora do recurso processual.

Para se descobrir os fins e meios, portanto a *intenção no agir, a intenção de agir*, as crenças/convicções de estados de coisas e crenças/convicções instrumentais, Anscombe usa o que o Prof. Marçal<sup>38</sup> denomina de Princípio da Dialética da Pergunta e da Resposta, que será desenvolvido no tópico 4.2.1, mas que pode ser resumido, no caso, ao uso das perguntas “Para quê?” ou “Por quê?” e “Como?”, para se obter como respostas os fins e meios de uma ação intencional.

No pensamento de Aristóteles, a pergunta “Para quê?”, dentro de uma cadeia causal, tem como última resposta algo desejável, ou querido. E conduz inevitavelmente ao que o agente *considera como bom*, pois “tudo que exige nosso conceito de ‘querer’ é que um homem deve considerar o que quer segundo o aspecto de algo bom.” (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 134)

[...] o bem é o objetivo do ato de querer [...] a explicação do “ato de querer” introduz o bem como objeto, e o bem, seja de uma ou outra classe, se acha adstrito principalmente às coisas, não ao ato de querer [...] O bem se encontra adstrito ao ato de querer em virtude do bom (não de sua efetivação) do que se quer; [...] Porém, novamente, a noção de bem que deve ser introduzida na explicação do ato de querer não se refere ao que é realmente bom, senão ao que o agente concebe como bom [...] (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 135)<sup>39</sup>

Mas isto só é verdadeiro se há algum tipo de cálculo de meio e fim para se realizar o que se quer. Do contrário, a resposta pode representar um desejo ocioso, uma esperança, uma previsão, mas nunca o desejável como resposta última a uma ação intencional.

Sustenta ainda Anscombe (1991, p. 134 e 136) que o desejável não é incondicionadamente identificado como necessário e que o desejável não é fruto do que é prazeroso.

<sup>38</sup> MARÇAL, Antônio Cota. Professor Doutor no Mestrado da PUCMINAS. Considera o Princípio da Dialética da Pergunta e da Resposta como um dos Princípios Gerais da Hermenêutica.

<sup>39</sup> [...] el bien es el objetivo del acto de querer [...] la explicación del “acto de querer” introduce al bien como su objeto, y el bien, sea de una u outra classe, se halla adscrito principalmente a las cosas, no al acto de querer [...] El bien se encuentra adscrito al acto de querer en virtud de lo bueno (no de la efectiización) de lo que se quiere; [...] Pero, nuevamente, la noción de bien que deve ser introducida en una explicación de lacto de querer no se refiere a lo que es realmente bueno, sino a lo que el agente concibe como bueno [...]



Para [os] propósitos presentes [na obra] tudo o que se exige é que “É agradável” constitua uma resposta adequada para “Que tem de bom nisso?” ou “Para que o quer?” Em outras palavras, a cadeia de “porquês” chega a seu fim com esta resposta. O fato de que se possa impugnar a afirmação de que “É agradável”, ou que se possa pedir uma explicação (“Porém, que tem de agradável?”) é um assunto diferente, como também o seria qualquer consideração, que pertenceria propriamente à ética, sobre sua decência como resposta. (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 137)<sup>40</sup>

### **2.2.2.2 A expressão lingüística da intencionalidade**

Ainda sob as mesmas idéias de Anscombe (1991), pode-se afirmar que [...] “uma das formas comuns de expressar intenções é mediante o [uso do verbo] no tempo do futuro simples” [...] <sup>41</sup> (tradução nossa) (ANSCOMBE, 1991, p. 45)

Apesar do que é possível ainda expressar ações futuras concernentes a intenções, usando o tempo presente, quando a ação é uma etapa de processo ou empreendimento. (ANSCOMBE, 1991)

Ou ainda, como nos enunciados jurídicos, se pode expressar intenções usando o verbo no presente, pois está implícito que as normas jurídicas têm uma característica deontológica e não ontológica, deste modo, expressam o que *deve ser* e *não o que é*. Por ter característica deontológica o enunciado jurídico deve ser interpretado pressupondo a sua função prescritiva, mesmo que se apresentem na forma declarativa.

Com respeito ao ordenamento brasileiro, tem-se a Lei Complementar n° 95, de 26 de fevereiro de 1998, que regula a elaboração e redação das leis, dispondo na alínea “d” do inciso I do artigo 11 que se deve: “buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, **dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;**” (grifo nosso)

<sup>40</sup>. Para mis propósitos presentes todo lo que se exige es que “Es agradable” constituya una respuesta adecuada para “¿Que hay de bueno en ello?” o “¿Para qué lo quieres?” En otras palabras, la cadena de “porqués” llega a su fin con esta respuesta. El hecho de que pueda impugnarse la afirmación de que “Es agradable”, o de que se pueda pedir una explicación (“Pero ¿qué tiene de agradable?”) es un asunto diferente, como también lo sería cualquier consideración, que pertenecería propriamente a la ética, sobre su decencia como respuesta.

<sup>41</sup> [...] una forma común de expresar intenciones es mediante el tiempo futuro simple [...]

**A intencionalidade no enunciado normativo é, em grande parte, determinada pelo verbo,** ou, na expressão de Brandom (2002, 2005), pelo **vocabulário normativo.**

Segundo Brandom (2005), entendem-se por *vocabulário normativo* os diversos tipos de “*deve*”, que podem se apresentar por meio deste verbo de forma explícita, pelo uso do verbo *poder*, pelo uso de outros verbos no futuro, expressando um comprometimento de agir ou por meio de expressões que designam preferência.

Diferentes tipos de *deve* representam diferentes tipos de modelos de raciocínios práticos, ou seja, de modelos de inferências práticas que explicitam ou produzem as razões do agir ou que conduzem ao agir.

### 3 A NORMA JURÍDICA

#### 3.1 A norma como manifestação intencional

Apesar da impossibilidade de se dissociar as perspectivas formal (sintática) e conteudística (semântica e pragmática), em alguns pontos tratar-se-á a norma jurídica de maneira dicotomizada (enunciado e proposição<sup>42</sup>), para realçar uma ou outra característica mais específica (dimensão explícita ou implícita).

Visa a norma jurídica prescrever condutas humanas objetivando, de maneira geral, a segurança jurídica e a justiça. É, desta forma, uma manifestação intencional.

A conduta humana prevista na norma jurídica não é um fim em si mesmo, mas o meio que se acredita apto a produzir determinadas situações de fato que propiciem segurança jurídica e justiça. Por outro lado, existem normas que não prescrevem a conduta humana, mas uma situação de fato a ser produzida por algum tipo de conduta humana.

Conduzido pela idéia de intencionalidade da norma, pode-se asseverar que existem dois tipos de intenção nas normas jurídicas. Uma *intenção de conformar as condutas humanas, intenção de fazer o ser humano agir de uma determinada forma*. E uma *intenção na ação pretendida pela norma, que se identifica no aspecto da efetivação do direito como uma situação fática futura*. O primeiro tipo de intenção é de uma *intenção-meio*, enquanto o segundo é a *intenção propriamente dita ou intenção-fim*.

Deste modo, intenciona-se na efetivação do direito uma ação (como meio) e uma situação fática (como fim). A situação fática pretendida está relacionada com desejos, intenções e valores, e a ação prescrita, com cálculos relacionados a meios e fins, ou à instrumentalidade da ação.

---

<sup>42</sup> Adotando-se a nomenclatura usada por Bobbio (2003, p. 73), as dimensões formal e material (conteudística) da norma correspondem, respectivamente, ao enunciado normativo e à proposição jurídica. O enunciado normativo é o que se apresenta explicitamente na linguagem, enquanto a proposição jurídica corresponde ao significado extraído dos enunciados normativos.

As ações intencionadas pela norma são *o fazer e o não fazer*. Determina-se com a norma jurídica *o que se deve fazer* (comando), *o que não se deve fazer* (proibição) e *o que se pode fazer ou não fazer* (permissão).

Como as prescrições de ações nas normas jurídicas visam conformar as relações entre os indivíduos ou grupos de indivíduos, elas acabam por definir *status deônticos* para os usuários e destinatários das normas.

Brandom esclarece o que é *status deôntico*:

O conceito normativo fundamental que necessitamos é o de *compromisso*. **Estar comprometido é um status normativo**, mais concretamente, **um status deôntico**. [...] os **status deônticos se apresentam em duas variantes**. **Em coordenação com a noção de compromisso, uma variante é o ter o direito a fazer algo ou o estar legitimado**. Fazer aquilo com o que alguém se compromete é apropriado em um sentido, enquanto que fazer algo porque alguém está legitimado ou tem o direito de fazê-lo, é apropriado em outro sentido. [...] **O compromisso e a legitimação correspondem às tradicionais concepções deônticas básicas de obrigação e permissão**. Evitamos aqui estes termos tradicionais, já que estão estigmatizados por sua origem em uma idéia de normas que resultam exclusivamente das ordens ou éditos de um superior que impõe obrigações ou concede permissões a um subordinado. [...] O quadro que apresentamos aqui não depende de uma hierarquia de autoridade. Os conceitos de obrigação e permissão, o mesmo que de deveres e direitos, se podem reconstruir em termos de compromissos e legitimação, tal como o vamos demonstrar.<sup>43</sup> (grifo em negrito acrescentado ao original) (tradução nossa) (BRANDOM, 2005, p. 251)

A norma jurídica estabelece os *status deônticos* das pessoas, ou seja, os compromissos que têm frente a outras pessoas e as legitimações para o agir e aquelas que são conferidas a outrem para responsabilizá-las na hipótese de descumprimento (sanção negativa) ou premiá-las (sanção positiva).

Usando a estrutura lógica da promessa como desenvolvida por Brandom (2005), que tem características semelhantes com a obrigação de cumprir a lei,

<sup>43</sup> El concepto normativo fundamental que necesitamos es el de *compromiso*. **Estar comprometido es un estatus normativo**, más concretamente, **un estatus deôntico**. [...] os **estatus deônticos se presentan en dos variantes**. **En coordinación con la a noción de compromiso, una variante es el tener el derecho a hacer algo o el estar legitimado**. **Hacer aquello con lo que uno se compromete es apropiado en un sentido, mientras que hacer algo porque uno está legitimado o tiene el derecho de hacerlo, es apropiado em otro sentido**. [...] El compromiso y la legitimación corresponden a las tradicionales concepciones deônticas básicas de obligación y permiso. Evitamos aquí estos términos tradicionales, ya que están estigmatizados por su origen en una idea de normas que resultan exclusivamente de las órdenes o edictos de un superior que impone obligaciones o concede permisos a un subordinado. [...] El cuadro que presentamos aquí no depende de una jerarquía de autoridad. Los conceptos de obligación y permiso, lo mismo que de deberes e derechos, se pueden reconstruir en términos de compromiso y legitimación, tal como lo vamos a hacer.

compreende-se a dinâmica das *atitudes deônticas*, ou seja, assumir (alguém mesmo) e atribuir (aos outros) compromissos e legitimações.

O assumir e o atribuir compromissos são dois aspectos da mesma prática social, sendo o mais fundamental a atribuição.

Pode-se entender a promessa (como aceitar o chelin da rainha)<sup>44</sup> como um ato que possui uma dimensão de responsabilidade e uma dimensão coordenada de autoridade. [...] **Um compromisso a atuar inclui que aqueles que atribuem o compromisso podem responsabilizar a quem assumiu o compromisso se não realiza a ação em questão. Ter o direito a responsabilizar alguém significa estar condicionalmente autorizado a sancionar no caso de omissão da ação.** [...] A autoridade e a responsabilidade se juntam no compromisso. O que assume um compromisso autoriza ou permite, e assumi-lo sempre significa permitir a atribuição do compromisso, isto é, permitir que se responsabilize pelo compromisso a quem o assume. A responsabilidade recai em quem autoriza e assume frente a quem a atribui. (tradução nossa) (BRANDON, 2005, p. 256)<sup>45</sup>

A sanção, vista em seu sentido negativo, corresponde à atuação legítima de alguém no sentido de responsabilizar outrem que descumpriu um compromisso. Por outro lado, vista sob o sentido positivo, a sanção corresponde a um prêmio ou compensação, que tem como objetivo o estímulo a uma determinada conduta.

Os enunciados jurídicos, se produzidos de forma democrática e legítima, representam os compromissos assumidos pelas pessoas, que se fizeram presentes pessoalmente no processo de decisão de assunção dos compromissos, ou por meio de representantes. Bem como as legitimações para agir de uma forma ou de outra.

Quem assume um compromisso e não o cumpre está legitimando outrem a sancioná-lo negativamente, e quem o cumpre pode ter uma sanção positiva. A norma jurídica (se produzida legitimamente) é uma assunção de compromissos e definição de legitimação sancionatória.

<sup>44</sup> Refere-se ao antigo costume inglês de tomar como símbolo do alistamento no exército o recebimento do xelim da rainha das mãos de um oficial pelo alistando.

<sup>45</sup> Se puede entender la promesa (como aceptar el chelín de la reina) como un acto que posee una dimensión de responsabilidad y una dimensión coordinada de autoridad.[...] Um compromisso a actuar incluye que aquellos que atribuyen el compromiso puedan responsabilizar al que asumió el compromiso si no realiza la acción em cuestión. Tener el derecho a responsabiizar a alguien significa estar condicionalmente autorizado a sancionar en el caso de la omisión de la acción.[...]La autoridad y la responsabilidad se juntan en el compromiso. El que asume un compromiso autoriza o permite, y asumirlo siempre significa permitir la atribución del compromiso, es decir, permitir que se responsabilice del compromiso a quien lo asume. La responsabilidad recae en el que autoriza y asume frente al que la atribuye.

Mas para a produção de atos intencionais e intenções de futuro, é necessário, além do desejo de efetivação de determinados valores, possuir *crenças ou convicções*<sup>46</sup> quanto a situações de fato presentes e futuras, e dos meios que são realmente capazes de produzir os fins pretendidos (*crenças-instrumentais* segundo DAVIDSON, 1982).

A análise do artigo 121<sup>47</sup> do Código Penal brasileiro serve para a comprovação da tese sustentada. Deste se pode inferir a intenção de conformar a ação humana no sentido de proibir determinada conduta (tirar a vida de outro ser humano), criando *status normativos* para todos que estão sujeitos à legislação brasileira, que *assumem um compromisso de não fazer*, e para o Estado-juiz brasileiro que *passa a estar legitimado a sancionar negativamente o descumpridor do compromisso*.

Mas existe ainda uma *intenção na ação*<sup>48</sup> *normativamente conformada* que vai além do ato em si e que não está explícito no enunciado normativo descrito. Objetiva-se, com a abstenção de atos homicidas, uma sociedade menos violenta.

Todavia exige-se, para que o enunciado normativo do artigo 121 do Código Penal Brasileiro tenha algum sentido, que o legislador que o produziu e o intérprete, que irá aplicá-lo a um caso, possuam algumas crenças.

O legislador, quando produziu o dispositivo em análise, tinha como crenças/convicções a existência de homicídio na sociedade (*crença em estado de fatos*) e a possibilidade de contê-los por proibições legais e sanções negativas por seus descumprimentos (*crença-instrumental*).

Por sua vez, o intérprete deve ter crenças/convicções quanto ao que se considera como homicídio e que uma dada situação fática tenha as notas ou características do que se conceitua como homicídio. A convicção do sentido, por exemplo, do que seja “matar”, “alguém” e “reclusão”.

É sempre bom lembrar que os valores, desejos, intenções, crenças e convicções não são produzidos individualmente, mas são fruto de uma moral pública objetiva, ou seja, de uma ética contida na identidade coletiva.

---

<sup>46</sup> Crenças e convicções se diferenciam apenas pelo grau de certeza.

<sup>47</sup> **Homicídio simples.** Art. 121 - Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

<sup>48</sup> Aqui se entende por ação tanto o ato comissivo como o omissivo.

Na visão de Brandom (2002, 2005) os valores, desejos, intenções, crenças e convicções é que conferem conteúdo e alcance às proposições normativas e, no caso, ao enunciado normativo.

### 3.2 O enunciado jurídico

O enunciado é a dimensão explícita da norma jurídica. No ordenamento brasileiro, na forma escrita, os enunciados se organizam em artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens. De acordo com a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que regula a elaboração e redação das leis, o artigo deve conter um único assunto ou princípio, reservando-se ao *caput* a tarefa de apresentar a idéia central, enquanto os parágrafos apresentam aspectos complementares e exceções à regra estabelecida. Os incisos, alíneas e itens apresentam as notas, características, discriminações e enumerações.

Um artigo pode conter diversos enunciados. Como pode ser necessário mais de um artigo para se obter um enunciado normativo.

O artigo 183 da Constituição Federal<sup>49</sup> contém diversos enunciados normativos, dentre eles:

- a) Adquire-se a propriedade urbana por usucapião (ou permite sua aquisição), desde que o imóvel não seja público.
- b) A usucapião urbana só será concedida uma única vez.
- c) Se a área urbana for superior a 250m<sup>2</sup> não é passível de ser usucapida.

De outro lado, para se produzir o enunciado: “O Presidente da República será julgado por acusação de improbidade administrativa pelo Senado Federal, depois de

---

<sup>49</sup> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

autorizada a instauração do processo pela Câmara dos Deputados.”, é necessária a conjugação dos artigos 51, I; 52, I; 85, V e 86, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Como na efetivação do direito tem-se entre os objetivos gerais a regulação da vida em sociedade, estabilizando expectativas de comportamento, são de interesse central *os enunciados jurídicos que contenham uma prescrição fática de ações pretendidas e situações de fato futuras e as suas conseqüências jurídicas (status deônticos e sanções)*.

Os enunciados normativos podem conter *permissões, proibições, ordens*, ou ainda declarar um *status* jurídico ou fixar notas distintivas de um conceito. Os enunciados prescritivos (permissões, proibições e ordens) são expressos tendo como elemento central o vocabulário normativo, que normalmente se apresenta na forma do verbo “dever” ou “poder”, ou outro verbo no tempo presente do indicativo ou futuro do presente.

Do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>50</sup> podem ser extraídos enunciados declarativos, tais como: A República Federativa do Brasil é constituída de uma união de Estados e Municípios e do Distrito Federal. E como prescritivo: É indissolúvel a união entre Estados, Municípios e Distrito Federal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no parágrafo 4º do artigo 226<sup>51</sup>, fixou algumas notas do que seja uma *entidade familiar*: a) é uma comunidade; b) é formada pelos pais ou um dos pais e seus descendentes (filhos, netos, bisnetos). Nesse sentido um indivíduo, que vive só, não pode dizer que constitui uma entidade familiar. Como também a comunidade de irmãos, com a ausência de pais, não é considerada pela Constituição como entidade familiar; a não ser que sejam menores e haja um tutor que assuma a figura de um dos pais. Da mesma forma o parágrafo 1º do artigo 231<sup>52</sup>, da Constituição da República Federativa do

---

<sup>50</sup> Art. 1º 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. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>51</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

<sup>52</sup> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu



Brasil, fixa notas distintivas do que vem a ser “*terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*”. Nesta disposição normativa não se permitiu, proibiu ou ordenou, mas apenas fixaram-se características gerais de um determinado instituto jurídico.

Os exemplos confirmam a assertiva de que os enunciados jurídicos não só prescrevem condutas, mas também declaram uma condição jurídica ou fixam notas distintivas de um conceito.

Porém enunciados jurídico-declarativos existem em função da produção de proposições jurídicas prescritivas, pois os enunciados contidos no ordenamento jurídico não têm como escopo declarar uma realidade, mas conformá-la segundo as crenças, convicções, desejos, valores e intenções de uma dada sociedade. É por este motivo que vários autores afirmam, como Bobbio (2005), que as normas jurídicas têm somente função prescritiva.

Acrescente-se ainda, na linha de pensamento de Bobbio (2005, p.180), tomando-se como elemento o *destinatário*, que, em regra, os enunciados jurídicos têm como característica a *generalidade*, pois não se dirigem a uma pessoa específica, mas a uma universalidade, ou seja, a uma classe representada por vários membros. Na aplicação da norma, é que se opera a transposição do universal para o individual.

Além de terem a característica de *abstração*, pois são *universais em relação à ação*, não prescrevem uma ação individualizada, mas elementos de uma possível ação. A conexão entre uma conduta concreta e a previsão do enunciado normativo também ocorrem na fase de aplicação da norma jurídica.

### 3.3 O conteúdo normativo

O conteúdo da norma jurídica corresponde a seu significado, ao sentido que ela indica. E o sentido ou significado de uma norma é conferido por valores, desejos, crenças, convicções e intenções que não estão presentes de forma integral nos enunciados normativos.

Portanto, para conhecer ou produzir o seu conteúdo, é necessário interpretar o enunciado normativo diante de um determinado fato, levando-se em consideração os contextos da produção da norma e de sua aplicação. Interpretar, na visão de Brandom, é inferir os valores, desejos, compreensões, crenças, convicções e intenções existentes no ordenamento jurídico e na vida social.

Como na norma e nas decisões jurídicas é usualmente utilizada a linguagem comum, a significação das palavras, termos e orações usadas dependem da semântica, sintática e pragmática, que por sua vez têm suas regras de significação e relações internas determinadas na vivência social. O significado dos termos usados nos enunciados jurídicos (semântica) e as relações existentes entre eles (sintática) são produzidos pela prática social, pelo uso intersubjetivo da linguagem (pragmática).

Portanto não é possível fixar, de forma exata e prévia, o significado das palavras e termos usados na linguagem do direito, apesar de ser possível a fixação de alguns parâmetros de significação por meio de explicitação nas normas de notas, características de institutos jurídicos, determinação de comportamentos e fins, etc.

A realidade, mais precisamente os fatos, são indispensáveis à formação da significação. Tanto normas como fatos carecem de interpretação, sendo seus significados produzidos inferencialmente.

### **3.3.1 Inferências formais e materiais**

Inferência é um processo por meio do qual se extraem ou se produzem informações que se encontram implícitas em asserções e ações.

Em todos os casos de atividade reflexiva, defrontamo-nos com dada situação presente, da qual temos de conseguir ou concluir alguma outra coisa não presente. Esse processo de se chegar a uma idéia do que está ausente na base do que está presente é *inferência*. O que está presente *leva* ou *conduz* o espírito à idéia de alguma outra coisa e, por último, à aceitação dessa outra coisa.  
[...]

**Toda inferência, justamente por ultrapassar os fatos incontestáveis e conhecidos, fornecidos seja pela observação, seja pela lembrança de conhecimento anterior, contém em si um salto do conhecido para o desconhecido; um salto além do que é dado e já estabelecido.** Como já fizemos notar, **a inferência ocorre por intermédio, ou através, da sugestão despertada pelo que é visto e lembrado.** Ora, ao passo que a sugestão estala na cabeça, *qual* seja a sugestão dependerá, primeiramente, da experiência pessoal. Esta, por sua vez, depende do estado geral de cultura da época; por exemplo, as sugestões que surgem com presteza nos dias de hoje não teriam possibilidade de acorrer à mente de um selvagem. Em segundo lugar, **as sugestões dependem das preferências, desejos, interesses, ou mesmo do estado emotivo imediato, de quem os tem.** (negrito acrescentado ao texto original) (DEWEY, 1959, p. 100)

Ou, de maneira mais sintética, “Inferir é extrair uma conclusão de uma ou mais premissas” (COPI, 1968, p. 148). “A inferência é um processo pelo qual se chega a uma proposição, afirmada na base de uma ou outras mais proposições aceitas como ponto de partida do processo.” (COPI, 1968, 21)

Inferência é um processo lógico pelo qual se extraem ou se produzem novos conceitos ou idéias de outras já existentes. Vai-se de premissas a conclusões. E crenças, convicções, desejos e intenções funcionam como premissas e conclusões no raciocínio prático.

Brandom (2002) analisa os dois tipos de inferência: *formal* e *material*.

A inferência formal é articulada em forma de sentenças condicionais.

As sentenças condicionais são caracterizadas pela expressão: “se p, (então) q” em que “p” é chamado de cláusula antecedente e “q”, de cláusula conseqüente<sup>1</sup>. Independentemente da ordem em que as cláusulas apareçam, a cláusula antecedente se refere à oração com o conectivo e a conseqüente, à oração principal. O “se” assinala a suposição do falante acerca da possibilidade do evento antecedente ocorrer. Essas sentenças especificam situações hipotéticas, cuja realização, no passado, presente ou futuro, é incerta; ou situações que, por se referirem a conteúdos contrários ao mundo empírico, são contrafactuais, isto é, não podem nem poderiam ocorrer no mundo real. **A função lógica do condicional é estabelecer regras de inferência.** A relação “se-então” apresenta uma forma gramatical tal que quando completada com as proposições “p” e “q”, por exemplo, tem como resultado a seguinte regra inferencial: “p/q”, ou seja, se “p” for estabelecido, “q” pode ser imediatamente concluído (Braine, 1978). O “p” é algum tipo de condição do qual o “q” depende. O relacionamento entre eles é descrito como implicação ou vinculação lógica. (grifo nosso) (GOUVEIA, 2002)

Nas inferências formais, o vocabulário lógico (se, como, então, portanto, assim, etc) tem o papel de explicitar as inferências, e suas conclusões são doxásticas (dizem respeito a crenças e convicções), enquanto as inferências materiais prescindem do vocabulário lógico.

O método formal considera boas as inferências apenas por sua característica lógica, ou seja, apenas considerando a correção das conclusões por suas relações e correlações determinadas pelos conectivos (se, então, como, assim, portanto, conseqüentemente, etc.), sem se importar com a verdade ou falsidade do *conteúdo conceitual* das premissas e conclusões.

Na inferência formal os *condicionais* determinam a correção ou incorreção das proposições. Por exemplo: se todo marciano é mortal e Sócrates é um marciano, então Sócrates é mortal.

A conclusão é formalmente correta, apesar da premissa de “Sócrates ser marciano” ser materialmente incorreta.

Diferentemente, a *inferência material* busca verificar a validade ou falsidade das asseverações em relação ao *conteúdo conceitual*, ou seja, em relação às crenças e intenções envolvidas.

Portanto o exemplo acima bem demonstra como uma inferência pode ser formalmente correta, por ser a conclusão (Sócrates é mortal) a conseqüência lógica das premissas (todo marciano é mortal e Sócrates é um marciano). E, ao mesmo tempo, ser materialmente inadequada, pois o conteúdo conceitual de uma das premissas é falso (Sócrates não é marciano).<sup>53</sup>

Chega-se a uma *boa inferência material* quando o raciocínio prático usado leva a uma conclusão materialmente coerente.

Usando exemplo similar a Brandom, pode-se dizer que “Se Belo Horizonte está ao sul de Salvador, então Salvador está ao norte de Belo Horizonte.”

Constata-se com tal exemplo que o termo condicional (se) não é necessário para se concluir que há no caso uma *boa inferência material*, pois pode-se dizer também que: “Belo Horizonte está ao sul de Salvador” e “Salvador está a norte de Belo Horizonte”, sem a necessidade do uso dos condicionais.

---

<sup>53</sup> Brandom (2005) usa os termos “correta” e “incorreta”, tanto para inferências formais como para as materiais, ao invés de usar, como seria adequado, as expressões de “correção” e “incorreção”, “validade” e “invalidade” para as inferências formais, e “verdade” e “falsidade” para as inferências materiais.

Importante notar ainda que a inferência, na forma adotada por Brandom, de uma pragmática normativa, não é um processo solipsístico,

[...] o inferir se distingue como um tipo determinado de movimento no jogo de dar e pedir razões. Dizer isto implica que o inferir tem que entender-se em um contexto interpessoal e como um aspecto de uma prática essencialmente *social* da comunicação. [...] Esta prática inferencial (incluindo o raciocínio prático) que confere conteúdos deste tipo inclui não somente raciocínios na primeira pessoa senão também atribuições e valorações em terceira pessoa, e ambos aspectos são essenciais para dita prática.<sup>54</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2005, p. 249)

### 3.3.2 Semântica inferencial e pragmática lingüística

Trabalhando num contexto de uma *semântica inferencial*<sup>55</sup>, o *conteúdo conceitual* dos enunciados lingüísticos, componentes das proposições normativas, depende das *crenças, convicções, desejos e intenções*, que forem explicitadas, podendo estar explícitas ou implícitas no texto ou fazerem parte das razões apresentadas pelo intérprete.

*Crenças e intenções*, expressas em forma de *juízos* ou inferidas das ações, são as matérias primas do *conteúdo material* das proposições lingüísticas e jurídicas.

Na linha de raciocínio brandomiana, apenas os proferimentos de enunciados (as proposições lingüísticas e jurídicas) têm força pragmática. Os termos singulares (ex. leão), tidos por Brandom como algo ligado à idéia de alguma coisa no mundo, e os predicativos não têm uma significação descontextualizada de um enunciado. Os conceitos e predicados só têm significado como elementos de uma asseveração. Isoladamente deixam de ter significado, pois segundo Kant, o “*o juízo é a menor unidade pela qual podemos ser responsáveis.*” (BRANDOM, 2002, p. 84) Idéia

<sup>54</sup> [...] el inferir se distingue como un tipo determinado de movimiento en el juego del dar y pedir razones. Decir esto implica que el inferir tiene que entenderse en un contexto interpersonal y como un aspecto de una práctica esencialmente social de la comunicación. [...] Esta práctica inferencial (incluso del razonamiento práctico) que confiere contenidos de este tipo, incluye no sólo razonamientos en primera persona sino también atribuciones y enjuiciamientos en tercera persona, y ambos aspectos son esenciales para dicha práctica.

<sup>55</sup> Isto significa que os compromissos discursivos (para começar, aqueles doxásticos) são individuados pela sua articulação puramente inferencial: que coisa vale como evidência para eles, nos comprometemos com que outras coisas, com quais outros compromissos são incompatíveis, no sentido de impedir uma autorização para eles. (BRANDOM, 2002, p. 85)

utilizada por Frege que afirma: “*um nome tem um significado somente no contexto de uma proposição.*” (BRANDOM, 2002, p. 127)

Cruz (2006, p. 86) apresenta um exemplo que muito bem demonstra a assertiva fregueana: “leão”, dependendo do contexto lingüístico em que é usado, pode significar um time de futebol, o animal selvagem ou a Receita Federal. Sem tal contextualização não se pode afirmar que tenha um real significado.

Pode parecer óbvio ou irrelevante a importância dada às crenças e convicções para o raciocínio prático; mas não é. Elas funcionam como premissas ou conclusões de raciocínios práticos, dos raciocínios que buscam conhecer as razões do agir ou para o agir. E isto para o direito é de central importância. Sem a existência delas não é possível o raciocínio prático.

Por exemplo, para se determinar o *conteúdo material* do inciso XI, do artigo 5<sup>o</sup><sup>56</sup>, da Constituição da República, que considera a casa asilo inviolável do indivíduo, garantindo-lhe certas reservas em relação ao poder de polícia estatal, é necessário definir *o que se acredita ser uma casa*.

Dependendo da *crença/convicção* do que seja uma *casa*, pode-se restringir ou ampliar a garantia constitucional. Neste contexto, pode-se questionar: Um apartamento é considerado uma casa? E um quarto de hotel? A cabina do caminhão onde o motorista dorme pode ser considerada, no contexto da garantia constitucional, uma casa? E o que dizer daquele espaço debaixo de um viaduto em que mora uma família?

O raciocínio prático, aquele voltado ao agir, seja do indivíduo, seja da polícia, seja do juiz que vai apreciar um *habeas corpus* pela alegação de ilegalidade da prisão, pode partir da crença/convicção do que seja uma casa, ou ser esta crença/convicção a conclusão de seu raciocínio.

Para Brandom (2002, 2005) *crer* é assumir algo como verdadeiro. É assumir um comprometimento com um dado conhecer. Acreditar em algo é estar comprometido em tê-lo por verdadeiro e agir coerentemente com esta crença.

Importante, nesta altura do raciocínio, fazer algumas observações quanto a outros estados intencionais próximos das crenças. Apesar de Brandom (2001, 2005), em várias passagens de sua obra se referir apenas a crenças, deve-se

---

<sup>56</sup> Art. 5º, XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

entender que se referia também, de forma implícita, aos estados intencionais de compreensão e convicção, porquanto, ter uma convicção também é assumir algo como verdadeiro, mas num grau de certeza maior do que a simples crença. E a convicção pressupõe a compreensão, que se dá numa interação intersubjetiva.

Nossas transações com outros entes, e as que realizamos entre nós, *significam* algo para nós num sentido especial e característico, tem um *conteúdo conceitual* para nós, *as compreendemos* de uma maneira e não de outra. (tradução nossa) (BRANDOM, 2005, p. 37) <sup>57</sup>

“Compreender ou captar sentido quer dizer ter a capacidade de distinguir entre usos corretos e incorretos [de conceitos].”<sup>58</sup> (BRANDOM, 2005, p. 49)

[...] a compreensão já não consiste em acender uma luz cartesiana, senão que se entende como o domínio prático de um determinado *fazer* que está inferencialmente articulado, isto é, como resposta capaz de diferenciar as circunstâncias da aplicação correta de um conceito e o de distinguir as conseqüências inferenciais apropriadas desta aplicação. (tradução nossa) (BRANDOM, 2005, p. 197) <sup>59</sup>

Como a correção ou incorreção é definida pela compatibilidade da conduta com uma prescrição normativa, e as normas são produzidas intersubjetivamente, a compreensão se dá na interação entre indivíduos.

De outra forma, as crenças podem tanto ser resultado de concepções ou idéias compartilhadas intersubjetivamente, quanto de concepções individuais.

Na linha sugerida por Brandom, defende-se uma concepção discursiva de produção de significado, portanto toda vez que se referir a crenças, deve-se considerar que implicitamente se refere também aos estados intencionais de compreensão e convicção, que se diferem das crenças, respectivamente, apenas quanto a um maior grau de certeza e a exigência sempre presente de produção intersubjetiva.

Feito este parêntese, pode-se continuar com a explanação teórica.

<sup>57</sup> Nuestras transacciones con otros entes, y las que realizamos entre nosotros, significan algo para nosotros en un sentido especial y característico, tienen un contenido conceptual para nosotros, las comprendemos de una manera y no de otra.

<sup>58</sup> Comprender o captar dicho sentido quiere decir tener la capacidad de distinguir entre usos correctos e incorrectos.

<sup>59</sup> [...] la coprensión ya no consiste en prender una luz cartesiana, sino que se entiende como el dominio práctico de un determinado hacer que está inferencialmente articulado, es decir como respuesta capaz de diferenciar las circunstancias de la aplicación correcta de un concepto y de distinguir las consecuencias inferenciales apropiadas de esta aplicación.

Quem afirma, referindo-se a um dado objeto, que, por exemplo, “este livro é vermelho”, assume um compromisso (doxástico) coerente com um estado de fato *percebido* (o livro com uma dada característica de cor). Ele só está autorizado a assumir este compromisso se realmente acredita que a cor do livro é vermelha, além de outros compromissos correlatos conservadores do conteúdo da inferência.

Segundo Brandom (2005, p. 351), “ter por verdadeira uma assertiva há que se entender como o êxito de ações e o cumprimento de compromissos práticos.”

Se um juiz acredita que a expressão “casa” contida no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal alcança também o espaço debaixo de um viaduto em que a pessoa vive, mesmo sem a construção de paredes e teto nos moldes habituais, ele se compromete a conceder um *habeas corpus* a quem, nestas condições, for preso no horário noturno, fora da hipótese de flagrante delito.

Tão importante quanto as crenças são as intenções expressas ou implícitas nas ações ou nas disposições normativas. Intencionar, na expressão de Brandom, é querer fazer algo verdadeiro, é se comprometer com um agir determinado, para que se alcance um resultado. São comprometimentos práticos assumidos de forma livre, circunstancial ou impositiva.

Como o direito tem característica deôntica, portanto normativa, buscando conformar ações e atingir situações de fato futuras, as intenções estão presentes no conteúdo material de seus enunciados.

As crenças e intenções, ou na linguagem brandomiana, os comprometimentos doxásticos e práticos, são explicitados usando *inferências formal e material*.

A inferência formal é insuficiente para o projeto brandomiano de fixação do *conteúdo material* da linguagem, pois a operação não pode se restringir à sintaxe, aos elementos de resultados da lógica formal.

Somam-se à dimensão sintática, a semântica e a pragmática. Desenvolvendo a idéia do que ele denomina por *pragmática normativa*, Brandom (2002, p. 14) inverte a estratégia platonista que

[...] identificaria o conteúdo que normalmente vem expresso pelos enunciados declarativos e é possuído a partir de crenças com conjunto de mundos possíveis ou com condições *de verdade de*



*outra maneira especificadas.* (tradução nossa)<sup>60</sup> (BRANDOM, 2002, p. 14)

Assim, com a pragmática normativa

Chega-se ao conteúdo de proposições ou princípios conceitualmente *explícitos* partindo do que é *implícito* nas práticas de usar expressões e adquirir ou fazer inovação a crenças.<sup>61</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2002, p. 14)

Inverte-se o que é comum no proceder dos juristas pátrios. Analisando o uso das expressões lingüísticas legais nos contextos de surgimento e aplicação procurar-se-á chegar ao conceito. A estratégia platônica seria diferente (normalmente utilizada), tomaria um conteúdo conceitual adotado teoricamente para, a partir dele, definir em que situações o enunciado legal seria adequadamente usado.

Neste caso, o uso é que determinará o conteúdo conceitual, ao invés do *conteúdo conceitual* predefinido teoricamente definir a aplicação do instituto.

Marçal (2006, p. 107), em artigo idealizado para introduzir as idéias desenvolvidas por Brandom, sintetiza bem tais idéias:

Para desenvolver este projeto [inferencialista], Brandom se distancia explicitamente da leitura habitualmente feita da moderna tradição filosófica ocidental, em que também se fundamentam as teorias do direito e as teorias da argumentação jurídica, leitura esta considerada platônica. Este platonismo, a propósito da racionalidade discursiva, pode ser identificado, de um lado, na prática social (educacional, moral, ética, jurídica, etc.) de usar e introduzir a compreensão dos conceitos em termos de uma compreensão prévia do conteúdo conceitual, em geral pressuposto ou assim apresentado, como se fosse possível desvincular este conteúdo quer do uso espacial e temporalmente situado das expressões lingüísticas, quer do papel funcional dos estados intencionais dos usuários, que precisamente criam o conteúdo conceitual na ação de articulá-lo e expressá-lo em um contexto determinado. É também platonismo, por outro lado, a respectiva teorização de práticas culturais e sociais a partir de conteúdos conceituais simplesmente assumidos como já postos ou prontos, exclusivamente formais ou a priori. Por consequência é platônica e idealista aquela argumentação que desenvolve correlações inferenciais

<sup>60</sup> [...] identificherebbe il contenuto che di norma viene espresso dagli enunciati dichiarativi ed é poseduto dalle credenze con insiemi de mondi possibili o con condizioni di verità altrimenti specificate.

<sup>61</sup> Si accosta al contenuto di proposizioni o principi concettualmente espliciti partendo da ciò che é impliciti nelle pratiche di usare espressioni e acquisire o fare appelo a credenze.

exclusivamente lógico-formais sem levar em conta conteúdos e elementos pragmáticos de persuasão.

O pragmatismo lingüístico adotado por Brandom e aqui utilizado “[...] poderia assumir como slogan o princípio de Sellars segundo o qual ‘apreender um conceito significa padronizar o uso de uma palavra’.” <sup>62</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2002, p. 16)

A palavra “tijolo” é um tipo de padronização usado para designar um objeto com certas características físicas e dotado de certa funcionalidade (feito de material sólido, com forma retangular, usado normalmente para construção civil, etc.)

Não é adequado, ou normativamente correto, usar a palavra “tijolo” para expressar outros objetos que não têm as características normativas atribuídas a ele, em especial as características funcionais.

Não devo (não é normativamente adequado) chamar de “tijolo” um objeto comprido, feito de metal e tecido impermeável, e normalmente usado para se proteger da chuva ou do sol. Devo chamá-lo de guarda-chuvas.

Mas como já dito, o uso (comum ou eventual) define o conteúdo conceitual. Um mesmo objeto com as características físicas de um “tijolo” deve ser designado “arma do crime” quando usado para lesionar alguém ou destruir bens.

O *conteúdo conceitual* será construído pelo processo de explicitação das razões que justificam o uso da expressão lingüística. Valores, idéias, desejos, crenças, compreensões, convicções e intenções conduzem à justificação do uso, compondo, neste sentido, o *conteúdo conceitual*.

A lógica, para Brandom (2002, p. 20), na mesma linha de Frege, tem um papel expressivista; é destinada a exprimir os *conteúdos conceituais*. “Falar de conceitos significa falar dos papéis [deles] no raciocínio.” <sup>63</sup>

E raciocínio, nesta acepção, está ligado à idéia de

[...] racionalidade que nos qualifica como seres *racionais* (e não puramente sencientes) pode ser identificada com a participação no

<sup>62</sup> [...] potrebbe assumere come slogan il principio di Sellars secondo il quale “aferrare un concetto significa padroneggiare l’uso di una parola”

<sup>63</sup> Parlare di concetti significa parlare di ruoli nel ragionamento.

jogo social, implicitamente normativo, de oferecer e valorar, produzir e consumir razões.<sup>64</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2002, p. 85)

Racionalidade no sentido de dar e exigir razões para os juízos contidos em proferimentos enunciativos, sejam eles normas legais, posicionamentos teóricos ou orações em sentenças judiciais.

E, por sua vez, [...] “asseverar um enunciado equivale a assumir implicitamente um compromisso por meio da correção de inferência material das suas circunstâncias às suas conseqüências de aplicação.”<sup>65</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2002, p. 70)

Assim, o vocabulário lógico para Brandom desenvolve um papel expressivista na inferência material. Em suas palavras:

Além disso, sustento uma concepção expressivista da lógica, ou julgo que o papel característico que distingue de maneira específica o vocabulário lógico consiste em tornar explícitos, sob a forma de asserções, aspectos do jogo de dar e pedir razões em virtude dos quais os elementos do vocabulário *não* lógico desenvolvem seus próprios papéis.<sup>66</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2002, p. 85)

Apesar do que

A linha do expressivismo lógico considera os condicionais como instrumentos que tornam explícitos, dando a eles a forma de asserções, os compromissos inferenciais materiais implícitos, mas não os considera necessários para tornar boas as inferências que explicitam.<sup>67</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2002, p. 90)

<sup>64</sup> [...] razionalità che ci qualifica come esseri raziocinanti (e non puramente senzienti) può essere identificata com la partecipazione al gioco sociale, implicitamente normativo, di offrire e valutare, produrre e consumare ragioni.

<sup>65</sup> [...] asserire um enunciado equivale ad assumere implicitamente um impegno verso la correttezza dell'inferenza materiale dalle sue circostanze alle sue conseguenze di applicazione.

<sup>66</sup> Inoltre, sostengo una concezione espressiva della logica, ovvero ritengo che il ruolo caratteristico che distingue in maniera specifica il vocabolario logico consista nel rendere espliciti, sotto forma di asserzioni, aspetti del gioco di dare e richiedere ragioni in virtù dei quali gli elementi del vocabolario non logico svolgono i ruoli loro propri. [...] Il ruolo espressivo del condizionale è rendere esplicito, sotto forma di asserzione, ciò che prima era implicito nella nostra pratica di qualificare come buone certe inferenze.

<sup>67</sup> La línea dell'expressivismo lógico considera i condizionali strumenti che rendono espliciti, dando loro la forma di asserzioni, gli impegni inferenziali materiali implíciti, ma non li considera necessari per rendere buone le inferenze che explicitano.

Deste modo, usando *inferências materiais*, vai-se de crenças a crenças, de crenças a intenções ou de intenções a crenças, buscando tornar explícito o que está implícito.

Na prática jurídica, inferências materiais são usadas todo o tempo.

Do seguinte enunciado inserido numa dada sentença: *concedo o habeas corpus a João Simplorino, morador do Viaduto da São Romão por ser ilegal a prisão efetuada as 21:00 horas, no local em que dormia, debaixo do viaduto*; usando os condicionais ou não, pode-se inferir várias proposições:

- a) o texto constitucional autoriza o juiz considerar como casa o local debaixo do viaduto onde alguém mora (crença/convicção);
- b) João Simplorino realmente mora lá (crença/convicção);
- c) A prisão foi efetuada à noite (atribuição);
- d) A intenção da Constituição Federal é garantir tranquilidade à noite a todas as pessoas para que possam gozar de descanso;
- e) Se João Simplorino é morador de rua e se foi preso à noite em local considerado como sua casa, então a prisão não é autorizada ou legítima.

A inferência produzida pelo juiz, ao conceder a ordem de soltura a João Simplorino, é verdadeira, ou como diz Brandom (2002), materialmente correta, se as crenças e as intenções acima descritas são autorizadas. Se a prisão não tiver sido realizada às 21:00 horas, mas às 09:00 horas, portanto no horário diurno, a inferência produzida na sentença não é adequada e merece reparo.

Quanto às transições de crenças para intenções, se o juiz declara que acredita que a expressão “casa”, para configurar o asilo inviolável constitucionalmente, alcança todos os tipos de locais onde a pessoa vive e dorme, pode-se inferir que sua intenção, seu comprometimento no agir, será no sentido de garantir a todos um local de tranquilidade noturna, seja no formato tradicional de uma casa ou qualquer outro.

Partindo de intenções para crenças, o juiz que defere um *habeas corpus* a alguém que vive debaixo de um viaduto com base no inciso XI, artigo 5º da CF, mesmo que não declare expressamente o que acredita como sendo uma “casa”, pode-se inferir que sua crença (compromisso doxástico) quanto ao que é o conteúdo

conceitual de “casa” é mais amplo do que o tradicional modelo de casa (composta de paredes, janelas, portas, teto, etc).

Vê-se, portanto, que crenças funcionam sempre como premissas ou conclusões de *raciocínios práticos*, ou seja, de raciocínios voltados ao agir. E no raciocínio jurídico, as crenças estão atreladas às intenções, a condicionamentos de comportamentos.

Em verdade, são as crenças e intenções que conduzem às ações (atos de fala, omissões, tomadas de posições, afirmações, ordens, etc.).

Crenças e intenções funcionam como premissas e conclusões de inferências materiais. Partindo-se delas ou chegando-se a elas, as mesmas estão sempre presentes nas ações performativas.

Crenças e intenções são inseparáveis no raciocínio jurídico, por sua característica deôntica. O agir é o comprometer-se com uma prática, e não há como agir sem crenças. E ter crenças é se comprometer que algo deve ser verdadeiro. No exemplo proposto, o juiz, o policial, ou qualquer outra pessoa que não tivesse os conceitos de casa, noite, prisão, etc., não teria como agir: prender ou não, decidir sobre a legalidade da prisão, mantendo-a ou não, etc.

### **3.3.3. O papel expressivista do vocabulário normativo**

Na explicitação das razões no raciocínio prático, o *vocabulário normativo* desempenha um papel importante; o mesmo desempenhado pelos condicionais no raciocínio teórico.

Entendem-se por *vocabulário normativo* os diversos tipos de “*deve*”, que podem se apresentar por meio deste verbo de forma explícita, pelo uso do verbo *poder*, pelo uso de outros verbos, no futuro expressando um comprometimento de agir ou por meio de expressões que designam preferência.

Diferentes tipos de *deve* representam diferentes tipos de modelos de raciocínios práticos, ou seja, de modelos de inferências práticas que explicitam ou produzem as razões do agir ou que conduzem ao agir.

Para demonstrar esta função do vocabulário normativo, Brandom (2002) apresenta três exemplos de modelos de raciocínio prático:

- α. Somente abrindo o guarda-chuva ficarei seco, por isto abrirei o guarda-chuva.
- β. Sou um bancário e estou indo ao trabalho, por isto colocarei uma gravata.
- γ. Espalhar uma fofoca poderia prejudicar alguém, sem motivo, por isto não espalharei esta fofoca.<sup>68</sup> (tradução nossa) (BRANDOM 2002, p. 88)

O primeiro se refere a um *deve prudencial (instrumental)*, e o desejo de estar ou não molhado fará a diferença quanto à adequação da conclusão de *abrir ou não o guarda-chuva*.

O desejo, neste caso, funciona como uma das premissas implícitas do raciocínio prático, e sem ele o raciocínio é incompleto.

No segundo modelo, está-se diante de um *deve institucional*, há um estatuto de comportamento que os empregados de banco devem seguir independentemente de seus desejos ou preferências.

O que realmente importa, na produção do raciocínio, é a identificação das normas de conduta que este estatuto dos bancários contém e o assumir a crença de que quem está sendo compelido a usar gravata é um bancário, assumindo, com esta condição, o dever de agir de uma determinada forma (por exemplo, usando gravata).

Já o terceiro modelo, que representa um tipo de *deve incondicional (moral)*, difere dos dois anteriores. A obrigação de não passar adiante uma fofoca independe dos desejos, preferências ou mesmo de um *status* social. A obrigação, por este modelo de raciocínio prático, é imposta a todos incondicionalmente.

Estas normas *prudenciais* (ou instrumentais), *institucionais* e *incondicionais* (tornadas explícitas pelos correspondentes “si deve”) representam somente exemplos típicos, e não fornecem um elemento exaustivo, mas mostram a correspondência entre tipos diversos de normas e modelos diversos de raciocínio prático. A idéia é que o vocabulário normativo seja um tipo de vocabulário lógico na minha concepção expressivista: a sua função expressivista é de tornar explícitos os compromissos nos confrontos de certas inferências.<sup>69</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2002, p. 95)

<sup>68</sup> α. Solo aprire l'ombrello mi terrà asciutto, perciò aprirò l'ombrello. β. Sono un impiegato di banca e sto andando al lavoro, perciò metterò la cravatta. γ. Raccontare questo pettegolezzo potrebbe ferire qualcuno, senza scopo, perciò non racconterò questo pettegolezzo.

<sup>69</sup> Queste norme prudenziali (o strumentali), istituzionali e incondizionate (rese esplicite dai corrispondenti “si deve”) rappresentano solo esempi tipici, e non forniscono un elenco esaustivo, ma mostrano la corrispondenza tra tipi diversi di norme e modelli diversi di ragionamento pratico. L'idea è che il vocabolario normativo sia un tipo di vocabolario logico nella mia accezione espressiva: la sua funzione espressiva è rendere espliciti gli impegni nei confronti di certe inferenze.

A hermenêutica jurídica, como forma de raciocínio prático, busca definir os compromissos (ter o dever de fazer algo) assumidos e atribuídos uns aos outros, e as legitimações (ter o direito de fazer algo) próprias ou atribuídas a outrem.

Há uma variedade de tipos de raciocínios práticos existentes no discurso do direito. Assim, não se pode tratar as normas legais como se fizessem parte de um só padrão de raciocínio prático (como se fossem monotônicas). É necessário, para que se façam boas inferências, para que se tirem conclusões acertadas, para se saber que elementos fazem parte do raciocínio, que se identifique o tipo de vocabulário normativo usado.

Exemplificativamente, no raciocínio prático para a produção do conteúdo proposicional das normas de direito tributário não são levados em consideração o desejo e a intenção de produção do resultado, diferentemente do direito penal que considera relevantes tais elementos. São tipos de vocabulários normativos diversos, pois implicam a consideração ou desconsideração de elementos diversos para os raciocínios prático-jurídicos.

### **3.4 A indeterminação da norma jurídica**

No momento de aplicação de uma norma jurídica para a solução de uma determinação situação conflituosa ou a definição de legitimações, nem sempre há consenso quanto a seu conteúdo.

O enunciado jurídico não define, por si só, o conteúdo da norma. São várias as razões que sustentam esta afirmação. E aqui serão apontadas algumas delas.

#### ***3.4.1 A dimensão social da linguagem e sua dinamicidade***

Se o direito é linguagem, considerado nas suas dimensões formal e material, seu conteúdo é condicionado pelas características dela.

Saussure (2003, p. 16) sustenta que “a linguagem tem um lado individual e um lado social, sendo impossível conceber um sem o outro.”

Em nenhum momento, e contrariamente à aparência, a língua existe fora do fato social, visto ser um fenômeno semiológico. Sua natureza social é um dos seus caracteres internos; sua definição completa nos coloca diante de duas coisas inseparáveis: língua e massa falante. Mas, nessas condições, a língua é viável, não vivente; levamos em conta apenas a realidade social, não o fato histórico. (SAUSSURE, 2003, p. 92)

Se a linguagem tivesse apenas uma dimensão individual, se tivesse características exclusivas em cada sujeito, não seria possível a comunicação, e a vida social, pois cada qual teria suas próprias referências significante-significado. O individual é o que difere os seres humanos; é o que lhe é próprio, exclusivo. Por outro lado, a dimensão social da linguagem é a evidência de que algo é compartilhado pelos indivíduos, de algo que lhes é comum.

Como dito por Saussure (2003), a linguagem necessita tanto da dimensão individual como da social para sua funcionabilidade. Elementos da individualidade são comunicados por meio de recursos e referências comuns a falantes e ouvintes.

E ainda que:

[...] A cada instante, a linguagem implica ao mesmo tempo um sistema estabelecido e uma evolução: a cada instante, ela é uma instituição atual e um produto do passado. Parece fácil, à primeira vista, distinguir entre esses sistemas e sua história, entre aquilo que ele é e o que foi; na realidade, a relação que une ambas as coisas é tão íntima que se faz difícil separá-las. Seria a questão mais simples se se considerasse o fenômeno lingüístico em suas origens; se, por exemplo, começássemos por estudar a linguagem das crianças? Não, pois é uma idéia bastante falsa crer que em matéria de linguagem o problema das origens difira do das condições permanentes; não se sairá mais do círculo vicioso, então. (SAUSSURE, 2003, p. 16)

A dimensão social da linguagem implica, dentre outras coisas, que o homem não tenha controle absoluto sobre o conteúdo da linguagem que usa. Apesar de o homem, quando usa a linguagem, o fazer referenciado pela normatividade lingüística social (guarda-chuvas é uma palavra usada pela sociedade brasileira para definir um objeto com dadas características e usado para certos fins), portanto, com certas delimitações de uso das palavras, o uso social não é unívoco e estático. Não há, para cada palavra, ou frase, um sentido apenas. Para tal comprovação, basta abrir um dicionário e lá se encontrarão, para cada palavra, definições diferentes em contextos distintos.



Além do que, a dinamicidade da sociedade faz com que o uso das palavras, e portanto seu conteúdo conceitual, sofra alterações com o tempo e as mudanças sociais. A famosa expressão “mulher honesta” tem hoje uma denotação diferente daquela que tinha nos anos 50 e 60 do século passado.

Assim, resta aos seres humanos aceitar o fato de que o controle que exercem sobre a linguagem é apenas relativo, porquanto o significado depende também de elementos externos a ela e a eles.

### 3.4.2 O excedente de significação na linguagem

Outra característica que implica a impossibilidade de controle absoluto da linguagem é o que se pode denominar de “excedente de significação”.

Husserl, citado por Stegmüller, sustentando a idealidade da linguagem defende que

**As significações expressas pertencem ao domínio das unidades ideais, do qual se falou na seção anterior. Se digo “as três alturas de um triângulo cortam-se em um ponto”, há na base disso uma experiência ou vivência de juízo em mim. Mas não é esta experiência manifesta de juízo que constitui a significação da expressão, senão aquilo que a proposição acima enuncia. Esta significação é identicamente a mesma, igualmente válida para quem quer que a pronuncie e em qualquer ponto temporal que for pronunciada. Nela não está contido nada referente àquele que emite o juízo.** A idealidade da significação vale até mesmo quando o objeto significado é individual-temporal, por exemplo na proposição “Napoleão I foi o vencido em Waterloo”. Também neste caso a proposição pode ser pronunciada por qualquer pessoa e em qualquer tempo sem que se altere sua significação que, com isso, se revela algo ideal-intemporal. (grifo em negrito não consta do original) (STEGMÜLLER, 1977, p. 67)

Uma das conseqüências que se pode extrair do aspecto da idealidade da linguagem sustentada por Husserl, e que interessa a este trabalho, é exatamente o “excedente de significação”.

Quando alguém se manifesta lingüisticamente, o faz calcado em uma vivência (direta ou indireta), mas o que se exprime na linguagem não é esta vivência, mas a significação expressa, que, por ter a linguagem dimensão social e dinamicidade,

acaba por fugir do controle absoluto do significado pelo emitente da expressão lingüística.

Quando o legislador da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América garantiu no artigo 4º o “direito à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias” (Mitchell, 1980, p. 41)<sup>70</sup>, com toda certeza, pela época em que se deu (final do século XVIII), não teve como vivência o contato com e-mail ou qualquer outro tipo de comunicação virtual. Entretanto a significação ou o conteúdo proposicional desta garantia constitucional não pode ficar restrito às suas vivências (papéis como referência a algo físico, palpável).

A intenção contida no enunciado contextualizado na época atual é diferente da intenção original dos legisladores norte-americanos.

Um legislador, quando produz um enunciado jurídico, o faz calcado em suas vivências, mas não tem como impedir que o significado, entendido também como o conteúdo intencionado, seja diferente do querido por ele. Isto se agudiza na medida em que ele, por mais que imagine todas as situações possíveis de regulação, não é capaz de imaginar todas as situações presentes e futuras que tenham aquelas características ou notas apontadas pelo enunciado jurídico.

### **3.4.3 A transição do universal ao particular**

O enunciado jurídico (a não ser em raras situações) não aponta detalhes de uma situação de fato existente, identificando o destinatário e outras características temporais e espaciais específicas de um dado acontecimento. Mas, ao contrário, fixa notas ou características de uma dada universalidade de pessoas (generalidade) e de ações possíveis (*abstração*).

---

<sup>70</sup> O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

Diante de uma situação concreta, na qual se devem definir os *status normativos* dos envolvidos, é necessária uma operação que realize a transição do universal para o particular, ou seja, do enunciado jurídico para uma proposição jurídica específica ao caso em análise.

Nesta operação, pode-se produzir uma situação de indeterminação da norma jurídica quando as características de um dado acontecimento não coincidem exatamente com as notas do enunciado, ou quando alguma e/ou algumas destas características devem ser levadas em consideração, mesmo sem constarem do enunciado jurídico, para que não se cometa injustiça ao tratar desiguais com igualdade.

Larenz, sobre o assunto, discorre:

A maior parte das situações fácticas são (sic) por demais complexas. A norma, que tem de se simplificar, porque quer abarcar uma série de situações fácticas, apreende em cada situação fáctica particular apenas alguns aspectos ou elementos. E descarta de todos os outros. Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns dos elementos descartados na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível (sic), se não se quiser (a partir da noção de Direito) tratar o desigual como “igual” e assim resolver “injustamente”. (LARENZ, 1997, p. 294)

Evidente que não se pode conferir livre-arbítrio ao aplicador da norma para a escolha de quais aspectos ou elementos deve levar em consideração para a solução de um dado caso, sob pena de se comprometer a objetividade intersubjetiva na efetivação do direito e produzir insegurança jurídica.

A intenção-fim, ou a situação que se pretende produzir com a norma, ligada a uma certa concepção de justiça, extraídas do ordenamento como um todo, são os elementos que balizarão a escolha dos aspectos fácticos que são relevantes ou não para a aplicação justa da norma. Só assim se atingirão os objetivos gerais do direito efetivo de produção de segurança jurídica e correção ou justiça da decisão.

#### **3.4.4 A seletividade normativa da realidade**

Quando se está diante de uma situação que exige uma decisão jurídica, é necessário, para produzir a proposição jurídica que irá definir os *status normativos*

dos envolvidos (compromissos assumidos e atribuídos de fazer, não fazer ou permissão de fazer ou não fazer, bem como legitimação para responsabilizar os inadimplentes), que sejam selecionados os enunciados jurídicos capazes de fornecer as notas características do comportamento prescrito e suas conseqüências jurídicas.

A extração de uma proposição jurídica de um ou de vários enunciados de um texto jurídico-normativo depende da situação fática colocada para a análise. Se é certo que a norma seleciona fatos, conferindo-lhes *status* jurídico, também é correto afirmar que os fatos condicionam a escolha das normas.

Larenz, usando como exemplo a pretensão de uma mulher a uma indenização por mordedura do cão do vizinho, expõe o condicionamento fato-norma da seguinte maneira:

A selecção das proposições jurídicas relevantes para a apreciação jurídica, e, com isso, para a conformação da situação de facto definitiva, ocorre primeiramente de modo a que o julgador, partindo da “situação de facto em bruto”, põe a prova, de certo modo, umas atrás das outras, as normas que são potencialmente aplicáveis, afasta aquelas que, numa observação mais aproximada, se revelem inaplicáveis, e acolhe outras que logo se deparam à vista. Assim, se souber que aqui se não deu uma pretensão de cumprimento, examinará se se deu aqui, porventura, uma pretensão de indemnização por lesão da confiança ou uma pretensão de enriquecimento. Para poder apreciar exhaustivamente a situação de facto sob este ponto de vista, necessitará talvez de novos factos, até aí não tomados em conta, a fim de com eles completar em definitivo a situação de facto. (LARENZ, 1997, p. 396)

A pretensão do indivíduo, surgida a partir de uma determinada situação de fato, condiciona a escolha dos enunciados normativos para a extração de uma proposição jurídica apta a solucionar a questão.

Qual ou quais deles serão selecionados para a aplicação depende do caso concreto e dos interesses envolvidos. Se alguém pretende usucapir área superior a 250m<sup>2</sup>, o artigo 183 da Constituição Federal deve ser afastado, pois não lhe fornecerá os enunciados necessários à concretização de sua pretensão. Como pode, de outra forma, ser usado pelo proprietário do imóvel, que, tendo interesse contrário, procura resistir à pretensão do possuidor.

## 4 A APLICAÇÃO DA NORMA

### 4.1 O construtivismo jurídico dworkiano

Dworkin (2001, 2002, 2003), focado na fase de aplicação da norma jurídica por juízes norte-americanos e ingleses, apresenta uma teoria do direito, que se pode chamar de construtivista, pois o considera fruto de uma construção racional na qual o julgador participa.

Neste tópico apresentar-se-á, de maneira sintética, a **teoria construtivista do direito de Dworkin**, com alguns acréscimos e críticas.

A teoria construtivista do direito efetivado se baseia, entre outras coisas, na idéia de que o direito não se resume aos enunciados jurídico-normativos, mas que também não é qualquer decisão jurídica, sem qualquer vinculação normativa prévia, tomada por órgãos de autoridade estatal<sup>71</sup>.

Em resposta ao que é o **direito**, Dworkin (2003, p. 271), considerando-o como integridade, sustenta que **é fruto de um descobrir e um inventar**. Os juízes, no raciocínio jurídico, “fazem as duas coisas e nenhuma delas.”

Dworkin dá conta da existência de uma bidimensionalidade do direito, compreendido como algo que já existe e que é criado. Bidimensionalidade indissociável, formadora de uma terceira figura, fruto de uma “construção”. Realmente construir é criar algo, a partir de algo. O produto não é uma completa novidade por ser produzido a partir do existente, mas não deixa de inovar ao apresentar algo que não existia completamente na realidade.

O que já existe, no sistema jurídico, são normas com características de abstração e generalidade, aptas a serem aplicáveis a determinadas situações. O que se cria é a decisão, diante de uma situação real de conflito entre pessoas, com base na previsão normativa, sobre qual pretensão ou interesse deve prevalecer.

A norma abstrata e geral sem a aplicação à realidade perde seu sentido, pois o direito é uma ciência social aplicada. Outrossim, a decisão do que deve prevalecer

---

<sup>71</sup> A perspectiva neste tópico é a existência do dissenso entre indivíduos sobre o que seja o direito e de sua solução na jurisdição. Porém, não se desconhece que o direito também é construído fora do âmbito jurisdicional e com o consenso dos envolvidos.

sem qualquer parâmetro normativo preestabelecido é puro decisionismo, que não combina com as pretensões conferidas ao direito de produção de segurança jurídica (busca de estabilização de expectativas de comportamento) e a justiça (correção da decisão).

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado, e com isso segurança jurídica; de outro lado, os **processos racionais da normatização e da aplicação do direito** prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas *merecem* obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. (grifo nosso) (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 245)

Assim, o direito é o resultado de uma construção que se materializa em duas fases. Uma primeira de “normatização<sup>72</sup>”, que é (ou deveria ser) realizada no modelo *civil law* precipuamente pelos legisladores, e prevê modelos de comportamentos e suas conseqüências positivas e/ou negativas. Estes modelos podem ser construídos semântico-sintaticamente com maiores ou menores detalhes da realidade que pretendem conformar.

Como dito anteriormente, a produção da norma geral é realizada por indivíduos ou grupos de indivíduos, legitimados por um dado processo de representação destes, que interpretam uma dada realidade social, valorando-a e realizando preferências em relação a quais bens jurídicos devem ser protegidos, em detrimento de outros, ou quais titulares desses bens têm prioridade sobre o restante da comunidade. Os valores que direcionam as escolhas não devem ser os dos legisladores, mas aqueles compartilhados pela comunidade, ou seja, que podem ser atribuídos à identidade coletiva idealizada.

A segunda fase, de “aplicação” da norma, confere dinamicidade ao direito, colocando-o como instituição social apta a solucionar conflitos reais de interesses, a partir de parâmetros axiológicos e pragmáticos preestabelecidos pelo ordenamento jurídico e ideais de justiça.

Esta bidimensionalidade do direito oculta uma tensão interna entre “segurança jurídica” e “correção” da decisão. O enunciado normativo procura conferir parâmetros que visam estabilizar expectativas de comportamento dos

<sup>72</sup> Adota-se as expressões “normatização” e “aplicação” para designar as duas fases de construção do direito em consonância com Habermas, com apenas uma modificação: não se usará aplicação do direito, mas aplicação da norma, pois a primeira expressão dá a entender que o direito preexiste à aplicação.

indivíduos, enquanto se busca, na decisão do caso real, produzir uma decisão justa, “correta”, legítima.

Dworkin desenvolve sua teoria construtivista criticando várias teorias, denominadas por semânticas, pragmatistas e convencionalistas, por não considerarem a bidimensionalidade do direito ou por não a considerarem de forma adequada.

A seguir serão apresentadas as principais críticas de Dworkin a estas teorias.

#### **4.1.1 Crítica às teorias semântico-sintáticas e a dimensão pragmática do direito**

As teorias, denominadas por Dworkin como semânticas do direito, serão aqui tratadas por **teorias puramente semântico-sintáticas**.

Tais teorias pressupõem que o direito corresponde ao texto legal e para descobri-lo basta saber o que as palavras dos enunciados normativos significam. O direito seria, então, o conjunto de regras escritas pelos legisladores (ou precedentes dos tribunais, no caso do *common law*), cumprindo ao julgador apenas o papel de descobrir seu real significado por meio de operações semânticas e sintáticas. A significação seria estática, evidente e independente de interpretação.

Pressupõem um sistema fechado de regras e sua suficiência, de modo geral, para a solução de todas as questões de direito. É uma visão estática do direito, voltada para as decisões do passado e que privilegia a idéia de segurança jurídica material em detrimento da legitimidade.

A defesa da existência de duas fases na construção do direito e da necessidade de decisões ao mesmo tempo legítimas e preservadoras de uma segurança jurídica, pressupõe a falácia da univocidade semântica da prescrição normativa e a insuficiência do texto para, sozinho, gerar o direito a ser efetivado.

Dworkin, analisando decisões da Suprema Corte norte-americana e de Tribunais ingleses demonstra a insuficiência da crença de que o direito é um sistema fechado e preestabelecido, que tem como fonte única o texto normativo formado exclusivamente por regras (considerado por ele como prescrições legais com um maior grau de detalhes sobre a realidade que pretende regular).

O direito não é algo estático, mas dinâmico. Direito é vivência em sociedade, é convivência, é a realização de escolhas, do que deve prevalecer sobre o que; quem tem razão e o que se pode fazer.

***Direito é ação de decidir.*** E Dworkin percebe essa dimensão pragmática do direito, ao não trabalhar teoricamente sua teoria, procurando fundamentá-la não somente sobre argumentos teóricos pré-estabelecidos, mas também sobre decisões judiciais em casos reais, apesar de não admiti-la explicitamente e de criticar um tipo de pragmatismo.

Analisa, dentre outros, o caso *Elmer vs. Palmer* (DWORKIN, 2003, p.20), no qual a Suprema Corte norte-americana teve que optar entre as possibilidades reais de conferir a Elmer a herança do avô que ele assassinara, ou negar esta pretensão, garantindo o direito hereditário a outros parentes, por ausência de uma regra dispondo sobre o caso.

E o caso *Snail Darter*, oportunidade na qual a Suprema Corte ordenou a interrupção da construção de uma barragem para proteger uma espécie de peixe, que se acreditava poder ser extinta com a obra. Preferiu-se a preservação de uma espécie animal em detrimento de benefícios que seriam gerados a milhares de pessoas que se beneficiariam com a energia elétrica produzida. Neste caso, existia uma norma que só obteve maiores contornos a partir de sua interação com a realidade.

Assim, as teorias do direito não têm por função descrever algo, mas apontar possíveis soluções para conflitos reais. Soluções que não são produto natural ou são guiadas por uma ordem inata, mas, ao contrário, escolhas ligadas aos objetivos e metas que uma sociedade entende como justas e pretende alcançar.

As teorias puramente semântico-sintáticas não conseguem apresentar soluções adequadas à produção de resultados justos e legítimos, pois são baseadas na estática, desprezando a dinâmica social. A dinamicidade e a pluralidade social produzem uma infinidade de situações inimagináveis por qualquer legislador. Impossível se prever com detalhes todas as situações futuras de relevância social passíveis de conflito, bem como as conseqüências jurídicas adequadas à conformação dos comportamentos humanos.

Ademais, a solução apontada pelas teorias puramente semântico-sintáticas para suprir a insuficiência textual é inadmissível. Conferir poderes amplamente discricionários ao decididor é suprimir a primeira fase de construção do direito,



retirando-lhe parte de sua legitimidade, deixando de lado a busca pela estabilização de expectativas de comportamentos.

A produção do direito deve ser realizada por processos (legislativos, judiciais, administrativos) previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, que definem quem está autorizado a fazer o quê e em que limites materiais e processuais.

A primeira fase da construção do direito se desenvolve dentro de um discurso no qual é permitido todo tipo de argumento, seja moral, ético, econômico, religioso. Há um grande número de opções de escolha de valores, fins e meios, buscando-se atingir o justo.

Já na segunda fase, em que o decididor aplica o enunciado normativo a um caso concreto, não é legítima a escolha de qualquer fim ou meio, mas ao contrário, o juiz está vinculado (num grau maior ou menor de detalhes) aos parâmetros axiológicos, pragmáticos e às concepções de justiça, preestabelecidos na primeira fase.

Dworkin (2001) entende que apesar das decisões judiciais serem políticas em algum sentido, os juízes não devem decidir os casos com base em diretrizes políticas, ou seja, levando-se em consideração apenas o bem-estar geral, por meio de escolha de metas e meios para alcançar objetivos ligados ao interesse geral.

Os juízes devem basear seus julgamentos em argumentos de princípio político e não de procedimento político; devem recorrer a direitos políticos dos cidadãos para tomar suas decisões, entendidos estes como direitos contra-majoritários previstos ou não no ordenamento jurídico.

Em suas palavras:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral – , e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2001, p. 101)

A diferenciação entre direito e política é necessária porque “a segurança jurídica do direito deve ser garantida através de decisões consistentes, na base de um sistema de normas suficientemente determinadas.” (HABERMAS, 1997, vol. I, 249)

E

A revocação não-dissimulada da garantia da segurança do direito significa que a jurisdição precisa renunciar, em última instância, à pretensão de estabilizar as expectativas de comportamento, que é a função do direito. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 250)

Todavia, a dinamicidade social exige mais do que regras. A impossibilidade de prever em textos legais todas as circunstâncias fáticas futuras carentes de regulamentação leva o legislador à produção de normas com dimensões semântico-sintáticas mais abertas, denominadas princípios por Dworkin.

Quanto à diferença entre princípios e regras, Dworkin (2002, p. 39) teoriza:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

As regras conteriam as conseqüências jurídicas que se seguem de forma automática quando as condições fáticas se realizam, ao contrário dos princípios que não conteriam tais previsões. O princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular.” (DWORKIN, 2002, 41)

Além do mais, o que também diferencia princípios de regras é que os primeiros têm uma dimensão de peso ou importância, enquanto as regras são válidas ou inválidas.

Num conflito entre regras, a precedência de uma sobre a outra é decidida por critérios de grau hierárquico da norma, revogabilidade das normas recentes sobre as antigas e prevalência das disposições especiais sobre as gerais. (DWORKIN, 2002, p. 43)

A diferenciação sintático-semântica entre regras e princípios é dada por uma questão de forma quanto ao grau de abstração da linguagem usada e a definição maior ou menor da situação fática.

Apesar das diferenças, regras e princípios têm imperatividade, caráter deontológico.

Para Dworkin (2003), os princípios necessitariam de mais elementos da realidade para a construção de seu conteúdo proposicional do que as regras, mas ambos, em graus diferentes, carecem, para a fixação de seus conteúdos, da interação com a situação fática.

Habermas (1997) também reconhece uma relação de reciprocidade condicionante entre fato e norma mesmo em relação às regras:

Um estado de coisas conforme as regras só se constitui a partir do momento em que é descrito em conceitos de uma norma a ele aplicada, ao passo que o significado da norma é concretizado pelo fato de ela encontrar aplicação num estado de coisas especificado por regras. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 247)

Pode-se afirmar então que Dworkin reconhece a **dimensão pragmática do direito**, ao concebê-lo como uma **prática argumentativa**:

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. **Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa.** Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. Os povos que dispõem de um direito criam e discutem reivindicações sobre o que o direito permite ou proíbe, as quais seriam impossíveis – porque sem sentido – sem o direito, e boa parte daquilo que seu direito revela sobre eles só pode ser descoberta mediante observação de como eles fundamentam e defendem essas reivindicações. (grifo nosso) (DWORKIN, 2003, p. 17)

E como prática, o direito é intencional:

A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrarei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem [...] (DWORKIN, 2003, p. 62)

E, como não poderia deixar de ser, valorativa, axiologizante:

[...] um participante que interpreta uma prática social propõe um valor a essa prática ao descrever algum mecanismo de interesses, objetivos ou

princípios ao qual, se supõe, que ela atende, expressa ou exemplifica. (DWORKIN, 2003, p. 64)

[...] toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor ou de sucesso. [DWORKIN, 2003, p. 65]

Além de intenções, a interpretação pressupõe o compartilhamento de crenças e convicções:

Devem [os participantes de uma prática], na verdade, concordar sobre muitas coisas para poderem compartilhar uma prática social. **Devem compartilhar um vocabulário: devem ter em mente mais ou menos a mesma coisa quando mencionam chapéus ou exigências.**<sup>73</sup> Devem compreender o mundo de maneira bastante parecida, e **ter interesses e convicções suficientemente semelhantes para reconhecer o sentido das afirmações de todos os outros, para tratá-los como afirmações, não como meros ruídos.** Isso significa não apenas usar o mesmo dicionário, mas compartilhar aquilo que Wittgenstein chamou de uma forma de vida suficientemente concreta, de tal modo que um possa encontrar sentido e propósito naquilo que o outro diz e faz, ver que tipos de crenças e de motivos dariam um sentido a uma dicção, a seus gestos, a seu tom de voz, e assim por diante. (grifo nosso) (DWORKIN, 2003, p. 77)

Podemos agora retomar nossa exposição analítica para compor um inventário do tipo de convicções, crenças ou suposições de que uma pessoa necessita para interpretar alguma coisa. Ela precisa de hipóteses ou convicções para interpretar alguma coisa. Ela precisa de hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido, enquanto parte da prática, a fim de definir os dados brutos de sua interpretação na etapa pré-interpretativa; a atitude interpretativa não pode sobreviver a menos que membros da mesma comunidade interpretativa compartilhem, aos menos de maneira aproximada, as mesmas hipóteses a propósito disso. Ela também precisará de convicções sobre até que ponto a justificativa que propõe na etapa interpretativa deve ajustar-se às características habituais da prática, para ter valor como uma interpretação dela e não como invenção de algo novo." (DWORKIN, 2003, p.83)

Dworkin aponta a necessidade, para a interpretação, do compartilhar de convicções/crenças/compreensões relacionadas com o procedimento e com o conteúdo.

Porém Dworkin tem uma preocupação especial em afastar a idéia de univocidade semântica, tão cara às teorias semânticas, alertando que “essa semelhança de interesses e convicções só deve manter-se até um certo ponto”. (DWORKIN, 2003, p. 77)

---

<sup>73</sup> Compartilhar crenças/convicções, no sentido exposto por Brandom, de ter algo como verdadeiro.

Com toda certeza, Dworkin assume uma pragmática lingüística. O que ele objeta é um **pragmatismo “cético”**, apesar de denominar as teorias a seguir expostas apenas como pragmáticas. A adição do “cético”, extraído do próprio texto de Dworkin, se dá por conta do autor desta dissertação, por ver na teoria dworkiana características pragmáticas.

#### **4.1.2 Crítica ao pragmatismo “cético”**

O pragmatismo “cético” é uma teoria interpretativa e não uma teoria semântica.

O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão judicial. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência. (DWORKIN, 2003, p. 185)

Enquanto concepção do direito, o pragmatismo não estipula quais, dentre essas diversas noções de uma boa comunidade, são bem fundadas ou atraentes. Estimula os juízes a decidir e agir segundo seus próprios pontos de vista. [...] **O pragmatismo, [...] nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito.** (grifo nosso) (DWORKIN, 2003, p. 186)

Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamentos independentes. (DWORKIN, 2003, 195)

Para os pragmáticos “céticos” não há direitos previamente definido em convenções (normas, precedentes, etc.), mas os juízes, na análise das pretensões deduzidas, devem agir como se as pessoas tivessem direitos a serem reconhecidos.

Isto não quer dizer que os pragmáticos “céticos” desprezam ou desconsideram as leis e os precedentes, mas que eles têm uma doutrina atenuada, entendendo poder considerar alguns e desconsiderar outros.

A criação do direito pelo juiz é traço marcante e não comprometeria o princípio da segurança jurídica, pois os pragmatistas “céticos” acreditam que as pessoas, sabendo que o juiz pode criar nova regra e aplicá-la ao passado, comportar-se-iam da forma que imaginam que os tribunais considerassem de interesse geral, dispensando, com esta atitude, a elaboração de novas leis ou jurisprudência.

A preocupação central do juiz pragmatista “cético” é preservar ou promover a capacidade da legislatura de coordenar o comportamento social. A intenção dos legisladores ou da legislação é irrelevante.

O pragmático pensa que os juízes deveriam sempre fazer o melhor para o futuro, nas circunstâncias dadas, desobrigados de qualquer necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão. (DWORKIN, 2003, 196)

Mas as teorias cético-pragmáticas não garantem a segurança jurídica na medida necessária, falhando como teorias do direito, neste aspecto.

#### **4.1.3 Crítica ao convencionalismo**

As críticas de Dworkin também são dirigidas aos convencionalistas. Para os convencionalistas, o direito é fruto de decisões políticas do passado, portanto de convenções sociais, tomadas por instituições com poderes para fazê-lo. São exemplos de tais convenções as leis promulgadas pelo Legislativo e os precedentes.

Para Dworkin (2003, 142), “O convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito.”

Todavia,

O direito por convenção nunca é completo, pois constantemente surgem novos problemas que ainda não haviam sido resolvidos de nenhuma maneira pelas instituições que dispõem de autoridade convencional para resolvê-los. [...] Portanto, a decisão que um juiz deve tomar nos casos difíceis é discricionária no sentido forte do termo: é deixada em aberto, via correto entendimento de decisões passadas. O juiz deve encontrar algum outro tipo de justificativa além da garantia do direito, além de qualquer exigência de consistência com decisões tomadas no passado, que venha apoiar o que fará em seguida. (Isso poderia pertencer à esfera da justiça abstrata, ou do interesse geral, ou de alguma outra justificativa voltada para o futuro.) (DWORKIN, 2003, p. 142)

O convencionalismo tem semelhanças e diferenças com as teorias semântico-positivistas. Os positivistas afirmam que o direito se concretiza e se aplica por meio do próprio vocabulário jurídico, não havendo direito além do que estiver previsto nas convenções (leis, precedentes).

Já os convencionalistas reconhecem que se deve, na busca pelo direito, respeitar as convenções, mesmo se as considerarem injustas; mas se não há direito, porque não se tomou uma decisão política no passado quanto a uma determinada questão, os juízes devem usar o poder discricionário para criar um novo direito usando de padrões extrajurídicos. A decisão tomada discricionariamente será, para os futuros casos, uma convenção a ser seguida.

Em outras palavras, na ausência de disposição convencional legal o Judiciário teria legitimidade de criar a norma necessária à efetivação do direito.

Respondendo à questão do porque as decisões políticas do passado são vinculantes e legitimadoras da coerção estatal, Dworkin (2003, p.145) assevera que:

O convencionalismo oferece uma resposta aparentemente atraente a essa questão. As decisões políticas do passado justificam a coerção porque, e portanto apenas quando, fazem uma advertência justa ao subordinarem as ocasiões de coerção a fatos simples e acessíveis a todos, e não a apreciações recentes da moralidade política, que juízes diferentes poderiam fazer de modo diverso.

Ou, a coerção estatal é justificada pela segurança jurídica proporcionada ao se considerar como direito convenções prévias, produzidos por órgãos autorizados, prevendo as condutas dos indivíduos. O caráter de justiça é irrelevante para a legitimação das prescrições jurídicas.

Para os convencionalistas, na ausência de direito previsto na convenção, estará legitimado o juiz para criar direito novo para reger relações do passado, sendo mais honesto ao adotar esta postura do que fingir que descobriu algum direito

não existente em uma convenção. E sua decisão suprirá a falta do direito legal para os casos futuros.

No exercício da discricionariedade, o juiz deve se guiar pelo que acredita que a legislatura teria escolhido se tivesse apreciado e decidido a questão, mesmo com a possibilidade de se enganar.

Entendem que a criação de direito novo para reger relações do passado compromete o princípio das expectativas asseguradas, mas é o melhor que se pode fazer para se seguir o ideal político das expectativas asseguradas.

O convencionalismo pressupõe a prevalência do poder do passado sobre o presente.

De acordo com o convencionalismo, um juiz norte-americano é obrigado, pela melhor interpretação da prática à qual pertence, a aplicar aquilo que essas convenções declaram como direito em casos específicos, aprove-o ou não. Mas, para fazê-lo, ele deve decidir em cada caso o que essas convenções declaram como direito além de determinar, também, qual é o verdadeiro conteúdo de cada convenção. (DWORKIN, 2003, p. 150)

Mas os juízes divergem quanto às leituras certas das convenções legais e judiciais. Concordam que as leis e os precedentes são fontes de direito, mas nem sempre concordam, quando os interpretam, quanto a seus conteúdos.

É provável que dois juristas não entrem em acordo quanto à melhor interpretação das práticas da legislação ou do precedente em um caso específico, pois em termos gerais divergem em suas convicções políticas e morais. (DWORKIN, 2003, p. 151)

O fenômeno da discordância ocorre porque as proposições normativas explícitas contêm disposições implícitas, que devem ser extraídas por técnicas interpretativas. A divergência, quanto às proposições implícitas, será de substância, portanto, de convicções.

Usando a dicotomia entre extensão explícita e extensão implícita das convenções, Dworkin (2003, p. 152) divide o convencionalismo em duas correntes: o convencionalismo “estrito”, que reconhece apenas a dimensão explícita das convenções, e o convencionalismo “moderado”, que considera além da dimensão explícita a implícita.

A análise crítica do constitucionalismo efetuada por Dworkin tem como referência o convencionalismo “estrito”, pois tem uma visão muito restrita e irreal do



direito efetivo. O texto normativo ou judicial é insuficiente, no casos difíceis, para deles se extrair o conteúdo do direito.

O convencionalismo “estrito” considera a existência de lacunas no direito e entende legítima a criação de novo direito pelo juiz, enquanto que o “moderado” não precisa admitir a existência de lacunas no direito.

‘Por outro lado, o convencionalismo “moderado” é considerado por Dworkin como “uma forma abstrata e subdesenvolvida de direito como integridade.” (DWORKIN, 2003, p. 157)

A parte positiva do convencionalismo “moderado” é exatamente o reconhecimento de uma dimensão normativa não explícita, figurativamente representada por Dworkin pela “enorme massa do *iceberg* que se encontra sob a superfície da prática jurídica.” (DWORKIN, 2003, p. 158)

A crítica de Dworkin se dirige ao convencionalismo “estrito”, que “afirma que os juízes são liberados da legislação e do precedente nos casos difíceis porque a extensão explícita dessas convenções jurídicas não é suficientemente densa para decidir tais casos.” (DWORKIN, 2003, p. 158)

O convencionalista (estrito) não considera, equivocadamente, que “todo aquele que elabora o direito deve ter o cuidado de elaborar um novo direito que seja coerente com o antigo.” (DWORKIN, 2003, p. 162). Ele acaba por desprezar a *coerência*.

Deve-se buscar a coerência, tanto estratégica, como de princípio. Considerada a primeira como a harmonia existente entre o conjunto de regras do direito. As novas regras devem se adequar às já existentes, ou um novo conjunto de regras deve funcionar sem contradição. E a segunda,

[a] coerência de princípio é uma outra questão. Exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos seja coerente no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça. (DWORKIN, 2003, p. 163)

A diferença entre o direito como integridade, sustentando uma idéia de coerência, e o convencionalismo é que

o convencionalismo [...] rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos. [E o direito como integridade] supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita

das práticas políticas concebidas como convenção. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre o significado. (DWORKIN, 2003, p. 164)

Dito de outra forma, o convencionalismo considera o direito como um conjunto de regras ditadas por convenções, enquanto o direito como integridade concebe o direito como um *conjunto de normas* formado por *regras e princípios*. Isto é, considera o direito tanto em sua forma manifesta e explícita, como em sua dimensão latente, implícita.

Dworkin sustenta ainda a existência de uma resposta correta para todo caso:

O argumento de que estou errado, portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante. (DWORKIN, 2001, p. 215)

Para fornecer a resposta correta a cada caso apresentado ao Judiciário, é imaginado por Dworkin um juiz ideal. O juiz Hércules é “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, 2002, p. 165).

Hércules seria capaz de conhecer todo o ordenamento jurídico e os precedentes e imaginar todos os argumentos contra e a favor das partes, produzindo uma decisão acertada sobre o que seria o direito e a quem ele seria conferido.

#### **4.1.4 Crítica ao Juiz Hércules sob o enfoque do procedimentalismo**

Habermas resume a teoria de Dworkin da seguinte forma:

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 260)

E adota as idéias de coerência e integridade do Direito, concebendo uma **teoria discursiva**, com a qual, como Dworkin, pretende superar a tensão interna ao Direito entre segurança jurídica e justiça:

A teoria do juiz Hércules reconcilia as decisões racionalmente reconstruídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional no presente, ou seja, reconcilia a história com a justiça. (HABERMAS, 1997, vol I, p. 264)

O princípio da “integridade” caracteriza o ideal político de uma comunidade, na qual os parceiros associados do direito se reconhecem reciprocamente como livres e iguais. É um princípio que obriga tanto os cidadãos como os órgãos da legislação e da jurisdição a realizar a norma básica de igual consideração e do igual respeito por cada um nas práticas e instituições da sociedade [...] (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 267)

Mas Habermas encampa a crítica de Michelman ao solipsismo decisional materializado no juiz Hércules de Dworkin:

A crítica à teoria do direito solipsista de Dworkin tem que situar-se no mesmo nível e fundamentar os princípios do processo na figura de uma *teoria da argumentação jurídica*, que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 280)

E concebe uma **teoria discursiva do direito** que:

[...] analisa a aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação. Ela apóia-se num conceito forte de racionalidade procedimental, segundo o qual as qualidades constitutivas da validade de um juízo devem ser procuradas, não apenas na dimensão lógico-semântica da construção de argumentos e da ligação lógica entre proposições, mas também na dimensão pragmática do próprio processo de fundamentação. [...] “Correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 281)

Deslocando a segurança jurídica do âmbito material para o processual:

A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios. Em troca, **a postulada teoria do direito possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a segurança jurídica num outro nível**. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo

eqüitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, **os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários.** Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então **essa segurança, dependente do procedimento,** pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios. (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 274)

Como já dito, Habermas se preocupa em efetivar a “correção” juntamente com a segurança jurídica, e afirma que: “Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, **só tem legitimidade o Direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos Direitos.**” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 146)

Zippelius sintetiza bem este ideal:

No Estado de Direito, a atividade estatal deve se consumir de acordo com regras que impeçam um abuso de poder (cap. 10, a) e conduzir a decisões justas e razoáveis. Sabemos agora que os resultados das decisões são co-determinados pelos processos nos quais foram obtidos. Assim, no Estado de Direito, todos os interessados devem ter a oportunidade de participar do processo e de expor sua versão dos fatos e sua opinião jurídica. (ZIPPELIUS, 2006, p. 141)

Faz parte de um sistema processual justo que todos os envolvidos tenham a justa chance de expor sua versão dos fatos e sua opinião jurídica. Essa noção encontra apoio no *princípio do contraditório*, que, em processos judiciais, tem grau constitucional, mas que reivindica validade também, como princípio geral processual do Estado de Direito, nos processos administrativos. Contudo, esse princípio exige apenas que os envolvidos tenham a oportunidade de se pronunciar, não que eles aproveitem também essa oportunidade. Por conseguinte, apenas podem fundamentar uma decisão aqueles fatos e provas em relação aos quais os envolvidos possam se pronunciar. Assim, uma sentença terminativa contra um demandado regularmente e oportunamente citado, mas que não tenha comparecido é conciliável com esse princípio. (ZIPPELIUS, 2006, p. 146)

## 4.2 Princípios de hermenêutica

Se por um lado a produção do conteúdo do direito não pode ser controlada *a priori* da prática jurídica, por outro, devem existir parâmetros pré-determinados para

auxiliar neste empreendimento, pois seu conteúdo não pode ser fruto de puro subjetivismo.

Buscando-se fixar alguns parâmetros para auxiliar no trabalho de produção de um direito legítimo e correto, por inspiração nas aulas do Professor Marçal, durante o curso de Mestrado da PUC Minas, adotar-se-ão dois princípios gerais de hermenêutica: a Dialética da Pergunta e das Respostas e a Autonomia Semântica do Texto. O primeiro auxiliará na identificação das crenças, convicções, compreensões, desejos, intenções e valores que perpassam a questão jurídica, enquanto que se buscará, com o segundo, um controle da subjetividade no trabalho de inferência do conteúdo do direito.

O terceiro princípio será extraído das obras de Dworkin (2001, 2002, 2003). O Princípio da Integridade exige a consideração do direito como um todo e coerência na sua produção. Auxiliará na busca de decisões justas e na implementação da segurança jurídica a nível procedimental.

#### ***4.2.2 Dialética da Pergunta e da Resposta***

Gadamer (1999, 2002), partindo das idéias desenvolvidas por Collingwood quanto à compreensibilidade da realidade, desenvolve, como princípio hermenêutico, a dialética da pergunta e da resposta.

Sustenta que

[...] a compreensão do falado deve ser pensada a partir da situação de diálogo, e isto significa em última instância, a partir da dialética da pergunta e da resposta, na qual nos entendemos e pela qual articulamos o mundo comum. Ultrapassei a lógica da pergunta e resposta, como já havia sido esboçada por Collingwood, isso porque a orientação de mundo não se dá apenas no fato de desenvolver-se entre os dialogantes, pergunta e resposta, mas por proceder das próprias coisas de que se fala. A coisa (*Sache*) “suscita perguntas”. Por isso, o processo de pergunta e resposta desenrola-se também entre o texto e seu intérprete. A escritura como tal não modifica em nada a situação do problema. Em questão está a coisa de que se fala, seu ser-assim-ou-assado. Meios de comunicação, como a carta, por exemplo, são a continuação de um diálogo, através de outros meios. Desta forma, também um livro, que aguarda pela resposta do leitor, é a abertura de um diálogo dessa natureza. Ali, algo vem à fala. (GADAMER, 2002, p. 13)

Uma das premissas adotadas por Gadamer (2002, p. 210) é que os enunciados têm uma abertura semântico-pragmática. Os enunciados têm sentido numa contextualização e a partir das perguntas que são feitas, das quais eles são as respostas.

O sentido de um enunciado é produzido quando se compreende além do que é dito. É necessário, na interpretação de um enunciado, inferir o não-dito a partir do dito. O que foi dito, juntamente com o que se oculta atrás da linguagem, compõem o significado do enunciado.

**Todo enunciado é motivado.** Sempre se pode questionar a razão do que se diz. O enunciado não tem sentido em si, mas, como linguagem, procura comunicar algo a alguém. O que se comunica não é o enunciado, mas a intenção de sentido contida nele.

Gadamer chega a esta conclusão usando como analogia o trabalho de tradução de textos de uma língua para outra, afirmando que não se pode substituir palavra por palavra na tradução, sob pena de se perder o sentido do dito na linguagem original. O tradutor deve buscar traduzir o sentido do dito por meio das palavras que melhor transmitam a mensagem.

O sentido multirrelacional do que é dito – e sentido significa sempre sentido direcional – vem à fala apenas na originalidade do dizer; na repetição e na imitação ele se esvai. Por isso, a tarefa do tradutor nunca deve ser retratar o que é dito, mas colocar-se na direção do que é dito, isto é, no seu sentido, para transferir aquilo que deve ser dito na direção de seu próprio dizer. (GADAMER, 2002, p. 182)

Portanto, se o enunciado é motivado, e esta motivação é que lhe dá sentido, ela encontra-se implícita no dito. Desta forma, para se produzir o sentido é necessário perguntar.

Todo enunciado é motivado, isto é, a tudo que é dito podemos perguntar com razão: “Por que dizes isso?” Um enunciado só consegue tornar-se compreensível quando no dito compreende-se também o não dito. Sabemos isso sobretudo pelo fenômeno da linguagem. Uma pergunta da qual não sabemos a motivação não pode ser respondida. Pois é só a história da motivação da pergunta que abre o âmbito a partir do qual pode-se procurar e dar uma resposta. Assim, tanto no perguntar quanto no responder dá-se um diálogo infinito em cujo espaço se dão palavra e resposta. Tudo que é dito encontra-se nesse espaço. (GADAMER, 2002, p. 181)

A pergunta sobre a motivação é que confere sentido ao enunciado. Todavia a pergunta encerra uma dialética, pois ao mesmo tempo que a pergunta confere um sentido à resposta abre o horizonte de sentido.

É essencial a toda pergunta que tenha um sentido. Sentido quer dizer, todavia, sentido de orientação. O sentido da pergunta é simultaneamente a única direção que a resposta pode adotar se quiser ser adequada, com sentido. Com a pergunta, o interrogado é colocado sob uma determinada perspectiva. O fato de que surja uma pergunta rompe igualmente o ser do interrogado. O *logos* que desenvolve este ser rupturado é, nessa medida, sempre já resposta, e só tem sentido no sentido da pergunta. (GADAMER, 1999, p. 534)

E,

Perguntar quer dizer colocar no aberto. A abertura do perguntado consiste em que não está fixada a resposta. O perguntado tem de pairar no ar frente a qualquer sentença constatadora e decisória. O sentido do perguntar consiste em colocar em aberto o perguntado em sua questionabilidade. Ele tem de ser colocado em suspenso de maneira que se equilibrem o pró e o contra. O sentido de qualquer pergunta só se realiza na passagem por essa suspensão, na qual se converte em uma pergunta aberta. Toda verdadeira pergunta requer essa abertura, e quando falta, ela é, no fundo uma pergunta aparente que não tem o sentido autêntico da pergunta. Algo disso nós conhecemos, por exemplo, na pergunta pedagógica, cuja especial dificuldade e paradoxo consiste em que são uma pergunta sem que haja alguém que realmente pergunte. O mesmo acontece na pergunta retórica, na qual não somente não há quem pergunte, mas que nem sequer há algo realmente perguntado. (GADAMER, 1999, p. 535)

Assim, com a pergunta não se determina exatamente o conteúdo do enunciado, mas fixa-se um horizonte de possíveis respostas adequadas. A pergunta confere determinados limites ao sentido da resposta.

Daí poder-se afirmar com Gadamer que **o conteúdo de um enunciado é a resposta a uma pergunta**. Mas, além disso, **o texto também pergunta ao intérprete**.

Para Gadamer

[...] o fenômeno hermenêutico encerra em si o caráter original da conversação e da estrutura da pergunta e da resposta. O fato de que um texto transmitido se converta em objeto de interpretação quer dizer, para começar, que coloca uma pergunta ao intérprete. A interpretação contém, nesse sentido, sempre uma referência essencial constante à pergunta que foi colocada. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. Mas isso ocorre, como já demonstramos, quando se ganha o horizonte hermenêutico. Nós reconhecemo-lo agora como o *horizonte de perguntar*, no qual se determina a orientação de sentido do texto. Assim,

pois, quem quer compreender tem de retroceder com suas perguntas mais além do que foi dito. Tem de entendê-lo como respostas a uma pergunta para a qual é a resposta. Retrocedendo para uma posição posterior ao que foi dito, indaga-se, necessariamente, por algo *mais além disso*. Um texto só é compreendido no seu sentido quando se alcançou o horizonte do perguntar, que como tal contém necessariamente também outras respostas possíveis. Nessa medida, o sentido de um frase é relativo à pergunta além daquilo que se diz nela. Como se percebe nessa reflexão, a lógica das ciências do espírito é uma lógica da pergunta. (GADAMER, 1999, p. 544)

Portanto **compreender um texto é compreender a pergunta para a qual ele é a resposta**. E, “Compreender uma pergunta quer dizer perguntá-la.” (GADAMER, 1999, p. 552)

Como o enunciado, **toda pergunta também tem uma motivação**. É possível perguntar por que se pergunta isso ou aquilo, e/ou por que se pergunta desta ou daquela maneira.

A pergunta surge da motivação para a qual se pergunta. Há sempre um direcionamento no perguntar. Outrossim, não há como se fixar previamente, por um método, o que se deve perguntar ou como se deve perguntar. Gadamer (1999, 2002) é enfático ao negar a existência de um único método da dialética da pergunta e da resposta.

Todavia sabe-se que determinadas perguntas com características mais gerais conduzem ou podem conduzir a determinadas respostas.

Na linha brandomiana do raciocínio prático, é possível elencar algumas perguntas que podem auxiliar na inferência de crenças, convicções, desejos, intenções e valores.

Inclusive é perceptível na obra de Anscombe (1991), que trata da intenção e do raciocínio prático, o uso da técnica do perguntar e do responder.

Para se inferir motivos retrospectivos, ligados à idéia de causalidade da ação, usa-se a pergunta “**Por quê?**”. Que também pode ser usada para a inferência de motivos orientados para o futuro, ou seja, para se descobrir a intenção do agir ou no agir. Para um melhor resultado, pode esta pergunta, no caso da busca do que é intencionado, ser substituída pelo “**Para quê?**”.

Crenças e convicções podem ser extraídas de enunciados normativos por meio da pergunta “**O que é?**”, que terá como respostas possíveis as características ou notas de conceitos.



A pergunta “**Como?**” conduzirá a respostas com conteúdos de crenças-instrumentais e intenções-meio, ou seja, crenças da existência de meios aptos a produzirem determinados resultados e de como ações podem produzir efetivamente os resultados desejados.

Especificamente quanto ao direito a ser efetivado, que é produzido numa interação entre realidade e norma, deve-se perguntar ainda: “**Quais dispositivos normativos regulam os fatos em análise?**”, “**Quais fatos são considerados relevantes para a solução jurídica?**”, “**Qual a extensão dos dispositivos normativos?**” e “**Qual o critério de justiça está contido no direito?**”.

Não se quer com isto esgotar todas as respostas possíveis ou apontar previamente um rol exaustivo de perguntas, mas apenas indicar algumas direções do perguntar, na linha do raciocínio prático brandomiano.

Para finalizar, citando uma vez mais Gadamer, é possível sustentar que

[.. a dialética de pergunta e resposta que pusemos a descoberto permite que a relação da compreensão se manifeste como uma relação recíproca, semelhante à de uma conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos nós, os que o compreendemos, o que temos de trazê-lo à fala, a partir de nós. No entanto, já vimos que este trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária, nascida de origem própria, mas está referida, enquanto pergunta, à resposta latente no texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta é alcançado e interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência da história efetual. A consciência com experiência histórica, na medida em que nega o fantasma de uma esclarecimento total, justo por isso, está aberta para a experiência da história. Descrevemos sua maneira de realizar-se como a fusão de horizontes do compreender que faz a intermediação entre o texto e seu intérprete. (GADAMER, 1999, p. 555)

#### 4.2.2.1 Autonomia semântica do texto

#### 4.2.2.2 Diferença entre discurso e texto

Para compreender o que seja e como se dá a autonomia semântica do texto é necessário primeiramente fazer uma diferenciação entre o discurso (falado) e o texto (discurso escrito).

Ricoeur (1976, p. 28), sustentado por uma dialética de evento e significação, afirma que “A instância do discurso é a instância do diálogo. O diálogo é um evento que liga dois eventos, o do locutor e o do ouvinte.”

No diálogo, duas ou mais pessoas, que se encontram em proximidade real ou virtual, sincronizadas temporalmente, e atuando reflexivamente, procuram transmitir alguma idéia sobre algo no mundo real, ideal ou ficcional. No discurso há sempre *algo que se diz e algo sobre o qual se diz*.

O que se procura transmitir com a comunicação dialógica é *o algo sobre o qual se fala*.

A linguagem não é um mundo próprio. Nem sequer é um mundo. Mas porque estamos no mundo, porque somos afectados por situações e porque nos orientamos mediante a compreensão [sic] em tais situações, temos algo a dizer, temos a experiência para trazer à linguagem. (RICOEUR, 1976, p. 32)

Todavia, em consonância com o pensamento husserliano, é possível dizer, com toda certeza, que a experiência que se busca transmitir em um diálogo é impossível de ser transmitida como tal.

**[...] o que é experienciado por uma pessoa não se pode transferir totalmente como tal e tal experiência para mais ninguém.** A minha experiência não pode tornar-se directamente a vossa experiência. Um acontecimento que pertence a uma corrente de consciência não pode transferir-se como tal para outra corrente de consciência. E, **no entanto, algo se passa de mim para vocês, algo se transfere de uma esfera de vida para outra. Este algo não é a experiência enquanto experienciada, mas a sua significação.** Eis o milagre. A experiência experienciada, como vivida, permanece privada, mas o seu sentido, a sua significação tornar-se pública. A comunicação e, deste modo, a superação

da radical não comunicabilidade da experiência vivida enquanto vivida.  
(negrito adicionado ao original) (RICOEUR, 1976, p. 28)

Na dinâmica do discurso, as pessoas, “[...] além de dizerem algo (o acto locucionário), fazem algo ao dizer (o acto ilocucionário) e produzem efeitos *por* o dizerem (o acto perlocucionário).” (RICOEUR, 1976, p. 26)

Além de se expressar usando recursos da fala (ato locucionário), o falante imprime uma determina “força” distintiva à fala por meio de uma atuação ilocucionária (gestos, fisionomias, entonação de voz, etc.), para expressar da melhor maneira possível idéias, valores, crenças, convicções, desejos e intenções. E quando fala, produz no outro uma reação (assustar, convencer, seduzir, etc.) ao que foi falado (ato perlocucionário).

A conjugação destes três recursos da fala (locucionário, ilocucionário e perlocucionário) propicia uma condição mais favorável à transmissão do significado do que se fala. A compreensão se torna mais fácil quando, além de escutar o que se fala, se pode perceber no locutor suas expressões corporais e sua entonação de voz. Como também a comunicação é facilitada pela percepção da reação do ouvinte pelo locutor enquanto fala.

Acontece que, quando na passagem do oral (discurso) para o escrito (o texto), há uma desconexão espaço-temporal entre locutor e ouvinte, ocasionando uma perda na transmissão da exteriorização da intenção da fala (significado).

Apesar de existirem recursos lingüísticos de reprodução escrita dos atos ilocucionários (ponto de exclamação, de interrogação, uso de modos gramaticais, etc.), não se consegue obter com a escrita o mesmo resultado destes atos. Ocorre um “enfraquecimento” da dimensão ilocucionária na escrita.

A falta de contato direto locutor-ouvinte compromete ainda mais a função perlocucionária, pois ela exige a percepção da recepção pelo ouvinte do intencionado pelo falante, sua reação e a conseqüente modificação comportamental dos participantes, o que só é possível no discurso (contato imediato).

Em excelente síntese, Ricoeur (1976, p. 41) aponta a diferença entre o discurso (falado) e o texto (discurso escrito), e a conseqüente produção da *autonomia semântica do texto* pela passagem do falado para o escrito:

[...] no discurso falado, a capacidade do discurso para se referir ao sujeito falante apresenta um carácter de imediatidade porque o locutor pertence à situação de interlocução. Ele está aí, no sentido genuíno de estar aí, do *Dasein*. Por conseguinte, a intenção subjectiva do locutor e a significação do discurso sobrepõem-se um ao outro de tal modo que é a mesma coisa entender o que o locutor pretende dizer e o que o seu discurso significa. [...] Contudo, com o discurso escrito, a intenção do autor e o significado do texto deixam de coincidir. A dissociação da significação verbal do texto e da intenção mental do autor dá ao conceito de inscrição o seu significado decisivo, para além da mera fixação do discurso oral prévio. **A inscrição torna-se sinónimo de autonomia semântica do texto, que resulta da desconexão da intenção mental do autor relativamente ao significado verbal do texto.** Em relação ao que o autor quis dizer e ao que o texto significa. A carreira do texto subtrai-se ao horizonte finito vivido pelo autor. O que o texto significa interessa agora mais do que o autor quis dizer, quando escreveu. (destaque em negrito adicionado ao texto original)

#### **4.2.2.3 A busca pela *intenção da obra***

O sentido de um texto depende da intenção com a qual é lido. A significação de um texto é produzida na interação texto-leitor, que, no transcorrer da leitura, conjectura sobre seu significado, conduzido por uma determinada intenção.

Eco sugere que:

[...] entre a **intenção do autor** (muito difícil de descobrir e freqüentemente irrelevante para a interpretação de um texto) e a **intenção do intérprete** que (para citar Richard Rorty) simplesmente “desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva a seu propósito” existe uma terceira possibilidade. Existe a **intenção do texto**. (negrito acrescentado ao original) (ECO, 2001, p. 29)

Se intenções diferentes produzem significados diferentes, é necessária a definição de qual destes três tipos de intenção deve direcionar a leitura de um texto, seja literário, comum ou científico.

A partir deste ponto, procurar-se-á, com base na teoria desenvolvida por Eco (2001), definir qual intenção deve ser buscada na interpretação de um texto, e quais critérios hermenêuticos podem ser extraídos para auxiliar no trabalho de produção do significado do texto.

Há uma enorme diferença se um texto é produzido para um destinatário ou alguns destinatários, ou para uma comunidade de leitores.

Se alguém escreve uma carta para um amigo ou alguns familiares, aqueles que a lêem devem procurar descobrir a intenção de quem a escreveu. Deve-se perguntar: o que ele queria dizer com tais palavras? E é a *intenção do autor* (ou o que se pensa que ela é) que guiará a leitura da missiva.

Por outro lado,

[...] quando um texto é produzido não para um único destinatário, mas para uma comunidade de leitores, o/a autor/a sabe que será interpretado/a não segundo suas intenções, mas de acordo com uma complexa estratégia de interações que também envolve os leitores, ao lado de sua competência na linguagem enquanto tesouro social. Por tesouro social entendo não apenas uma determinada língua enquanto conjunto de regras gramaticais, mas também a enciclopédia que as realizações daquela língua implementaram, ou seja, as convenções culturais que uma língua produziu e a própria história as interpretações anteriores de muitos textos, compreendendo o texto que o leitor está lendo. (ECO, 2001, p. 80)

Tendo a linguagem, além de uma dimensão individual, uma social, é impossível ao autor do texto um controle sobre seu significado. O texto lido por outrem pode produzir significações inimagináveis ao autor no momento de sua criação. O próprio Eco (2001) cita associações semânticas realizadas por leitores de sua obra “O Nome da Rosa”, que teriam sentido, e que jamais foram imaginadas por ele.

A realidade vivida por quem lê uma obra influencia a produção do significado, pois a dimensão pragmática da linguagem faz com que a significação dependa do uso das palavras em um dado contexto. Contexto de quem escreve e contexto de quem lê, no momento que o faz. É muito comum (e empiricamente constatável por leitores contumazes) uma segunda leitura de uma obra, feita em um outro momento da vida do leitor, produzir significados diferentes da primeira.

Transpondo tais idéias para a realidade da hermenêutica jurídica, não se têm conclusões diferentes. Há sim um reforço quanto ao sustentado, pois geralmente as normas são produzidas por órgãos colegiados, que, quase sempre, não são unânimes quanto a suas posições, mesmo aquelas que resultam de consenso quase total ou total (legisladores podem concordar em proibir uma determinada conduta por motivos ou intenções diferentes).

Ademais, o caráter genérico da norma implica uma referência, mesmo que involuntária, a notas que abarcam tantas situações reais que seria impossível ao

legislador prever todas. A limitação humana e a dinamicidade social geram este efeito.

Por esses motivos, não se deve buscar a *intenção do autor* para a interpretação de um texto, mesmo quando seja possível descobri-la (p.e. quando o autor pode ser entrevistado), pois ela não é suficiente à produção do significado.

Porém

[...] há ao menos um caso em que o testemunho do autor empírico adquire uma função importante, não tanto para entender melhor seus textos, mas com certeza para entender o processo criativo. Entender o processo criativo é entender também como certas soluções textuais surgem por acaso, ou em decorrência de mecanismos inconscientes. (ECO, 2001, p. 100)

Descartada a hipótese de se usar a *intenção do autor* para a interpretação de um texto, passa-se à análise da possibilidade de utilização da *intenção do leitor* ou *intérprete*.

Se o referente para a interpretação é a *intenção do intérprete*, é possível a produção de qualquer resultado, pois a interpretação se torna subjetiva, é produzida por elementos individuais não-compartilháveis por outros. E isto é inconcebível, pois ter qualquer significado é o mesmo que não ter significado algum; sendo um paradoxo inaceitável.

Eco sustenta que “um texto pode ter muitos sentidos. [Mas recusa] a afirmação de que um texto pode ter qualquer sentido” (ECO, 2001, p. 165). Portanto, devem existir critérios para a limitação de uma interpretação.

Pensa Eco “que podemos aceitar uma espécie de princípio popperiano, segundo o qual, se não há regras que ajudem a definir quais são as ‘melhores’ interpretações, existe ao menos uma regra para definir quais são as ‘más’.” (ECO, 2001, p. 61)

Resta, assim, a verificação da possibilidade de na interpretação ter-se como norte a *intenção do texto*.

A *intenção do texto* ou *da obra* não é propriamente uma intenção, porquanto intenção é o resultado de um ato voluntário, e o texto não é propriamente um agente para ter vontade própria.<sup>74</sup>

---

<sup>74</sup> Seria mais adequado o uso de termos do tipo: propósito ou objetivo. Entretanto se preservará, por fidelidade ao autor, a expressão *intenção do texto*.

Em verdade a *intenção do texto* é uma estratégia hermenêutica dialética, assim descrita por Eco:

É claro que estou tentando manter um elo dialético entre a *intentio operis* e a *intentio lectoris*. O problema é que, embora talvez se saiba qual deve ser a “intenção do leitor”, parece mais difícil definir abstratamente a “intenção do texto”. **A intenção do texto não é revelada pela superfície textual.** Ou, se for revelada, ela o é apenas no sentido da carta roubada. **É preciso querer “vê-la”.** Assim é possível falar de intenção do texto apenas em decorrência de uma leitura por parte do leitor. A iniciativa do leitor consiste basicamente em fazer uma conjectura sobre a intenção do texto. **Um texto é um dispositivo concebido para produzir seu leitor-modelo.** Repito que esse leitor não é o que faz a “única” conjectura “certa”. Um texto pode prever um leitor-modelo com o direito de fazer infinitas conjecturas. O leitor empírico é apenas um agente que faz conjecturas sobre o tipo de leitor-modelo postulado pelo texto. **Como a intenção do texto é basicamente a de produzir um leitor-modelo capaz de fazer conjecturas sobre ele, a iniciativa do leitor-modelo consiste em imaginar um autor-modelo que não é o empírico e que, no fim, coincide com a intenção do texto.** Desse modo, **mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado.** Não tenho vergonha de admitir que estou definindo assim o antigo e ainda válido “círculo hermenêutico”. (ECO, 2001, p. 75)

Tomando-se como idéia central que “Um texto continua sendo um parâmetro para [...] interpretações aceitáveis”. (ECO, 2001, p. 166), é possível desenvolver três critérios interpretativos, que são na verdade critérios para checar a validade da conjectura sobre a intenção do texto. Quais sejam: I) coerência textual; II) isotopia semântica; III) economicidade interpretativa.

#### **4.2.2.4 Coerência textual**

Um texto é um todo, é um sistema, e como tal não pode ter contradições internas. Para produzir um sentido, um texto deve harmonizar todas suas partes; do contrário se obterá apenas o caos e nenhum significado. Um texto, como ato de comunicação, é criado para ser compreendido, este é seu objetivo mais geral.

Eco questiona e responde:

Como provar uma conjectura sobre a *intentio operis*? A única forma é checá-la com o texto enquanto um todo coerente. Essa idéia também é antiga e

vem de Agostinho (*De doctrina christiana*): qualquer interpretação feita de uma certa parte de um texto poderá ser aceita se for confirmada por outra parte do mesmo texto, e deverá ser rejeitada se a contradisser. Nesse sentido, a coerência interna do texto domina os impulsos do leitor, de outro modo incontroláveis. (ECO, 2001, p. 76)

#### **4.2.2.5 Isotopia semântica**

Ainda sob a idéia de coerência textual, desenvolve-se o segundo critério interpretativo da “isotopia semântica relevante”. Citando Greimas, Eco define isotopia como “um complexo de categorias semânticas múltiplas que possibilitam a leitura uniforme de uma história.” (ECO, 2001, p. 73)

O uso de elementos semânticos (palavras, expressões) deve respeitar uma uniformidade de sentido no texto, desde que, evidentemente, os contextos em que são usados sejam os mesmos.

Deve-se tomar um cuidado com o uso de palavras e expressões com funções semânticas similares, pois:

**Apostas na isotopia são com certeza um bom critério interpretativo, mas só na medida em que as isotopias não sejam genéricas demais.** Este é um princípio válido também para as metáforas. Uma metáfora existe quando substituímos um veículo pelo conteúdo com base em um ou mais traços semânticos comuns a ambos os termos lingüísticos: mas, se Aquiles é um leão porque ambos são corajosos e ferozes, estaríamos inclinados a rejeitar a metáfora “Aquiles é um pato”, justificada com base no princípio de que ambos são bípedes. Poucos outros são tão corajosos quanto Aquiles e o leão, ao passo que muitíssimos outros são bípedes como Aquiles e o pato. **Uma similaridade ou uma analogia, qualquer que seja seu status epistemológico, é importante quando é excepcional, ao menos segundo uma certa descrição.** Uma analogia entre Aquiles e um relógio baseada no fato de ambos serem objetos físicos não tem absolutamente nenhum interesse. (ECO, 2001, p. 74)

#### **4.2.2.6 Economicidade interpretativa**

“Interpretar um texto significa explicar por que estas palavras podem fazer várias coisas (e não outras) através do modo pelo qual são explicadas.” (ECO, 2001, p. 28)



Busca-se no texto, durante o processo interpretativo, indícios do que seja o seu significado.

E,

**[...] indício é considerado um signo de outra coisa somente em três condições: quando não pode ser explicado de maneira mais econômica; quando aponta para uma única causa (ou uma quantidade limitada de causas possíveis) e não passa um número indeterminado de causas diferentes; e quando se encaixa com outro indício.** Se na cena do crime encontro uma cópia do jornal matutino de maior circulação, devo antes de tudo perguntar (o critério de economia) se poderia não ter pertencido à vítima; se não, a pista indicaria um milhão de suspeitos potenciais. Se, por outro lado, na cena do crime encontro uma jóia de forma estranha, considerada exemplar único deste tipo, e que todos sabem pertencer a um certo indivíduo, a pista fica interessante; [...] (ECO, 2001, p. 57)

Deve-se, pelo critério da economicidade interpretativa, buscar a relação mais direta e segura entre o elemento explícito e a conclusão de significação inferida. Se a conclusão indica uma infinidade de relações possíveis, não é uma boa interpretação.

#### **4.2.3 Princípio da integridade**

O princípio da integridade implica que “o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos.” (DWORKIN, 2003, p. 202)

A integridade deve ser considerada como um ideal político distinto e ao lado da justiça e da equidade. Deste modo tem-se um argumento geral, não estratégico, para reconhecer componentes do direito previamente existentes.

A integridade pode ser dividida em integridade na legislação e no julgamento:

[...] o princípio da integridade na legislação [...] pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. [...] [O] princípio de integridade no julgamento [...] pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. [...] os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas

que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante. (DWORKIN, 2003, p. 203)

“A integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado”. (DWORKIN, 2003, p. 204)

A comunidade jurídica é considerada por Dworkin como uma forma especial de entidade, distinta dos cidadãos, conferindo a ela influência e responsabilidades.

Com isso, não se quer dizer que o Estado é um ente metafísico ou deve ser considerado da mesma forma que pessoa real.

A personificação é profunda: consiste em considerar seriamente a companhia com um agente moral. Mas será ainda uma personificação, e não uma descoberta, pois reconhecemos que a comunidade não tem uma existência metafísica independente, que ela própria é uma criação das práticas de pensamento e linguagem nas quais se inscreve. (DWORKIN, 2003, p. 208)

A idéia de integridade política personifica a comunidade [...] como uma personificação atuante, pois pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos. (DWORKIN, 2003, p. 208)

E a comunidade personificada tem responsabilidade para com indivíduos, dentre elas de tratá-los de forma imparcial, estendendo os mesmos direitos e obrigando, da mesma forma, aqueles que se encontram em situações semelhantes.

Todavia,

A integridade se mantém dentro das comunidades políticas e não entre elas, de tal modo que qualquer opinião que tenhamos sobre o alcance das exigências de coerência contém suposições sobre o tamanho e a natureza dessas comunidades. (DWORKIN, 2003, 225)

Assim, comunidades políticas diferentes podem ser regidas por regras e princípios diferentes. Isto significa a existência de normas diferentes em âmbitos municipal, estadual e nacional.

A integridade tem a vantagem de proteger contra a parcialidade, pois proíbe a aplicação de princípios diferentes e contraditórios a pessoas em situações semelhantes.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e

coerente de justiça e equidade na correta proporção. (DWORKIN, 2003, 264)

Dworkin, em oposição às teorias “puramente” semântico-sintáticas (que vêem o direito como algo que deve ser descoberto), convencionalistas e pragmáticas “puras” (que consideram o direito como fruto de uma intenção), que enxergam apenas uma das faces do direito, sustenta que:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. [...] **o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.** (grifo nosso) (DWORKIN, 2003, p. 271)

O direito é, ao mesmo tempo, algo que fundamenta a interpretação e fruto de interpretação. Temporalmente é composto de uma dimensão de passado e outra de presente.

Na construção do direito, resgata-se, do passado, somente os princípios justificadores das práticas jurídicas perpetuadas no presente. Não se buscam os ideais ou objetivos práticos dos políticos que produziram a norma ou do Tribunal que elaborou o precedente.

A produção do direito é vista por Dworkin, numa comparação entre direito e literatura, como um **romance em cadeia**:

[U]m grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 2003, p. 276)

O jurista constrói o direito, e, como em toda construção, utiliza-se de algo já existente para criar algo novo. O produto de seu trabalho é ao mesmo tempo uma novidade e uma continuidade ao já existente; não abandona as concepções do passado, ao mesmo tempo em que não se apegando totalmente a elas.

Nos casos difíceis,<sup>75</sup> o jurista deve adotar uma interpretação que seja coerente com os princípios subjacentes ao ordenamento jurídico existente e as decisões já tomadas pelos tribunais. Tal postura é denominada por Dworkin (2003, p. 277) como dimensão de adequação.

A melhor interpretação é aquela que guarda coerência com o todo jurídico. E este todo é formado por regras (normas com menor grau de abstração semântica) e princípios, que descrevem um direito de uma maneira mais geral.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios. (DWORKIN, 2003, p. 291)

Todavia, a fase de construção do direito efetivo pela decisão judicial não se dá de forma livre, discricionária:

[...] quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o “common law” com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que (sic) as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que eles aplicaram na época em que essas partes agiram, ou em algum outro momento pertinente do passado. (DWORKIN, 2003, p. 292)

A história político-jurídica da comunidade funciona como limitadora das convicções a serem adotadas no juízo interpretativo.

Reconhecer a integridade do direito é ao mesmo tempo considerá-lo como um todo, como um sistema jurídico complexo, contudo, sem ignorar que existem algumas diferenças práticas e principiológicas entre diferentes ramos do direito.

Não se pode aplicar o mesmo critério de responsabilização no direito penal e civil. No direito penal, ele é consubstanciado no princípio da pessoalidade, enquanto no cível, na responsabilidade patrimonial. Há enormes diferenças práticas entre os dois. A morte de quem comete um crime leva à perda do objeto da

---

<sup>75</sup> Dworkin (2003) considera como casos difíceis aqueles em que há mais de uma interpretação possível.

responsabilização no direito penal, enquanto no cível, a morte do obrigado conduz à responsabilização dos sucessores, na medida do patrimônio herdado.<sup>76</sup>

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis[,] tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. (DWORKIN, 2003, p. 305)

### 4.3 Princípios e regras sob a perspectiva da intencionalidade

#### 4.3.1 Diferença entre princípios e regras

Dworkin (2002) sustenta uma dicotomia normativa, representada por princípios e regras, ambos com caráter deontológico, mas com características distintas. Tal distinção foi objeto de análise no tópico 4.1.1. Pretende-se agora analisar a distinção entre princípios e regras sob a perspectiva da intencionalidade tratada no tópico 2.2.2.

Sustenta-se, neste trabalho, com fundamento nas idéias de Anscombe (1991), que há uma *intenção-meio* e uma *intenção-fim* no direito. *Intenção-fim* é o objetivo de uma ação, é a situação futura intencionada ou o objeto presente ou futuro desejado. Por sua vez, a *intenção-meio* é a própria ação objetivada que se acredita ser apta a produzir a situação futura ou a aquisição do objeto.

A intenção-meio se manifesta no direito, por meio de enunciados normativos que descrevem uma conduta específica, enquanto a intenção-fim pode-se encontrar implícita nos enunciados normativos ou ser explicitada linguisticamente, indicando-se, de uma forma mais geral, uma direção, um propósito em relação a uma situação ou bem jurídico.

Fazendo um paralelo com as idéias de Dworkin (2002), sustenta-se que as regras expressam uma intenção-meio ao descreverem características ou notas de uma conduta proibida, permitida ou exigida.

---

<sup>76</sup> Art. 5º, XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil: nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Já os princípios representam a intenção-fim de forma patente. Apontam a situação fática pretendida ou o objeto presente ou futuro desejado. O bem jurídico é uma forma de situação fática pretendida ou objeto presente ou futuro, que se pretende proteger ou adquirir. A intenção-fim pode se apresentar de forma expressa ou ser inferida do ordenamento jurídico.

Constata-se, portanto, que a diferenciação entre regras e princípios sob a perspectiva da intencionalidade não é puramente semântico-sintática, mas eminentemente pragmática, pois as regras apresentariam uma intenção-meio, contendo implicitamente uma intenção-fim, enquanto que os princípios apontariam apenas uma intenção-fim.

Todavia a diferença semântico-sintática entre princípios e regras pode implicar uma variação maior ou menor de significado. Podem os princípios ter uma maior variação de significação do que as regras ou terem um conteúdo socialmente compartilhado, como existem regras cujos termos têm um alto grau de variação semântica.

Como no caso dos princípios, a proposição normativa inferida não contém a extensão do conceito (suas notas características), há a possibilidade de uma maior variação semântica, pois o conteúdo proposicional é construído interpretativamente, neste caso, preponderantemente na dimensão pragmática, ou seja, levando em consideração os contextos de produção e aplicação da norma, inclusive as concepções sociais envolvendo os conceitos componentes dos princípios.

Quanto à regra, pode-se realizar certo controle de significação por meio do texto normativo, pois o texto cria limites interpretativos. Pelo Princípio da Autonomia Semântica, um texto pode ter vários significados, mas não qualquer significado. Além do que, um texto é, na concepção da Dialética da Pergunta e da Resposta gadameriana, a resposta a uma pergunta. Não a qualquer pergunta. Um texto conduz a um conjunto de possíveis significados.

Não se quer sustentar aqui que é possível a fixação prévia e exata do conteúdo proposicional de uma norma, mas que é possível criar limites sintático-semânticos. Limites fixados pelas regras gramaticais, a partir de parâmetros sócio-culturais, históricos e espaciais, portanto, sempre revistos e modificáveis.

Isto porque em qualquer processo de inferência material e formal para se produzir o *conteúdo proposicional* de uma norma é necessário, além das intenções,

a fixação de crenças/convicções-instrumentais e crenças/convicções em estados de coisas presentes ou futuros fixados no “mundo da vida”.

A variação semântica pela dinamicidade lingüística e social cabe tanto para regras como para princípios. Se de um lado o texto normativo cria limites interpretativos, por outro o controle de significação é relativo, dependendo do uso contextualizado.

Podem contribuir, para uma indeterminação do conteúdo das regras, dentre outros elementos: a dimensão social da linguagem, sua dinamicidade e o excedente de significação que contém; a dificuldade de transição do universal para o particular; e a própria seletividade normativa da realidade (vide tópico 3.4).

Importante pontuar que, quando se faz aqui a distinção entre regras e princípios, de uma certa forma têm-se como referentes modelos idealizados por Dworkin, que considerava que regras conteriam uma conduta determinada e as conseqüências jurídicas, enquanto princípios indicariam apenas uma direção de significação.

Acontece que existem situações intermediárias sob as quais não é possível realizar com segurança a diferenciação normativa proposta. Ademais, existem enunciados normativos com características de regras, mas que contêm termos ou palavras polissêmicas ou não prevêm as conseqüências jurídicas.

De qualquer forma o conteúdo conceitual de uma palavra ou termo e o conteúdo proposicional de uma norma somente são produzidos de forma plena diante de uma situação específica de aplicação. O controle semântico-sintático é sempre parcial e contingente.

#### **4.3.2 Indeterminação e incompatibilidade na aplicação de normas**

Diante de uma situação conflituosa, em que os envolvidos têm interesses incompatíveis de realização simultânea, o intérprete deve buscar no ordenamento jurídico uma norma apta a solucionar o conflito, para que num processo interpretativo, seja definido o que é permitido, ordenado ou proibido, fixando os *status normativos* (direitos, deveres, poderes) dos conflitantes.

A proposição jurídica que soluciona uma questão jurídica se apresenta no formato de uma regra, portanto, na determinação de uma conduta proibida, permitida ou ordenada, juntamente com suas consequências jurídicas.

Pode ser que já exista no ordenamento jurídico uma regra que seja apta a solucionar o conflito. Evidente que, quando se faz esta afirmação, não se quer dizer que a regra foi encontrada com a simples leitura do ordenamento jurídico, pois o conteúdo proposicional de uma norma depende de uma interpretação lingüística em suas dimensões semânticas, sintáticas e pragmáticas.

Na linha de uma semântica inferencial e de uma pragmática normativa, desenvolvidas por Brandom (2002), deve-se tanto levar em consideração o texto normativo, quanto as situações fáticas (individual e social) nas quais foi produzido e será aplicado. Há uma tensão indissociável no direito efetivo entre fato e norma. Ao mesmo tempo em que a norma pretende conformar a situação fática, os fatos selecionam as normas e criam o ambiente no qual a sociedade fixa normativamente, pelo uso, o significado dos termos e a relação entre eles. A produção do significado somente se dá na interação fato-norma.

O exemplo tratado no tópico 3.3.2 quanto ao que é uma casa, para que o local onde dorme o indivíduo seja considerado asilo inviolável do indivíduo, no qual não poderá ser preso à noite, mesmo com ordem judicial, bem demonstra o afirmado. Não é possível apenas com a leitura do texto se inferir o conteúdo proposicional do dispositivo normativo, pois isto depende da situação fática em questão. O fato conduz a uma releitura do texto da norma. A prisão de alguém que mora debaixo de um viaduto, dorme na boléia de um caminhão ou em quarto de hotel, provoca um repensar do que se concebe por casa para se definir o conteúdo e extensão da garantia constitucional (intenção-fim).

Contudo pode ser que não exista no ordenamento jurídico uma norma no formato sintático-semântico de uma regra, da qual se possa inferir uma proposição apta a solucionar o conflito, seja porque: i) o legislador não previu e positivou a conduta em questão; ii) existem fatos relevantes que não foram considerados pelo ordenamento jurídico na descrição da conduta ou a ação proibida, permitida ou ordenada na norma é incompatível com os propósitos do direito; iii) os bens jurídicos ou os valores pretendidos pelos conflitantes são incompatíveis de proteção jurídica simultânea pelo ordenamento jurídico.



Tendo em vista que o direito é o resultado da interpenetração dos planos do ético, do pragmático e do justo, a solução para este problema deve se dar por meio de questionamentos envolvendo estas três dimensões.

Mesmo não havendo previsão no ordenamento jurídico de uma norma que prescreva exatamente a conduta em questão e a consequência jurídica, é exigida do Poder Judiciário, ou de qualquer outra instância de decisão compulsória, uma solução para o conflito.

E, tratando-se do direito, a solução deve ser produzida a partir do conjunto de normas que compõem o ordenamento jurídico. A separação das funções do poder define atribuições e fixa limites à atuação dos órgãos estatais. Há, em regra, uma separação entre órgãos que produzem normas, executam políticas públicas e decidem conflitos jurídicos aplicando normas.<sup>77</sup>

Assim, se não há um enunciado normativo que preveja a conduta em questão e suas consequências jurídicas (i), é necessário que o intérprete e aplicador do direito identifique primeiramente qual ou quais intenções-fim o ordenamento jurídico tem como propósito. Em outras palavras, deve-se fazer questionamentos no plano ético, ou seja, na busca do que o direito define como “bom”, de qual valor positivo que a comunidade jurídica deseja efetivar ou preservar.

Mas a só identificação do valor que se pretende efetivar, preservar ou proteger não conduz à produção de um enunciado normativo específico para o caso concreto, contendo a conduta proibida, permitida ou ordenada e as consequências jurídicas.

Necessária ainda a definição de qual bem jurídico é capaz de realizar o “bom” e quais ações são exigidas das pessoas para a sua efetivação, preservação ou proteção. Isto se dá no plano do pragmático, na definição de fins e meios aptos à concretização dos valores socialmente desejados, que podem ser inferidos do ordenamento jurídico.

Além disso, é indispensável que os juízos realizados levem em consideração os interesses dos envolvidos de forma simétrica.

---

<sup>77</sup> É em regra assim porque um órgão pode exercer mais de uma função, por exemplo, o Legislativo julga em determinados casos e administra seus próprios serviços. O Executivo implementa políticas públicas, julga no âmbito administrativo e produz normas, mesmo que de caráter secundário (decretos, portarias, instruções normativas, etc.). E o Judiciário resolve conflitos jurídicos de terceiros, administra seus próprios serviços e produz normas em determinadas situações (por exemplo, Regimento Interno dos Tribunais que fixam, dentre outras coisas, direitos processuais).

O decisor, na ausência de um enunciado normativo do qual possa ser extraído exatamente a conduta a ser exigida, proibida ou permitida, deve produzi-lo. Não lhe é dada outra opção, pois ele deve resolver a questão jurídica; deve definir qual conduta é proibida, permitida ou exigida e quais são os status normativos dos envolvidos (deveres e direitos).

Na produção de uma proposição jurídica no formato de uma regra (intenção-meio), ou seja, na definição do meio apto a produzir a situação objetivada pelo legislador, o julgador tem como parâmetros os valores contidos no ordenamento jurídico, cálculos de adequação de meios e fins e os critérios de justiça da comunidade jurídica.

É cada vez mais comum este tipo de situação, exatamente por conter certo grau de indeterminação a linguagem comum, usada pelo direito, pela complexidade da vida social e pela impossibilidade de se prever tudo com todos os detalhes.

Inclusive é uma tendência do Código Civil Brasileiro de 2002:

Neste contexto de desilusão e incertezas foi aprovado o Código Civil Brasileiro de 2002, demonstrando claramente uma tendência “lacunar”, erigindo diversos dispositivos legais de conteúdo indeterminado. Nestes dispositivos, o Código, ao invés de preestabelecer um padrão de conduta específico (contido numa regra), deixa que ele (o padrão) seja determinado no caso concreto. FIÚZA bem esclarece o problema: “Às vezes, pode ocorrer, segundo ele (Kelsen), que ao positivizar a norma, o legislador deixe uma margem de discricionariedade ao aplicador da norma para que atenda às circunstâncias de quando, como e onde a norma deverá ser aplicada. É o que se denomina de indeterminação relativa intencional da norma.” Com tal característica podem ser citados, dentre outros, os artigos 21, 24, 29, 151, 156, 572, 575, 720, 1.491, 1.573, 1.586, 1.701, 1.757 e 1.765, 1.775, 1.878 e 1.879, do Código Civil atual. O artigo 21 é exemplo clássico e seu conteúdo servirá como amostragem da assertiva formulada. *In verbis*: “**A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.**” (grifo) A leitura de tal dispositivo legal e a reflexão de seu conteúdo desmascara o mito do legislador onisciente e abre os olhos do intérprete à realidade nua, crua e imperfeita. É impossível ao legislador prever todas as situações em que a vida privada de uma pessoa natural possa ser violada, bem como os mecanismos para se fazer cessar ou impedir tal violação. Há vinte anos não se poderia imaginar, por exemplo, que “hackers,” utilizando a internet, invadiriam a privacidade das informações contidas em computadores pessoais. E, no ritmo em que as evoluções tecnológicas acontecem, não se pode prever quais outras formas de violação de privacidade poderão ocorrer. (MENEZES, 2005, p. 60)

O tipo de raciocínio retro descrito foi utilizado, em uma determinada medida, na resposta à Consulta n° 1.398 formulada ao Tribunal Superior Eleitoral na questão envolvendo a fidelidade partidária dos Vereadores, Deputados Estaduais e Federais.

Diante da ausência de uma regra por meio da qual pudesse ser decidida a questão, o Tribunal Superior Eleitoral, partindo do princípio da fidelidade partidária, extraído do texto da Constituição da República Federativa do Brasil, formulou uma proposição jurídica com formato de regra que pode ser assim sintetizada: É proibido aos vereadores, deputados estaduais e deputados federais mudarem de partido injustificadamente, sob pena de perda do mandato e sua sucessão pelo suplente.<sup>78</sup>

Pode ser também que exista um enunciado normativo prevendo a conduta e suas consequências jurídicas, mas que não leva em consideração alguns elementos fáticos relevantes ou que a ação proibida, permitida ou ordenada na norma seja incompatível com os propósitos do direito envolvidos na questão (ii).

Como exemplo cabe a seguinte prescrição normativa hipotética: “É proibida a entrada de cães no metrô.” Aqui está bem configurada uma intenção-meio através de uma regra, pois se pretende proibir uma ação, ou seja, a entrada ou condução de cães nas áreas do metrô. A consequência jurídica é facilmente inferida: determinada autoridade está legitimada a impedir ou retirar da área do metrô quem nela adentrar acompanhado de um cão.

A norma não prevê a situação do cego, ou desconsidera sua situação de cegueira. Porém são elementos fáticos relevantes a cegueira e a necessidade do cão-guia para que o cego se locomova de maneira mais segura, porquanto a desconsideração de tais elementos fáticos conduz a um tratamento igual a pessoas que se encontram em situação de desigualdade (cego e quem vê), ocasionando uma situação de injustiça sob o critério da isonomia calcada na condição de locomoção.

Ter uma atitude interpretativa positivista e impedir o cego de adentrar com seu cão-guia no metrô é o mesmo que desconsiderar os propósitos do direito envolvidos na questão e o plano do justo na produção da decisão jurídica.

Contudo um segurança do metrô que tenha este tipo de compreensão normativa arraigada no positivismo e não permita que um cego entre no metrô com

---

<sup>78</sup> Este caso será analisado com mais detalhes no capítulo 05, para o qual se remete o leitor.

seu cão-guia, não conseguirá justificar racionalmente sua conduta para impedir que o treinador do circo entre no metrô com seu leão de estimação.

A solução deve ser buscada com o uso da dialética da pergunta e da resposta, questionando-se o “para quê?” da existência de tal proibição normativa. Ou seja, a intenção-meio materializada na norma existe em função de qual intenção-fim? Qual situação é desejada? Quais ou quais bens jurídicos se pretendem proteger? Qual critério de justiça deve presidir a decisão?

Não se pode olvidar que os meios não têm existência própria, mas existem para se atingirem fins, o que coloca em destaque a intenção-fim. A incapacidade dos positivistas de desprezar a intenção-meio (a conduta prescrita na norma) e de privilegiar a intenção-fim é uma das causas da falência desta corrente teórica.

Se, no caso da proibição da entrada de cães no metrô, concluir-se que o objetivo da norma é a segurança dos passageiros, não se permitirá a entrada do treinador com seu leão, pois tal animal pode colocar em risco as pessoas. Mesmo que a norma não proíba a conduta de forma expressa e com todas as suas notas características, pois está contida nela implicitamente a intenção-meio, ao se apresentar como meio apto a produzir o fim desejado.

Mas a questão do cego e seu cão-guia exige um raciocínio mais além, abarcando o plano do justo. Se, na busca do interesse simétrico de todos, concluir-se que o critério de justiça deve ser presidido pela maior liberdade de locomoção de todos, o cego deve ter um tratamento diferenciado com privilégio, pois encontra-se em situação de desigualdade em relação aos demais que enxergam. Só assim se poderá alcançar uma maior igualdade de condições de locomoção.

Outrossim, não se pode simplesmente desprezar os interesses dos demais, pois se pretende alcançar uma condição na qual o interesse simétrico de todos deve ser considerado. E a questão pode não envolver apenas o bem jurídico liberdade de locomoção.

Pode ser que exista mais de uma intenção-fim contida na norma proibitiva da entrada de cães no metrô, ou em outras normas aplicáveis ao caso, tais como a segurança das demais pessoas e a preservação de condições de higiene do espaço público. Ou que a questão da segurança, neste caso, seja subjetiva, ou seja, uma pessoa pode se sentir insegura na presença de um cão-guia porque não tem contado com animais ou por não ter certeza que o cão realmente não oferece qualquer risco de ataque.

Se se colocar que a presença do cão-guia acaba por ferir bens jurídicos de outrem (sensação de segurança, preservação de um ambiente hígido) e que, numa perspectiva do cego, o impedimento de sua presença lhe causa também um prejuízo a um bem jurídico seu, a liberdade de ir e vir, tem-se um dilema que não pode ser solucionado recorrendo-se simplesmente à intenção-meio (a conduta prescrita na norma).

Neste caso, tanto o terceiro usuário do metrô, como o cego que pretende usá-lo, podem sustentar que o ordenamento jurídico lhes protege um bem jurídico.

Na busca de uma solução justa, deve-se tentar preservar o máximo dos bens jurídicos dos envolvidos, só desta forma se concretizará o critério de justiça formal como a consideração de seus interesses de forma simétrica. Deve-se pensar em soluções que consigam, ao mesmo tempo, garantir a liberdade de locomoção do cego, a segurança dos passageiros e a higidez do espaço público, mesmo que não de forma plena e desejada pelos envolvidos.

A construção da solução jurídica passará por juízos de valor, considerações de compatibilização de meios e fins e fixação de critérios do que seja o justo. Tudo com base no ordenamento jurídico, levando-se em consideração o contexto de sua produção e aplicação. Construção que deve ocorrer num ambiente discursivo, realizada intersubjetivamente.

Porém, na impossibilidade de preservação simultânea de todos esses interesses, bens jurídicos ou valores pretendidos (iii), o julgador deverá decidir qual bem jurídico será sacrificado em detrimento dos demais. Se não há no ordenamento jurídico uma resposta pronta para tal questão, caberá ao julgador fazer uma opção, escolher. Porém a escolha não deverá ser guiada pela subjetividade do julgador, mas pelos parâmetros do ético, do pragmático e do justo que podem ser encontrados no ordenamento jurídico e no “mundo da vida” na qual se situa a comunidade.

Talvez seja melhor um outro exemplo para tratar desta questão. Imagine uma pessoa acometida de câncer em estágio avançado que, depois de algum tempo em tratamento, resolve não mais se submeter a ele, mesmo consciente de que isto levará a sua morte. E, de outro lado, sua família pretende obrigá-lo a realizar o tratamento médico, pois as chances de sobrevivência são grandes.

Numa discussão jurídica, a pessoa acometida da doença poderá argumentar que lhe é garantido constitucionalmente a liberdade de decidir sobre sua vida,

enquanto a família poderá sustentar que a vida é um bem jurídico indisponível e que deve ser preservado, sendo obrigatório portanto o tratamento médico que não o põe em risco de morte, mas que lhe poderá garantir mais tempo de vida.

Existem, na hipótese, duas intenções-fim impossíveis de serem concretizadas integral e concomitantemente. Ou se preserva a autonomia de vida do indivíduo, garantindo-lhe o direito de decidir sobre sua existência ou morte, ou se preserva a vida comprometendo-se sua liberdade.

O legislador não é capaz de produzir um enunciado jurídico, que resolva esta questão *a priori*, levando em consideração os interesses simétricos de todos os envolvidos. Não há como dizer que sempre a vida é mais importante do que a liberdade, ou vice-versa. A situação fática em que se encontram os envolvidos é importantíssima para a solução da questão, pois só nela se poderão verificar quais resultados serão produzidos com a prevalência de uma ou outra intenção-fim.

Não é uma questão, de simplesmente afirmar que a conduta é lícita ou ilícita. Envolvem valorações, escolhas do que é mais desejado ou preferido. Mas não se trata de um procedimento irracional no qual são possíveis quaisquer escolhas, ou escolhas puramente subjetivas.

O próprio ordenamento jurídico já fornece alguma delimitação, pois dele se pode extrair quais intenções-fim se pretendem concretizar. Não é possível qualquer decisão ou uma decisão de qualquer conteúdo.

No caso em discussão realmente a decisão judicial deverá produzir uma proposição jurídica no formato de uma regra que prescreverá qual conduta será lícita e qual conduta será ilícita, isto é, a intenção-meio que produzirá a intenção-fim que deve prevalecer no caso concreto. Mas até se chegar a esta decisão, que tem caráter binário, o debate se dará suscitando questões que superam o simples alegar de lícito-ilícito.

Assim, se não se tem uma definição normativa *a priori* do que deve prevalecer e há razões jurídicas que justificam tanto a prevalência de um como de outro bem jurídico, qual será a solução para que não se caia no decisionismo do julgador?

Uma decisão possível é a busca da produção do direito efetivo num ambiente discursivo.

## 5. A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PELA DISCURSIVIDADE

O direito é o resultado de um processo de produção realizado em duas fases distintas: normatização e aplicação. Até este ponto o empreendimento se limitou a desenvolver uma teoria voltada a análise dos elementos que o compõem, a forma como se apresenta, o tipo de raciocínio necessário para produzi-lo e os princípios que devem ser usados para guiar o operador do direito.

Porém igualmente importante é a questão da legitimação do direito produzido. Sob o prisma de um paradigma democrático não se pode aceitar a produção de qualquer direito, mas de um direito que seja legítimo. O direito não pode ser considerado ou utilizado como um meio para que alguns seres humanos explorem ou usem os outros, pois tem como um de seus objetivos gerais a justiça. A justiça sob uma perspectiva formal aristotélica exige o tratamento isonômico, impondo um tipo de igualdade. Além disso, Kant (1960) já dizia, com razão, que o ser humano é um fim em si mesmo, abominando a idéia de alguém ser usado como mero instrumento de outro.

Surgem então questões centrais do tipo: O que é legitimação? Como e em que momento da produção do direito ela se dá? Quem deve participar de seu processo?

Segundo Brandom (2005), legitimação é um status normativo conferido a alguém. Assim não seria o direito em si legítimo, mas seriam legítimas as ações prescritas no direito se este for produzido de uma determinada forma.

Estar alguém legitimado, segundo Brandom (2005, p. 251), é estar autorizado a fazer algo, seja em relação a si próprio, seja em relação a outrem. E é a assunção de um compromisso por alguém ou a sua atribuição que implica a legitimação de outrem. Portanto a atitude deôntica de assumir ou atribuir um compromisso implica uma atitude deôntica de atribuir legitimação.

Se alguém assume o compromisso de fazer algo e não o realiza, ou age de maneira que se comprometeu a não agir, autoriza outrem a exigir a ação ou a sancioná-lo.

Nas palavras de Brandom :

O tipo de prática implicitamente normativa da qual o uso da linguagem é o caso exemplar requer uma discussão a partir de dois status deônticos diferentes, a saber, o de compromisso e o de legitimação. A noção de status normativo e da significação de atuações que o modificam tem que entender-se, por sua vez, a partir da *atitude* deôntica prática de tomar ou tratar a alguém como comprometido ou legitimado. Isto consiste em primeiro lugar em *atribuir* um compromisso ou uma legitimação. Para começar, pode-se explicar a adoção desta atitude prática como a disposição ou vontade de impor *sanções*. (Mais adiante, em práticas mais sofisticadas, tratará-se-á da *legitimação* ou a *correção* de semelhante reação.) Os que atribuem estes status podem castigar aos que fazem algo ao que não estão (não se os considera como) legitimados e também aos que omitem algo com o qual se têm (se os considera como) comprometidos. [...] Assim existem dois tipos de atitudes deônticas práticas que se podem adotar diante de compromissos: atribuí-los (a outros) e reconhecê-los ou assumi-los (alguém mesmo). A mais fundamental das duas é a atribuição. (tradução nossa) (BRANDON, 2005, p. 259)<sup>79</sup>

Desta feita, a norma contém a atribuição de compromissos assumidos pelos possíveis afetados em seu processo de produção, e a atribuição de legitimação a alguém para exigir uma conduta ou sancionar o seu descumprimento, isto é, a determinação de deveres e direitos originários de prescrições de condutas proibidas, exigidas ou permitidas, incluindo-se dentre as permitidas e/ou exigidas por quem detém o poder/dever de sancionar. Define quem pode fazer o quê nas relações interpessoais. Define o papel dos participantes do jogo normativo social.

Se a legitimação de alguém para algo pressupõe a assunção de compromisso de outrem, **o processo que legitima alguém ou lhe atribui determinada autoridade para proibir, exigir ou permitir uma conduta, ou mesmo para sancionar, deve pressupor a autonomia normativa de quem o assume.**

Brandon, adotando a linha teórica kantiana, diz o seguinte:

**A filosofia prática de Kant que nos concebe como atuantes, se caracteriza por seu duplo objetivo de entender-nos como *racionais* e também como *livres*. Para ele, *ser racional quer dizer estar ligado a regras*. Porém Kant se ocupa de reconciliar nossa característica essencial de estar vinculados a normas com nossa autonomia radical. Assim,**

<sup>79</sup> El tipo de práctica implícitamente normativa del que el uso del lenguaje es el caso ejemplar requiere una discusión a partir de dos estatus deônticos diferentes, a saber el del compromiso y el de la legitimación. La noción del estatus normativo y de la significación de actuaciones que lo modifican tiene que entenderse, a su vez, a partir de la *actitud* deôntica práctica de tomar o tratar a alguien como comprometido o legitimado. Esto consiste en primer lugar en *atribuir* un compromiso o una legitimación. Para comenzar, se puede explicar la adopción de esta actitud práctica como la disposición o voluntad de imponer *sanciones*. (Más adelante, en prácticas más sofisticadas, se tratará de la *legitimidad* o la *corrección* de semejante reacción.) Los que atribuyen estos estatus pueden castigar a los que hacen algo a lo que no están (no se los considera como) legitimados y también a los que omiten algo con lo que se han (se los considera como) comprometido. [...] Así que hay dos tipos de actitudes deônticas prácticas que se pueden adoptar ante compromisos: atribuirlos (a otros) e reconocerlos o asumirlos (uno mismo). La más fundamental de las dos es la atribución.



combina o aspecto definitório essencial de nossa dependência do geral com a nossa independência como particular (como o expressa Hegel) na tese de que **a autoridade dessas regras resulta do fato de que as reconhecemos como vinculantes para nós. Nossa dignidade como seres racionais consiste precisamente em estar sujeito somente a regras que aceitamos e que temos elegido livremente para ligar-nos** (como Odisseu frente às sereias). **Não temos a liberdade de uma eleição total, já que a eleição de não estar sujeito a nenhum tipo de regra significaria despedirmos por completo de nossa racionalidade.** Assim, se algo pode ligar-nos que não foram nossas próprias atitudes e ações, então não seríamos livres. Segundo sua etimologia, **a autonomia consiste em estabelecer lei para nós mesmos.** Esta visão de Kant foi herdada de uma venerável tradição iluminista [nota de roda-pé se referindo a Rousseau]. Baseia-se em uma imagem determinada do que é característico à *autoridade* de regras ou leis (a única forma de normas que se tinha em consideração).<sup>80</sup> [grifo acrescentado ao original] (BRANDON, 2005, p. 102)

A conciliação de racionalidade e autonomia humanas é pressuposta como exigência para a existência da norma e da liberdade, pois algo só existe em relação ao seu oposto. Só existe liberdade se há limites à atuação humana, determinados por normas. E é dentro dos limites fixados normativamente que existe a liberdade. Além do que alguém é livre para agir até certos limites, pois ao outro deve também ser garantia a mesma condição de liberdade.

Desta maneira, **a legitimidade é maior ou menor dependendo do grau de garantia de autonomia normativa àqueles que serão regidos pelas normas. Quanto mais liberdade de escolha das normas for conferida a quem será regido por elas, maior será a autoridade contida nelas.**

Sob a teoria kantiana da autonomia, o direito só tem característica de legítimo se for produzido de forma livre por quem será afetado por ele. Mas daí surge outra questão: para que a conduta prevista na norma seja legítima é necessária a

---

<sup>80</sup> La filosofía práctica de Kant que nos concibe como actantes, se caracteriza por su doble cometido de entendernos como *racionales* y también como *libres*. Par él, ser racional quiere decir estar ligado a reglas. Pero Kant se ocupa de reconciliar nuestra característica esencial de estar vinculados a normas con nuestra autonomía radical. Así, combina el aspecto definitorio esencial de nuestra dependencia de lo general con el de nuestra independencia como particulares (como lo expresa Hegel) en la tesis de que la *autoridad* de estas reglas resulta del hecho de que las *reconocemos como* vinculantes para nosotros. Nuestra dignidad como seres racionales consiste precisamente en estar sujetos sólo a reglas que aceptamos y que hemos elegido libremente para ligarnos (como Odiseo frente a las sirenas). No tenemos la libertad de una elección total, ya que la elección de no estar sujeto a ningún tipo de regla significaría despedirnos por completo de nuestra racionalidad. Ahora bien, si algo pudiera ligarnos que no fueran nuestras propias actitudes y actividades, entonces no seríamos libres. Según su etimología, la autonomía consiste en establecer leyes para nosotros mismos. Esta visión de Kant es heredada de una venerable tradición ilustrada. Se basa en una imagen determinada de lo característico de la *autoridad* de reglas o leyes (la única forma de normas que se tenía en consideración).

participação efetiva ou basta garantir a oportunidade de participação de quem poderá ser afetado?

Alguém pode deixar de participar da escolha do que será proibido, permitido ou exigido, ou como se fará a sanção no caso de cumprimento ou descumprimento da conduta, simplesmente por vontade livre e consciente. Neste caso sua omissão legitimará a conduta prescrita na norma, pois a ele, como ser racional, segundo Kant, não é possível a escolha de não ser regido por uma norma.

A condição de ser racional e autônomo atribui implicitamente aos indivíduos o compromisso de participarem do processo de formação da norma. E a legitimação tácita da norma produzida por outros possíveis afetados, sem suas participação, pode ser considerada uma espécie de sanção, ou mesmo uma exigência para o funcionamento do sistema normativo.

Se todos os seres humanos, como racionais, devem ser regidos por normas, e se alguém não participa por vontade própria do processo de normatização, com sua omissão, confere legitimidade aos outros para decidirem por ele.

Por outro lado, se alguém não participa do processo de normatização porque não lhe foi dada oportunidade de fazê-lo, a norma produzida não é legítima, e, portanto, não o vincula. Inúmeras condições podem impossibilitar a participação no processo decisório, tais como: ausência ou escassez de condições materiais, indisponibilidade de tempo, falta de condições de conhecimento, impossibilidade de locomoção ou de acesso ao âmbito discursivo (seja real ou virtual), precária condição de saúde.

Pode ocorrer ainda que haja participação, mas que ela não se dê de forma livre, comprometendo também, nesta hipótese, a legitimidade em maior ou menor grau.

A oportunidade, para que todos aqueles possíveis afetados que desejarem participar do processo discursivo de normatização, deve ter como pressuposto também a igualdade procedimental. A desigualdade procedimental pode estar relacionada de forma direta com o modelo do processo decisório, como pode ocorrer de forma indireta, por estar a pessoa em determinadas condições materiais desvantajosas que comprometam a sua autonomia ao impossibilitar uma participação de forma livre, consciente e ampla no discurso.

Como não é possível, *a priori* e de forma universal, fixar um único modelo discursivo para a aferição da legitimação, deve se ter como parâmetro o máximo possível, no contexto decisório de iguais liberdades.

Evidentemente, que quando se diz que o afetado pela norma deve participar, não se pretende que em todos os processos de normatização haja sua participação direta. Impossível exigir que todos os mais de 180 milhões de brasileiros participem de todos os processos de normatização para que as normas de caráter nacional contenham legitimidade e autorizem a exigência de seu cumprimento.

A participação direta ou indireta no processo de normatização depende da viabilidade ou inviabilidade prática de uma ou outra forma de participação. É desejável, como referente máximo, que a participação se dê de forma direta, porquanto a participação por meio de representante diminui a autonomia individual do representado, pois a escolha pelo representante deve tentar conciliar os desejos, intenções, crenças, convicções, valores e intenções de vários representados.

Fazzalari (1994), discorrendo sobre o processo legislativo, comunga com a idéia de legitimação pela participação ampla e livre no processo decisório legislativo:

No texto e no espírito da nossa Constituição [Italiana], o núcleo vital do procedimento de formação das leis é constituído exatamente pelo consenso e pelo dissenso, no seio do órgão legislativo, das opiniões dos eleitos pelo povo. Entre os membros do Parlamento (ou aqueles do Conselho regional), em comissão e/ou no plenário, na fase de exame e de discussão do projeto de lei, se celebra, justamente, o contraditório: no qual se evidenciam e se valem de elementos aptos a determinar o voto de cada um e a deliberação. Os membros do Parlamento, se, de um lado, compõem o órgão legislativo, por outro, em virtude da ligação com os respectivos eleitores – ligação que não é uma relação de representação, nem tampouco de mandato em sentido estrito, mas que certamente existe pelo fato do ordenamento exigir para a investidura a manifestação da vontade dos eleitores – que representam os interesses desses. Por isto, neste debate, os interesses, as vocações, as ideologias expressas pelos parlamentares reproduzem – também e sobretudo através do filtro da sua indicação do rol pelos partidos, e pela função de orientação que os partidos desenvolvem junto aos eleitores – os interesses, as vocações, as ideologias dos cidadãos, e dos vários grupos nos quais esses, com a escolha feita, se colocam. Assim também no procedimento em exame se contempla a participação em contraditório deles – os membros do Parlamento – que, por um fenômeno de redução, através de seleção, estão no lugar dos destinatários das leis, isto é, os cidadãos. Se trata, então, não de meros procedimentos, mais de processos. Aqui o processo confirma, apesar de desnecessário, a sua essência de estrutura privilegiada pela gestão democrática de atividade fundamental; e, então, de instrumento para a realização e a salvaguarda da liberdade. (tradução nossa) (FAZZALARI, 1994, 617)<sup>81</sup>

<sup>81</sup> Nella lettera e nello spirito della nostra Costituzione [italiana], il nucleo più vitale del procedimento di formazione delle leggi è costituito proprio dall'incontro e dallo scontro, in seno all'organo legislativo,

É possível ainda que a legitimação se dê sem a participação efetiva dos possíveis afetados pela norma no processo discursivo. Isto pode acontecer quando a comunidade passa a cumpri-la de forma livre e consciente. Neste caso, há uma atribuição de legitimidade posterior ao seu processo de formação pela aceitação livre e consciente da norma. É o que ocorreu com a Constituição dos Estados Unidos da América e a Lei Fundamental de Bonn. Ambas foram produzidas em um processo não-participado, mas adquiriram legitimidade pela aceitação social de suas normas.

Todo o exposto até aqui é perfeitamente cabível à fase de normatização do direito. A dúvida surge quanto à fase de aplicação da norma. A legitimidade da decisão judicial ou administrativa se dá também desta maneira?

Partindo da idéia de que o resultado da decisão de uma questão jurídica é uma proposição normativa específica para a situação conflituosa em análise é perfeitamente coerente a utilização destes mesmos critérios de legitimação na fase de aplicação da norma.

Superada a concepção positivista que o direito já se encontra pronto e acabado na norma, o processo de legitimação deve alcançar também a fase de aplicação, pois só existe direito efetivamente com a complementação da segunda fase de sua produção.

Para a produção do direito, é necessária, tanto a norma como a situação fática. O direito somente é produzido numa situação específica, não existe direito efetivo *a priori* à aplicação da norma.

---

delle opinioni degli eletti dal popolo. Fra i membri del Parlamento (o qualli del Consiglio regionale), in commissione e/o in aula, nella fase di esame e di discussione del progetto di legge, si celebra, appunto, il contraddittorio: nel quale si evidenziano e si vagliano gli elementi atti a determinare il voto di ciascuno e la deliberazione. I membri del Parlamento, se, da un lato, compongono l'organo legislativo, dall'altro, in virtù del collegamento con i rispettivi elettori – collegamento che non è un rapporto di vera e propria rappresentanza, e neppure di mandato in senso stretto, ma che certamente sussiste per il fatto che l'ordinamento fa risalire la loro investitura alla volontà manifestata dagli elettori [referência a Mortati] – ne rappresentano gl'interessi. Perciò, in quel dibattito, gl'interessi, le vocazioni, le ideologie espressi dai parlamentari riproducono – anche e soprattutto attraverso il filtro della loro designazione di lista da parte dei partiti, e della funzione di orientamento che i partiti svolgono presso gli elettori – gl'interessi, le vocazioni, le ideologie dei cittadini, e dei vari gruppi in cui essi, con la scelta operata, si collocano. Cosiché anche nei procedimenti in esami si contempla la partecipazione in contraddittorio di coloro – i membri del Parlamento – che, per un fenomeno di riduzione attraverso selezione, stanno al posto dei destinatari delle leggi, cioè dei cittadini [referência a Predieri]. Si tratta, dunque non di meri procedimenti, bensì di processi. Qui il processo conferma, se mai ve ne sia bisogno, la sua essenza di struttura privilegiata per la gestione democratica di attività fondamentali; e, dunque, di strumento per la realizzazione e per la salvaguardia delle libertà.

É por este motivo que Habermas (1997) sustenta que a segurança jurídica deve ser transferida do âmbito material para o processual:

Um sistema de direitos que não é forma apenas e *a fortiori* de “regras” que incluem procedimentos de aplicação, como pretende o positivismo, não pode garantir o mesmo grau de previsibilidade de decisões judiciais, obtido em programas condicionais. O conceito clássico de segurança jurídica, cujas implicações racionais foram analisadas, por exemplo, por Lon Fuller, exige uma estrutura de regras [tradução mais adequada deveria ser normas] que ultrapassam um sistema jurídico complexo e auto-referencial, construído com regras, princípios e determinações de fins. A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios. Em troca, **a postulada teoria do direito [procedimentalista] possibilita unicamente decisões corretas, que garantem a segurança jurídica num outro nível. Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo eqüitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários.** Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos que lhe são próprios. (HABERMAS, 1997, p. 272)

É sempre bom lembrar que

Somos seres discursivos cujas ações características consistem em aplicar conceitos, dar e pedir razões, ter por verdadeiro e fazer verdadeiro, e por isto existimos, nos movemos e levamos nossa vida em um espaço estrutura por normas.<sup>82</sup> (tradução nossa) (BRANDOM, 2005, p. 96)

No centro da prática discursiva está o jogo de dar e pedir razões. [...] a prática discursiva é implicitamente *normativa*, já que inclui essencialmente juízos de movimentos como corretos ou incorretos, apropriados ou inapropriados.<sup>83</sup> (tradução nossa) (BRADOM, 2005, p. 250)

Resta saber se os participantes dos processos discursivos de normatização e aplicação do direito estão autorizados a tomar qualquer tipo de decisão e quais argumentos podem ser suscitados durante a discussão.

Como não se defende neste trabalho uma racionalidade absoluta ou a existência de um único modo de vida universalizável, tendo-se como parâmetros o ordenamento jurídico vigente e a consciência jurídica geral da comunidade, é

<sup>82</sup> Somos seres discursivos cuyas acciones características consisten en aplicar conceptos, dar y pedir razones, tener por verdadero y hacer verdad, e por esto existimos, nos movemos y llevamos nuestra vida en un espacio estructurado por normas.

<sup>83</sup> En el centro de la práctica discursiva está el juego del dar y pedir razones. [...] la práctica discursiva es implícitamente *normativa*, ya que incluye esencialmente enjuiciamientos de movimientos como correctos o incorrectos, apropiados o inapropiados.

possível uma variação quanto à determinação do que seja proibido, permitido ou exigido como conduta, desde que não se comprometa a autonomia normativa dos indivíduos; pois, do contrário, não seria legítima a decisão, não teria autoridade, não seria vinculante.

Quanto aos argumentos que podem ser levados ao discurso, não há dúvidas que na fase de normatização são cabíveis argumentos de qualquer ordem. A divergência surge quanto à fase de aplicação da norma.

Como o direito não é formado apenas por normas, mas é produzido exatamente na tensão destas com a situação fática, não é possível restringir os argumentos a questões de licitude ou ilicitude. A decisão na fase de aplicação da norma terá como resultado a valoração de uma conduta como lícita ou ilícita, mas até se chegar a ela, são cabíveis argumentos que não se restringem ao código binário.

O direito é o composto de três planos interpostos, quais sejam: o ético, o pragmático e o do justo. Então é possível levar ao espaço discursivo questões de valor, de adequação de meios e fins e critérios de justiça. Ou melhor, no raciocínio prático para a formação do direito são cabíveis argumentos vários quanto a crenças, convicções, compreensões da situação e do mundo, valores, desejos, intenções, interesses, teorias, etc.

Isto tanto na fase de normatização quanto na fase de aplicação do direito, pois acreditar o contrário seria retomar, com uma outra roupagem, a crença positivista de que a norma já continha o direito, ou seja, já continha tudo que era o direito e cabia ao aplicador apenas descobrir seu conteúdo.

Por outro lado, tanto na fase de normatização como na fase de aplicação da norma existem parâmetros a serem seguidos. Quando da formulação de uma norma deve-se, por exemplo, respeitar a autonomia normativa dos indivíduos, a integridade da legislação, a hierarquização das normas, a fixação da competência legislativa, os limites culturais do povo, etc.

Na fase de aplicação da norma, os parâmetros normalmente são maiores, pois partem de escolhas fixadas na norma quanto a valores, fins, meios e critérios de justiça, que não podem ser desprezados.

Mas pode ser que o ordenamento jurídico não tenha determinado quais os meios aptos a atingirem os fins, ou qual valor deve preponderar sobre outro, ou não tenha previsto elementos relevantes da situação jurídica que interferem na inferência

do conteúdo proposicional da norma, etc. Diante deste quadro, caberá um maior trabalho argumentativo dos que participam da construção da decisão de aplicação da norma, na busca do argumento que melhor se adapte ao direito vigente (ordenamento jurídico, decisões precedentes, teorização jurídica, crenças e intenções da sociedade, etc.) e seja mais convincente.

Como arremate é perfeitamente cabível a adoção da posição de Habermas quanto à necessidade de transferência do ideal de segurança jurídica do âmbito material para o âmbito processual, porquanto materializa a convicção de que a legitimação se dá na produção discursiva do direito.

## 6 ANÁLISE DE CASOS

Pretende-se com a análise de alguns casos a aferição prática da teoria desenvolvida neste trabalho. Se o Direito é uma ciência social prática, somente tem sentido uma teoria que possa auxiliar na produção de soluções jurídicas legítimas e racionais.

Para o empreendimento foram escolhidos quatro casos, que representam bons exemplos para o uso do raciocínio prático no modelo brandomiano; a consideração habermasiana do direito como resultado da interpenetração dos planos do ético, do pragmático e do justo; para uma abordagem lingüística do direito, considerando suas dimensões semântica, sintática e pragmática; e para a aplicação dos princípios hermenêuticos da Integridade do Direito, da Dialética da Pergunta e da Reposta e da Autonomia Semântica do Texto.

### 6.1 Lei “Maria da Penha”: um caso de incoerência legislativa

Em 08 de agosto de 2006 foi publicada a Lei n° 11.340, cognominada de Lei “Maria da Penha” em referência a uma vítima de violência doméstica.

O texto da lei é composto de 47 artigos, divididos em sete títulos, definindo o que seja violência doméstica e familiar contra a mulher e quais situações e âmbitos onde ocorre, determinando ao Estado a adoção de medidas de assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar e de medidas protetivas preventivas e repressivas, além de conferir um tratamento jurídico mais severo aos agressores masculinos tanto no âmbito do direito material quanto no processual.

Será objeto de análise apenas o tratamento diferenciado nos âmbitos do direito material penal e processual, incluindo-se as medidas repressivas contra o homem acusado de agressão, pois serve para aferir a aplicabilidade prática do Princípio da Integridade Legislativa. Em relação a aspectos de prevenção, é necessário um estudo mais aprofundado que extrapolaria o objeto do presente trabalho. Há realmente indícios de que é necessária a adoção de políticas públicas



gerais de prevenção com tratamento diferenciado às mulheres porque seriam mais suscetíveis de violência doméstica e familiar.

A principal dúvida é quanto à aplicação de medias especiais protetivas repressivas somente à mulher vítima de violência doméstica ou familiar, previstas nos artigos 22 a 24 da Lei “Maria da Penha”, afastando sua aplicação ao homem vítima de violência doméstica ou familiar, e se isto configura um tratamento legislativo coerente.

O Princípio da Integridade na Legislação impõe ao produtor da norma jurídica um dever de coerência quanto aos princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, somente sendo permitido um tratamento jurídico diferenciado, se as pessoas estiverem em situações fáticas diferentes.

De início, usar-se-á a técnica da pergunta e resposta extraída do Princípio da Dialética da Pergunta e da Resposta para se inferirem os possíveis conteúdos proposicionais (intenções e crenças) contidos de forma explícita e implícita no texto normativo.

A primeira pergunta objetiva é identificar o propósito da Lei “Maria da Penha”: “Para que” foi editada a Lei n° 11.340/2006?

Da leitura da ementa da Lei e de seu artigo 1º<sup>84</sup> pode-se inferir que a Lei “Maria da Penha” foi criada para conferir um tratamento diferenciado às mulheres, buscando impedir a ocorrência de violência doméstica e familiar tendo-as como vítima. E em segundo lugar, que o homem vítima de violência doméstica e familiar não está amparado por esta legislação. A Lei sempre se refere à vítima mulher.

Surge então uma segunda pergunta no plano do justo: é possível, tendo em mira o Princípio da Integridade na Legislação, um tratamento diferenciado às vítimas de violência doméstica, tendo como critério exclusivamente a diferença de sexo?

---

<sup>84</sup> Ementa: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Sustentando-se que o direito efetivo só passa a existir com a interpretação da norma diante de um fato ocorrido ou possível de ocorrer (hipotético), para a formulação desta resposta são apresentadas algumas situações:

- situação n° 01: uma mulher sofre violência física de seu marido;
- situação n° 02: uma mãe pratica violência física e moral contra sua filha;
- situação n° 03: uma mãe pratica violência física e moral contra seu filho;
- situação n° 04: a violência doméstica se deu de forma recíproca e concomitante entre marido e mulher;
- situação n° 05: um homossexual masculino que se identifica psicossocialmente como mulher é violentado por seu companheiro homem.

Na hipótese da situação n° 01, não há dúvidas de que poderiam ser aplicadas pelo juiz ao homem acusado da violência doméstica contra sua esposa, dentre outras, as medidas previstas nos incisos I a V do artigo 22 da Lei n° 11.340/2006, quais sejam:

- I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da;
- II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;
- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
  - a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
  - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
  - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

O homem acusado também não poderá se beneficiar da suspensão condicional do processo criminal previsto no artigo 89, da Lei 9.099/95 ou da aplicação exclusivamente de pena de multa permitida no artigo 76 da mesma legislação, por expressão prevista no artigo 41 da Lei 11.340/2006 de inaplicação da Lei 9.099/95 aos casos de violência doméstica praticada contra mulher.

Na situação n° 02, a mulher deverá ter o mesmo tratamento do homem que agiu como descrito na situação n° 01, pois em ambos os casos a vítima da agressão era uma mulher.

Já na situação n° 03, os resultados são diversos. Como a vítima da agressão é um homem, não se aplicaria a Lei “Maria da Penha”, independentemente se o agressor for homem ou mulher.

Na 4ª situação fática suposta, na qual houve violência recíproca e concomitante entre marido e mulher, haverá um tratamento diferenciado para os agressores, tendo a mulher um tratamento mais brando do que o homem, pois não lhe será aplicada desfavoravelmente a Lei “Maria da Penha” porque a vítima de sua agressão não é uma outra mulher. Apesar de ambos serem agressores, é possível em tese, dentre outras providências judiciais, a determinação do afastamento do homem do lar conjugal.

A problemática envolvendo a situação n° 05 necessita, para a definição se será ou não aplicada a Lei “Maria da Pena”, a definição do que seja “mulher”. “O que é ser mulher?”

O texto legal não traz a definição do que seja uma mulher, e realmente não lhe seria conveniente fazê-lo, pois o conteúdo conceitual do que seja mulher é construído, socialmente, pelo uso que as pessoas fazem deste termo.

A sociedade atual usa as expressões “mulher” e “homem” com critérios vários. Atualmente não é tão pacífico o conceito de “mulher”. Existem diversos critérios para a definição do sexo da pessoal, podendo ser relacionados os critérios legais, biológicos, genéticos e psicossociais. Se o homossexual for considerado “mulher”, obterá a proteção legal nos moldes da Lei “Maria da Penha”, do contrário não a terá.

Os exemplos usados para a análise do texto legal possibilitaram identificar a questão central ligada ao plano do justo na produção do direito: há realmente diferença quando a vítima da violência doméstica ou familiar é uma mulher ou um homem?

A resposta que se pode inferir da Lei “Maria da Penha” é um “sim”. Infere-se do texto da lei que a intenção de tratar homens e mulher vítimas de agressão familiar de forma diferenciada, com medidas que visam a uma maior proteção à mulher, parte da crença de que a mulher sempre estará em situação de inferioridade em relação ao homem, seja econômica, física, social, moral, ou psicológica.

Trata-se, a toda evidência, de uma estratégia platônica, pois idealiza a realidade, pressupondo que sempre a mulher estará em desvantagem em relação ao homem, necessitando de mais proteção.

Estratégia que é incompatível com um direito construído discursivamente, pois despreza o caso específico, o contexto factual no qual será aplicada a norma. Numa atitude positivista desprezam-se os fatos como elementos que integram a formação do direito.

O que na verdade define se há um desequilíbrio em termos materiais, sociais, morais, psicológicos ou físicos não é a condição de ser homem ou mulher. Se é verdade que no Brasil homens em geral têm melhores condições do que mulheres, também o é que existem mulheres em melhores condições do que alguns homens. E se tem visto nos últimos tempos uma ascensão vertiginosa das mulheres a melhores condições sociais, econômicas, de trabalho, na família, etc.

Sob o foco pragmatista, é a condição de vítima que demonstra que há um desequilíbrio, eis que, se foi agredida, é porque o agressor encontrava-se em condições de superioridade em algum aspecto. É só no contexto da agressão que é possível tal definição. Só na análise pragmática que se obterá uma resposta correta quanto ao desequilíbrio entre os envolvidos na agressão (vítima e agressor).

Conseqüentemente, o legislador deveria ter produzido um texto normativo que visasse à proteção da vítima, seja de qual sexo for. A diferenciação por sexo, neste caso, é idealizante e irreal.

A Lei n° 11.340/2006, se interpretada literalmente, provoca uma situação de injustiça, pois trata homens e mulheres vítimas de violência doméstica e familiar de forma diferente, sem ter para tanto motivação convincente, porquanto não é sempre possível afirmar que os homens estarão em condições de superioridade em relação às mulheres.

E há ainda um outro argumento ligado à seguinte pergunta: se a Lei n° 11.340/2006 tivesse previsto as medidas de proteção para as vítimas de violência doméstica e familiar independentemente do sexo diminuiria a garantia de proteção às mulheres? A resposta é negativa. As mulheres vítimas de agressão continuariam a ter a mesma proteção pretendida na Lei, e a admissão de proteção também à vítima homem em nada interferiria na proteção à mulher.

Conclui-se, portanto, que houve incoerência do legislador ao produzir o texto da Lei n° 11.340/2006, eis que trata injusta e desigualmente homens e mulheres

sem fundamento para esta atitude, tanto no aspecto de direito material quanto de direito processual. Indubitavelmente viola o Princípio da Integridade na Legislação, tão importante à implementação da justiça e da imparcialidade.

Contudo é viável a superação deste problema na fase de aplicação da norma jurídica com o uso do Princípio da Integridade no Julgamento. Norteados pelo princípio da igualdade e pelo texto do parágrafo 6º do artigo 226<sup>85</sup> que prevê proteção não para a mulher, mas para a família, ambos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, pode-se estender a garantia da Lei nº 11.340/2006 também às vítimas do sexo masculino.

Evidentemente que este posicionamento pressupõe a superação da leitura positivista do Direito Penal quanto à responsabilização pela prática de ilícitos, uma vez que existem elementos sociais necessários para tanto.

Se a sociedade introjetou as idéias de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e que não é permitida a agressão física, moral ou psicológica a outro ser humano, além do que há previsão legal do crime por violência doméstica, a extensão da punição a quem pratica a violência contra a vítima homem não viola a segurança jurídica, pois quem age sob essas idéias é capaz de prever suas consequências.

Ademais, além da segurança jurídica é necessária a implementação concomitante da justiça, entendida, neste aspecto, como tratamento similar a pessoas que se encontram em situações similares.

## **6.2 O caso reeleição do Governador Geraldo Alckmin**

Geraldo José Rodrigues de Alckmin Filho foi eleito Vice-governador de São Paulo para os mandatos de 1995-1998 e 1999-2002, quando substituiu por várias vezes o então Governador Mário Covas.

---

<sup>85</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Concorrendo à eleição para o Governo do Estado para o mandato de 2003-2006, teve sua candidatura impugnada pelas Coligações São Paulo quer Mudança e Resolve São Paulo. O Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo julgou improcedente a impugnação e o Tribunal Superior Eleitoral negou provimento aos recursos ordinários interpostos pelas Coligações impugnantes.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do Recurso Extraordinário nº 366.488-3 sob o argumento de que haveria afronta ao parágrafo 5º do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A análise deste caso será feita tendo como referência o voto do Ministro Relator Carlos Velloso, acompanhado na íntegra pela Ministra Ellen Gracie e pelos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ausente ao julgamento o Ministro Celso de Mello.

A questão central é o *conteúdo proposicional* do parágrafo 5º do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo enunciado normativo se transcreve:

O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

O teor da ementa do acórdão do Recurso Extraordinário resume bem a posição da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Ei-la:

I. - Vice-governador eleito duas vezes para o cargo de vice-governador. No segundo mandato de vice, sucedeu o titular. Certo que, no seu primeiro mandato de vice, teria substituído o governador. Possibilidade de reeleger-se ao cargo de governador, porque o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão. Somente quando sucedeu o titular é que passou a exercer o seu primeiro mandato como titular do cargo. II – Inteligência do disposto no § 5º do art. 14 da Constituição Federal. (BRASÍLIA, 2005)

Do enunciado do parágrafo 5º do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil podem ser inferidas as seguintes proposições normativas quanto ao Presidente da República, Governadores e Prefeitos:

- É permitido o exercício de apenas dois mandatos sucessivos;
- A proibição se estende a quem os houver substituído e sucedido durante o mandato para o qual foram eleitos;

- A consequência jurídica é a inelegibilidade para um terceiro mandato sucessivo.

Para a identificação da extensão subjetiva do conteúdo proposicional do dispositivo constitucional mencionado, na linha que concebe o direito como uma integridade, é necessária uma interpretação sistêmica com os artigos 79 e 80 da Constituição<sup>86</sup>.

Assim são abrangidos pela extensão do conteúdo proposicional do parágrafo 5º do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil:

- O Vice-presidente da República nas hipóteses de sucessão e substituição;
- Os Vice-governadores e os Vice-Prefeitos, pelo princípio da simetria de tratamento com o Vice-presidente, também nos casos de sucessão e substituição;
- O Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal para substituição em caso de impedimento do Presidente e do Vice-presidente;
- E quem for indicado pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais para a substituição na situação de impedimento simultâneo de Governadores e Vice-governadores e Prefeito e Vice-prefeitos.

Todavia os compromissos doxásticos (crenças e convicções) e práticos (desejos e intenções) assumidos pelos Ministros componentes da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal são diversos quanto à extensão da proibição aos que substituírem, no curso do mandato, o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos.

Do voto do Ministro Relator podem ser inferidas as crenças/convicções abaixo transcritas:

---

<sup>86</sup> Art. 79. Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente. Parágrafo único. O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais. Art. 80. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

- quem substitui o Governador de Estado não exerce de forma plena o poder;
- o exercício da titularidade do cargo dá-se mediante eleição ou por sucessão, não na hipótese de substituição.

Chegou-se à conclusão, no voto, que a intenção contida no texto constitucional seria apenas de proibir o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos e quem os houver sucedido, ao exercício de um terceiro mandato sucessivo, não alcançando a proibição aos que tenham exercido o poder em substituição aos titulares.

A dúvida principal é se realmente é possível inferir dita intenção do texto constitucional, ou se trata de um caso de decisionismo em que o julgador, pragmático “cético”, despreza o texto da norma e produz algo totalmente novo.

Há indícios de uma atitude cético-pragmática, pois o Ministro Relator Carlos Velloso afirmou em seu voto que “o constituinte não foi feliz ao redigir o §5º do art. 14 da Constituição Federal, na utilização da expressão de “que nos houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos”.<sup>87</sup> (BRASÍLIA, 2005)

Se referindo à inconveniência da atitude do legislador constituinte o dito, se analisado de forma isolada, pode ser interpretado como um juízo político, o que não seria admissível em termos de legitimação. Como sustenta Dworkin (2001, p. 101), o Poder Judiciário deve tomar decisões com base em princípios e não em diretrizes políticas. É claro que os princípios contêm diretrizes políticas; o que se tem como ilegítima é a tomada de decisões indicando diretrizes políticas que não possam ser inferidas do ordenamento jurídico.

Contudo, no processo de inferência material da natureza do juízo quanto à infelicidade do legislador constituinte de inserir na proibição normativa de quem houver substituídos os titulares de mandatos eletivos do Poder Executivo, isto é, na identificação da intenção contida no voto (se juízo político ou jurídico) deve-se aplicar o critério da coerência textual, pois o texto do voto é um todo, é um sistema, exigindo coerência interpretativa das partes com o todo.

Numa análise ainda superficial da íntegra do voto, não é possível afirmar que a intenção contida no voto do Ministro seja de modificar a Constituição, eis que há

---

<sup>87</sup> Transcrição extraída da página 447 do Recurso Extraordinário nº 366.488/SP.



um esforço interpretativo voltado à justificação com bases jurídicas para a inconveniência da expressão “substituído”. A infelicidade na redação do texto da norma constitucional teria fundamentos de coerência jurídica e não de juízo puramente político.

Ainda que não tenha havido a intenção de uma tomada de posição puramente política, pode ser que a fundamentação apresentada não consiga justificar o abandono ou desprezo do termo “substituído” contido no §5º do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil, recaindo no mesmo problema da ilegitimidade.

Se o texto tem uma autonomia semântica, além do critério da coerência textual, é importante fazer a análise do texto constitucional sob a ótica do critério da isotopia semântica. E aí se pergunta: é possível desprezar o termo “substituído” porque teria um conteúdo semântico similar a “sucedido”?

Por razões semântico-pragmáticas e sintáticas não é logicamente viável considerar como palavras sinônimas: “substituído” e “sucedido”. Estes termos têm significados diversos, sendo usados em situações diferentes. O termo “substituído”, no contexto do exercício de mandato, é usado para designar situações em que o exercício se dá no caso de impedimento do titular e de forma precária, pois o titular pode reassumir o posto. Já o termo “sucedido” é cabível de utilização quando ocorre a vaga no poder por ausência definitiva do titular, que por razões várias (morte, renúncia, cassação) não voltará a exercer o cargo.

Sob outro prisma, não se pode afirmar *a priori* que quem sucede exercerá por mais tempo o cargo do que quem substitui. Acrescente-se ainda que o exercício do poder num sistema republicado é sempre transitório, diferindo a substituição da sucessão apenas quanto à precariedade daquela e definitividade desta em relação à possibilidade de retorno do titular. É mais provável que o titular retorne ao exercício do cargo, mas não é uma certeza. Assim não é possível uma diferença semântico-pragmática sob o parâmetro da temporariedade.

Há também uma razão sintática para a impossibilidade da isotopia semântica entre sucessão e substituição. Entre os termos “sucedido” e “substituído” existe a conjunção coordenativa alternativa “ou”, denotando a existência de coisas distintas.

Porém os Ministros do Supremo Tribunal Federal sustentam que a substituição não é um caso de exercício da titularidade do cargo, pois quem substitui não exerce o poder de forma plena. Mas esse argumento não procede.

Exercer o poder de forma plena ou restrita nada tem a ver com o tempo em que é exercido, mas tem relação com a extensão da legitimação para o agir. Exerce de forma plena o poder quem pode agir como o titular. E tanto o sucessor como o substituto da autoridade que exerce o Poder Executivo podem agir com os mesmos poderes que o titular, portanto ambos exercem o poder de forma plena.

Desta forma, é inverídica a crença assumida na decisão de que o substituto não exerce de forma plena o poder. É irrelevante, conseqüentemente, a afirmação de que o eleito e o sucessor têm o exercício da titularidade do cargo, enquanto o substituto não o teria. Todos exercem de forma plena os poderes do cargo.

Esta é a relação mais segura entre o texto e o significado que dele se pode inferir, demonstrando que a interpretação realizada no Supremo Tribunal Federal quanto à inelegibilidade do Governador Geraldo Alckmin não passa também pelo teste do critério da economicidade interpretativa.

Tendo para parâmetro o Princípio da Autonomia Semântica do Texto, é correto afirmar que a interpretação realizada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 366.488-3/SP ultrapassa os limites de uma adequada e racional interpretação. Não há como desprezar ou desconsiderar que a norma constitucional em análise objetivou também proibir mais de uma reeleição para quem substitua o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos no curso do mandato.

Entender de forma contrária é adotar uma atitude cético-pragmática própria ao decisionismo, considerada ilegítima sob a ótica de um Estado que divide as funções de normatização e aplicação da norma.

Somente seria possível desprezar o texto se a conduta prescrita (intenção-meio), ou seja, a proibição de mais de uma reeleição para o substituto pudesse conduzir a uma situação incompatível com a intenção-fim da constituição. O que não é o caso.

A intenção-fim prevista no §5º do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil se identifica com o princípio republicano da alternância no poder, para que o governo não seja conduzido ao exercício não-transitório do poder.

Como os substitutos dos eleitos para os cargos supremos do Poder Executivo exercem de forma plena o poder e podem fazê-lo por um tempo bastante longo, como de fato ocorreu com Alckmin, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal pode conduzir à burla do princípio republicano da alternância no poder se

não houvesse proibição de reeleição para o substituto e o interessado em exercê-lo de forma permanente se alternasse nas posições de titular do poder em dois mandatos e substituto, como Vice, num terceiro mandato, assim sucessivamente.

### **6.3 O caso da (in)fidelidade partidária**

Este caso foi escolhido porque é um bom exemplo de como uma regra (fixação de uma conduta proibida, permitida ou ordenada e suas conseqüências jurídicas) pode ser produzida no momento da decisão ou inferida a partir de princípios (intenções-fim) existentes no ordenamento jurídico.

O Partido da Frente Liberal, atual DEM, formulou a consulta n° 1.398 ao Tribunal Superior Eleitoral consubstanciada na seguinte indagação:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? (BRASÍLIA, 2007)

A resposta teve como relator o Ministro César Asfor Rocha, acompanhado pelos demais Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, com exceção do Ministro Marcelo Ribeiro, vencido, cujo acórdão foi publicado em 28 de março de 2007. A análise tomará como base o voto do Ministro Relator.

Fez-se a consulta exatamente porque não existia no ordenamento jurídico brasileiro uma regra que definia de forma semântico-sintática de quem é o mandato eletivo, se do partido/coligação ou do deputado ou vereador eleito pelo sistema proporcional.

O Tribunal Superior Eleitoral, respondendo à consulta, formulou uma proposição jurídica no formato de uma regra, fixando uma conduta proibida e a sanção por seu descumprimento.

Para se chegar à proposição jurídica, o Ministro César Asfor Rocha desenvolveu um amplo raciocínio teórico e prático, inferindo crenças, convicções, desejos e intenções a partir do cotidiano político brasileiro, de teorias jurídicas e da

própria legislação, com destaque para a Constituição da República Federativa do Brasil.

Partindo de dados estatísticos quanto à eleição para Deputados Federais para o mandato 2007-2010, **relata uma realidade atual valorada por ele como indesejável**. Passa-se a transcrevê-la:

Um levantamento preliminar dos Deputados Federais, eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos Políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram. Por conseguinte, vinte e oito parlamentares, eleitos sob determinadas legendas, passaram-se para as hostes dos seus opositores, levando consigo, como se fossem coisas particulares, os mandatos obtidos no último prélio eleitoral. Apenas para registro, observe-se que dos 513 deputados federais eleitos, apenas 31 (6,04%) alcançaram por si mesmos o quociente eleitoral. Não tenho dificuldade em perceber que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga. (BRASÍLIA, 2007)

Infere-se do voto, em sentido contrário, que o desejável seria que os Vereadores, Deputados Federais e Estaduais permanecessem nos partidos cujas legendas estavam filiados quando de suas eleições. O fisiologismo partidário praticado por estes agentes políticos em prol de seus interesses particulares desvirtuaria o sistema de representação partidário legalmente adotado no Brasil. Seria desejável a estabilidade nas relações das bancadas partidárias para um bom funcionamento do sistema partidário.

Assume ainda o Ministro César Asfor Rocha uma série de compromissos doxásticos (crenças, convicções e compreensões) e práticos (desejos e intenções) inferidos de teorias jurídicas, da legislação brasileira e de outros compromissos doxásticos assumidos anteriormente, que podem ser assim enumerados:

- ***os partidos políticos são indispensáveis ao regime democrático***, pois a filiação partidária é condição de elegibilidade do cidadão (art. 14, §3º, V, CRFB), e é por seus intermédios que se viabiliza a participação política popular indireta;
- ***a fidelidade partidária é um princípio constitucional a ser perseguido***, sendo dever dos partidos políticos o estabelecimento de normas de

fidelidade e disciplina partidária, conforme previsto no artigo 17, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil;

- ***os princípios têm força normativa e têm prevalência sobre as normas de organização dos partidos***, citando para sustentar esta compreensão do ordenamento jurídico Paulo Bonavides, Emílio Betti, Karl Larenz e Noberberto Bobbio;
- ***o mandato eletivo não é uma propriedade privada, mas uma função política que deve ser exercida no interesse público***, de acordo com o Princípio da Moralidade previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição.

Com fundamento nestes compromissos doxáticos e práticos e pela constatação de que no sistema proporcional de eleição os votos são dados ao partido político em primeiro lugar, conclui-se que os mandatos eletivos dos Vereadores, Deputados Estaduais e Federais pertencem ao partido pelo qual foram eleitos.

Segundo o Ministro Relator do voto, a definição de um direito não é algo natural, mas uma escolha legislativa. É resultado de uma valoração do legislador. O direito contém valores e propósitos que não podem ser descartados: a norma não encerra em si mesma (se refere ao texto) um objetivo pronto, completo e acabado.

Na interpretação do caso, deve-se abandonar uma concepção estruturalista do direito (que o considera como fenômeno somente na sua dimensão formal positiva), adotando uma compreensão funcionalista do direito, com a busca das suas finalidades (teleologias) contidos nos enunciados normativos e dos propósitos contidos no ordenamento. Para o julgador “a parte mais significativa do fenômeno jurídico é mesmo a representada no quadro axiológico.” (BRASÍLIA, 2007)

Resumindo, pode-se dizer que o propósito (intenção-fim) da Constituição da República Federativa do Brasil é a estabilização das relações político-partidárias para se garantir a democracia (valor político). E que, para se alcançar este ideal desejado, deve-se conferir o direito ao mandato ao partido político, determinando a perda do exercício àqueles que mudarem de partido (crença instrumental e intenção-meio).

O voto é finalizado com a construção da seguinte proposição jurídica:

[...] os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda. (BRASÍLIA, 2007)

Podendo serem extraídas do texto do voto duas exceções à aplicabilidade desta regra: [...] “quando a migração decorrer da alteração do ideário partidário ou for fruto de uma perseguição odiosa.” (BRASÍLIA, 2007)

Apesar de o Ministro César Asfor Rocha afirmar que não é proibida a mudança de partido e que a perda do mandato não é uma sanção, não se pode concordar com esta posição jurídica.

De acordo com a teoria tripartite, as normas só podem ser permissivas, proibitivas e ordenatórias, sendo que só há sanção negativa para o descumprimento das normas proibitivas e ordenatórias. As normas permissivas configuram determinada autorização em certas condições.

Se há perda do exercício do mandato por parte de Vereadores e Deputados quando mudam de partido, é inegável que a consequência jurídica é uma sanção negativa. E se se pretende que não ocorra a mudança de partido a regra só pode ser considerada proibitiva.

Deste modo, reformulando a proposição normativa, é possível construir a seguinte regra geral: é proibida a mudança de partido aos candidatos eleitos para o exercício dos cargos de Vereador, Deputado Estadual e Deputado Federal, sob pena de perda do exercício do mandato.

E como regra de exceção: é permitida a mudança de partido sem a perda do exercício do mandato nos casos de alteração da ideologia partidária ou quando o candidato eleito estiver sendo perseguido injustamente.

Apesar da decisão do Tribunal Superior Eleitoral ser um bom exemplo de como é possível a formulação de uma regra a partir de crenças e intenções inferidas do ordenamento jurídico e do “mundo da vida”, padece de uma legitimidade por demais restrita, pois apesar de atingir a todos os Vereadores, Deputados Estaduais e Federais não proporcionou a eles meios para uma participação discursiva na construção da decisão (proposição jurídica proibitiva e a consequência jurídica para seu descumprimento).

A restrita participação na construção do direito, efetivada somente pela presença no processo discursivo do Partido da Frente Liberal, dos sete Ministros do

Tribunal Superior Eleitoral e da Assessoria Especial da Presidência acarreta uma perda argumentativa e, por conseguinte, de racionalidade.

Não se levaram em consideração diversas situações e argumentos relevantes ao tema, ocasionando comprometimento da integridade do direito. Tais como: E se a mudança se der para partido que fazia parte da mesma coligação no qual foi eleito o candidato? No caso de pretensão à reeleição, o candidato não pode mudar de partido sem perder o exercício do mandato, eis que deverá fazê-lo um ano antes do pleito? Isto não representaria uma limitação excessiva à liberdade de filiação política e uma extensão inconveniente e não prevista na resposta à consulta do TSE?

Mas o debate no Judiciário trouxe outra contribuição que se reputa paradigmática. Embasados na posição do Tribunal Superior Eleitoral, foram propostos os Mandados de Segurança n° 26.602, 26.603 e 26.604 junto ao Supremo Tribunal Federal visando à cassação de alguns Deputados Federais.

No julgamento destes Mandados de Segurança, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição que confirma o postulado da teoria construtivista do direito defendida neste trabalho. Discutindo a partir de quando ocorreria a perda de mandato dos Vereadores e Deputados, o Supremo Tribunal Federal definiu, por maioria, que atingiria todos que tivessem mudado de partido a partir da resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n° 1.398, em 27 de março de 2007.

**A posição jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>88</sup> corrobora a convicção de que o direito somente nasce a partir de uma interpretação jurídica diante de uma situação fática. O fato é a mudança de partido e a interpretação se deu institucionalmente pela primeira vez com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral.**

O Supremo Tribunal Federal poderia em tese ter fixado como termo inicial dos efeitos (perda de mandato) a data da mudança de partido, pois já existia implicitamente na Constituição o respeito à fidelidade partidária. Ou a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, quando as partes participaram da decisão na qual se determinou a proibição para o caso específico.

Na primeira hipótese, tender-se-ia um ideal positivista, materializado na crença de que o direito já existe de forma completa no ordenamento jurídico. Na

---

<sup>88</sup> Até a data do depósito desta dissertação, os acórdãos ainda não haviam sido publicados.

segunda hipótese, menosprezar-se-ia um dos objetivos gerais do direito, qual seja, a segurança jurídica.

Realmente, se houve um posicionamento jurídico a respeito, de efeito geral, com a fixação de uma regra proibitiva e as consequências jurídicas para o seu descumprimento, não haveria razão para não considerar produzido o direito a partir dele.

Todavia, como há um déficit de legitimidade na produção do direito a partir da decisão do Tribunal Superior Eleitoral, somente teria autoridade, e, por conseguinte, força vinculante, a decisão que passasse por um processo discursivo no qual deveria ser oportunizada a participação de todos os possíveis afetados de forma livre e simétrica. Inclusive com a possibilidade de apresentação de argumentos e comprovações que não fizeram parte das decisões do Tribunal Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal.

#### **6.4 O caso da presunção de estupro**

Foi o julgamento do Habeas Corpus n° 73.662-9 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASÍLIA, 1996) que sugestionou a análise da possibilidade de produção de direito legítimo desconsiderando texto expresso de lei. Trata-se de um pedido de absolvição formulado por meio de Habeas Corpus de um paciente condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais por estupro presumido, previsto no artigo 213 combinado com o artigo 224, alínea “a”, do Código Penal Brasileiro<sup>89</sup>, eis que a adolescente com quem manteve relações sexuais tinha menos de 14 anos.

Não será feita uma dissecação do caso discutido naquele Habeas Corpus, pois há divergência entre os Ministros julgadores quanto à interpretação dos fatos e um posicionamento mais seguro dependeria do acesso aos autos para o exame dos depoimentos colhidos em primeiro grau e da prova pericial realizada, o que é

---

<sup>89</sup> Textos que vigiam à época dos fatos: Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Parágrafo único - Se a ofendida é menor de catorze anos: Pena - reclusão de quatro a dez anos. Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.



inviável porque o processo tramitou em segredo de justiça para preservar a imagem da menor envolvida.

Contudo é interessante anotar que os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Maurício Corrêa que em seus votos concederam a ordem absolvendo o paciente, fizeram uma abordagem pragmática da situação, considerando o contexto em que o Código Penal Brasileiro foi aprovado e o contexto de sua aplicação, envolvendo questões sociais e específicas do caso concreto.

Enquanto que os Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira, apesar de analisarem alguns aspectos do caso concreto, têm uma abordagem platônica, partindo do pressuposto de que toda adolescente menor de 14 anos não tem capacidade para a compreensão do ato sexual e sua assunção.

Os primeiros entendem a presunção de violência prevista no artigo 224, alínea “a”, do Código Penal Brasileiro como relativa, e os últimos como absoluta.

Também é bom alertar que a posição dos Ministros que concederam a ordem é minoritária no Supremo Tribunal Federal.

Para o raciocínio prático envolvendo a aplicação do artigo 213 combinado com o artigo 224, alínea “a”, do Código Penal Brasileiro, será considerada a seguinte situação fática hipotética: um rapaz com mais de 18 anos namora uma moça com idade de 13 anos e 11 meses, que já não é virgem desde os 12 anos de idade e manteve relações sexuais constantes e consentidas com vários homens desde aquela idade. Descobrimos que a filha mantinha relações sexuais com seu namorado, o pai dela faz representação para que seja instaurado o processo crime por estupro, pois há a presunção de violência nas relações sexuais porque a menina tinha menos de 14 anos à época dos fatos. Na instrução processual, foi realizado exame psíquico da adolescente, concludente quanto à sua plena capacidade na compreensão das relações sexuais e suas conseqüências. O ex-namorado tinha conhecimento da idade da adolescente, não podendo alegar erro.

Diante da autonomia semântica do texto, não é possível interpretar a idade de 14 anos prevista na alínea “a” do artigo 224, do Código Penal Brasileiro como sendo 12, 13, 15 ou 16 anos. Assim, sem descambar para o decisionismo, só é possível interpretar o enunciado normativo no sentido de haver presunção de violência todas as vezes que uma menor de 14 anos mantiver relações sexuais.

Todavia, considerar a presunção como absoluta, desconsiderando a capacidade psíquica da adolescente, poderá acarretar conseqüências não

objetivadas pelo ordenamento jurídico penal. No caso hipotético, faltava apenas um mês para que a adolescente completasse os seus 14 anos e não se presumisse como violentas as relações sexuais que mantivesse.

Desconsiderar as condições fáticas para a produção do direito no caso concreto poderá acarretar uma situação de injustiça, pois tratará pessoas em situações fáticas diferentes de forma similar, ou seja, tratará aquele que mantém relações sexuais com meninas e adolescentes sem capacidade de compreensão de seus atos de forma similar àqueles que mantêm relações com adolescentes menores de 14 anos com plena consciência de seus atos.

Há ainda outra razão para não se presumir como violenta toda e qualquer relação com adolescentes menores de 14 anos, exigindo-se o exame da situação concreta. Da combinação dos enunciados dos artigos 213 e 224, “a”, do Código Penal Brasileiro infere-se uma regra proibitiva e suas conseqüências jurídicas: é proibido relações sexuais de homens com mulheres menores de 14 anos, sob pena de restrição de liberdade.

Na linha teórica desenvolvida neste trabalho, a prescrição legal contém uma intenção-meio, ou seja, a conduta prescrita como proibida não o foi por si, mas para que se alcançasse uma intenção-fim, uma situação futura ou um objeto presente ou futuro desejado.

Visa a proibição, desta forma, proteger um bem jurídico consubstanciado na integridade física, moral e psíquica da mulher. Em última análise a proteção deste bem jurídico é buscada para a garantia do valor autonomia, da dignidade da pessoa humana.

Ora, se na análise da situação fática concreta se chegar à conclusão de que o ato ou atos sexuais praticados de forma livre e consciente pela adolescente não ocasionaram violação a sua integridade física, moral e psíquica, e, portanto, não se comprometeu a sua dignidade, não há sentido na punição.

Se a conduta proibida, como meio, objetiva a proteção de um objeto ou situação desejada, só é cabível a sanção negativa se o agente produzir com sua ação um resultado que viole o objeto ou produza uma situação contrária à objetivada pelo ordenamento jurídico.

Os meios não se sobrepõem aos fins, mas existem em relação a estes. Uma conduta não é proibida apenas por se proibir, mas para se alcançar um determinado fim.

Assim, é possível, sem adotar uma postura cético-pragmática, desprezar a aplicação de uma regra, desde que sua aplicação cause injustiça ou desvirtue os fins para o qual se prescreveu a conduta nela contida. Isto é considerar o direito como integridade e em todas suas dimensões (ética, pragmática e do justo).

## 7 CONCLUSÃO

Apresentou-se com este trabalho uma resposta possível à pergunta sobre “como é realizada a produção do direito tendo como ponto de partida a produção da norma e sua aplicação?”. Pretendeu-se explicitar uma compreensão da efetivação do direito sob uma perspectiva lingüística brandoniana, na linha do pragmatismo kantiano-pierciano e da filosofia analítica.

O direito não é apenas o ordenamento positivado, como também a efetivação do justo juridicamente correto, e se manifesta no meio da linguagem e na linguagem, como é na linguagem e no agir social constituído e formulado. Pressupõe dimensões semântica, sintática e pragmática.

Indispensável na construção do direito a consideração dos contextos de produção da norma e de sua aplicação, ou seja, dos fatos que levaram à normatização e da situação fática conflituosa que demanda uma solução jurídica, além do uso social dos termos e expressões lingüísticas.

Se a linguagem do direito é a linguagem comum e sua significação é determinada pelo seu uso social, na fixação do conteúdo do direito, não se pode olvidar a dimensão factual.

Os fatos, o agir humano no tempo e espaços determinados e as conseqüências decorrentes deste agir, bem como as intenções, crenças e fins que ditaram tais ações são elementos constitutivos das normas jurídicas e de seus conteúdos.

Legisladores, juízes, advogados, partes, promotores devem fazer parte do processo de produção do direito. Os legisladores são agentes intermediários que condensam em forma de ordenamento jurídico as crenças e intenções da comunidade que representam. Por sua vez, os juízes não podem estar desvinculados da comunidade que será afetada por suas decisões e das pretensões dos diretamente envolvidos. Legisladores e juízes devem funcionar como agentes canalizadores da tensão fato-norma.

É na tensão fato-norma que o direito surge. Real e ideal, ontologia e deontologia são os elementos e dimensões inseparáveis da permanente e intersubjetivamente partilhada (inclusive pelo cidadão que postula ou é demandado, destinatário último do direito) construção do direito.

O direito é formado e conformado por fatos ocorridos e pela crença na possibilidade de se produzirem fatos desejáveis e indesejáveis por meio das condutas humanas. É uma escolha da sociedade, é uma atitude axiológica. É a manifestação da convicção de que o ser humano pode viver seu presente, aprender com seu passado e produzir seu futuro de forma racional.

O reconhecimento da indispensabilidade da tensão fato-norma à produção do direito tem muitas implicações. Já não é possível, por exemplo, crer em um direito preexistente à aplicação da norma. E sua aplicação pressupõe a interpretação concomitante da norma e da realidade, num condicionamento recíproco e com a participação de todos os envolvidos.

A criação da norma é a fixação de parâmetros normativos prévios à conduta objetivando instituir certa previsibilidade do que é considerado correto e incorreto pela sociedade. Mas é somente na sua aplicação ao caso concreto que é efetivada a justiça como produto da interação humana racional.

A norma seleciona previamente certos elementos de fatos, como a situação conflituosa indica as normas aptas à solução da questão jurídica. Não são todos os elementos da realidade que interessam à efetivação do direito, mas há elementos de realidade não previstos na norma que são relevantes, pois a desconsideração deles poderá acarretar injustiças.

Fato é o resultado de uma dada interpretação da realidade, é formado por crenças, convicções, compreensões, desejos, intenções e valorações quanto a acontecimentos. E norma impõe uma conformação do agir com um valor.

A visão lingüístico-pragmática pressupõe a intersubjetividade na construção do direito, pois fatos são construções lingüístico-sociais, quer se refiram a ocorrências efetivas ou possíveis, quer se refiram a prescrições acerca de desempenhos e ações humanas que devam se conformar.

E para o exercício da intersubjetividade humana, é necessário um espaço discursivo em que as pessoas possam se manifestar de forma igual e livre. A condição de seres humanos pressupõe racionalidade e autonomia, ou seja, liberdade dentro de parâmetros normativos fixados de forma simétrica por aqueles que serão por eles regidos.

Só há realmente direito se a produção e a interpretação das normas forem realizadas por pessoas que detêm autonomia normativa, pois construir o direito é fixar status normativos, é assumir e atribuir compromissos e legitimações. E

legitimações somente se dão como correlatos da assunção de compromissos. Portanto somente pessoas com autonomia normativa são capazes de assumir compromissos autorizando outros a exigirem seus cumprimentos.

Processos de normatização e de aplicação de normas dissociados da autonomia normativa dos indivíduos são puro exercício de dominação. É ausência de direito.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 1.014 p.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionais, 1993. 607 p.

ANSCOMBE, G.E.M. **Intención**. Trad. Ana Isabel Stellino. Barcelona: Paidós, 1991. 157 p.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. Trad. Leonel Vallandro et. al. São Paulo: Abril, 1984. 329 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005. 192 p.

BOCHNSKI, J.M. **História de la lógica formal**. Trad. Millán Blavo Lozano. Madrid: Gredos, 1966. 595 p.

BRANDOM, Robert. **Hacerlo explícito: razonamiento, representación y compromiso discursivo**. Trad. Ângela Ackermann Pilári et. al. Madri: Herder, 2005. 943 p.

BRANDOM, Robert. **Articolare le ragioni: un'introduzione all'inferenzialismo**. Trad. Carlo Nizzo. Milano: il Saggiatore, 2002. 223 p.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Org. Alexandre de Moraes. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2007. 438 p.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848)>. Acesso em: 05 set. 2007.

BRASIL. Lei Complementar n 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação e a alteração e a consolidação das leis. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm). Acesso em: 02 jun. 2007.

BRASIL. **Código Civil.** 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 set. 2007.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei “Maria da Penha”**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm). Acesso em: 22 nov. 2007.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 73.662/MG. Paciente: Márcio Luiz de Carvalho. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pedido de absolvição em processo criminal instaurado com a acusação da prática de estupro presumido. Julgamento realizado em 25 mai. 1996. Publicado: DJ 20 set. 1996. p. 34.535. RTJ vol. 163-3. p. 01028. Disponível em: <[www.stf.gov.br/porta1/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp](http://www.stf.gov.br/porta1/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp)>. Acesso em: 15 nov. 2007.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 366.488/SP. Recorrente: Coligação São Paulo Quer Mudança (PT, PC do B e PCB). Recorrido: Geraldo José Rodrigues de Alckmin Filho. Relator: Ministro Carlos Velloso. Impugnação da candidatura do Governador Geraldo Alckmin para o mandato de 2003-2006. Julgamento realizado em 04 dez. 2005. Publicado: DJ 28 dez. 2005. p. 0061. LEXSTF 27, vol. 324, 2005, p. 237-245. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/porta1/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 nov. 2007.

BRASÍLIA. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta n. 1.398. Consulente: Partido da Frente Liberal – PFL. 2007. Consulta sobre as conseqüências da mudança de partido de Vereadores, Deputados Estaduais e Federais. Julgamento realizado em 23 mar. 2007. Publicado: DJ 08 mai. 2007. p. 143. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/index.html>. Acesso em: 18 nov. 2007.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1968. 488 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 261 p.

DAVIDSON, Donald. **Paradoxos da irracionalidade**. Texto traduzido por Marco Antônio Frangiotti. 1982. Disponível em <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/davidson2.htm>. Acesso em: 06 jul. 2007.



DEWEY, John. **Como pensamos**. Trad. Haydée de Camargo Campos. 3 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959. 292 p.

DILTHEY, Wilhelm. **Teoria de las concepciones del mundo**. Trad. do Alemão: Julián Marías. Madri: Revista de Occidente, 1974. 145 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 513 p.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Trad. M.F. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 184 p.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 291 p.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. Roma: CEDAM, 1994. 756 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. v. 1. 731 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: complementos**. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 11. 621 p.

GOUVEIA, Edilaine Lins et al . Raciocínio condicional: influências pragmáticas. **Estud. psicol. (Natal)**., Natal, v. 7, n. 2, 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-294X2002000200003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2002000200003&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 06 Fev 2007. Pré-publicação. doi: 10.1590/S1413-294X2002000200003

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Trad. Márcio Suzuki. Texto apresentado na Conferência de outubro de 1989 do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141989000300002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141989000300002&script=sci_arttext). Acesso em: 08 ago. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madri: Taurus Humanidades, 1992. 618 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 706 p. 2 vol.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997. 192 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad.: José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.) **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Org. Marcelo Campos Galupo. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. p.105-118.

MENEZES, Eugênio Pacelli Vasconcelos. Normas de conteúdo indeterminado no novo Código Civil e suas implicações legitimadoras. **Unimpecto**, Bom Despacho, Ano 4, n. 4, p. 59-69, primavera 2005.

MEYER, Michel. **Lógica, linguagem e argumentação**. Trad. Maria Lúcia Novais. Lisboa: Teorema, 1982. 151 p.

MITCHELL, Ralph. **Um índice para a Constituição dos EUA com glossário**. Winsconsin: edição própria, 1980. 61 p.

RICOEUR, Paul. **Teoria da interpretação. O discurso e o excesso de significação**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1976. 109 p.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Trad.: Antônio Chelini et al. 25 ed. São Paulo: Cultrix, 2003. 279 p.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**. Introdução Crítica. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1977. v. 1.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao estudo do direito**. Belo Horizonte: Delrey, 2006. 158 p.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. 120 p.