

Construção judicial do direito

Desde Kelsen e Hart. Ainda somos os mesmos... e vivemos

Artur Stamford da Silva, Murilo Otávio Lubambo de Melo e Romero Barreto Barbosa

Sumário

1. Contextualizando o texto. 2. Textualizando o texto. 3. Métodos tradicionais e crítica do voluntarismo. 4. Argumentos kelsenianos ao limite do arbitrário. 5. Argumentos hartianos ao limite do arbitrário. 6. E então... quase todo mundo que eu conheço quer ser feliz.

“Assim como falham as palavras quando querem exprimir qualquer pensamento, falham os pensamentos quando querem exprimir qualquer realidade”.

(Fernando Pessoa)

1. Contextualizando o texto

Falar em criação judicial do direito perdeu o foco. Tudo já foi dito. Não há nada de novo, salvo novas palavras para dizer a mesma coisa. É o que nos parece quando o pano de fundo é a busca de mecanismos para evitar decisões arbitrárias; “estranhas ao sistema”, *contra legem*; ou ainda a comercialização de sentenças. A depressão do pós-guerra, incita os seres humanos a essa busca, à busca de se construir parâmetros, critérios preestabelecidos à decisão. Poderíamos propor uma alteração terminológica, como fizemos no título: substituir o termo criação por construção. Mas isso não mudaria nada quanto à temática que esse problema comporta.

Se no primeiro momento – com o formalismo legalista da Exegese – prevaleceu a visão de o direito significar os textos legali-

Artur Stamford da Silva é Doutor em Teoria Geral, Filosofia e Sociologia do Direito pela UFPE. Prof. Adjunto da Faculdade de Direito do Recife.

Murilo Otávio Lubambo de Melo é Graduando em Direito pela UFPE. Monitor de Hermenêutica Jurídica. Bolsista PIBIC/FACEPE/CNPq.

Romero Barreto Barbosa é Graduando em Direito pela UFPE.

zados pelo Estado, na seqüência, os autores negam essa hipótese (COELHO, 1981, p. 177-200). Refiro-me aos movimentos do sociologismo e do realismo jurídico. Sem ignorar o normativismo kelseniano. Pois é. Nem mesmo Kelsen defende as teorias da Exegese, como veremos adiante.

O “conforto” do discurso da escola da exegese – por legitimar as decisões judiciais ao evocar o texto da lei, quando eximia os juristas da responsabilidade das escolhas feitas; juiz é a “boca da lei”, não cria direito – não teve vida longa, principalmente ao produzir o senso comum: “aos amigos, as *nuanças* da lei, para os inimigos, a lei pura”. Daí se questionar: texto tem vida própria? Sobre o tema, reporto o leitor à passagem do paradigma ontológico, bem como do paradigma mentalista ao paradigma lingüístico¹.

Desse questionamento, surgem propostas sobre a relação o texto jurídico e o jurista, com o sociologismo e o realismo jurídico ao provocar reflexões sobre a necessidade de aproximar o direito legislado (texto) de algo chamado realidade social (contexto) (TREVES, 1993, p. 103-140).

A motivação desse texto está em investigar o lugar do senso comum contido em frases do tipo: “os magistrados são irresponsáveis, ditadores, decidem como querem”. “Os magistrados não se preocupam com a realidade social”. “Os magistrados são formalistas, ignoram o viés social”. “Os advogados só querem-se dar bem”.

Para enfrentar essa motivação, investigamos, via entrevistas e observação não-participativa, a visão desses profissionais sobre a questão. O resultado revela o dubio o senso comum acima descrito. Inúmeros casos foram indicados de decisões baseadas numa busca de identificar o contexto social, principalmente decisões de primeira instância e em regiões do interior do Estado. Promotores relataram dificuldades de convencer uma comunidade de que linchamento não é direito². Magistrados revelaram suas preocupações em sua decisão gerar prece-

dentos, advogados apontaram insatisfações com a forma como o direito funciona na prática, etc. Diante disso, resolvemos arriscar uma abordagem científica.

Para tratar do tema, recorreremos ao aporte teórico da sociologia do cotidiano, por nos interessar a vida cotidiana das decisões jurídicas, a construção social do direito.

Os termos vida cotidiana e construção social tiveram origem na sociologia do cotidiano, quando vida cotidiana é a que se apresenta como realidade interpretada pelos seres humanos, a qual dispõe de um significado subjetivo de um mundo coerente, a realidade da vida cotidiana é entendida como sendo “o mundo intersubjetivo que comparto com os outros” (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 40). Daí se dizer que podemos duvidar da realidade cotidiana, porém, mesmo assim, estamos obrigados a suspender essa dúvida por existirmos rotineiramente na vida cotidiana.

Confrontamos, portanto, a perspectiva teórica com a prática forense, para tratar do tema. Assim, a busca de mecanismos capazes de limitar a atuação dos detentores do poder de decisão, noutras palavras, a busca de mecanismos para eliminar o arbítrio das decisões jurídicas proporcionou uma infinidade de teorias hermenêuticas, bem como de teorias da argumentação jurídica. Questiona-se: que mecanismo temos capaz de impedir o decididor de tomar uma decisão contrária a sua visão, ou ainda, que conteúdo estabelecer para a expressão “livre convencimento do juiz”?

Quando dizemos que os autores alteram a terminologia, mas ficam na mesma, é porque encontramos várias tentativas de evitar o arbítrio, mas todas recorrem ao discurso de um limite, de uma discricionariedade. Vejamos: Kelsen fala em comunidade jurídica; Hart, em regra de reconhecimento; Perelman, em auditório universal e acordo; Viehweg, em *topois*, lugar comum; Dworkin, em Hércules; e Alexy, em discurso prático (ALEXY, 2001, p. 17-19, 211-217, 301-313; ATIENZA, 2002, passim; DWORKIN, 2002,

p. 164-203; HART, 1994, p. 104-105, 111-112, 161-168; KELSEN, 1999, p. 260-286; PERELMAN; OLBRECHT-TYTECA, 1999, p. 15-53, 73-129; VIEHWEG, 1979, p. 51-70).

Sobre os limites da teoria, Kelsen, Hart e Dworkin lembram a necessidade de considerar os juristas como pessoas sérias.

“Do ponto de vista da ordem jurídica a aplicar por indivíduos, apenas importam as opiniões desses indivíduos sobre se uma determinada pessoa praticou ou não certo homicídio. Estas opiniões são mais ou menos dignas de crédito, podem contradizer-se, e o próprio suspeito de homicídio pode confessar ou negar o fato. Se a norma geral deve ser aplicada, só *uma* opinião pode prevalecer... tal sucede quando a decisão... transita em julgado (KELSEN, 1999, p. 266-267).

É possível que, numa dada sociedade, os juízes pudessem sempre atingir primeiro as suas decisões de forma intuitiva ou ‘por palpites’ e então se limitassem a escolher de um catálogo de regras jurídicas uma que eles fingiriam que se parecia com o caso a eles submetido; podiam então pretender que esta era a regra que eles encravavam como exigida pela decisão, embora nada mais nas suas acções ou palavras sugerisse que eles a encaravam como uma regra vinculativa para eles. Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral” (HART, 1997, p. 158).

Ainda, sobre a limitação da teoria em ter que partir do pressuposto da seriedade do jurista em sua tomada de decisão, a teoria de uma única decisão correta não defende que há um mecanismo garantidor do conteúdo da decisão e considera que os juristas sérios se ocupam em tomar a melhor decisão, mesmo que seja aquela por ele considerada a melhor; para isso, leva em consideração os argumentos que a comunidade terá como o mais correto.

“Em minha afirmação, argumentarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria³ não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos” (DWORKIN, 2002, p. 127-128).

Ficamos nesse limite da perspectiva teórica. Não há como teorizar pensando na possibilidade de corrupção como mecanismo decisório. Nenhuma hermenêutica tem sentido se considerarmos que as decisões são produtos de um mercado de compra e venda de sentenças, por exemplo. O que não nos exime de considerar que a atividade hermenêutica envolve o prisma dogmático, o sociológico e o filosófico. A hermenêutica não pode ignorar a importância e necessidade do estudo dos textos jurídicos, normas, jurisprudência e doutrinas (atividade dogmática), nem mesmo as interferências da interação social entre os atores jurídicos nas decisões tomadas (atividade sociológica),

bem como não afasta o constante questionar, duvidar e criticar (atividade filosófica).

Enfatizaremos a interação social, a vida cotidiana das relações face-a-face, por dela se produzirem os esquemas tipificadores, a padronização do agir. Aqui: a construção social do direito. É que, do ponto de vista sociológico, há uma negociação contínua entre os “esquemas tipificadores” nas interações sociais, quando o meu esquema entra em contato com o do outro (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 49). Pensando na comunidade jurídica, o direito é fruto dessa negociação contínua entre os atores jurídicos, e não deduções silogísticas provenientes dos textos das normas jurídicas.

A linguagem (a corporal – como o aspecto facial; a de objetos – que proclamam intenções subjetivas do meu semelhante, como a arma; a dos signos – permitindo a produção de informações de uma intenção, como o SOS; e a fala – expressão oral) é outra forma de coerção da vida cotidiana; estamos limitados a seus efeitos, adaptamos nossas condutas, decisões às suas pautas (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57). Assim, a vida cotidiana nos conduz à institucionalização, a nos habituarmos, constrói padrões, pois “todos os atos que se repetem com frequência criam uma pauta que logo pode reproduzir-se com economia de esforços e que *ipso facto* é apreendida como pauta por quem a executa” (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57).

Para corroborar e enfatizar essa perspectiva, citamos Hart (1997, p. 151).

“Os juízes podem mesmo ser afetados por sentimentos de compulsão quando decidem como o fazem, e estes sentimentos podem ser igualmente previsíveis; mas para além disto não há nada que possa ser caracterizado como regra que eles observem. Não há nada que os tribunais tratem como padrões de comportamento judicial correcto e, portanto, não há nada nesse comportamento que manifeste o ponto de vista interno característico da aceitação das regras.

A teoria, neste aspecto, obtém apoio numa variedade de considerações de peso muito diferente. O céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e, quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras”.

Tratamos a hermenêutica como espaço teórico para reflexões sobre o poder de criação do direito pelos juristas, questionando como limites à arbitrariedade a própria comunidade jurídica. Significa considerar que, se o direito não funciona bem, é porque nós (seres humanos, juristas) não funcionamos bem. Assim como se muda de opinião nas decisões da vida pessoal e social, muda-se nas jurídicas.

Nosso argumento é que os debates sobre os limites da interpretação do direito (texto) e sobre a criação judicial do direito ignoram que todos dizem a mesma coisa. Todos estão em busca de como exigir de quem tem poder para tomar a decisão, tome-a em favor de (...). Esse argumento está no entender que não há distinção entre os conceitos flexibilidade, razoabilidade e literalidade.

Esse é o ponto. Literalidade tem o mesmo significado de flexibilidade e razoabilidade quando o tema é criação judicial do direito. É que a relação termo (texto) e significado (conteúdo) do texto legislado, no momento hermenêutico da sua aplicação, não muda quanto se trata de declarar que se buscou o sentido literal ou se flexibilizou o

texto. As palavras já são flexíveis em sua literalidade. Não há uma coisa ou outra.

Quem defende a possibilidade de haver um sentido literal nega que contextualiza sua aplicação. Isso só existe no discurso. Simples: a súmula vinculante reporta o jurista ao mesmo discurso da interpretação analógica. É como não querer admitir que, considerar uma situação análoga à outra, é uma escolha do decisor. Não há qualquer mecanismo capaz de obrigar alguém a considerar dois casos concretos análogos se esse alguém prefere evidenciar seus aspectos de distintivos. Da mesma forma, súmula vinculante exigirá o exercício hermenêutico do argumento analógico. Voltemos ao tema deste texto.

Recorremos, propositadamente, aos autores Kelsen e Hart para falar que eles dizem o mesmo, pois a idéia de indeterminação não intencional em Kelsen em nada se distingue da idéia de textura aberta em Hart. Ambos defendem a impossibilidade de predeterminação de um conteúdo às palavras, menos ainda quando se trata da decisão judicial. Se Kelsen teme a vagueza da expressão indeterminação não intencional, para isso fala na moldura como limite, Hart teme a vagueza da textura aberta e fala em norma de reconhecimento, como limite à decisão jurídica.

É na filosofia da linguagem que o debate se dissolve, por isso vários autores têm recorrido a ela para dar continuidade ao tema. Nossa perspectiva é evidenciar que o debate na hermenêutica jurídica não tem mudado, apenas absorvido terminologias de outras áreas. Quem sabe para legitimar ou dar imagem de autoridades no assunto.

2. Textualizando o texto

Considerando que há uma busca em identificar critérios preestabelecidos à tomada da decisão judicial, mesmo no senso comum já se apontando que dados da política interferem na tomada da decisão judicial, temos como propósito simplesmente abordar as diferenças e semelhanças entre o pen-

samento kelseniano e hartiano quanto à concreção do direito, à decisão dos casos concretos. A escolha por Kelsen e Hart tem lugar por situarmos esses autores, do ponto de vista hermenêutico, como positivistas que rejeitam a postura formalista tanto quanto a cética.

Identificar a complexidade dos elementos envolvidos numa tomada de decisão requer considerar que esse processo envolve os seguintes temas: as fontes, o seletor de categorias, o gerador de amostras, o extrator de características, o tomador de decisões, o destinatário, o resultado (RAIFA, 1977, passim; SOUZA, p. 3-8). Localizado o direito como processo de tomada de decisão em situações de incerteza (SOUZA, p. 3-8, 443-487), consideramos hermenêutica como estudo do processo da decisão judicial.

Simplificando, esse processo envolve três fases: a cognitiva, a tomada da decisão e a fase das conseqüências. Na primeira, a cognitiva, cabe ao decisor levantar os dados e as fontes de informação que nortearão a decisão para, seguida da análise das informações, verificar os componentes da tomada da decisão. Aqui, hermenêutica como estudo do processo decisório, questiona-se o quanto, na prática judicial, os textos legislativos são considerados critérios preestabelecidos à decisão jurídica. Na segunda fase, ocorre a tomada de decisão. Resulta da primeira fase, quando se teve definido o caminho argumentativo a ser seguido, a escolha entre as alternativas. Por exemplo, um advogado penalista decide se argumentará pela negativa de autoria, pela diminuição da pena, etc. Na terceira fase, resta viver as conseqüências da decisão tomada. Cada uma dessas fases guarda sua complexidade.

O que nos chama a atenção, na obra de Kelsen e Hart, é justamente que ambos consideram que o processo hermenêutico, logo decisório, do direito envolve desde o estudo das fontes de informações que influenciam a tomada da decisão jurídica até o problema dos precedentes, quando os juristas calculam as conseqüências da decisão tomada (STAMFORD, 2000, p. 142-146).

Apontada a complexidade do processo decisório, identificamos como atividades hermenêuticas: a interpretação, a aplicação e a compreensão.

Essencial se torna esse estudo na medida em que as indagações acerca da Teoria Geral do Direito ocupam freqüentemente espaço na práxis jurídica. Os hermenutas (juízes, advogados, cientistas...), na produção da decisão jurídica, por meio de instrumentos diversos, afastam-se recorrentemente de determinado ramo do direito para basearem suas decisões em pressupostos cada vez mais gerais, válidos para todo o conhecimento jurídico.

Para textualizar este texto, foram traçados os paralelos entre as doutrinas de Hans Kelsen e Herbert Hart no tocante a Hermenêutica e, para tanto, lançamos mão não só de testemunhos escritos pelos próprios autores, como também do pensamento de outros doutrinadores – sobretudo de língua hispânica. Tiveram especial importância para o desenvolvimento deste estudo as considerações de Carlos Cossio, cuja classificação das correntes hermenêuticas serviu como parâmetro para a localização da matéria em questão dentro da teoria geral do direito.

É mister ainda ressaltar que, muito embora a doutrina de Kelsen e Hart divirjam sob diversos aspectos concernentes ao fenômeno jurídico, suas visões a respeito da interpretação no direito são, de fato, bastante semelhantes. Porém, só grosso modo poder-se-ia equipará-las sob uma mesma classificação.

3. Métodos tradicionais e crítica do voluntarismo

A busca pelo sentido da norma jurídica sempre permeou as reflexões jurídicas ao longo do tempo. Partindo do pressuposto de a apreensão das potencialidades hermenêuticas da norma refletir a incessante necessidade de um significado, criam-se métodos hermenêuticos com tal finalidade. Para Ferraz Jr. (1996, p. 286),

“Os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à *obtenção de um resultado*. Com elas procuram-se orientações para os problemas da *decidibilidade dos conflitos*. Estes problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática” (grifos nossos).

Se se tivesse que apontar uma característica comum a todos os métodos hermenêuticos tradicionais, essa, sem dúvida, seria a pretensão de ser o método por excelência ou a receita infalível para se extrair da lei a única decisão correta, por um processo estritamente intelectual: o intérprete contribuiria apenas com o seu entendimento e nunca com sua vontade (AFTALIÓN; OLANO; VILANOVA, 1972, p. 484).

Entretanto, os métodos hermenêuticos não têm hierarquia entre si, eles não superam uns aos outros, antes se complementam. O que se comprova por esses processos interpretativos se acumularem ao longo do tempo. Inclusive, a tradição jurídica insiste em indicar os métodos aos quais recorreram os decididores na construção da decisão tomada. Para confirmação dessa afirmativa final, indicamos uma consulta nas jurisprudências, inclusive a utilização dos métodos de interpretação como forma de busca de jurisprudências. Por exemplo, nas páginas da Internet dos tribunais estaduais ou tribunais superiores regionais, bem como do STJ ou STF, ponha-se método histórico ou método finalístico, ou interpretação sistemática, e verifique, leitor, quantas jurisprudências serão selecionadas.

Acontece que nem mesmo Kelsen (1999, p. 391) foi defensor dos métodos hermenêuticos como veículos à tomada de decisão judicial; antes, declara que “não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”.

Insurge-se contra a hermenêutica tradicional – a formalista, na terminologia de

Hart – a corrente do voluntarismo. Aqui, além da negação dos métodos de interpretação, negam-se meios racionais para se chegar à única solução justa para o caso concreto. Para os voluntaristas, o ato de aplicação normativa corresponde, sempre, a uma escolha, ou seja: a um ato de vontade.

Tomando-se por base a classificação de Carlos Cossio (apud TORRÉ, 1991, p. 483), o ramo do voluntarismo se divide em: amorfo e estruturado. Os partidários do voluntarismo amorfo negam quaisquer limites da linguagem transmissora das normas, representando o que Hart denomina “cepticismo sobre as regras”. Assim, para essa espécie de voluntaristas, os magistrados seriam os verdadeiros criadores do direito, ou seja: a legislação e o precedente não possuiriam nenhuma força ante o livre arbítrio dos juízes. Adotam as idéias do voluntarismo amorfo, por exemplo, os sectários da Escola do Direito Livre, que tem em Kantorowicz o seu maior expoente.

O voluntarismo estruturado, por seu turno, é composto pelos defensores da idéia de que os aplicadores das normas estão necessariamente vinculados aos limites das expressões por meio das quais essas normas são fixadas. Assim, a vontade do aplicador está limitada à linguagem utilizada para comunicar a norma, não obstante reconheça a pluralidade de significado das expressões constantes nos textos legais, ocasionando mais de uma interpretação. É nesse último grupo que se enquadra a perspectiva da teoria pura do direito.

O pensamento de Hart não pode ser adequadamente abarcado pela classificação cossiana, uma vez que ele postula – como se vai mostrar mais adiante – uma posição diversa do intelectualismo e do voluntarismo.

4. Argumentos kelsenianos ao limite do arbitrário

A teoria pura do direito de Hans Kelsen pretende sistematizar a ciência jurídica. Aqui nos interessa apenas suas considera-

ções relativas ao tema da criação judicial do direito.

Para Kelsen (1999, p. 263), uma das partes da dinâmica do sistema jurídico está em que a aplicação de norma superior implica produção de norma inferior, por isso a decisão judicial ou administrativa são criações de direitos individuais entre as partes; é, portanto, norma jurídica decorrente do processo de concreção do direito.

Todos os atos jurídicos, dessarte, têm duas facetas: a aplicação (ou execução) e criação (ou produção), exceto os atos exclusivos de criação das normas constituintes e os atos de execução das decisões judiciais. Todos os demais atos, inclusive a sentença, envolvem aplicação de norma superior e produção de norma inferior. Tanto o processo legislativo de produção das leis ordinárias, para citar o art. 59 da Constituição Federal Brasileira, quanto a sentença têm natureza constitutiva de direito e não apenas declarativa porque transformam o abstrato em concreto. Esta é uma das falhas apontadas por Kelsen (1999, p. 264) da hermenêutica tradicional: ignorar que a decisão judicial é ato constitutivo e não cognitivo de direito.

Em outra oposição da visão formalista, da hermenêutica tradicional, Hans Kelsen (1999, p. 388) identifica os limites do processo dinâmico do direito, pois, ao se aplicar uma norma de um escalão superior, o aplicador (o legislador, se se tratar de uma lei constitucional, ou o juiz, se for o caso de uma lei infraconstitucional) sempre esbarra em restrições procedimentalistas, bem como conteudísticas, na produção da norma inferior. Esses limites são determinados pela própria norma superior.

Entretanto essa determinação nunca é completa, porque sempre a norma superior deixa àquele que vai aplicá-la uma margem de apreciação mais ou menos ampla, o que faz dessa norma uma espécie de moldura de possibilidades (KELSEN, 1999, p. 390) dentro da qual o aplicador pode mover-se sem sair da legalidade. Daí esse autor ser

identificado como defensor da postura dogmática.

A dúvida quanto a essa qualidade de Kelsen tem lugar quando ele escreve que, mesmo as ordens mais minuciosas, dão margem a várias indeterminações. Para exemplificar: se o órgão A dispõe que o órgão B detenha o súdito C, o órgão B terá que decidir, segundo seu próprio critério, quando, onde e como se realizará a ordem de detenção, decisões estas que não estão previstas pelo órgão legislativo (AFTALIÓN; OLANO; VILANOVA, 1972, p. 485).

Kelsen (1999, p. 388-389) assinala que essa relativa indeterminação das normas pode ser: intencional (quando a lei estabelece penas opcionais, por exemplo) ou não intencional (circunstâncias em que a norma contém conceitos vagos, cuja aplicação a certos casos individuais não pode ser realizada apenas por meios lógico-rationais). Segue-se daí que, se por interpretação se entende a verificação do sentido da norma que se pretende aplicar, o resultado da atividade interpretativa só pode ser a verificação da moldura que representa a norma e, portanto, das várias possibilidades que essa moldura comporta.

Logo, para Kelsen (1999, p. 478), seria um erro afirmar que a lei é susceptível de apenas uma interpretação, posto que consiste numa moldura de possibilidades dentro da qual cabem, pelo menos, duas soluções possíveis. Naturalmente, poder-se-ia perguntar qual das soluções seria a mais *justa*. No entanto, Kelsen sustenta que essa é uma questão político-axiológica e que, portanto, não pode ser respondida com base em conhecimentos científicos.

Fundamental lembrar que, para Kelsen (1999, p. 390), as interpretações têm o mesmo valor, desconsiderando, pelo menos juridicamente, a “carga retórica” e distintos “graus de convencimento” de cada uma delas, a partir de critérios de dentro do próprio ordenamento.

Ainda mais, Kelsen identifica o problema da decisão transitada em julgado, quan-

do então defende a possibilidade de decisão *contra legem* adquirir validade no sistema jurídico. Imaginemos uma sentença transitada em julgado *contra legem*. Não havendo mais recurso, como retirar a decisão do sistema jurídico? Kelsen fala em eficácia retroativa para tratar do tema. A decisão judicial passa a regular o caso concreto, ou seja, ela é norma jurídica reguladora de caso concreto anterior e, no sistema jurídico, não há mecanismo de retirada dessa norma jurídica, a decisão transitada em julgado do sistema jurídico. Logo, Kelsen admite a possibilidade de validade de decisão *contra legem* no sistema jurídico. Pois pior consequência seria advogar o não cumprimento da decisão transitada em julgado sob alegação de ser *contra legem*. Daí, o autor escrever:

“do ponto de vista da ordem jurídica a aplicar por indivíduos, apenas importam as opiniões desses indivíduos (os julgadores) sobre se um determinado indivíduo praticou ou não um certo homicídio. Essas opiniões são mais ou menos dignas de crédito, podem contradizer-se, e o próprio indivíduo suspeito de homicídio pode confessar ou negar o fato. Se a norma geral deve ser aplicada, só *uma* opinião pode prevalecer... a do tribunal. Unicamente ela é juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevante” (KELSEN, 1999, p. 266-267).

5. Argumentos hartianos ao limite do arbitrário

Assim como Kelsen, Hart (1994, p. 139) também não reconhece qualquer método de interpretação suficiente para eliminar as incertezas da decisão judicial. Hart parte da concepção sociológica dos padrões de comportamento para explicar a formação das regras jurídicas numa sociedade, do que resulta a explicação da existência do direito mediante a possibilidade de se comunicar padrões gerais de conduta (normas).

A eficácia do direito como sistema de regulação social, portanto, pressupõe a capacidade de os indivíduos reconhecerem atos, coisas e circunstâncias como casos das classificações gerais que o direito faz. É o que Hart chama de regra de reconhecimento, nesse caso, “os critérios últimos usados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas” (HART, 1994, p. 137).

Segundo o autor, os padrões gerais de conduta podem ser comunicados por meio de duas formas: pela legislação (textos dotados de autoridade) e pelo precedente (repetição de conduta social alheia ou de decisões jurídicas anteriores). Entretanto, seja qual for o modo utilizado para a comunicação de normas, sempre haverá certo grau de incerteza quanto à forma de comportamento prescrito. Essa incerteza, diz Hart, origina-se essencialmente dos limites da linguagem humana e nenhum método interpretativo é capaz de eliminá-la.

Nesse sentido, Hart (1994, p. 143) detecta duas necessidades sociais: a primeira é a necessidade de regras explícitas aplicáveis diretamente, em uma zona central determinada, por indivíduos específicos ou pelos juízes, isto é, regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios; a segunda é a necessidade de regras com textura aberta, às quais, a todo momento, pode-se agregar novos conceitos, e que servem para serem aplicadas em um contexto, momento em que a regra vai adquirir um sentido mais claro, ou seja, é mister deixar em aberto, para resolução ulterior por uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto.

Todavia, há casos difíceis e casos simples. Para estes últimos, as normas são aplicadas com grande clareza por serem familiares a todos, já que há acordo geral ou consenso nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos utilizados. Como exemplo, Hart (1994, p. 139) cita palavra “veículo”:

se existir algo qualificável como “veículo”, um automóvel indiscutivelmente o é. Para Hart, as normas seriam inúteis se não existissem esses casos familiares e geralmente incontestáveis. Assim, não estão totalmente equivocados os intelectualistas ao defenderem o uso de operações racionais como meio de se obter a interpretação correta de um dispositivo legal, pois, em certos casos, a subsunção do fato à norma é feita de modo quase que automático.

As variantes dos casos familiares, contudo, muitas vezes, são de difícil classificação, gerando uma espécie de “crise na comunicação”. Nesses casos, não há uma convenção firme entre os juristas a respeito do sentido da linguagem utilizada para expressar a regra. Conseqüentemente, o raciocínio silogístico – no qual a norma seria a premissa maior; o caso concreto, a premissa menor; e a sentença, a conclusão – não mais seria suficiente. Apenas, diante desses casos, as dúvidas teriam de ser resolvidas por meio de uma escolha entre as várias alternativas abertas. Ou seja: a conclusão constituiria, na realidade, uma predileção ou uma preferência – aqui se nota uma certa semelhança entre o pensamento de Hart e o do voluntarismo estruturado.

Independentemente do processo escolhido (legislação ou precedente) para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos concretos, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto devido à textura aberta do direito. Significa que “há na verdade áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias entre interesses conflitantes que variam em peso” (HART, 1994, p. 148).

Em outras palavras, significa que existem no sistema jurídico casos não regulados diretamente, pois é mais adequado encará-los diante de sua concretude, ocasião

em que podem ser ponderados os valores e princípios aplicáveis.

Como se vê, Hart critica tanto a corrente do formalismo como a do cepticismo, ou seja, suas idéias são uma espécie de evolução de dialética resultante do confronto entre essas duas correntes extremadas. A tese do formalismo sobre as regras é a de que todos os atos dos tribunais são regidos por normas jurídicas, ou seja, pensa-se que cada passo percorrido pelo tribunal está coberto por uma regra geral que confira autoridade para o percorrer de modo que seus poderes criadores sejam sempre uma forma de poder legislativo delegado. Por sua vez, a tese do ceticismo sobre as regras dá-se justamente na descrença do direito derivada da discricionariedade do juiz diante da textura aberta das normas e da ausência de sanções ao juiz pela não aplicação das normas. Noutras palavras, reside no fato de as regras a que os juízes pretendem estar vinculados, ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta – “incerteza da linha de fronteira do uso dos termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação” (HART, 1994, p. 141) – ou terem exceções que não são desde logo especificadas (HART, 1994, p. 167-168).

Aquela, segundo ele, “procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha” (HART, 1994, p. 140-142) de tal forma que se consiga uma medida de certeza ou previsibilidade. Entretanto, fazer isso implica que, mesmo que se queira excluir certos casos do âmbito da regra, não será possível, por força da técnica, excluí-los. Ou seja: as finalidades sociais da regra serão desconsideradas e seremos obrigados a tomar uma decisão que consideramos injusta, pois os termos estão tão rigidamente definidos que nos elimina a capacidade de interpretá-los à luz da nossa moral. Já o cepticismo também não pode ser seguido à risca, pois, se assim agirem os tribunais, demasiadas coisas serão tratadas como casos permanentemente em aberto ou susceptíveis de revisão nos precedentes e atribui-se demasiado pou-

co respeito aos limites da linguagem. Para o céptico, o direito é aquilo que os tribunais dizem que é. Entretanto, Hart acredita que tal concepção traz implicitamente dentro de si uma contradição, já que os próprios tribunais são constituídos por meio de normas. A própria noção de tribunal implica a idéia de regra, porque, para haver tribunais, tem de haver regras jurídicas que os instituem.

Finalmente, diz Hart (1994, p. 161) que “o formalismo e o cepticismo sobre as regras [...] são grandes exageros, salutarens na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles”. Assim, embora cada regra possa ser de teor duvidoso em certos pontos, é, na verdade, condição *sine qua non* de um sistema jurídico existente que nem toda a regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos.

Dessas críticas ao formalismo e ao cepticismo, Hart (1994, p. 156-157) propõe um meio termo entre essas duas concepções:

“a teoria jurídica tem nesta matéria uma história curiosa; porque está apta, quer a ignorar, quer a exagerar as indeterminações das regras jurídicas. Para escapar a esta oscilação entre os extremos, precisamos de nos recordar que a incapacidade humana para antecipar o futuro, que está na raiz desta indeterminação, varia em grau nos diferentes campos de conduta e que os sistemas jurídicos providenciam quanto a esta incapacidade através de uma variedade correspondente de técnicas.

Por vezes, o domínio que deve ser juridicamente controlado é reconhecido desde o princípio como um domínio em que os aspectos dos casos individuais variarão tanto, em contextos socialmente importantes mas imprevisíveis, que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais ulteriores. Por isso,

para regular tal domínio, o poder legislativo traça padrões muito gerais e delega então num corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais”.

Trata-se da regra de reconhecimento, quando o poder de decisão do juiz é limitado, é discricionário e não arbitrário, pois

“é possível que, numa dada sociedade, os juízes pudessem sempre atingir primeiro as suas decisões de forma intuitiva ou ‘por palpites’ e então se limitassem a escolher de um catálogo de regras jurídicas uma que eles fingiriam que se parecia com o caso a eles submetido; podiam então pretender que esta era a regra que eles encravavam como exigida pela decisão, embora nada mais nas suas ações ou palavras sugerisse que eles a encaravam como uma regra vinculativa para eles. Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral” (HART, 1994, p. 160-161).

6. E então... quase todo mundo que eu conheço quer ser feliz

Kelsen e Hart admitem a possibilidade do ingresso de decisões judiciais *contra legem* válidas no sistema jurídico, todavia como exceção, nas palavras de Kelsen, ou como decisões aberrantes, no conceito de Hart, adquirirem validade.

Há de se ressaltar o fato de esses autores representarem um marco na história do pensamento da Hermenêutica Jurídica. Conforme foi explicado anteriormente, antes de Kelsen e Hart, os teóricos do direito enalteciam as fórmulas metódicas na esperança de obterem justiça com o uso exclusivo do intelecto humano. Entretanto, viravam os olhos para a própria natureza contingente do homem e, por consequência, de sua linguagem, simplificando ingenuamente o problema da interpretação.

Como o processo hermenêutico deve ser visto holisticamente por envolver as atividades de interpretação, compreensão e aplicação, em Hans Kelsen e Herbert Hart encontramos um elenco de afirmações que vieram a desmentir o excessivo racionalismo reinante na teoria jurídica, ainda mais quando esse autores ressaltam o caráter inexacto da comunicação humana. Portanto, é lugar comum no pensamento de um e outro a idéia de os métodos hermenêuticos serem, diante da própria essência da linguagem, insuficientes à tomada de decisão judicial.

Com relação à compreensão do sentido das normas, Kelsen parte do pressuposto de que toda norma admite sempre mais de uma possibilidade interpretativa, posto que consiste numa – esta é a expressão cunhada por ele – “moldura de possibilidades”. Hart, por sua vez, afirma que, na aplicação e interpretação do direito, há uma zona vasta e central, na qual imperam a certeza e a segurança, enquanto há outra zona cinza e indeterminada.

No que se refere à aplicação, Hart (1994, p. 157) não nega que a linguagem pode muitas vezes não deixar dúvida a respeito do objeto que expressa; para esse autor,

“o céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a

textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras. Assim, o facto de as regras a que os juízes pretendem estar vinculados, ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta, ou terem excepções que não são desde logo exaustivamente especificáveis e o facto de o desvio das regras não acarretar ao juiz uma sanção física são freqüentemente usados para fundamentar a tese do céptico. Estes factos são acentuados para mostrar que ‘as regras são importantes na medida em que nos ajudam a predizer o que os juízes farão. Tal é a sua única importância, à parte do facto de que constituem lindos brinquedos’.

Argumentar deste modo é ignorar o que as regras efectivamente são em qualquer esfera da vida real. Sugere que estamos confrontados com o dilema: ‘ou as regras são o que seriam no paraíso de um formalista e então vinculam tanto como grilhões; ou não há regras, mas só decisões ou padrões de comportamento susceptíveis de predição’. Contudo, isto é sem dúvida um falso dilema”.

Tanto no modelo kelseniano quanto no hartiano se fala em poder discricionário do juiz. Hart se posiciona mais enfaticamente com relação ao poder discricionário de criação judicial do direito, reconhecendo-o nos casos das “zonas cinzas” indeterminadas em que impera a incerteza e a dúvida e o aplicador é obrigado a estabelecer um sentido mais palpável para a norma. Desse modo, o juiz utilizará seus valores e crenças na decisão, principalmente, de casos mais difíceis. Assim, são admissíveis decisões

contrárias de um mesmo caso. O juiz “tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes. Muitos casos podem ser decididos num sentido e noutro” (HART, 1994, p. 336). Kelsen, por outro lado, relega a escolha entre as possibilidades como metajurídica e não aborda com amplitude as situações obscuras.

Portanto, os autores atuais que enfrentam temas da hermenêutica jurídica não fazem mais que repetir as perspectivas teóricas já desenvolvidas e defendidas por autores clássicos como Kelsen e Hart. Recorrer a expressões pouco conhecidas no mundo jurídico como “giro lingüístico” não indica novidade teórica, mas simplesmente recurso a outra área de conhecimento para dizer a mesma coisa há muito já dita.

Ter, portanto, a filosofia da linguagem como aparato teórico para manter a mesmice teórica não é caminho para melhoria da teoria do direito. O que essa perspectiva filosófica proporciona vai muito além disso, principalmente por provocar a necessidade de revisita, só para citar dois exemplos, da teoria dos fatos jurídicos e da teoria das provas. Enfim, visitar toda a visão de mundo jurídico calcada na perspectiva ontológica e na mentalista.

Notas

¹ O paradigma ontológico, baseado na filosofia clássica, deposita no filósofo a função cognitivo-referencial, ou seja, a busca da verdade na essência do ser, da coisa em si. É dito o paradigma da “verdade como correspondência”. Defende-se uma objetividade na relação sujeito-objeto, com a produção de “leis do ser”. Aqui a linguagem é vista como veículo de conceitos. No paradigma mentalista, o foco passa a ser o sujeito, a consciência. A filosofia da consciência, com a função cognitivo-referencial, proclama a “verdade como experiências (opinião de um sujeito). Formulam-se “leis do pensamento”. A linguagem é vista como expressão de experiências. No paradigma da linguagem, com o giro lingüístico – linguagem como mundo significativo

–, não cabe mais a busca pela verdade do ser (da coisa, do objeto), nem se fala na consciência do sujeito, mas na comunicação. Trata-se da função interpretativo-compreensiva, na qual, se há uma verdade, é a verdade como relato. Elaboram-se leis do uso lingüístico. A linguagem é vista como mediação. Nesse paradigma, surgem as teorias do significado, como a da visão intencionalista, com Grice, para quem o falante transmite ao ouvinte seu estado de crenças ou suas intenções, enquanto o falante é um sujeito competente em relação ao mundo objetivo (capacidade para formar representações sobre as coisas e acontecimentos) e em relação ao mundo social (capacidade de traçar objetivos e planos de ação). Assim, os signos lingüísticos permitem influenciar as outras subjetividades no contexto de ação teleológica, introduzindo mudanças nas suas crenças ou influenciando-os para que façam algo. Na visão semântica, da teoria do significado, com Frege, busca-se identificar os requisitos que devem estar presentes na linguagem logicamente perfeita. Para esse autor, o Signo, a palavra ou expressão lingüística adquire sentido – modo de dar-se a designação ou referência – conforme tenha referência com um algo designado, formando significado segundo a representação da subjetividade que acompanha a transmissão ou compreensão do significado de um signo. Há, portanto, uma conexão interna entre significado e verdade – princípio semântico do contexto –, pois o valor semântico das expressões parciais depende da sua contribuição ao valor semântico (valor de verdade) da unidade significativa mínima, o enunciado. Por fim, há a visão pragmática, da teoria do significado, com Wittgenstein, ao tratar da semântica das condições de verdade. Para esse autor, as palavras cumprem uma função instrumental no contexto de determinadas atividades e em contextos de interação, de tal modo que permite ao falante realizar seus propósitos graças ao efeito coordenador da ação que essas ferramentas lingüísticas permitem. Há, portanto, jogos de linguagem como contextos práticos nos quais se determina o uso das expressões lingüísticas; esses jogos de linguagem são modos de comportamento, por isso, falar uma linguagem é inseparável da integração de uma forma de vida. A linguagem não é só o uso intencionalista, mas também narrar, ordenar, apostar, saudar, etc. (CORREDOR, 1999, p. 17-46).

² Sobre Direito Alternativo, ver Melo (2003).

³ Trata-se da teoria da única decisão correta.

Bibliografia

AFTALIÓN, Enrique R.; GARCIA OLANO, Fernando.; VILANOVA José. *Introducción al dere-*

cho. 9. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Peralman, Toulmin, MacCornick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002.

BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *A construção social da realidade*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

COELHO, F. L. A hermenêutica jurídica. In: _____. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 177-200.

CORREDOR, Cristina. *Filosofia del lenguaje*. Madrid: Visor, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O direito levado a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 1996.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Direito alternativo e direito dogmático: exclusão social, justiça e legitimidade. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, 4., 2003, Recife. *Anais...* Recife: Bureau Jurídico, 2003. (Coleção Bureau Jurídico, Coletânea Jurídica, v. 6, p. 175-194).

PERELMAN, Chain; OLBRECHT-TYTECA. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PESSOA, Fernando A. C. *Poemas inconjuntos*. [191-?]. Disponível em: <<http://www.institutocamoes.pt/escritores/pessoa/inconjuntos.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2003.

RAIFA, Howard. *Teoria da decisão*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

SOUZA, Fernando M. C. *Decisões racionais em situações de incerteza*. Recife: Universitária UFPE, 2002.

STAMFORD, Artur. *Decisão judicial: dogmatismo e empirismo*. Curitiba: Juruá, 2000.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al derecho*. 10. ed. Buenos Aires: Emilio Perrot, 1991.

TREVES, Renato. *Sociologia des diritta*: origini, ricerche, problemi. Torino: Einaudi, 1993.

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