

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MÁRIO JOSÉ MARTINS DA SILVA MATEIRO

**OS ARGUMENTOS ANÔMICOS DO DISCURSO JURÍDICO ATUAL
À LUZ DE UMA CONCEPÇÃO SISTÊMICO- AUTOPOIÉTICA
DO DIREITO BRASILEIRO**

CURITIBA
2004

MÁRIO JOSÉ MARTINS DA SILVA MATEIRO

**OS ARGUMENTOS ANÔMICOS DO DISCURSO JURÍDICO
À LUZ DE UMA CONCEPÇÃO SISTÊMICO- AUTOPOIÉTICA
DO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso
de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Doutor Ivan Guerios Curi

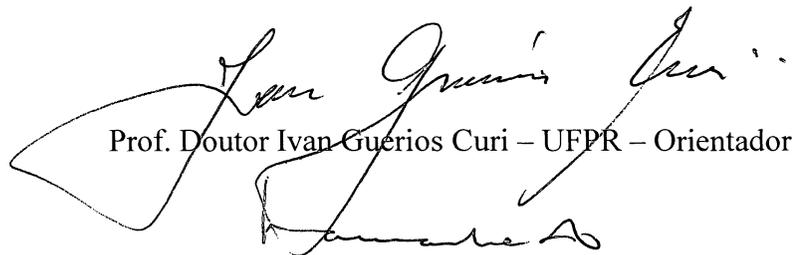
CURITIBA
2004

MÁRIO JOSÉ MARTINS DA SILVA MATEIRO

**OS ARGUMENTOS ANÔMICOS DO DISCURSO JURÍDICO ATUAL
À LUZ DE UMA CONCEPÇÃO SISTÊMICO- AUTOPOIÉTICA
DO DIREITO BRASILEIRO**

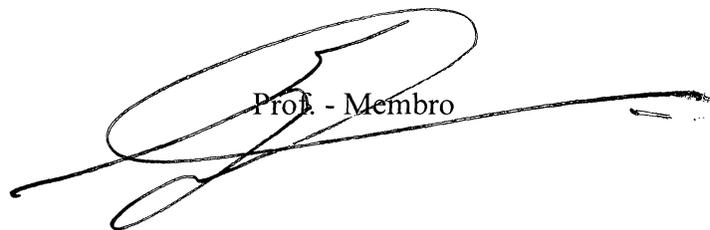
Essa dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final em __/__/__ pelo Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Apresentada à Comissão Examinadora, integrada pelos professores:



Prof. Doutor Ivan Guerios Curi – UFPR – Orientador

Prof. - Membro



Prof. - Membro

Aos Professores que
“por obras valorosas se vão da lei da morte libertando”.

RESUMO

A *vontade* e a *idéia* de sistema vêm impregnando o pensamento científico e, com este, o pensamento jurídico. Assim, o Direito começou a ser estudado à luz das teorias sistêmicas e, nestas, à luz da teoria da *autopoiesis* jurídica. É sob o marco do pensamento sistêmico-autopoiético que se desenvolve a pesquisa dos elementos discursivo-tópico-retóricos que compõem o Direito como discurso de convencimento, e é sob o método dialético que se constrói uma teoria da decisão judicante como modelo da concreção do Direito, este havido tectológica e teonomicamente como fonte e fim de si mesmo. Na *inveniendi* das comunicações discursivo-normativas, incursiona-se pelo problema das fontes do Direito como “irritações” do sistema jurídico que as recebe na sua organização com a sua própria linguagem, transformando esses elementos externos para os juridicizar dentro da sua estrutura. Assim aparece a gênese jurídica composta de argumentos que, primitivamente, não têm um caráter normativo, mas que o Direito, ao “tocá-los”, transforma em elementos carregados de normatividade-validade, aptos a justificarem hermenêutico-noeticamente o *decisum*. Estudam-se, entre esses elementos *anômicos*, especialmente, os argumentos do senso comum e, nestes, os do senso comum teórico dos juristas, e os *topoi* ou lugares-comuns, referindo, em especial, os adágios populares e os brocardos latinos, as metáforas, e as crenças que povoam o discurso.

Palavras-chave: autopoiese – discurso – fontes – sentença – sistema.

ABSTRACT

The will and the system idea are impregnating the scientific thought and, with this, the juridical thought. Like this, Law began to be studied to the light of the systemic theories and, in these, to the light of the theory of the juridical autopoiesis. It is under the mark of the systemic-autopoietic thought that grows the research of the discursive-topic-rhetorical elements that compose the Law as convincing speech, and it is under the dialectical method that a theory of the judicial decision is built as model of the concretion of the Law, this had, *tectological and theonomically*, as source and end of itself. In the *inveniendi* of the discursive-normative communications, we go into the problem of sources of Law as "irritations" of the juridical system that it receives them in its organization with its own language, transforming those external elements inside becoming juridical into its structure. So, it appears the juridical genesis composed of arguments that have not a normative character, primitively, but that the Law, when "touch" them, transforms in elements loaded of normativity-validity capable to justify it hermeneutic-noetically the *decisum*. They are studied, among those anomical elements, especially, the arguments of the common sense and, in these, the one of the jurists theoretical common sense, and the *topoi* or comonplaces, referring, especially, the popular proverbs and the Latin brocards, the metaphors, and the faiths that populate the speech.

Key-words: autopoiesis – sources – speech – sentence – system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A IDÉIA DE SISTEMA JURÍDICO	16
2.1 O sistema como instância de cognoscibilidade	17
2.1.1 A vontade e a idéia de sistema	18
2.1.2 A estrutura e a função do sistema	22
2.1.3 Circularidade e reflexividade	24
2.2 O sistema como espaço de juridicidade	26
2.2.1 A vontade e a idéia de sistema jurídico	27
2.2.2 A estrutura e a organização do sistema jurídico	30
2.2.3 A idéia de sistema jurídico	33
2.2.4 A função do sistema jurídico	37
2.2.5 A teleonomia sistêmico-jurídica	41
2.3 Um conceito de sistema jurídico	48
2.3.1 O sistema como dimensão da normatividade	50
2.3.2 Fundamentos e normas	51
3 A CONCREÇÃO DO DIREITO	58
3.1 Direito, discurso e sistema	58
3.1.1 O Direito como espaço de fluminidade	59
3.1.1.1 As fontes do Direito como instâncias de cognoscibilidade	62
3.1.1.2 As fontes do Direito como pontos de partida	66

3.1.1.3 O Direito como fonte de si mesmo	72
3.1.2 O Direito como instância de discursividade	75
3.1.3 O Direito como espaço de sistematicidade	77
3.1.3.1 O Direito como um ser vivo	78
3.2 Discurso, sentença e decisão	82
3.2.1 A sentença como instância de inteligibilidade	83
3.2.1.1 Cognoscibilidade e inteligibilidade	84
3.2.1.2 O contexto de descoberta e o de justificação	87
3.2.2 <i>Episteme versus phronesis e ratio speculativa versus ratio practica</i>	93
3.3 A sentença como espaço de discursividade	97
3.3.1 Heurística, erística e crítica	98
3.3.2 O discurso de convencimento	102
3.4 A sentença como momento de decibilidade	104
3.4.1 O princípio da inércia e a jurisprudência	110
3.4.2 A escolha sincronicamente adequada	112
4 OS ELEMENTOS ANÔMICOS DA DECISÃO	116
4.1 Voltando aos pontos de partida	117
4.2 A cultura de fundo ou o senso comum do julgador	125
4.2.1 O senso comum	126
4.2.2 O senso comum teórico dos juristas	129
4.3 Em volta dos <i>topoi</i>	135
4.3.1 Os adágios populares e os brocardos latinos	140
4.3.2 As metáforas no discurso jurídico	144
4.3.3 Crença, ficção e presunção	147
4.4 A sinépica ou as conseqüências da decisão	150

4.4.1 Os pontos de chegada e o “mais além”	153
4.4.2 Os elementos discursivos anômicos	154
5 CONCLUSÃO	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163

1 INTRODUÇÃO

A ciência não é mais só a observação e a experimentação que conduziam à *certeza* científica. Pela concepção atual de ciência, o que o cientista tem de mais certo é que nada é certo ou, dito em outras palavras, a certeza é cada vez mais incerta. Na verdade, à *dúvida metódica* de Descartes segue-se o repensar tudo que está aí. E repensa-se, não por puro espírito de contradição, mas porque se começou a crer mais na própria capacidade intelectual para, fugindo aos parâmetros tradicionais, também, por aí, alcançar certezas científicas. A ciência passou a ser uma crença *raciocinada*. A demonstração dessas certezas não precisa ser mais experimental e repetitiva, para ser *hermeneuticamente racional*. O que se exige é a interpretação da realidade, seja a que nos cerca materialmente, seja a realidade dos conceitos, das idéias, do pensamento puro. A Hermenêutica - a ciência da interpretação - lançou o seu manto por todo o pensamento científico e com essa proteção tirou a utópica neutralidade do cientista para o inserir, ele mesmo, também, no fenômeno que estuda, que interpreta. Desse modo, a reflexão hermenêutica se introduz no tempo presente, na cultura de um grupo determinado para buscar o sentido que vem do passado ou de uma visão de mundo própria, envolvendo, em um único movimento, o ser que compreende e aquilo que é compreendido.

A separação observador-objeto deixou de ter a sua *razão*. O observador *é-com-o-objeto*: o observador, a sua ideologia e o *que lhe está diante* (o objeto de conhecimento e pensamento), mas não dele separado.

O caos do mundo passou a ter uma ordem e, na ordem, passou a ser admitida a desordem, sem que, por isso, deixasse de ser ciência. Ordenar, colocar em ordem, não é mais o exclusivo objetivo da ciência, conquanto tenha que se preocupar com pensar o *entorno* humano - o que lhe está à volta - e *pensar-com-o-entorno* é ter de admitir, desde logo, que não há nele a ordem idealizada pela metodologia clássica. Ora, construir essa ordem ideal, com doses de hierarquizações e conseqüentes cadeias dedutivas, com as regras rígidas de causa-e-efeito (a causalidade dita científica) e com a premissa da separação observador-objeto, nem sempre fez alcançar os resultados que se almejavam e, nunca, a certeza que se propalava. O que fez foi, na verdade, verificar que cada vez mais se derrubavam teorias, se substituíam certezas e se deparava com barreiras intransponíveis com a utilização desses métodos e que, portanto, para as ultrapassar, precisavam ser criados uma nova metodologia e novos caminhos.

Pensar já não somente em cima *do problema*, mas pensar *o sistema* e pensar *sistemas*. A *tópica* - o pensar por problemas - foi cedendo lugar à *teoria geral dos sistemas* e hoje se reúnem, uma e outra, para admitir o pensamento *tópico-sistêmico*. Pensa-se o problema, mas dentro do sistema e não divorciado ou isolado deste, e, ainda, relacionado ao seu ambiente.

O Direito apresentou, ao longo da História, todas as facetas da evolução da Ciência, desde a forma assistemática do Direito Romano à jurisprudência (teoria geral) dos conceitos e dos interesses, mas também à jurisprudência dos valores, desde as Pandectas às codificações. Pensar o Direito hoje requer a disciplina do pensamento *tópico-sistêmico*, mas, nem por isso, requer o desprezo dos estudos anteriores, sejam eles assistemáticos, indutivos, dedutivos, ou simples glosas feitas no interesse do Monarca. Pensar o Direito hoje é precisamente produto do que já foi pensado e não reconstrução sobre ruínas. É reconstrução, sim, aproveitando tudo o que de bom legaram os estudiosos que nos precederam nessa sublime tarefa, sempre inacabada, de pensar e realizar o Direito.

Pensar e realizar. A *techne* e a *praxis*. A teoria e a pragmática. Esse o desafio do Direito: a conjunção da racionalidade hermenêutica com a jurisprudência; o Direito

dos livros com o Direito em ação; o Direito dos Professores (*Professorenrecht*) com o Direito dos Juízes (*Juristenrecht*); o Direito pensado e o Direito aplicado.

É o que se propõe como base para esta reflexão: pensar o Direito como uma *metalinguagem* para a qual se mostra necessário conseguir uma ordem para entender a desordem e reconstruir a desordem para alcançar a ordem, para, então, pensar o Direito como um sistema. No momento, temos fé que o conseguiremos.

A dissertação ora apresentada é o resultado escrito de uma reflexão metodológico-jurídica acerca dos caminhos que levam à decisão jurisdicional, esta enquanto modelo de discurso retórico pelo qual se realiza a concreção do Direito. Em outras palavras, dir-se-á que se procura, com essa reflexão, o caminho para uma fundamentação convincente do *decisum* judicativo, através da análise estrutural do discurso jurídico, limitado este, contudo, às peças decisórias – sentenças, acórdãos – mas enquanto paradigmas do pensamento prático-normativo que é encontrado, também nas decisões fora do Juízo estatal.

Adentra-se, então, na *inveniendi* dos critérios para a construção do pensamento *jus*-tificador das decisões de conflitos de natureza jurídica, procurando o *papel-força* das ditas *fontes do Direito*, dos princípios e das normas jurídicas, e dos conhecimentos gerais do decisor, ou seja, das *rationes decidendi*, todos elas *instrumentarium* da reflexão racional-prudencial que motiva o *decisum*. Por aí se verá que se deixa de lado a idéia da construída fundamentação meramente lógico-dedutiva para enquadrar a reflexão apresentada na aceita noção de que tal construção se faz por caminhos de convicção-convencimento-persuasão, caminhos ladrilhados por normas jurídicas pré-objetivadas, mas também por elementos normativo-juridicamente anômicos – tais como *topoi*, adágios, citações bíblicas, etc. – tão valiosos quanto aqueles no momento decisório judicativo.

Não se enfoca propriamente o problema da convicção ou do convencimento do juiz, que é assunto geralmente tratado no campo das provas (processuais) judiciais. O fulcro da pesquisa documental e bibliográfica, ora relatada, é o pensamento judicante que leva à escolha da decisão jurisdicional, através de elementos intelectivos que não são redutíveis à estrutura simplificada da norma

jurídica, mas que, no entanto, carregam forte carga normativa, apta a fundamentar, ou a auxiliar a fundamentação, da escolha jurisdicional feita.

A oposição de "atual" ao discurso jurídico a ser pesquisado, em que pese alguma indeterminação do seu significado, pretende colocar fronteiras à pesquisa, já que, com ele, se almeja transmitir a idéia de que o tratamento do assunto parte, de um lado, de um Direito posto em determinada época e em determinado espaço geográfico e, por outro lado, da idéia de um Direito concreto (*aktual*), não em mero estado de potência, ou abstrato. Pela dificuldade, quiçá impossibilidade, de definir os limites temporais de uma época — a ora vivida — optou-se pelo termo "atual", que é preferível a outra indefinição como "posmoderno", por exemplo. E também se prefere esse termo a "positivo" pela conotação estritamente legalista que este comporta. A adjetivação, portanto, do discurso jurídico como "atual" mostra-se, assim, como uma delimitação temporal, mas pretende significar também que a pesquisa trabalhou em cima do Direito concreto, aplicado, não sobre o Direito abstrato, como mera potência esperando tornar-se ato. O Direito de que se trata é o Direito já como *ato* tal como se verifica nas sentenças judiciais, por exemplo.

A digressão por inúmeros autores e a incursão em festejadas obras – patente pela quantidade e tamanho das notas de pé de página -, conquanto possa traduzir, à primeira vista, diversos matizes doutrinário-jurídicos, tem por justificação não só o recurso ao argumento de autoridade, mas, sobretudo, quer demonstrar que se *constrói* Direito, pelos mais diversos caminhos, pelas mais variadas terminologias, pelas mais aparentemente díspares linguagens, e que, apesar dessa variedade e variabilidade, há, nesses caminhos ou nessas linguagens, paisagens comuns possíveis de serem vistas por uma mesma ótica e passíveis de serem reduzidas a um mesmo objetivo. Por outro *modus*, ao adotar-se o método dialético haveria que opor teses e antíteses, muitas das quais oriundas dos autores consultados e citados, o que também mostra que, entre elas, haveria de haver comuns pontos de contato, pelo menos pontos de oponibilidade, se não de contrariedade.

Esses pontos de oponibilidade estão construídos sobre metodológicas *categorias*, eleitas pela própria dialogicidade imposta pelo desenvolvimento

intelectivo-retórico, primariamente tais como espaço, instância, momento, legitimação, e, secundariamente, tais como cognoscibilidade, racionalidade, *nous*, inteligibilidade, decidibilidade, discursividade, que, sem esforço nem lesão método-hermenêutica, podem também ser vistas como *topoi rectores*. Afinal, por isso também, se verá o Direito pela metáfora da *topologia*, construído *topicamente*, na adversidade e complementaridade do *problema* e do *sistema*. Opostas, mas conciliáveis, encontrar-se-ão as idéias de Direito como *sistema* e de Direito como *discurso*, e, neste, *episteme* versus *praxis*. No entanto, essas oposições são “transformadas” pelo pensamento sistêmico-jurídico para se tornarem *comunicações* que, modificando a estrutura sistêmica, produzem respostas ou soluções jurídicas.

Constrói-se, então, uma *rede* sistêmica na própria exposição, pois incoerente pareceria que se concebesse o Direito como tal e se o estudasse e apresentasse, mesmo que em ínfima parte, fora desse cânon. Trama-se uma redação argumentativa que se procura aproximar de uma construção *holográfica*, de tal modo que se veja - ou sinta - em cada pedaço o todo e, no todo, o pulsar de cada pedaço como sistemicamente imprescindível a esse mesmo todo. Por isso, a sensação que pode aparecer é a de circularidade (ou de recorrência), mas, por aí também, estar-se-ia cumprindo o refletido preceito sistêmico da reflexiva circularidade autopoietica do próprio Direito ou do Direito em si-mesmo, ou seja, do Direito *pensado* que se observa e descreve a si mesmo.

Nesse construir, o segundo capítulo preocupa-se precipuamente com a *idéia de sistema jurídico*, partindo da teoria geral dos sistemas para, através da grande metáfora de considerar o Direito como um ser vivo, alcançar a idéia de um Direito construído e pensado autopoieticamente, com algumas características próprias, tais como a teleonomia jurídica, culminando com a visão de sistema como dimensão de normatividade para o que se incursiona nos fundamentos e na noção de norma jurídica.

Já, no terceiro capítulo, a preocupação investigatória vai para a *concreção do Direito*. Pressupondo que o Direito não é sem aplicação, concreção, faz-se um caminhar para chegar à sentença como momento de decibilidade. Nesse caminhar, passam-se o problema das fontes do Direito e o duplo problema da discursividade e

da sistematicidade do Direito, conciliados com o pensamento hermenêutico e sem ferir os princípios da normatividade e da vinculação do juiz à lei, para, então, alcançar, justificadamente, a sentença como instância de inteligibilidade, como espaço de discursividade e como momento de decibilidade. Essas categorias permeiam o texto, precipuamente para conciliar oposições teórico-discursivas, tais como cognoscibilidade e inteligibilidade, *episteme versus phronesis*, heurística *versus* erística, detendo-se, especialmente no contexto da justificação ou motivação sentencial, como *prius* metodológico da dissertação.

No quarto capítulo, a atenção volta-se para os elementos ou argumentos jurídico-discursivos que não advêm diretamente de textos normativos e que dificilmente são redutíveis à estrutura simplificada de uma norma jurídica. São ditos elementos *anômicos*, precisamente por porque são consideos, por alguns autores, como extrajurídicos. No entanto, essa terminologia parece combatível, na medida em que, adentrando o sistema jurídico, esses argumentos, com forte carga normativa, são juridicizados. Com isso, se alarga o conceito tradicional de fontes do Direito, trazendo para o discursivo sistema judicante pontos de partida (*prótasis*) que justificam ou que fortalecem a justificação do *decisum*. São elementos da composição do discurso de convencimento, tais como pensamentos do senso comum, e, neste, do senso comum teórico dos juristas, tais como os *topoi* em geral, e, nestes, os adágios, os brocardos, as metáforas e as crenças que povoam o mundo jurídico.

A análise da linguagem da sentença serve, então, para nela descobrir argumentos que somente são normativo-jurídicos quando integrados e coerentizados no sistema *pensado e construído* frente ao problema que se quer solucionar. Com eles, harmoniza-se a idéia de sistema e a de discurso, harmonização a que se opõe Luhmann, porquanto este renomado pensador vê o sistema jurídico *objetivamente* na sociedade. A linha de pensamento que se desenvolve, não divorciada da realidade objetiva luhmanniana, inclina-se, todavia, como se disse, para a ruptura do paradigma sujeito-frente-ao-objeto, com a isenção, neutralidade ou imparcialidade do observador, para considerar o sujeito *no* sistema, através do seu discurso. Na verdade, o observador (o sujeito) *é* o que for o seu discurso, a sua linguagem, e, no caso específico do Direito, difícil (ou noeticamente impossível) é conceber o homem

como observador *distante* do Direito, porquanto o Direito é uma ciência teórico-prática que tem como objeto o próprio Direito. E essa reflexiva circularidade impõe o observador-com-o-objeto. O objeto do Direito é primariamente o problema que instaura a necessidade da construção sistêmica que, opondo novos ou outros problemas, conduz à prudencial solução pragmática, o *decisum*, racional-juridicamente justificado.

2 A IDÉIA DE SISTEMA JURÍDICO

O “espírito do sistema” há de ser aquele que permita assimilar os novos sentidos e não aquele que se recusa a aceitá-los, sob pena de o “sistema” se alienar, como algo meramente pensado e suspenso de uma vontade arbitrária, das reais exigências da vida jurídica e de se fechar, assim, às possibilidades de uma verdadeira eficácia e de uma justiça autêntica.¹

A idéia de que o Direito deve ser concebido como um sistema impregna, de modo geral, toda a teoria jurídica². Pode-se mesmo afirmar que a idéia de sistema já se encontra no Direito Romano. No entanto, a palavra *sistema* tem variado de significação ao longo dos tempos e, na mesma época, comporta vários significados³. Dizer, portanto, que o Direito deve ser concebido, ou visto, como um sistema, ou dizer, ainda, que o Direito *é* um sistema, é muito pouco elucidativo, não só pelas *nuances* que a idéia de sistema comporta, mas também porque a concepção de Direito daí derivada ficará diretamente ligada aos elementos concebidos para compor o

¹ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 226.

² "La concepción según la cual el conjunto de normas constitutivas del orden jurídico puede - y debe - ser reconstruido en términos de la noción de 'sistema' es, por cierto, un marco conceptual básico aceptado en forma generalizada en la teoría del derecho." CARACCIOLLO, Ricardo. *La noción de sistema em la teoría del Derecho*. México: Fontamara, 1994, p.49.

³ Direito *é* um *sistema*. Esta afirmação, aparentemente simples e geralmente aceita hoje, é imprecisa e é assaz complexa pelo que necessário se torna definir a que espécie de sistema nos referimos. Nesse sentido: "Há no próprio termo sistema uma pluralidade de sentidos." FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 8.

sistema idealizado ou pensado e à sua estrutura, ou seja, a relação entre esses elementos.

Este capítulo limitar-se-á a apresentar algumas noções à volta da idéia de sistema e da idéia de sistema jurídico. Para isso, apresenta-se, no primeiro item, o *sistema como instância de cognoscibilidade*, construindo essa instância a partir da *vontade de sistema (Systemwille)* até o conceito, não sem referir a *estrutura* e a *função*, com leves referências a algumas características do pensamento sistêmico.

No segundo item, o *sistema como espaço de juridicidade*, procuramos seguir os mesmos tópicos do raciocínio que levaram ao conceito de sistema, para, então, chegar à idéia da teleonomia sistêmico-jurídica, ponto basilar do desenvolvimento.

O estudo do sistema jurídico ficaria incompleto se o mesmo não fosse referido como dimensão de normatividade, o que se faz no terceiro item. A questão da validade-normatividade deva ser resolvido no âmbito do problema, e não do sistema, mas, como foi dito que problema e sistema são indissociáveis, seria incoerente não o abordar, mesmo que *en passant*.

2.1 O sistema como instância de cognoscibilidade

Podemos dizer que há dois modos de pensar: o problemático e o sistemático.

El pensar problemático se acomoda mejor a la humilde naturaleza humana, a sus limitaciones intelectuales y temporales. El pensar sistemático, en cambio, satisface mejor las ansias de perfección, de seguridad y de eternidad que toda persona arrastra tras de sí como un ancla para afirmarse en los infinitos.

El pensar problemático no tiene principios ni terminaciones. Aborda un tema por cualquier lado, por cualquiera de sus aristas, y lo deja, mejor dicho, suspende sus indagaciones allí donde lo tomó la noche. El pensar sistemático, en cambio, proyecta un edificio hasta en sus menores detalles, prevé el destino da cada una de sus habitaciones y corredores, y no descansa hasta ver concluida la obra.⁴

⁴ RUSSO, Eduardo Angel. *Teoría general del Derecho: en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 15.

Conquanto haja autores que defendem ser um modo de pensamento excludente do outro, seguimos, nesse ponto, Canaris quando afirma "que os pensamentos tópico e sistemático não são opostos exclusivistas, mas antes se complementam mutuamente"⁵. A complementação mútua não significa precedência de um modo de pensar sobre o outro, mas de sincronia, "já que para explicarmos o sistema não é suficiente partirmos do próprio sistema, pois devemos atender também àquilo a partir do qual se instaura a exigência sistemática, a saber, o problema"⁶.

O problema⁷ proposto a ser respondido diz com o Direito (estatal) visto como um sistema. É na busca de uma resposta de veracidade (plausibilidade) ou de falsidade (improbabilidade) da assertiva posta que, neste ponto, se persegue a noção de sistema como espaço de juridicidade.

2.1.1 A vontade e a idéia de sistema

O racionalismo dos tempos modernos trouxe com ele a *vontade de sistema*, ou seja, o propósito ou a intenção de obter a "*articulação do saber numa ciência da totalidade*"⁸. Essa expressão, vontade de sistema (*Systemwille*)⁹, denota

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm., *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 272. Ver, no mesmo sentido, notas 5 e 42.

⁶ BORNHEIM, Gerd. A. Filosofia e sistema. *Revista Brasileira de Filosofia*, Rio de Janeiro, v. 14, fasc. 54, p.197, abr/maio/jun, 1964. O ilustre filósofo Bornheim faz notar, aliás, que "através da história da filosofia estas duas noções - sistema e problema - apresentam-se freqüentemente (e com intensidade variável) como noções correlatas. Se em certos autores sistema e problema conseguem harmonizar-se, em outros, bem ao contrário, estes dois conceitos entram em conflito, chegando mesmo a repelirem-se. De fato, em todo o filósofo podemos constatar o domínio do espírito sistemático ou o domínio do espírito problemático".

⁷ "Ninguém pensará que me atrevo a um excesso de originalidade se disser que o direito se nos revela hoje fortemente problemático. E no sentido exactamente de que se tornou um *problema* – e problema radical." CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com que sentido? : o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 9.

⁸ AURÉLIO, Diogo Pires. *A vontade de sistema: estudos sobre filosofia e política*. Lisboa: Cosmos, 1998, p. 13.

⁹ A expressão "*vontade de ...*", querendo exprimir um propósito determinado ou uma conscientização, parece ter-se constituído como uma certa linha de pensamento, pois a encontramos também, referida à Constituição, em: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 19. Diz este autor: "Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na

significativamente a intencionalidade do homem cartesiano¹⁰ de apresentar a diversidade infinita de conhecimentos sob a forma de uma unidade sistemática. Busca-se, então, reduzir uma multitude de conhecimentos a um "conhecimento absoluto da totalidade" em que

a razão aparece orientada, não só por uma vontade de conhecer, que leva à simples e progressiva acumulação de conhecimentos, nem tão-pouco por só uma vontade de poder, que leva ao domínio sobre a natureza e a história e à luta pelo reconhecimento, mas também por uma vontade de sistema que, se não exige a coincidência do racional e do real, do dever-ser e do ser, teorizada por Hegel, exige, pelo menos, a articulação sob princípios comuns dos diversos conhecimentos e das diversas normas de atuação.¹¹

Aspira-se, portanto, a encontrar ou a construir uma logicidade, que torne compreensível a desordem, a contingência, o acaso, visto, até então, sob as óticas das *ciências práticas*. Mas, além disso, essa construção há de, por si mesma, dispensar o recurso a uma entidade exterior, e, com esses pressupostos, constrói-se a *idéia de sistema*. A palavra *sistema* aparece no domínio da linguagem vulgar¹², e “não obstante a longa tradição da palavra sistema no direito (...) é interessante observar que ela só foi introduzida na linguagem jurídica e na própria ciência por Christian Wolf, por volta do século XVI.”¹³. Aparece como conceito difuso, mas tem um núcleo de

consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.”

¹⁰ Esta intencionalidade aparece já em Kant quando afirma: "A razão tem, pois, propriamente por objecto, apenas o entendimento e o seu emprego conforme a um fim ... Por isso, afirmo que as ideias transcendentais não são nunca de uso constitutivo, que por si próprio forneça conceitos de determinados objectos e, no caso de serem entendidas, são apenas conceitos sofisticos (dialécticos). Em contrapartida, têm um uso regulador excelente e necessariamente imprescindível, o de dirigir o entendimento para um certo fim, onde convergem num certo ponto as linhas directivas de todas as suas regras e que, embora seja apenas uma ideia (*focus imaginarius*), isto é, um ponto de onde não partem na realidade os conceitos do entendimento, porquanto fica totalmente fora dos limites da experiência possível, serve todavia para lhes conferir a maior unidade e, simultaneamente, a maior extensão." KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 534 [A645/B673].

¹¹ AURÉLIO, 1998, p. 15.

¹² "Este conceito invadiu todos os campos da ciência e penetrou no pensamento popular, na gíria e nos meios de comunicação de massa". BERTALANFFY, 1977, p. 17.

¹³ CURI, Ivan Guérios. *Dilemas do Direito Penal: reflexão a partir da hermenêutica do sistema*. Tese de doutorado. Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 1999, p. 37. Leia-se ainda: “Para compreender a noção de sistema não é contudo suficiente buscar as suas origens, uma vez que o próprio sentido da palavra adquiriu uma evolução teórica muito grande, principalmente nos últimos anos. Quando falamos em sistema, pensamos imediatamente em conjunto, em ordem; pensamos portanto em *nexo* e em *método*”. (op.loc.cit.).

concordância ou de significação mais ou menos aceito por todos, qual seja o de um ordenamento coerente¹⁴ e unitário.

Sirvamo-nos de exemplos para chegarmos a um conceito de sistema. Podemos ordenar um conjunto de seis xícaras pelo critério do tamanho, pelo critério da cor, pelo critério das datas de fabricação ou pelos estilos de cada xícara, mas será sempre o *mesmo* conjunto de xícaras *ordenado* segundo critérios diferentes; se retirarmos uma xícara, as demais cinco continuam formando um conjunto que poderá continuar ou voltar a ser ordenado segundo diversos critérios¹⁵. Já quando falamos de sistema solar, ou de sistema circulatório, ou de sistema métrico, supomos uma *inter-relação* ordenada e coerente dos elementos que constituem esses sistemas. No exemplo do sistema métrico, essa inter-relação aparece nítida quando se verifica que as unidades, seus múltiplos e seus submúltiplos estão entre si numa relação de 10^n ou 10^{-n} ¹⁶. Assim, não temos como sinônimas as palavras *conjunto* e *sistema*.

É no domínio do pensamento filosófico-científico que a palavra *sistema* começa a tomar uma significação mais precisa, embora se lhe acrescentem atributos que passam a diferenciar concepções diversas com o mesmo substrato. Assim, encontra-se a palavra sistema associada aos, ou denominando os, *conjuntos de objetos metodicamente ordenados*, como é o caso do sistema métrico, o sistema de numeração decimal, etc.; ou, designando conjuntos de objetos ligados por relações estáveis, como é o caso do sistema solar ou do sistema circulatório dos animais¹⁷. E entre os modernos aparece a concepção de que o conhecimento forma um sistema, ou seja, o

¹⁴ O requisito da coerência (interna) de um sistema não é unânime, entre os estudiosos. Permita-se citar ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2. reimp. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 102: “Algunos autores parecen considerar que la coherencia es propiedad necesaria de todo sistema. Para esta concepción, un conjunto de normas incoherentes no sería sistema. Tal restricción del significado del término ‘sistema’ es difícilmente aconsejable. Conjuntos normativos incoherentes no son tan raros, como todo jurista sabe por experiencia. Sin duda, un sistema normativa incoherente podría calificarse de ‘irracional’; en este sentido, la coherencia es un ideal racional.”

¹⁵ Leia-se, ainda: “Los conjuntos son definibles como agregados y algo más, los sistemas como conjuntos (y, por tanto, agregados) y algo más: interacción. Por tanto, cuando se pregunta si un ordenamiento jurídico constituye un sistema, se pregunta si los elementos, las normas que lo componen interactúan entre sí, de qué forma y bajo qué condiciones es posible esta interacción.” SERRANO, José Luis. De las fuentes del sistema al sistema de fuentes. *Novos Estudos Jurídicos*. vol. 8, n. 1, p. 18, jan./abr.2003.

¹⁶ Um decâmetro é igual a 1 metro x 10; 1 quilômetro é igual a 1 metro x 10^3 , ou seja, 1.000 metros; 1 centímetro é igual a 1 metro x 10^{-2}

¹⁷ Cf. SÈVE, René. Introduction. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique]. Paris: Sirey, 1986, p. 1-10.

conhecimento passa a ser visto como um sistema de proposições verdadeiras. Essa sistematização inicialmente concebida é, geralmente, do tipo lógico-dedutivo que procura uma construção tipo *árvore* de cujo tronco, ou idéia primordial, ou princípio, ou axioma, derivam as demais conceituações.

...una de las tareas de las ciencias modernas consiste en la elaboración de un cuerpo teórico ordenado de los conocimientos obtenidos mediante la investigación metódica, buscando un máximo de coherencia y completitud.¹⁸

Para Kant, que denominava *arquitetônica* a arte dos sistemas, sistema é "a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia"¹⁹, conceito de que não se afasta o de Coing ao dizer que se entende "por sistema o ordenamento de conhecimentos sob um ponto de vista unitário"²⁰. Ou, como nos diz Niklas Luhmann, "uma velha tradição epistemológica definia formalmente um sistema como uma construção feita a partir de um princípio."²¹

Em ambos os conceitos está presente a idéia de *unidade*, como elemento essencial da definição, unidade que seria dada por um princípio, uma idéia, um ponto de vista unitário. Nenhum destes conceitos, no entanto, evidencia a diferença que temos entre *conjunto* e *sistema*. A diferença está em que, no sistema, se dá relevância primeira às *relações* entre os seus elementos constitutivos. Por outras palavras, podemos dizer, embora de uma forma um tanto simplista, que o conjunto dá atenção aos objetos - ou aos elementos constitutivos -, enquanto o sistema dá atenção às relações entre os objetos ou entre os elementos.

¹⁸ RUSSO, 1995, p. 213.

¹⁹ Explique-se: "Por *arquitectónica* entendo a arte dos sistemas. Como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, isto é, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema, a arquitectónica é, pois, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, assim, necessariamente, à metodologia. Sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão. Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma idéia. (...) O todo é, portanto, um sistema organizado (*articulado*) e não um conjunto desordenado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins." KANT, 1997, A833/B861, p. 657.

²⁰ COING apud LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. *Archives de Philosophie du Droit*", t. 31 [Le système juridique]. 1986, p. 164.

²¹ LUHMANN, op. cit., p. 163.

Para Bertalanffy, "um sistema pode ser definido como um complexo de elementos em interação"²², conceito que fica mais claro por ele ter, previamente, afirmado que "ao tratar de complexos de 'elementos', podemos fazer três diferentes espécies de distinções, a saber: 1) de acordo com o seu *número*; 2) de acordo com a sua *espécie*; 3) de acordo com as *relações* dos elementos."²³. É sob esta última distinção que se constrói um modo de pensar sistêmico, ou se constrói o sistema jurídico.

2.1.2 A estrutura e a função do sistema

Se a *vontade* de sistema leva à idéia de sistema como a ordenação da totalidade, resta analisar qual o substrato dessa vontade. Afinal, para que serviria conceber um sistema, ou conceber sistemas, da realidade que, a mais das vezes, se apresenta caótica, desordenada? Diz-se, de antemão, que

En nuestro texto, por lo tanto, usaremos la expresión sistema para mencionar siempre a una organización artificial, es decir, construida por el hombre, para mejorar el poder explicativo de una teoría.²⁴

É precisamente a necessidade de compreender o que não é facilmente metido em leis causais, ou o que foge às leis descobertas, que leva à idéia de sistema, pois somente a compreensão ou a inteligibilidade do todo poderia permitir a compreensão do particular, ou do problema.

De certo modo, a idéia de sistema constitui uma metáfora para compreender o todo e não dissociar cada uma das partes de um todo sem que em cada uma delas se vincule, e esteja presente, o todo. Por isso, a idéia de sistema dá relevância às relações entre os elementos constitutivos do todo. A complexidade da idéia de sistema leva a que os autores de sirvam de metáforas para a explicar, especialmente no que

²² BERTALANFFY, 1997, p. 84.

²³ Ibid., p. 82.

²⁴ RUSSO, 1995, p. 212.

concerne à sua estrutura ou às estruturas possíveis. São, assim, inúmeros os tropos²⁵ que procuram dar uma imagem do que seja um sistema. O sistema é, então, visto como uma pirâmide, não só a conhecida de Kelsen²⁶, mas também a pirâmide de conceitos de Puchta, ou como uma *rede* formada pelo cruzamento constante e dinâmico dos seus elementos, entre muitas outras metáforas. Uma das figuras comparativas mais ilustrativas é de Morgan, como segue:

...o cérebro tem sido concebido como um sistema de controle semelhante a um computador complexo ou aparelho de telefone, que transmite informação através de impulsos eletrônicos; como um tipo de sistema de televisão com a capacidade de reagrupar padrões coerentes e imagens de milhões de pedaços de dados separados; como uma sofisticada biblioteca ou banco de memória para estocagem ou recuperação de dados; como um sistema complexo de reações químicas que transmitem mensagens e disparam ações; como uma misteriosa "caixa preta" que liga estímulos e comportamento; como um sistema lingüístico que opera através de um código neural que traduz informações em pensamentos, idéias e ações através de mudanças químicas e elétricas, da mesma forma como um código representado num alfabeto pode ser convertido em prosa via palavras e sentenças.

Muito recentemente, o cérebro tem sido comparado com um sistema holográfico, uma das maravilhas da ciência do *laser*. (...) Um dos aspectos interessantes do holograma é que, se ele se quebrar, qualquer das partes separadas pode ser usada para reconstruir a imagem total. Qualquer elemento está arquivado em tudo o mais, exatamente como se fosse possível jogar uma pedra num lago e ver o lago todo e todas as ondas, ondulações e gotas de água geradas pelo respingo *em cada um e em todas as gotas de água assim produzidas*.

A holografia demonstra, de forma muito concreta, que é possível criar processos nos quais o todo pode ser contido em todas as partes, de tal forma que cada uma e todas as partes representam o todo.²⁷

Releva notar a idéia de que "o todo pode ser contido em todas as partes, de tal modo que cada uma e todas as partes representam o todo." Este pensamento é a

²⁵ A palavra *tropos* deriva do grego clássico e significa *desvio*. Diz-se que é um *tropos* a utilização de uma ou mais palavras em acepção ou acepções diferentes do seu sentido literário ou lexical.

²⁶ Compare-se: "En conclusión, la metáfora de las fuentes del derecho en su acepción de unidad jerárquica del ordenamiento jurídico, sobrevivirá sólo en tanto adquiriera la resonancia precisa para hacerse cargo de las mutaciones paradigmáticas descritas. El ordenamiento jurídico no es una pirámide. Es necesario sustituir la imagen piramidal del derecho por la de un espacio inmanente de segmentos, sin unificación trascendente, una continuidad de líneas sin centralización global." SERRANO, 2003, p. 32.

²⁷ MORGAN, Gareth. *Imagens da organização*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 83-84.

síntese perfeita da idéia de sistema, porquanto, se nele é dada primazia às inter-relações dos elementos constitutivos, é porque cada um destes é afetado, na sua essência, por essas relações, por esses vínculos que nele hão de estar presentes sob pena de esse elemento não ser *do* sistema, quer dizer, ser um elemento extrassistêmico. É o denominado princípio *hologramático* dos sistemas²⁸.

2.1.3 Circularidade e reflexividade

Vimos que o conceito de sistema não é unívoco, aliás, como os autores, em geral, são unânimes em afirmar. A razão da multivocidade está em que o sistema é uma *forma* de pensar, ou é o resultado de um *tipo* de pensamento. É resultado de uma racionalidade que, lançando mão das idéias de ordem e de coerência, e a partir destas, constrói um pensamento que insere em cada parte constitutiva – em cada elemento – as características gerais do todo pensado.

A elaboração intelectual de um sistema é uma *instância* de cognoscibilidade do objeto, admitido também o problema como uma outra instância. Não se significa, com isso, apartar os dois momentos de cognoscibilidade, mas, pelo contrário, afirmar que ambos são necessários à (plena) compreensão do objeto de observação empírica ou de estudo teórico. Ao observar-se um objeto material, uma árvore, pode dar-se relevância às suas partes constitutivas – raízes, tronco e copa –; pode dar-se relevância ao todo – a árvore inserida na paisagem ou dela isolada; mas pode-se, ainda, dar relevância às inter-relações das suas partes constitutivas: como funcionam em conjunto, como servem umas às outras, como interagem. O sistema leva em conta apenas este último aspecto na observação e, especialmente, nas formulações teóricas, dá relevo precisamente às conjugações entre os elementos do sistema, de

²⁸ Acrescente-se, para melhor elucidação, que o princípio *hologramático* permite explicar como somos o reflexo da sociedade que, por sua vez e simultaneamente, nos reflete. Por esse princípio, repete-se, o todo está incluído na parte que está incluída no todo. A parte deve ser apta a regenerar o todo.

tal modo que não deixa que se possa isolar um elemento sem que nele esteja presente o todo.

É nesse sentido que se conceitua: um sistema é uma instância da racionalidade teórico-explicativa como espaço de construção noética de um todo dando relevância à interação dos seus elementos constitutivos.

Ora, essa construção requer que o sujeito pensante seja parte interessada do próprio fato observado, relegando-se, então, a idéia de um observador externo, cognoscente, e de um objeto “à sua frente”, cognoscitivo.

A ciência torna-se reflexiva sempre que a relação ‘normal’ sujeito-objeto é suspensa e, em seu lugar, o sujeito epistêmico analisa a relação consigo próprio, enquanto sujeito empírico, com os instrumentos científicos de que se serve, com a comunidade científica em que se integra e, em última instância, com a sociedade nacional de que é membro.²⁹

O sistema apresenta-se, assim, por sua própria definição, como reflexivo, o que leva a poder dizer-se que o Direito é uma ciência cujo objeto é o próprio Direito. Isso é certificado também pela idéia de auto-referenciabilidade. O Direito desenvolve-se através das suas próprias referências, ou seja, pelos seus próprios elementos constitutivos e pelas intercomunicações desses elementos. Ou, ainda, pelas próprias comunicações das comunicações, porque os elementos são comunicações.

O ser vivo constrói o seu mundo: formulação fundamental que devemos situar no centro de tudo. Isto nos leva ao termo fechamento. Difundido pelos chilenos (Maturana, Varela). O que significa o fechamento do ser vivo? Que este só pode possuir como representação e informação aquilo que ele próprio já fabricou (como representação ou informação).³⁰

²⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 78. No mesmo sentido, escreve RUSSO, 1995, p. 352: “La negación del principio de ‘neutralidad científica’ obliga a reconocer que el observador es parte interesada del fenómeno observado, prescindiendo, a su vez, de las distinciones modernas entre ‘sujeto cognoscente’ y ‘objeto cognoscido’, ‘juicios descriptivos’ y ‘juicios prescriptivos’, ‘sujeto externo y sujeto interno’, ‘teoría’ y ‘técnica (o praxis)’, etcétera, cuya utilización puede ser realizada con carácter meramente instrumental y provisorio, pero no ontológico.”

³⁰ CASTORIADIS, Cornelius. Para si e subjetividade. In: PENA-VEGA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. (Org.). *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2001, p. 38.

Daí também se infere o caráter discursivo do Direito que “fala” sobre si mesmo, com referência a si mesmo e só com referências a si mesmo. Se conseguir-se imaginar um jogo de espelhos “comunicantes” em que determinada imagem é repetida por todos eles que se refletem uns nos outros, talvez se possa entender melhor a reflexividade do Direito. Qualquer pequeno movimento, qualquer perturbação, na origem da imagem, ou qualquer pequeno movimento de um dos espelhos do jogo, vai alterar todas as imagens refletidas em todos os espelhos. E nesse jogo de espelhos o observador é também o observado; o observador *está* no jogo (e tem consciência disso), faz parte do jogo e, sem ele, haverá somente espelhos vazios.

A reflexividade importa em circularidade porque a reflexividade pressupõe a auto-referenciabilidade com que o Direito é constituído.

2.2 O sistema como espaço de juridicidade

Apresentado o que se entende por sistema, mostra-se pertinente agora que seja estudado o Direito à luz dessa noção.

Não pretendemos, nas fronteiras que impusemos a este trabalho, apresentar a discussão aprofundada sobre os limites da juridicidade como limites do sistema jurídico, mas apenas mostrar que é possível pensar o Direito como um sistema em que cada uma das suas partes há de estar impregnada pelo todo, ou seja, pela concepção de Direito.

Partindo, então, da idéia de sistema, procura-se construir a idéia de sistema jurídico, com as generalidades da teoria dos sistemas e com as especificidades próprias do Direito.

2.2.1 A vontade e a idéia de sistema jurídico

A vontade de sistema, como intenção de ordenar o saber numa ciência de totalidade, aparece nitidamente no campo do Direito. Influenciados pelas ciências naturais e seus métodos classificatórios, taxionômicos, os juristas procuraram aplicar esses métodos para ordenar os seus conhecimentos. Isso não significa que não se possa ver antes, já no Direito Romano, tentativas de sistematização, desde o definir, classificar e ordenar até às *Institutas* de Gaio que apresenta o que se pode identificar como um sistema³¹. Mas é efetivamente bem mais tarde, como referimos adiante, que aparece nítida a vontade de sistema no Direito.

O Direito é uma realidade. Mesmo que não saibamos dizer com precisão o que seja o Direito, vivemo-lo e vivenciamo-lo diariamente, a todo o instante. Nessa constatação de vivência permanente, fácil pareceria dizer de onde nasce o Direito, como se forma o Direito, ou seja, quais são as suas fontes.

Se fizéssemos uma pesquisa de opinião (*doxa*), talvez nos deparássemos com uma maioria de respostas no sentido de que o Direito nasce das leis feitas pelos legisladores. E se déssemos crédito científico a estas respostas majoritárias, podíamos, com alguma margem de erro, mas podíamos dizer, que o Direito nasce das leis e as leis nascem dos legisladores, ou, então, que a *causa* das leis é o legislador e que a *causa* do Direito são as leis. Por outras palavras: as leis são *efeito* do legislador e o Direito é *efeito* das leis.

O pensamento que leva a tirar ilações do tipo *causa-efeito* é o pensamento predominante nas ciências ditas *naturais*, em que os mesmos fenômenos são sempre efeitos das mesmas causas. A grande preocupação das ciências da natureza foi determinar as *relações de causalidade*, isto é, estabelecer o *que é causa de que efeito*. Essa preocupação foi transportada para o Direito, tendo os estudiosos procurado estabelecer cadeias contínuas de causalidade, ora por hierarquização de normas, ora por nexos dedutivos de conceitos, sem, contudo, obter resultados satisfatórios (mas,

³¹ Cf. GAUDEMET, Jean. Tentatives de systématisation du droit à Rome. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986, p. 11-28.

muitas vezes, denominando sistema a esse raciocínio). É que, se cientificamente, pareceria certo o raciocínio empírico assim apresentado, a racionalidade pragmática não o poderia admitir: alguma coisa estava errada, fosse o ponto de partida, os meios utilizados ou, mais claramente, o ponto de chegada. Não chegava a nada. Não haveria, portanto, que aceitar tal tese e, sim, desconfiar do tal método científico com a idéia de que era capaz de resolver tudo.

Por outro lado, admite-se, desde os primórdios, que o Direito deve ser ou deve ter uma ordem, pois seria inerente à sua própria natureza ou ao seu âmago. A mesma ordem que se procurava descortinar no mundo, pela obra perfeita de Deus, era transportada ao mundo do Direito, ao Direito mesmo. No entanto, este era reduzido a um conjunto de ordens, de mandamentos, que todos deviam obedecer ou porque provinham de um chefe - com mandato divino - ou porque provinham diretamente de Deus. Temos assim um Direito dito *natural*, não só porque conforme à natureza do homem, mas também porque conforme à vontade divina. E se esta ordem no mundo e do mundo constituiria um sistema, também o Direito, por essa sua natureza, seria um sistema. Temos, assim, o que podemos designar por uma visão naturalista da concepção de Direito como sistema.

Esta idéia de sistema não fica, no entanto, restrita ao modo de ver dos naturalistas e perpassa aos positivistas. As codificações são a concretização da vontade de sistema, além do mais, capaz de "tudo resolver".

A vontade de sistema mostra-se em Kant, mas a sua intenção não resulta em mais do que "uma teoria racional do direito" que tem como "conceito fundamental da experiência jurídica o conceito de posse", nos dizeres de Bobbio³². Também Savigny apresenta o seu célebre *Sistema do Direito Romano Atual*. Na verdade, a palavra sistema difunde-se rapidamente nas matérias jurídicas, chegando a ser usada como sinônimo de "tratado" e, até, de "compêndio". Mas, está claro que não é esse tipo de construção que se persegue na compreensão do Direito. Assim, como introdução aos pensamentos seguintes, permita-se, ainda, um reforço metafórico da idéia de sistema:

³² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 91.

Se puede decir que la teoría tradicional enfoca los problemas generales del derecho con la categoría de norma jurídica, de la misma forma que las distancias se miden en metros. Ni el concepto de “metro”, ni la categoría de norma son objeto de descomposición. Se presupone que son unidades dadas, que sirven precisamente para descomponer o medir “todos” más amplios. La norma es un todo en sí misma o una “parte” que sumada a otras daría lugar a un “todo” llamado “derecho”. Para expresarlo con la metáfora también de Bobbio (1956, p. 161), se consideraba el árbol, pero no el bosque y se pensaba, además, que el bosque era igual a la suma de los árboles. Estos cuatro siglos han trabajado, pues, con la idea de todo / parte y no con la idea de conjunto / elemento.”³³

Como foi exposto, a terminologia que aqui se emprega leva a considerar a idéia de *sistema/estrutura*, mas isso não desnatura as comparações que o ilustre autor faz. Na verdade, nos últimos “quatro séculos” o estudo centrou-se (quase) exclusivamente na norma jurídica³⁴, como ente que, isoladamente, bastava ao estudo do Direito. Era um “método analítico-sintético”³⁵ pelo qual se procurava primeiramente “desmontar” (analizar) em peças ou pedaços e, depois, reunir (sintetizar) de novo essas peças, sem que se desse atenção, ou, pelo menos, importância à *relação* entre esses pedaços. Como diz Serrano³⁶ era uma saber *analítico* porque “acreditava que estudando cada uma das árvores se compreendia o todo (ordenamento jurídico)”; era *atomista* porque “acreditava que havia uma unidade (a norma) que não podia decompor-se mais”; e era, ainda, *mecanicista* porque acreditava

³³ SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999, p. 105.

³⁴ É expressivo o pensamento de Bobbio: “Uma rápida visão da história do pensamento jurídico nos últimos séculos nos dá uma confirmação do que até aqui afirmamos: do famoso tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, de Francisco Suárez (1612), aos tratados mais recentes de Thon e de Binding, de que falamos no livro precedente, fica claro desde os títulos que o objeto principal da análise e o verdadeiro *elemento primeiro* da realidade jurídica é a norma em si. (...) Repetimos que a norma jurídica era a única perspectiva através da qual o Direito era estudado, e que o ordenamento jurídico era no máximo um conjunto de normas, mas não um objeto autônomo de estudo, com seus problemas particulares e diversos. Para nos exprimirmos com uma metáfora, considerava-se a árvore, mas não a floresta.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1989, p. 20 e BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate, 1991, p. 154.

³⁵ Um bom exemplo deste método encontra-se em Hans Kelsen, como Serrano nos diz: “Es él quien desatomiza y desustancializa al sistema jurídico con el paso desde el concepto sustancia – lo que implica la primacía de la jerarquía como única función ordenante – al concepto función. Si se toma su *Teoría pura del Derecho* o su *Teoría General del Derecho y del Estado* se verá que en ambos casos el estudio de la teoría del derecho está dividido en dos partes, denominadas respectivamente nomoestática y nomodinámica o bien estática jurídica y dinámica jurídica: la primera considera los problemas relativos a la norma jurídica; la segunda los relativos al ordenamiento jurídico.” SERRANO, op. cit., p. 106-107.

³⁶ *Ibid.*, p. 105.

que, tal como um relojoeiro, deveria separar cada uma das peças do relógio jurídico para depois reuni-las.

Hoy, a finales del siglo XX, sabemos que los bosques son un conjunto de árboles y *algo más*, de la misma forma que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas y algo más; que si estudiamos sólo los árboles y olvidamos, por ejemplo, su relación con la atmósfera o el agua, jamás sabremos lo que es un bosque, de la misma manera que si estudiamos normas (reglas o enunciados) e no, por ejemplo, principios constitucionales jamás sabremos lo que es el derecho. Sabemos que las normas no son unidades indivisibles, previamente dadas por convención, sino construcciones relacionales y probabilísticas más parecidas a los cuántum de energía que a los átomos. Y sabemos, finalmente - utilizando ahora la significativa metáfora del profesor Sampedro -, que un relojero podría descomponer las "partes" de un gato, como descompone las piezas de un reloj, pero podría recomponer el reloj y nunca el gato, por la sencilla razón de que el gato no tiene sólo cabeza, tronco y extremidades (partes) sino también ADN, sangre, células, etc. (complejidad), de forma que el mecanicismo es una ideología acientífica cuando se trata de estudiar sistemas complejos que como el derecho son la suma de partes, pero también algo más: factores de complejidad.³⁷

Diríamos que é axiomático que o Direito não pode ser constituído apenas pela soma dos seus elementos constituintes, sem que se tome em estudo as *inter-relações* desses elementos, isto é, sem que se veja o todo em cada parte e, em cada parte, o todo.

2.2.2 A estrutura e a organização do sistema jurídico

Entendemos que a idéia de sistema, qualquer que seja, implica também a de estrutura na qual o sistema se concretiza e flui. Daí a conjugação da idéia de sistema jurídico com as figuras geométricas que lhes servem de metáfora. Já Kelsen imaginava o Direito como uma pirâmide cujos critérios de construção incluíam a

³⁷ SERRANO, 1999, p. 105-106.

hierarquia e a quantidade crescente das normas inferiores.³⁸ O sistema jurídico tem sido, então, figuradamente visto como uma estrutura espiralóide³⁹, como uma rede, como uma molécula e seus átomos, etc.

A noção de estrutura⁴⁰ e a de sistema estão ligadas. Quando se pensa em um sistema, há sempre a tendência de lhe dar uma configuração material conquanto metafórica. Assim a pirâmide de Kelsen em cujo vértice se encontra a *Grundnorm*⁴¹ a partir da qual todas as normas são hierarquizadas por dedução ou inferência. A idéia

³⁸ MATEIRO, Mário Martins. Um abordaje *autopoietico* de la responsabilidad. In: Alterini, Atilio Aníbal; Cabana, Roberto M. Lopez. *La Responsabilidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 65.

³⁹ LADEUR apud TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

⁴⁰ A significação de estrutura é ambígua e, muitas vezes, sinônima de sistema. Em Piaget, por exemplo, encontraremos: "*une structure est un système de transformations, qui comporte des lois en tant que système (par opposition aux propriétés des éléments) et qui se conserve ou s'enrichit par le jeu même de ses transformations...*".

⁴¹ Quando falo em *Grundnorm*, não posso deixar de transcrever, com pequenas alterações, um trecho de outro meu escrito, como segue: *Servimo-nos de uma história citada por Luhmann, historieta esta que, com outros números, o brasileiroíssimo e saudoso professor Malba Than registra em seus livros de matemática (veja-se também a utilização dessa história em Salomon, 2000, p. 87 ss.). É a historia do 12º. camelo. A história é a seguinte: Um rico e velho beduíno deixara, em testamento, aos seus três filhos, doze camelos. Esses camelos deveriam ser partilhados do seguinte modo: para o filho mais velho, Achimed, metade; para o filho do meio, o Ali, um quarto dos camelos; e para o mais moço, o caçula, o Benjamim, um sexto. Mas quando o velho morreu somente existiam onze camelos, pelo que não haveria como reparti-los nas proporções legadas: cinco camelos e meio, etc. Como não tinham solução, foram consultar um outro velho patriarca que, simplesmente, lhes disse: eu vos empresto um camelo, vocês ficam com doze camelos, cumprem o testamento e me devolvem o camelo emprestado. Embora não tivessem entendido muito bem, cumpriram o que o velho dissera. O irmão mais velho ficou com metade de doze: seis; o irmão do meio ficou um quarto dos camelos: três; e o mais novo, com um sexto, dois. Ora, seis, mais três, mais dois, soma onze camelos e logo devolveram o décimo-segundo camelo ao velho patriarca. "Ao contar esta história, Luhmann coloca a seguinte questão: 'O décimo segundo camelo deve ser necessariamente real ou ele pode ser apenas uma ficção?'. A função deste décimo-segundo camelo é apenas a de viabilizar, o de possibilitar a partilha. Mas existe ou não o décimo segundo camelo? A resposta seria: existe e não existe, ou seja, é um paradoxo. O direito, aqui representado pela partilha, é efetivado com base num paradoxo. Mas sem ele não se realizaria o direito. O que o Direito faz é tomar "emprestado" um elemento "estranho" para que o Direito se efetive. Ora, essa operação – que agora podemos dizer que pode consistir em ser apenas uma operação mental –, essa operação é mais comum do que se possa imaginar à primeira vista, a partir do exemplo dado. A (in)existência do décimo-segundo camelo lembra a Grundnorm de Kelsen. "Se trata de una norma que no está puesta pero que es necesario presuponer para cerrar conceptualmente la teoría del derecho. En realidad no existe y, sin embargo, 'no es el producto de una libre invención' ya que es preciso hacer como si existiera para que la actividad jurídica tenga un sentido."* GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate, 1992, p. 112. Ou, vamos diretamente a Kelsen, na *Teoria Pura do Direito*: "... ela [a norma fundamental] apenas pode ser uma norma pensada, e uma norma que é pensada como pressuposto quando uma ordem coercitiva globalmente eficaz é interpretada como um sistema de normas jurídicas válidas." KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 227. "A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material." KELSEN, op. cit., p. 221. Kelsen somente consegue dar coerência (e possibilidade) à sua pirâmide ao criar uma norma hipotética que sirva de fundamento e origem a todas as outras. Por outras palavras, Kelsen pega um "décimo-segundo camelo", que diz ser inexistente, para possibilitar a existência da sua Teoria Pura. "Com efeito, uma norma geral pressupõe necessariamente uma igualdade de casos que na realidade não existe". Ibid., p. 280. A "pirâmide" de Kelsen – que nós vemos como a idéia de um funil invertido – só existe porque há um décimo-segundo camelo.

de rede também está presente entre diversos autores, sendo de Juarez de Freitas⁴² a concepção do sistema jurídico como "uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos".

La estructura del sistema jurídico no podría ser representada por una pirámide a la manera kelseniana, sino en forma semejante a una estructura molecular, donde los elementos se interconectan sin que pueda hablarse de *arriba* y *abajo* (norma superior y norma inferior), si se quiera evitar la tentación metafísica.⁴³

Por nossa parte, vê-se o sistema com uma *estrutura topologicamente linear*, já que a linha é a imagem da unidade, da coerência e da integridade – características de qualquer sistema – e é, sobretudo, a imagem da continuidade⁴⁴. E dizemos que é uma estrutura de caráter topológico porque a topologia é uma geometria que dispensa as dimensões, concentrando-se em questões qualitativas, entre as quais, saber se determinado ponto está *dentro*, *acima* ou *fora* de uma certa curva, ou de uma superfície limitada. Falamos em linha, acrescentando que é uma linha fechada (não uma reta, sem princípio nem fim) que limita o espaço onde acontece a *comunicação*⁴⁵. Quando se diz, por essa imagem, que a linha é fechada, não se está afirmando a rigidez ou inflexibilidade dessa linha: pensa-se exatamente uma linha flexível que limita um campo (mesmo que seja do tipo das “ilusões de ótica” de Escher, ou da cinta de Möbius⁴⁶), de “extensão” variável. A flexibilidade da linha representa a possibilidade do Direito demarcar

⁴² FREITAS, Juarez de. 1995. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 44.

⁴³ RUSSO, 1995, p. 293.

⁴⁴ Expunha-se esse mesmo pensamento, em 1995. Nessa época, publiquei: “El Derecho es lineal. La metáfora que surge es la de línea topológica. La línea es la imagen de la unidad, de la coherencia y de la integridad – características de cualquier sistema – y es, por encima de todo, la imagen de la continuidad.” MATEIRO, 1995, p. 65-66.

⁴⁵ “Deixando de lado certas imprecisões de delimitação, a operação de comunicação mostra claramente o que pertence e o que não pertence à sociedade. À sociedade pertence apenas aquilo que no processo da comunicação é tratado como comunicação, isto é, aquilo que em referência recursiva a outras comunicações é produzido como operação do sistema.” LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Goethe-Institut - Instituto Cultural Brasileiro Alemão, 1997. p.70.

⁴⁶ Ver SERRANO, 2003, p. 28 ss.

seu próprio limite, auto-referencialmente, na complexidade própria do meio ambiente, mostrando o que dele faz parte, seus elementos, que ele e só ele, enquanto autônomo, produz, ao conferir-lhes qualidade normativa (=validade), e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre esses elementos, acontecem.⁴⁷

Ora, esta imagem serve-nos precisamente para ilustrar como a concepção de sistema pode servir à verificação da juridicidade de determinada norma, ou seja, para verificar se determinada norma pertence ou não ao sistema.

2.2.3 A idéia de sistema jurídico

Um artigo de Roberto J. Vernengo chama-nos a atenção: *Le droit est-il un système?*⁴⁸ Nele, o professor argentino começa por dizer que

Tradicionalmente, os direitos positivos têm sido concebidos como conjuntos sistemáticos. Tradicionalmente também, estes modos de falar só têm um valor puramente metafórico: os juristas crêem que, caracterizando um direito positivo ou natural como sistema, atribuem ao objeto das suas preocupações um estatuto ontológico particular. O direito não seria então um conjunto caótico de dados heterogêneos, mas uma totalidade orgânica tendo uma estrutura discernível.⁴⁹

A mesma assertiva é dita por Bobbio:

⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 66.

⁴⁸ VERNENGO, Roberto J. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 36 [Droit et Science], 1991, p. 253-264. Neste artigo, o professor argentino analisa criticamente a obra de M. van de Kerchove e F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988.

⁴⁹ Tradução do texto original seguinte: "Traditionnellement, les droits positifs ont été conçus comme des ensembles systématiques. Traditionnellement aussi, ces manières de parler n'ont plus qu'une valeur purement métaphorique: les juristes croient que, en caractérisant un droit positif ou naturel comme système, ils attribuent à l'objet de leurs soucis un statut ontologique particulier. Le droit ne serait donc pas un ensemble chaotique de données hétérogènes, mais une totalité organique ayant une structure discernable." *Ibid.*, p. 253.

O problema do sistema jurídico foi até agora escassamente estudado. Juristas e filósofos do Direito falam em geral do Direito como de um sistema; mas em que consiste este sistema não fica muito claro.⁵⁰

Mas, para Bobbio, sistema é "uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem"⁵¹, admitindo, contudo, que, "na linguagem jurídica corrente o uso do termo 'sistema' para indicar o ordenamento jurídico é comum"⁵², e que, no "uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência" apresentam-se três significados diferentes de sistema: (1) o da construção do Direito (natural) como um sistema dedutivo à imagem da geometria de Euclides, em que "um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais (ditos 'princípios gerais do Direito'), considerados da mesma que os postulados de um sistema científico"⁵³; (2) o que indica "um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira"⁵⁴, ou seja, no sentido empírico ou indutivo; (3) o que corresponde "à validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas", já que "as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento da compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade"⁵⁵.

Nota-se, então, uma constante equivalência do termo "sistema" com a expressão "ordenamento jurídico" que Bobbio define como "um contexto de normas com relações particulares entre si"⁵⁶. Requer esse conceito saber qual a definição que o iusfilósofo italiano dá para *norma*. Norma, para Bobbio, sob o ponto de vista formal, "independente de seu conteúdo, ou seja, em sua estrutura"⁵⁷, é uma proposição,

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 70. Esta obra encontra-se incluída em *Teoría General del Derecho*, Madrid: Debate, 1996.

⁵¹ BOBBIO, 1996, p. 70.

⁵² BOBBIO, op. cit., p. 75.

⁵³ Ibid., p. 77.

⁵⁴ Ibid., p. 78.

⁵⁵ Ibid., p. 80.

⁵⁶ Ibid., p. 19.

⁵⁷ BOBBIO, 1991, p. 53.

exemplificando que "um código, uma constituição são um conjunto de proposições"⁵⁸.

Ora, parece-nos poder concluir que, para Norberto Bobbio, como positivista que se mostra, a sua concepção de sistema jurídico reduz-se ao ordenamento objetivo dos dispositivos legais, ou, seja, à ordem pela qual devam ser dispostas as proposições legais.

As concepções de sistema jurídico são, no entanto, as mais diversas, dispensadas de serem aqui referidas detalhadamente⁵⁹. Assim como se encontra - e não se pode deixar de registrar - quem não aceite a idéia de sistema, como, por exemplo, Capella:

Algunos autores hablan por ello, bastante alegremente, de *sistemas jurídicos*. Los "sistemas", sin embargo, en el entendimiento corriente del concepto, requieren un grado de consistencia interna del que carecen los conjuntos normativos a poco complejos que resulten. Aquí se prefiere hablar, menos pretenciosamente, de *cuerpos jurídicos* o, dando por sentado el grado de maduración contemporáneo de tales cuerpos, de *ordenamientos jurídicos*.⁶⁰

Este consagrado autor acrescenta:

Con todo, incluso en el supuesto de cuerpos jurídicos "monistas", es preciso rechazar enérgicamente la idea de que constituyan *sistemas jurídicos*. Tras el entendimiento de los cuerpos u ordenamientos jurídicos como un *sistema* (esto es: no sólo conjunto más o menos ordenado y interrelacionado de normas, sino además coherente y acabado) se esconde la pretensión ideológica de representarse el

⁵⁸ Ibid., p. 55.

⁵⁹ Referimos, a título de exemplos: Pode se admitir que a dogmática aceita o sentido mais geral do termo "sistema" - onde isto significa um conjunto de elementos ordenados de uma certa maneira. Ao invés, as respostas às questões seguintes: "Qual é o gênero de conjunto que constitui o sistema de direito?" "Quais são os objetos que formam os seus elementos?" e "De que maneira estes objetos são ordenados?" dependem de categorias de problemas de validade e de interpretação examinadas pela dogmática. PLESZKA, Krzysztof; GIZBERT-STUDINICKI, Tomasz. Le système du droit dans la dogmatique juridique. *Archives de Philosophie du droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986, p. 107-119, p. 109. "Para a antiga 'Jurisprudência dos Interesses', escola de larga influência na metodologia jurídica, o direito não constituía unidade sistemática de espécie alguma. A moderna 'tópica jurídica', de Viehweg, Esser, Ballweg, Perelman e outros, põe radicalmente a questão, mostrando-se bastante céptica quanto à possibilidade de se obter uma unidade sistemática, de natureza cabal e abarcante do direito. Isto, entretanto, não os leva a negar importância ao conceito de 'sistema' para a teoria jurídica. FERRAZ JÚNIOR., 1976, p. 1.

⁶⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto prohibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 105.

derecho como un artefacto normativo que tiene una respuesta *previsible* para todos los conflictos posibles e imaginables. Eso, en realidad, es una versión nueva de la pretensión burguesa a la seguridad *jurídica*. Este tipo de representación intelectual del derecho tiene la pésima consecuencia cognitiva de empequeñecer hasta límites inverosímiles el alcance del momento hermenéutico, de interpretación institucional de las normas jurídicas y de reconstrucción “autoritaria” de los hechos.⁶¹

O autor, contudo, não consegue “rechaçar energicamente”⁶² a idéia de sistema aplicada ao Direito. Na verdade, a idéia sistêmico-jurídica não implica (obrigatoriamente) a previsibilidade e a segurança jurídicas de uma resposta: pelo contrário, a idéia de sistema que se expõe tem como um de seus pressupostos o admitir que o Direito tem, para cada caso, mais do que uma resposta certa.

Ressalta, desde logo, que a admissibilidade do Direito como sistema depende da concepção que se tenha de Direito. Se este for visto somente como um predicado, e não como um nome, parece-nos evidente que o Direito não pode constituir um sistema, nem pode constituir-se em sistema, nem ser pensado como tal, qualquer que seja a variação de idéia de sistema que se procure aplicar. Agora, visto o Direito como uma *realidade*, posição que hoje não parece deixar dúvidas, a pergunta que se coloca é no sentido de saber se o Direito é *ele mesmo* um sistema ou se o Direito pode ser *descrito ou pensado* como um sistema⁶³, isto é, sistemicamente⁶⁴. No admitir que o Direito possa ser descrito ou pensado como um sistema, está-se, no entanto, desde logo, excluindo a possibilidade de tal sistema ser concebido eminentemente dedutivo.

⁶¹ Ibid., p. 107.

⁶² “Bastante alegremente” podemos dizer que a concepção sistêmica (e autopoietica) do Direito está ganhando cada vez mais estudiosos.

⁶³ A posição de Juarez Freitas aparece como um projeto de sistema.

⁶⁴ O que é afirmado tem o apoio seguinte: “Que le droit soit conçu comme un système n’implique nullement que le droit lui-même soit ‘un’ système, de façon identique au fait de concevoir des systèmes de la nature - c’est-à-dire, des théories systématiques concernant les phénomènes naturels - ne justifie point les croyances religieuses ou métaphysiques dans un ordre systématique inhérent à la nature même. (...) Que le discours théorique revête une forme systématique ne permet guère de parler de l’objet de ce discours comme d’un système.” VERNENGO, 1988, p. 259. Traduz-se: “Que o direito seja concebido como um sistema não implica forçosamente que o próprio Direito seja ‘um’ sistema, de modo idêntico ao fato de conceber sistemas da natureza – isto é, teorias sistemáticas referentes aos fenômenos naturais – não justifica as crenças religiosas ou metafísicas em uma ordem sistemática inerente à própria natureza. (...) Que o discurso teórico se reveste de uma forma sistemática não permite nunca falar do objeto desse discurso como um sistema.”

Admitido o conceito lato de sistema que se apresenta na primeira parte deste trabalho, pode se afirmar, desde já, que é possível *pensar ou conceber* o Direito como um sistema, deslocando, assim, o problema para saber *o que é o Direito*, ou, melhor, que concepção se tem do Direito. Antes, porém, há que percorrer, ainda, outras características sistêmicas.

2.2.4 A função do sistema jurídico

Releva que se especifique o aspecto da função do sistema jurídico, ante aquilo que sobre a função dos sistemas em geral foi dito anteriormente.

Como vimos, o conceito de função não é unívoco⁶⁵ e assim permanece também no Direito. Passando ao largo do conceito de função na matemática e do conceito de função como desempenho de um *munus*, tão bem apropriado especialmente pelos administrativistas, fixemo-nos no conceito de função na teoria dos sistemas.

...a função será a exigência (ou as exigências) que um sistema implica para os seus elementos em ordem à subsistência, ao equilíbrio ou ao desenvolvimento autônomo do mesmo sistema; ou, de outro modo, os contributos ou prestações que os elementos de um sistema são chamados a realizar justamente como elementos dele e para que o sistema não só logre sê-lo como seja susceptível de afirmar-se como tal, na sua autonomia e identidade perante o seu meio exterior (o seu milieu)...⁶⁶

Podemos dizer que a função do (de um) sistema jurídico consiste no comportamento efetivo desse sistema, determinado pela previsão da sua aplicação, ou, por outras palavras, na idéia que constrói o sistema já está presente a sua aplicação (ou possibilidade de aplicação, aplicabilidade). Então, a significação de

⁶⁵ Reforce-se a idéia: "Uma questão preliminar se impõe: como é sabido, a noção de sistema não é, nem mesmo no interior da ciência jurídica, uma noção unívoca, derivando a sua polissemia não só da ótica particular do estudioso mas, principalmente, das particularidades de cada um dos períodos históricos de formação do ordenamento que se tem em vista examinar." MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. *Quadro das principais perspectivas atuais de compreensão da juridicidade, na sua projeção metodológica: notas introdutórias*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 25.

função está intimamente ligada à de finalidade. Isto não destoa das concepções finalísticas do Direito que o vêem pelo lado da sua pragmaticidade.

O sistema cumpre sobretudo, em particular, duas tarefas na obtenção do Direito: ele contribui para a plena composição do conteúdo teleológico de uma norma ou de um instituto jurídico o que conduz a interpretá-los como parte do conjunto da ordem jurídica e sobre o pano de fundo das conexões relevantes; e ele serve para a garantia e a realização da adequação valorativa e de unidade interior do Direito, tanto pela delimitação de ameaçadoras contradições de valores como pela determinação de lacunas.⁶⁷

Por outro lado,

...pensar al derecho como sistema parece cumplir una importante función: suministrar criterios de *pertenencia* de las normas que componen el orden jurídico.⁶⁸

Aqui, com o pensamento acima, volta-se à concepção topológica do sistema, apta a definir se determinada norma está coerente como as demais, por dever ter essa norma as qualidades do todo e o todo ser também influenciado pela presença dessa mesma norma. Por mais esclarecedoras palavras,

Com efeito, diz bem Canaris, "só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo. (...) Inversamente, o sistema sofre, através da ordenação de uma nova previsão, em certas circunstâncias, um enriquecimento ou uma modificação interiores (...). Existe, portanto, um processo dialético de esclarecimento duplo."⁶⁹

Na verdade, quando se discutem os limites da juridicidade⁷⁰, ou a validade de uma norma, o pensamento sistêmico pode contribuir substancialmente para trazer

⁶⁷ CANARIS, 1989, p. 283.

⁶⁸ CARACCIOLLO, 1994, p. 49.

⁶⁹ FREITAS, 1995, p. 47.

⁷⁰ Diga-se que é a partir do problema que o sistema é avocado, pelo que os dois enfoques – problema e sistema – são indissociáveis. Veja-se, contudo: "... o critério da delimitação da juridicidade e, correlativamente, do espaço livre do direito terá de definir-se na perspectiva do *problema* e não na perspectiva do *sistema*." CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 229. E, ainda, o seguinte. "...para explicarmos o sistema não é suficiente partirmos do próprio sistema, pois devemos atender também àquilo a partir do qual se instaura a exigência sistemática, a saber, o problema. Sistema e problema impõem-se assim como os polos dentro dos quais se move

luz ao problema. O sistema jurídico é um corte epistemológico do Direito⁷¹, corte, no entanto, que somente é admissível se preservar a mobilidade própria da vida jurídica. Melhor dito, o sistema jurídico é uma projeção epistemológica do Direito "para melhorar o poder explicativo de uma teoria"⁷².

Sendo o Direito uma realidade complexa, há que, para pensar o Direito, construir o sistema sob o qual e no qual o Direito vai ser estudado, dissecado, interpretado e aplicado. E constrói-se um sistema porque o Direito não pode ser mais visto, como já o foi, como um simples conjunto de leis, de regras ou de normas, em que a primazia é o estudo da norma jurídica em detrimento da coerência e da unidade que as normas têm de manter entre si.

Norberto Bobbio a parfaitement souligné que, pendant très long temps, les juristes n'ont traité que des lois, des règles ou des normes et ne se sont guère préoccupés de l'ordre juridique, sauf pour en parler comme d'un ensemble de normes juridiques.⁷³

Isso mesmo é dito,

Em outros termos, podemos dizer que os problemas gerais do Direito foram tradicionalmente mais estudados do ponto de vista da norma jurídica, considerada como um todo que se basta a si mesmo, que do ponto de vista da norma jurídica considerada como parte de um todo mais vasto que a compreende.⁷⁴

a pesquisa filosófica; o problema tende a resolver-se em termos sistemáticos, de sistematicidade. Aliás, através da história da filosofia estas duas noções - sistema e problema - apresentam-se frequentemente (e com intensidade variável) como noções correlatas." BORNHEIM, 1964, p. 197.

⁷¹ Arnaud e Dulce fazem reiteradamente a distinção entre sistema jurídico e direito, pois "a distinção entre o 'sistema jurídico' e o 'direito' não é nem artificial nem gratuita." (p. 335). Do direito, dão o seguinte conceito: "O direito é o conjunto dos princípios e das regras de caráter normativo, que regulam as relações dos indivíduos e dos grupos em sociedade..." (p. 323). À guisa de conclusão, escrevem: "Guardemos na mente, então, a nova grande dicotomia: a do *direito* e dos *sistemas jurídicos*. Os sistemas jurídicos são sistemas de comunicação, cuja especificidade está ligada à sua semelhança com o direito. O que faz que não haja similitude, o que faz com que haja a especificidade do direito em relação aos sistemas jurídicos, é que somente o direito goza da totalidade das características ideológicas que garantem sua força coercitiva sob a autoridade do estado, que restabelece o direito como discurso 'proibitivo'. (...) Se ele apresenta um certo número de características próprias dos sistemas, ele não pode, rigorosamente, ser notado como um sistema passível de análise sistêmica." (p. 338). ARNAUD, Jean-André; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁷² RUSSO, 1995, p. 212.

⁷³ TROPER, Michel. *Système juridique et État*, p.30. Traduzimos: "Norberto Bobbio sublinhou perfeitamente que, durante muito tempo, os juristas só tratam de leis, de regras e de normas e não estão nada preocupados com a ordem jurídica, exceto para a falar como um conjunto de normas jurídicas."

⁷⁴ BOBBIO, 1989. p. 20.

Não se trata de, simplesmente, ordenar normas, como parece ter sido a idéia de Kelsen, ou dos autores que consideram sinônimas as expressões *ordenamento jurídico* e *sistema jurídico*. A idéia de sistema que se propõe exige coerência entre as normas, além de outros predicados que a seu tempo serão manifestados; a simples ordenação não faz de um conjunto (agora em ordem) um sistema, já que este exige uma complexidade bem maior do que um simples aglomerado, mesmo ordenado, de elementos.

O Direito não pode ser reduzido a um simples conjunto, repete-se, já que aí imperaria, de forma absoluta e primordial, a heterogeneidade de conteúdos dos seus elementos constitutivos. Mais de que um conjunto, o Direito é um sistema para o qual se exige coerência, ordem e unidade: pressupõe elementos e pressupõe relações; exige uma estrutura dinâmica autônoma. É o mundo *vicariante* das idéias que requer uma constante homeostase existencial no seu seio, como razão de ser, como elemento da sua própria definição, sob pena de aniquilamento do sistema, e não do conjunto que, mesmo assim, sobreviveria... para nada! Vale dizer que não basta explicar o sistema como um mero princípio de ordem, porque ele implica uma visualização interpretativa do *real*⁷⁵. E a *realidade* do Direito é a realidade das idéias, da consciência do sentir, da vontade do querer e do ter, dos conceitos, dos valores, mas também dos fatos, é a *unidade dos múltiplos conhecimentos sob uma idéia* que é a definição de Kant para a palavra sistema⁷⁶.

Do exposto nos parágrafos anteriores ficou-nos sem dúvida a ideia de que um direito... não se limita a ser um agregado de prescrições ou imperativos; antes se apresenta sob a forma de complexos sistematizados e articulados entre si.⁷⁷

A idéia de sistema jurídico que perseguimos não requer a análise do direito positivo de modo a ser reconstruído numa pré-determinada ordem lógica, ou com

⁷⁵ BORNHEIM, 1964, p. 198.

⁷⁶ BORNHEIM, loc. cit.

⁷⁷ MACHADO, J. Baptista. *Introdução do Direito e ao discurso legitimador*. 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 1994, p. 121.

vistas a uma simplificação do ordenamento. A idéia de sistema que se coloca pressupõe e admite o direito posto (positivo) tal como está, complexo, desordenado, contraditório até, para dele extrair a essencialidade da unidade e da ordem na *interação constante e recíproca dos seus elementos*. Deixa-se de lado, por isso, e desde já, qualquer regra de hierarquia de normas, tão cara a Kelsen⁷⁸ e à sua pirâmide; deixa-se de lado um sistema apoiado em deduções ou induções lógicas, conceptuais ou axiológicas, tão ao gosto da *Jurisprudência dos Conceitos* e da *Jurisprudência dos Valores*. Há que aceitar o Direito com as suas contradições, antinomias, e, até, para aqueles que as admitem, as suas lacunas e, apesar disso, havê-lo como um sistema necessário à explicação da sua função, do seu papel social, da sua interpretação, da sua aplicação.

2.2.5 A teleonomia sistêmico-jurídica

O sistema jurídico é determinado estruturalmente, o que não significa que haja unanimidade quanto aos componentes (organização) dessa estrutura. Como o sistema jurídico não tem corporalidade – como a têm os seres vivos de Maturana –, podem-se conceber, *tectologicamente*⁸¹, diferentes organizações. Restaria, apenas, determinar quais são os elementos necessários e suficientes para que determinado sistema seja considerado jurídico e, assim, construir o sistema conceitual⁸². Teremos,

⁷⁸ Isso não impede que se veja na teoria pura de Kelsen a origem da autopoiese jurídica, como assinalam alguns autores, que de quem citamos: "L'autopoiesis trouve elle-même sa condition de possibilité dans le geste kelsénien. Elle le poursuit et ne rompt pas avec lui." EWALD, François. Le droit du droit. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986, p. 65. "Nous nous contenterons de soutenir que la conception kelsénienne de la systématité juridique est, sur bien des points, fort proche de la vision développée aujourd'hui au titre de l'autopoïése." OST, François. Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986, p. 142.

⁷⁹ CASTORIADIS, 2001, p.38.

⁸⁰ Ibid., p. 44-45.

⁸¹ "Bogdanov deu à sua teoria o nome de 'tectologia', a partir da palavra grega tekton ('construtor'), que pode ser traduzido como 'ciência das estruturas'. O principal objetivo de Bogdanov era o de esclarecer e generalizar os princípios de organização de todas as estruturas vivas e não vivas". CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1997, p. 51.

⁸² Cf. CAPRA, op. cit., p. 171.

aí, o denominado *problema dos limites da juridicidade*, que, apesar da sua relevância, não será tratado, para dar lugar, apenas, ao estudo do binômio Sociedade-Direito, no comparativo das descrições de Maturana (e outros estudiosos) acerca dos seres vivos.

São palavras de Maturana: “Os sistemas determinados estruturalmente são sistemas tais que qualquer agente que incida sobre eles apenas desencadeia neles mudanças estruturais determinadas neles próprios”.⁸³ Disso, o mesmo autor nos dá um excelente exemplo: “...ao escutarmos alguém, o que ouvimos é um acontecer interno a nós, e não o que o outro diz, embora o que ouvimos seja desencadeado por ele ou ela.”⁸⁴. Isso é denominado pelo autor como *determinismo estrutural*. Esse “acontecer interno a nós”, tão próximo do pré-juízo ou da pré-compreensão, serve como metáfora para entendermos o “mecanismo” de interação entre a Sociedade e o Direito, sendo necessário que, de antemão, tenhamos as duas entidades como sistemas idealizados (não corporificados⁸⁵) que se influenciam, ou seja, para o nosso estudo, a Sociedade como entorno, ambiente ou meio. Nesse sentido, vejamos, mais uma vez, Maturana:

O meio, enquanto o espaço no qual um sistema funciona como um todo, tem uma dinâmica estrutural independente da dinâmica estrutural dos sistemas que ele contém, apesar de ser modulado pelos seus encontros com eles. Portanto, o meio e os sistemas que ele contém estão em mudanças estruturais contínuas, cada um de acordo com a sua própria dinâmica estrutural, e cada um modulado pelas mudanças estruturais que eles desencadeiam um no outro através de seus encontros recursivos. Nessas circunstâncias, todos os sistemas que interagem com um sistema vivo constituem seu meio.⁸⁶

O que a Sociedade “diz” e o que o Direito “ouve” são dois aspectos diferentes, porque o que o Direito ouve “é um acontecer interno” ao Direito que ouve com a sua

⁸³ MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001, p. 174.

⁸⁴ MATURANA, 2001, p. 174.

⁸⁵ Ressalte-se: o Direito é uma realidade e como realidade comporta-se sistemicamente, assim como a Sociedade. Como realidade, ambos – Sociedade e Direito – são estudados, entre outros, por Luhmann. Este estudo, porém, desenvolve a idéia de sistema como “uma certa interpretação do real”, e, portanto, o sistema aparece como uma instância de inteligibilidade do Direito.

⁸⁶ MATURANA, op. cit., p. 177.

estrutura, através da sua estrutura⁸⁷. O que vem de fora – da sociedade – entra no jurídico por *fagocitose* hermenêutica. Essa, não somente é *meio de autodefesa* do sistema jurídico, como é também algum tipo de ação que detona transformações estruturais do jurídico. As transformações não são *mutações*, mudanças abruptas, revolucionárias: são, apenas, novas configurações das inter-relações dos elementos constitutivos do sistema. Disse-se que é um meio de defesa do organismo no caminho do seu desenvolvimento pré-determinado. Está-se acrescentando, pois, ao determinismo estrutural um *determinismo teleonômico*.

Ainda no caminho da comparação entre os seres vivos⁸⁸ e o sistema *orgânico* a que denominamos Direito, lança-se mão da idéia de *ontogenia*, definida como um processo pelo qual se alcançam “formas estruturais que permitem ao organismo desempenhar determinadas funções em concordância com o plano inato que o delimita em relação ao meio circundante”⁸⁹. Por outras palavras, é o caráter ontogênico do Direito que lhe permite absorver elementos vindos diretamente da Sociedade⁹¹, sem que deixe de ser Direito, na medida em que esses elementos *sociais* sejam transformados em elementos *jurídicos*, ou que esse “ouvir de fora” influencie as relações estruturais de modo a estabelecer novas ou diferentes relações (que levam a diferentes respostas), mas que mantêm o sistema⁹².

⁸⁷ Já se disse que o termo estrutura não apresenta um único significado, entre os autores consultados. Para melhor compreensão consulte-se Teubner: “Informação e interferência são assim os dois mecanismos que asseguram a abertura de sistemas sociais autopoieticamente fechados. Por um lado, o direito produz o seu modelo interno do mundo externo, de acordo com o qual orienta as respectivas operações, através de informação internamente seleccionada e jamais importada do exterior (essencialmente elementos típico-normativos e teorias doutrinárias). Por outro lado, interferências externas entre o direito e a respectiva envolvente social são responsáveis pelo estabelecimento de uma relação de ‘articulação estrutural’ entre eles. É a combinação destes dois mecanismos que torna possível a regulação social através do direito, ainda que sob formas extremamente indirectas e até incertas.” TEUBNER, 1993, p. 195.

⁸⁸ Veja-se a posição contrária de Luhmann, assim referida por Capra: “Luhmann desenvolveu de maneira bastante detalhada uma teoria da ‘autopoiese social’. Defende, entretanto, a curiosa opinião de que os sistemas sociais, embora sejam autopoieticos, não são sistemas vivos”. CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 94.

⁸⁹ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. 2. reimp. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002, p. 77.

⁹⁰ Cf. TEUBNER, 1993, p. 119 ss.

⁹¹ Entenda-se que não estamos dizendo que o Direito é efeito puro e simples da sociedade ou vice-versa, por causalidade linear biunívoca. Mais uma vez, a voz da autoridade: “A verdade é que a clausura autopoietica do sistema jurídico implicará sempre a impossibilidade de se conceber o direito meramente como um produto da evolução social como um todo, ou de se tentar localizar qualquer dos seus mecanismos de evolução fora do próprio sistema.” TEUBNER, op. cit., p.115.

⁹² “O ambiente só faz desencadear as mudanças estruturais; não as especifica nem as dirige.” CAPRA, 2002, p. 51. “Mais ainda: o sistema vivo não especifica somente as suas mudanças estruturais; especifica também *quais*

O caráter ontogênico⁹³ do Direito, com estruturas auto-regenerativas (vicariantes) e autotransformadoras, deve-se a uma característica mais ampla denominada *teleonomia*.⁹⁴ Por ela, o sistema conserva-se jurídico enquanto “as mudanças estruturais desencadeadas nele forem mudanças que conservam sua autopoiese (seu viver)”⁹⁵, ou seja, há uma adaptação funcional para se conservar jurídico⁹⁶. Ainda: mantém-se a coerência operacional – qualidade absolutamente necessária de qualquer sistema – “entre um sistema particular determinado estruturalmente e o meio no qual ele existe em interações recursivas, bem como a conservação da identidade do sistema (sua organização definidora)”⁹⁷. A razão

são as perturbações do ambiente que podem desencadeá-las. Em outras palavras, o sistema vivo conserva a liberdade de decidir o que perceber e o que aceitar como perturbação.” CAPRA, op. cit., p. 52. Cf. também CAPRA, 1997, p. 210 ss.

⁹³ TEUBNER, op. cit., p. 119 ss. detém-se na relação entre a ontogênese e a filogênese do Direito, texto do qual destacamos: “A combinação de desenvolvimento ontogenético e filogenético no direito, ou seja, a interrelação entre processo jurídico e cultura jurídica, deve ser vista como uma *interacção entre dois ciclos comunicativos*. O processo jurídico constitui, por assim dizer, o laboratório de experimentação do direito onde interagem expectativas normativas como mecanismos de variação, e decisões jurídicas como mecanismos de selecção. Mas apenas o segundo circuito comunicativo, no seio do qual se carrega a transmissão e tradição da cultura jurídica, pode assumir a função de retenção. O conceito de ‘validade jurídica’ designa precisamente esta relação circular entre esses dois ciclos de comunicação: se, por um lado, a decisão nos processos jurídicos toma sempre por referência o legado normativo existente (surgido, por sua vez, através de uma referência de reenvio para outras decisões concretas tomadas no contexto de outros processos individuais), essa mesma decisão, por outro lado, representa o ponto de partida para novos desenvolvimentos na esfera cultural-jurídica.” (p.122).

⁹⁴ “Mais ainda: há organismos que podem inclusive mostrar-se capazes de especificar por antecipação (como os autores deste livro) algum objetivo, e que coordenam todas suas atividades para consegui-lo (heteropoiesis). Esse elemento de aparente propósito ou possessão de um projeto ou programa, que tem sido denominado teleonomia, sem implicar qualquer conotação vitalista, é considerado freqüentemente um aspecto definitório necessário, se não suficiente, dos sistemas vivos.” MATURANA; VARELA, 2002, p. 77. “Um sistema é um conjunto de elementos identificáveis, interdependentes, isto é, ligados entre si por relações tais, que se uma delas for modificada, as outras o serão também e, conseqüentemente, todo o conjunto limitado, cujos limites são definidos em virtude dos objetivos (metas, projetos, finalidades, teleonomia, propriedades), que se desejar privilegiar.” LUGAN apud ARNAUD; DULCE, 2000, p. 309.

⁹⁵ MATURANA, 2001, p. 175.

⁹⁶ “De modo que todas as mudanças estruturais que acontecem num ser vivo, desde o momento de sua concepção até o momento de sua morte, são mudanças estruturais com conservação de organização”. MATURANA, op. cit., p. 78.

⁹⁷ MATURANA, loc. cit. Nesse sentido, leia-se um pouco TEUBNER, 1993, p. 209, que coloca, como hipótese de trabalho, a possibilidade da “interferência” direta de outro(s) subsistema(s) envolventes no subsistema Direito, nos seguintes termos: “Existiria porventura uma possibilidade de o sistema evitar uma ressonância catastrófica: ele poderia procurar variar as suas próprias observações, fazendo incorporar as auto-descrições dos sistemas envolventes na sua própria descrição intra-sistêmica desses sistemas. Mas isto conduziria, por via de regra, tão-só a um novo problema. Incorporar de forma constante um código externo nas próprias operações internas do sistema significaria a desintegração do sistema ele mesmo”. (Diga-se, parenteticamente, que não se segue a idéia – quer de Luhmann, quer de Teubner – quanto ao código sistêmico, seja ele “*legal/ilegal*”, seja “*licito/ilícito*”, seja qualquer outro afim. Pensa-se que o “recurso” à idéia de códigos próprios para cada um dos sistemas que podem interrelacionar-se (direito, economia, política, educação, etc.), de modo que esse código permita distinguir a que sistema pertence *uma mesma* comunicação, é reducionista, na medida em que a “entrada” de um “ruído”, ou um “estímulo”, externos, no sistema jurídico, se faz hermeneuticamente pela própria estrutura sistêmico-jurídica. Ora, para essa “transformação” hermenêutica não é suficiente, conquanto

dessas afirmações está em que o Direito tem um propósito, uma finalidade, um *telos*, que justifica e especifica a própria estrutura jurídica cuja organização é composta por normas e outros juízos⁹⁸. Teleonomia é, especialmente, a norma da finalidade e a finalidade da norma, enquanto possibilidades de conservação dinâmica do sistema jurídico. Entenda-se bem: a finalidade do Direito está no (ou é o) próprio Direito

A pragmaticidade (aplicabilidade) do Direito é condição *sine qua non* dele mesmo. Se “o fim é o criador de todo o direito” (Ihering), se a teleonomia sistêmica tende a manter o sistema na finalidade para a qual ele se autocria, certo é que o Direito é distinto da sociedade porque a sua organização e a sua estrutura são diferentes e a sua teleonomia também. A sociedade não é mais do que entorno, ou ambiente, ou meio, em que se desenvolve autopoieticamente o Direito, absorvendo desse meio apenas o que lhe seja relevante⁹⁹, quer como meio de defesa, quer como instrumento de mudança estrutural¹⁰⁰. Aí, a concepção do sistema *operativamente fechado*. A clausura hipercíclica¹⁰¹ é absolutamente necessária para o cumprimento teleonômico do sistema jurídico. Dir-se-ia um *determinismo teleonômico*, sem o qual o Direito deixaria de o ser para passar a integrar a Sociedade apenas como um elemento constitutivo, sem estrutura própria¹⁰².

possa ser necessária, a idéia de código binário como seletor dos “ruídos” ou dos “estímulos” que são absorvidos pelo Direito. Como se procura mostrar, entram no sistema jurídico elementos cujo “passaporte” para entrar no sistema jurídico não pode ser classificado nesses códigos binários, isto é, que não podem ser classificados sob o prisma da licitude, ou da legalidade, tais como axiomas lógicos, sentimentos, emoções, etc.

⁹⁸ “Assim, e agora em sentido inverso, a ausência de um directo critério normativo positivo não significa uma total abertura ou um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório – precisamente porque o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixa de oferecer, na carência de normas e para além delas, uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante, no âmbito da qual de todo se justifica que se fale (ou continue a falar) de uma integração intra-sistemática para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório.” CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 206.

⁹⁹ Poder-se-ia dizer que o Direito somente absorve o que for homotético. Considerando o Direito e a Sociedade como dois sistemas – embora a Sociedade seja também o ambiente do Direito –, a integração (e uma certa harmonização) pelo Direito de “elementos” vindos da Sociedade somente acontece quando há *homotetia*, ou seja, quando, entre as “figuras” sociais e as “figuras” jurídicas já existentes, há uma semelhança de propriedades ou de características tal que permite inserir aquelas, juridicamente conceituadas, no sistema jurídico. Em sentido idêntico, cf. ARNAUD; DULCE, 2000, p. 397.

¹⁰⁰ Ferraz Júnior., com a precisão lingüístico-conceitual que lhe é peculiar, escreve: “Em termos de teoria dos sistemas, diríamos que uma situação comunicativa discursiva se identifica na medida em que ela se diferencia e se torna autônoma, isto é, capaz de regular a relação de troca entre o seu limite interno e seu limite externo. Para ser autônoma, nesse sentido, ela não pode ser autárquica, isto é, bastar-se a si mesma em termos de fechar-se ao seu mundo circundante.” FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 59, nota 8.

¹⁰¹ Cf. TEUBNER, 1993, p. 95.

¹⁰² “...vemos que a autonomia jurídica se desenvolve em três fases. Numa fase inicial – dita de ‘*direito socialmente difuso*’ -, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da

O determinismo a que nos referimos não deve ser entendido como um fatalismo, forma exacerbada daquele. Vemos alguma semelhança com o que Arnaud e Dulce denominam *razão jurídica*, assim exposta:

Na medida em que o direito, como sistema, possui uma atividade, o que dirige essa atividade para a realização de seus fins se chama *razão jurídica*. Ela é a força em virtude da qual um sistema jurídico é organizado de modo coerente e favorável, para realizar alguns fins. A razão jurídica é a condição necessária e eficiente da existência de um sistema jurídico, a que ela serve, simultaneamente, de referência e de apoio. Suas qualidades são a unidade, a eficácia, a exclusividade e o dinamismo.¹⁰³

O pensamento que se está desenvolvendo é, por outro caminho, a idéia exposta por Teubner, quando diz:

Uma conseqüência da natureza autoconstitutiva dos componentes do sistema jurídico recorrentemente salientada é a de que tais componentes começam por ter uma espécie de 'vida própria', deixando de aparecer como meios (jurídicos) para a consecução de um fim (social), para passarem a constituir um fim em si mesmo.¹⁰⁴

Esse renomado autor, logo a seguir, mostra que "a relação entre direito e sociedade torna-se cada vez mais tênue", porque, "se as normas são auto-referencialmente constituídas do modo acima indicado, elas tornam-se 'formais' no sentido de que (hetero-)referências para o meio social envolvente são eliminadas em favor de (auto-)referências para si mesmas"¹⁰⁵. Na senda da tenuidade, Teubner¹⁰⁶ afirma que

na realidade, a evolução [jurídica] não é teleológica (orientada finalisticamente) mas meramente 'teleonômica', sendo construída na continuidade do sistema existente de acordo com particulares regras

comunicação social geral ou, pelo menos, determinadas heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um 'direito parcialmente autônomo' tem lugar quando o discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usa-los operativamente. O direito apenas entra numa terceira e última fase, tornando-se 'autopoiético', quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo." Ibid., p. 77.

¹⁰³ ARNAUD; DULCE, 2000, p. 333.

¹⁰⁴ TEUBNER, 1993, p. 83.

¹⁰⁵ TEUBNER, op. cit., p. 83-84.

¹⁰⁶ TEUBNER, op. cit., p. 98.

ou leis, recombinao programas bem sucedidos e eliminando outros falhados.

A teleonomia jurídica  já detectada por Teubner¹¹¹ quando, citando Alan Watson, começa a verificar *um* Direito com vida própria, que deixa “de aparecer como meios (jurídicos) para a consecuio de um fim (social), para passarem a constituir um fim em si mesmo”, como acima se citou. Isso se constitui em *algo mais* do que a semntica controversia da autonomia¹⁰⁸ do sistema, conquanto não a elimine. Diz-se, então que a autonomia jurídica, expressa pela sua própria circularidade, serve  teleonomia jurídica enquanto produz as suas próprias regras – enfatize-se, para si mesma.¹⁰⁹

Há uma realimentao cíclica – o *hiperciclo* teubneriano – que o próprio Direito produz para si mesmo, como sobrevivência (autodefesa), e como evoluo (estruturas e respostas diferentes). Essa autodefesa e essa evoluo constituem a teleonomia sistêmico-jurídica enquanto normas de preservao, enquanto normas *novas*, enquanto *inter-relao*, porque cada elemento constitutivo do Direito tem as características de todo o Direito e cada novo elemento, ou cada nova inter-relao dos elementos “incorpora” todas as relao

Em outras palavras: cada elemento do Direito  uma parte do todo, mas o todo está em cada parte¹¹⁰. Isso foi já sublinhado por outros autores:

Deste modo se dirá, com Stammler, que “quando se aplica um parágrafo de um código, não só se aplica todo o código, como se faz intervir o pensamento do direito em si mesmo” e, com Heck, que em cada decisão jurídica concreta pode “actuar o conteúdo global da ordem jurídica”.¹¹¹

¹¹¹ TEUBNER, loc. cit.

¹⁰⁸ Ver p. 64, adiante.

¹⁰⁹ TEUBNER, 1993, p. 83.

¹¹⁰ Cf. MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001, p. 205. O sistema jurídico tem um caráter hologramático, como mostramos já (v. nota 26, *supra*).

¹¹¹ CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 80.

Como o Direito é fonte de si mesmo, é também fim de si mesmo. Por isso é um sistema operativo-normativo fechado auto-referente. O sistema que então se constrói, ante a concepção funcional que do Direito se tem, é um sistema *operativamente* fechado¹¹⁵. Esse fechamento determina, não somente a sua autonomia, mas especificamente a sua teleonomia.

2.3 Um conceito de sistema jurídico

No desenvolvimento anterior, procuramos deixar evidente que, para além de uma certa ambigüidade que se apresenta na idéia de sistema, qualquer que seja o ponto de vista sob o qual possa ser analisada, também não é possível encontrar um senso comum entre os estudiosos quanto ao que seja um sistema. Qualquer conceito de sistema deve ter presente que a idéia de sistema “visa a desenvolver os métodos de se encontrarem modelos para a compreensão dos fenômenos tidos como complexos e apresenta, aí, uma ‘imprevisibilidade essencial’.”¹¹⁶

No campo do Direito, especialmente, ao juntar-se a idéia polissêmica de sistema e a idéia multívoca de Direito, a conceituação do que seja um sistema de Direito, um sistema jurídico, ganha assim maior complexidade do que aquela que se mostrava quando as duas idéias, já de si complexas, estão separadas. Parte-se, neste raciocínio, da admissão de que *é possível* um sistema de Direito e, não só, mas

¹¹² FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.). *O Direito provado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 1997, p. 9.

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47-48. Ver, em 3.1, *infra*, a concepção de sistema jurídico adotada pela Autora.

¹¹⁴ FREITAS, 1995, p. 35.

¹¹⁵ Sobre o fechamento, leia-se: "A condição do fechamento operacional vale também para os sistemas cognitivos, isto é, processadores de informações e produtores de conhecimento. Estes também não podem utilizar suas próprias operações para estabelecer contato com o ambiente. Também eles têm de produzir, por si mesmos, aquilo que para eles é informação. Eles constroem ainda, por si próprios, no bojo de contínuo processamento de informações, as estruturas que para eles têm a qualidade de 'conhecimento'. O ambiente não tem nenhuma participação em tudo isso." LUHMANN, 1997, p. 43.

¹¹⁶ ARNAUD; DULCE, 2000, p. 302.

também de que o Direito é um sistema¹¹⁷. Poder-se-ia, ainda, analisar se, sendo um Direito um sistema, será esse sistema cientificamente válido.

Esta última indagação exige que se veja a idéia de sistema como um método. Antes, porém, de se colocar a atenção no sistema como método, parece-nos relevante que se dê *un coup d'oeil* no sistema como metáfora.

A metáfora é um *tropos*¹¹⁸ que permite, pela comparação e pela semelhança, uma mais fácil compreensão do objeto que está sendo definido ou conceituado pela utilização de um outro objeto do conhecimento comum. Ora, quando se diz que o Direito é um sistema poderíamos estar falando metaforicamente. Acontece, porém, que não há um *sensu comum semântico* à volta da palavra sistema e, a nosso ver, tal objeto não serviria de comparação, ou de semelhança, para melhor se entender, ou se ter uma imagem, do que seja o Direito.

Fica, portanto, depois desta sintética análise, a idéia de sistema como método¹¹⁹, surgindo, contudo, um outro complicador. Na verdade, o método sistêmico implica os métodos *estruturalista* e/ou *funcionalista*, pois, como vimos, a idéia de sistema que se tenta construir admite uma estrutura e a sua função. De qualquer modo, esse “complicador” é redutível às qualidades do sistema que se quer construir, quais sejam a da *unidade* e a da *coerência sistêmica*, redutíveis ambas à *qualidade* da teleonomia.

Na linha que desenvolvemos para alcançar o conceito geral de sistema¹²⁰, elaboramos, agora, o de *sistema jurídico* como sendo uma instância da racionalidade

¹¹⁷ Ver, *supra*, 2.2.

¹¹⁸ Ver nota 22, *supra*.

¹¹⁹ Alchourron e Bulygin apóiam o seu no pensamento de Alfred Tarski, que se mostra um pensamento sistemático, de base dedutiva. Por isso que os autores argentinos mostram, no cap. V “la importancia del concepto de sistema, elaborado en el capítulo anterior, como herramienta metodológica, mostrando que la sistematización ocupa un lugar central en la problemática de las ciencias normativas.” ALCHOURRON; BULYGIN, 1993, p. 111 ss.

¹²⁰ Conquanto um tanto longo, vale a pena citar: “Sistema é o resultado de uma relação específica estabelecida entre os elementos de seu repertório. Um sistema de idéias relacionadas entre si, com estrita observância dos princípios da identidade, da não-contradição e do terceiro excluído, é um sistema *lógico*. Para que o direito possa ser entendido como um sistema lógico, ele deve atender a essa condição. Contudo, a possibilidade de antinomias reais e de lacunas num conjunto sistemático de normas jurídicas caracteriza a desconsideração de princípios lógicos e inviabiliza, por isso, o empreendimento teórico de se tratar o direito sob o ponto de vista lógico.

Em suma, o sistema jurídico não é lógico. Mas também não é aleatório. Os integrantes da comunidade jurídica não podem formular livremente a norma que desejarem em seu pensamento e pretendê-la vigente. O sistema jurídico tem uma congruência, uma unidade. Se os elementos de seu repertório (as normas, as proposições, as

teorético-explicativa como espaço de construção noética do Direito dando relevância à interação dos seus elementos constitutivos com vista à concreção desse Direito.

O Direito como sistema que se tenta explicar é um *constructo*. Não se está, neste momento, preocupado com a verificação “objetiva” da concreta existência social de um sistema de Direito¹²¹, mas sim, ter o sistema como uma das formas de pensar, ao lado do problema. Por outras palavras, pensa-se a realidade *Direito* como um sistema construído intelectualmente, para que essa construção possa dar respostas discursivo-sistemicamente construídas.

2.3.1 O sistema como dimensão da normatividade

Procura-se, agora, adentrar em uma breve análise do sistema como dimensão da normatividade jurídica. Justifica-se essa incursão, já que a construção sistêmica pareceria (ou seria, mesmo) incompleta sem que se avaliasse o seu caráter normativo, no sentido da possibilidade ou capacidade, de gerar normas jurídicas.

A digressão que se faz pelo problema das fontes do Direito está diretamente ligada ao modo como se constitui e se manifesta o Direito¹²¹. Quando se diz “manifesta o Direito” está-se já dizendo que nessa problemática se insere o Direito *positivo* (posto) vigente, ou, ainda, a natureza *objetiva* do Direito. Ora, esse é o próprio problema Direito. Por outras palavras: o problema centra-se (de novo) na concepção de Direito, incluindo-se, aqui, até como um problemático corolário, a juridicidade sistêmica em si mesma. Dir-se-á, contudo, não longe do que é efetivamente, que não há como separar o problema filosófico da constituição do Direito e o problema teórico da manifestação do Direito, o que é uma variável “agravante” no

súmulas etc [*sic*]) não se encontram relacionadas logicamente, com certeza eles mantêm uma relação de natureza diversa. Uma relação que, por outro lado, também não poderia ser considerada ilógica, porque se pretende lógica, se apresenta como tal. Assim, proponho que se considere de caráter alógico a congruência do sistema jurídico (cfr. Miaille, 1976: 178/188). Em suma, o direito não é lógico, mas retórico.” COELHO, 2003, p. 99.

¹²¹ “Assim podemos ver o direito como um sistema, mas não podemos dizer que o direito é um sistema”. (CURI, Ivan Guérios, op. cit., p39)..

tratamento dessa matéria. Admitida, pois, a indissociação filosófico-teorética, justifica-se do mesmo modo a inseparabilidade do problema das fontes, ou seja, a concepção de Direito e o problema das fontes implicam-se mutuamente. Mas, neste estudo, interessam essencialmente a concepção sistêmica do Direito, a sua normatividade e as concepções a seguir expostas quanto às ditas fontes do Direito, pelo que o problema fica na implicação mútua entre normatividade sistêmica (ou sistema normativo-jurídico) e as fontes.

No desenvolvimento desse pensamento - já complexo - há, ainda, que introduzir outros elementos, quais sejam, o do(s) fundamento(s) do Direito e o da validade (normativa) do Direito. De novo, entendem-se essas duas categorias de análise interimplicadas.

Colocados os parâmetros sobre os quais há de se desenvolver o raciocínio, limite-se agora o problema a dois espaços "paralelos": (1) fontes e fundamentos; (2) validade (vigência) e normatividade. Isso para chegar, especificamente, ao sistema visto pela dimensão da normatividade, ou, por outras palavras, aferir da validade do pensamento sistêmico-jurídico exposto.

2.3.2 Fundamentos e normas

Pode o conceito clássico de "fontes"¹²² ser tratado pela categoria do pensamento (filosófico) "fundamentos"? Ou, simplificadamente: "fontes" e "fundamentos" confundem-se? Entende-se, *a priori*, que não, conquanto se descortinem alguns pontos de contato, pelo que necessário é que se leve o estudo um pouco mais, sem, no entanto, cair na prazerosa tentação da pura especulação filosófica para cujo manuseio faltaria "engenho e arte".

¹²² O problema das fontes do Direito será tratado, de novo, adiante.

Diz-se fundamento a *razão de ser* de algo, ou seja, a *razão justificativa* de uma coisa¹²³. Essa conceptualização de razão *justificativa*, enquanto se afasta um pouco de Aristóteles – para quem é causa necessária ou essencial –, aproxima-se de Leibniz que alicerça a idéia de fundamento em “uma conexão falha de necessidade, mas capaz de possibilitar o entendimento ou a justificação da coisa”¹²⁴.

Adotado esse conceito de fundamento, a implicante pergunta é sobre o(s) fundamento(s) do Direito. Qual é, então, a razão justificativa do Direito? Note-se que a pergunta refere-se ao Direito como um todo e não à razão justificativa de uma decisão jurídica. A resposta deve ser encontrada ao nível da eidética, quer sob um enfoque sociológico, quer puramente filosófico, o que extravasa o âmbito deste estudo. No entanto, uma resposta plausível pode ser encontrada com base na noção de responsabilidade, que ora se procurará.

O homem é um ser responsável. Significa isso que é um ser capaz de responder. Responder é uma palavra composta de *-res* – e *-pondere* –, ambas latinas. *Res* significa coisa, no seu mais amplo sentido que abrange também comportamento, atitude; *pondere* significa pesar, comparar, sopesar, ponderar. Responder é, assim, ponderar um comportamento, ou seja, comparar esse comportamento com um outro considerado padrão, ou ideal, ou bom. O homem é um ser capaz de pesar o seu próprio comportamento e o comportamento do(s) outro(s)¹²⁵. Ora, pesar ou ponderar exige uma comparação, é uma ação que requer a relação com algo. Este “algo”, no idealismo humano, deve ser um *quid* bom que sirva de padrão. A necessidade, pois,

¹²³ A palavra “coisa” é usada, ao longo do texto, no seu mais amplo sentido. Veja-se, a propósito: HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Lisboa: Edições 70, s.d.

“O que é então uma coisa? Resposta: uma coisa é o suporte subsistente de diversas propriedades, que nela subsistem e se modificam.” HEIDEGGER, op. cit., p. 41. Ainda: “Coisa é o objecto da nossa experiência.” Ibid., p. 129.

¹²⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 475.

¹²⁵ Nesse sentido, teve-se ocasião de publicar: “O homem é um ser capaz de ponderar. Ponderar equivale, desde o seu significado etimológico, a *pesar*. Pesa-se ou mede-se alguma coisa quando se compara essa coisa com um determinado padrão (*standard*, ingl.). Pesar é, portanto, comparar a partir de um padrão, de um paradigma, de um modelo. A palavra *responsabilidade*, com a sua raiz responder, denota, precisamente, o ponderar (*pondere*, lat.) alguma coisa (*res*, lat.): *res+pondere*. A palavra *coisa* tem, como a latina *res* tinha, um sentido amplíssimo. Apesar de ser utilizada, principalmente em Direito, com o significado de *coisa* no sentido de algo corpóreo, a palavra latina *res* significa também comportamento, conduta humana. *Responder* é, assim, pesar a conduta ou a coisa. O homem é responsável porque pesa a sua conduta e a de seu semelhante; compara fatos, condutas, comportamentos, com padrões ideais ou com os paradigmas do senso comum. Nessa comparação, aprova ou reprovapondera. MATEIRO, Mário Martins. *Pensar o Direito: fragmentos de um ensaio de autopoiesis jurídica*. In: *Justiça do Direito*, v. 11, 1997, p. 13.

de estabelecer padrões (*standards*) de comportamento que possam servir de medida para os comportamentos usuais cria uma série de regras. A essa série de regras chama-se Direito (andar, agir, comportar-se *dentro do* que é direito). Com a complexidade social sempre crescente, a complexidade jurídica aumenta também, mas o fundamento, a razão justificativa, continua sendo, como regra geral, a necessidade de criar *standards* comparativos para poder responsabilizar o(s) outro(s) e saber como responder a si mesmo.

Nesse raciocínio, a responsabilização passa a ser *interna* ao sistema Direito como uma argamassa que liga todos os seus componentes, com um papel funcional quase despercebido – até por ser fundamento –, mas sempre presente em qualquer fato ou ato jurídicos, visível principalmente no plano da eficácia desses fatos ou atos. Perante este ou aquele fato, o homem *deve* comportar-se de tal maneira, é o juízo que passa a ser feito com base na responsabilidade e, se não se comportar efetivamente como tal, esse seu comportamento diferente deve ser, de novo, sopesado, comparado, para sofrer algum tipo de conseqüência compensadora. Por que o homem é um ser responsável, ele mesmo cria normas, *jus-tificando-as*¹²⁶.

O conceito de norma jurídica é, como o de fontes, bastante multívoco. Se percorrermos a doutrina, teremos de fazer um longo caminho passando pela sinonímia entre lei (texto) e norma, e entre regra e norma, visitando expressões como proposição normativa e tantas outras do mesmo jaez.

Passa-se além da análise crítica dessas posições, porque se defende que o termo *norma* deve ser empregado unicamente¹²⁷ para significar uma proposição ou juízo que se expressa simplificada por uma frase bimembre do tipo “*se e quando A deve ser C*”, em que o primeiro membro, o antecedente dos filósofos, é a *hipótese normativa* – descreve um fato possível – e o segundo, o conseqüente, é a *eficácia normativa*. A norma é uma construção intelectual. É produto hermenêutico-noético

¹²⁶ A justificação é, muitas vezes, apenas um argumento de autoridade: “É assim que Deus quer” ou “É a lei”, esta como expressão de quem manda. A norma que, primitivamente, era uma construção noética de padronização de comportamentos passa ulteriormente a ser a expressão da autoridade, porque esta é que sabe (sem precisar justificar) qual deve ser o padrão de comportamento e, portanto, de responsabilização.

¹²⁷ O emprego desta palavra – *unicamente* –, aqui, denota a pretensão idealista, utópica mesmo, de que as palavras sejam sempre entendidas com um único significado certo. Tem-se plena consciência dessa impossibilidade, mas propugna-se por uma menor amplitude significativa dos termos científico-jurídicos. Por isso são termos, e não (somente) palavras.

que, portanto, não se confunde com o texto da lei. É ponto assente que, de uma lei, se podem extrair várias normas, assim como de várias leis se extrai somente uma norma. A lei é uma das fontes, ou seja, é apenas um dos critérios ao qual se vão buscar subsídios cognoscitivos para a formulação noética da norma.

O Direito é eminentemente hermenêutico (tópico-retórico). Se se considerasse o Direito uma arte, dir-se-ia que é uma arte alográfica¹²⁸, porque, como a música e o teatro, precisa do intérprete para “reproduzir” a obra do autor. Ver o Direito sob esse aspecto (reducionista) é, todavia, observá-lo na dimensão da lei (que essa tem autor, nem que seja o ficto “legislador”) que precisa do intérprete para se tornar norma¹²⁹, mas tal não é agora feito. Aproveitando, todavia, a “deixa”, também por esse prisma da alografia verifica-se que o Direito, como *algo-que-está-aí*, necessita de um *nous* capaz de construir, com elementos diversos, a norma que soluciona o problema jurídico. Como ciência, contudo, e na medida em que se tem o Direito como uma ciência cujo objeto é o Direito, coloca-se o “autor” alográfico fora do Direito. Por seu lado, a norma é construção *interna* do sistema, conquanto possa ir buscar elementos ao seu ambiente, mas “transformando-os” na linguagem própria capaz de coerir com os demais elementos e comunicações do sistema. O sistema jurídico é, assim, eminentemente normativo.

Dizer que um sistema é normativo significa afirmar que esse produz normas válidas, em sentido jurídico. Desde logo se verifica a imbricação entre *normatividade* e *validade*. Diz-se que há uma correspondência biunívoca (ou identidade) entre normatividade e validade. Tem-se visto que pensar o Direito pela idéia primordial de uma *fonte* comum de onde derivassem todas as normas não leva a resultados satisfatórios. A *grundnorm* de Kelsen, a vontade do soberano de Austin ou a norma

¹²⁸ Nesse sentido: “Há dois tipos de arte: as alográficas e as autográficas. (...) O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto. É a norma.” GRAU, 2002, p. 20.

¹²⁹ “O intérprete desvencilha a norma de seu invólucro (o texto); neste sentido, ele ‘produz a norma’ GRAU, loc. cit., p. 21.

de reconhecimento de Hart, como exemplos significativos¹³⁰, mostram que o desiderato da validade não é, por aí, atingido e o problema persiste.

A normatividade tem, então, sido estudada por uma *razão originária*, sem resultados satisfatórios, pelo que deve ser encontrada uma outra razão. Pensa-se, pois, que a validade-normatividade não se alicerça em uma origem comum, mas que é um meio ou “o modo interno de trabalhar do direito”¹³¹. A normatividade não é origem porque não é nome, mas predicado. É uma qualidade que deve impregnar qualquer elemento constitutivo do sistema, independentemente da sua origem. Para isso, para ser um modo interno de pensar o Direito, necessário é que todo o elemento constitutivo seja jurídico, ou seja, que haja uma unidade, e que seja hermeneuticamente coerente com os demais elementos. A coerência é verificada através das *comunicações*, como diz Luhmann, estas, então, já normas.

O problema da normatividade deve ser procurado, portanto, internamente ao sistema pensado, e não nas fontes ou origens, porque estas são externas ao sistema jurídico. A qualidade normativa é adquirida *dentro do sistema*. Ora, o sistema é instância de inteligibilidade e somente neste nível, e não no nível cognoscitivo, é possível construir noeticamente a norma. A normatividade é, pois, qualidade, que o pensamento há de dar à norma construída para que esta, no sistema, não fira a unidade dele, nem se preste a tornar incoerente qualquer das comunicações que estruturalmente vai provocar. A verificação da unidade e da coerência é, como se verá, um processo retórico-argumentativo necessário, mas não suficiente em si mesmo. Há que acrescentar a idéia de responsabilidade, subjacente como um líquido amniótico. Por outras palavras, a validade-normatividade revela-se na medida em que o juízo contiver a coerência com os demais juízos (com o sistema) e ditar uma resposta comportamental-responsável que possa ser considerada um padrão (pelo menos, atingível).

Deixou-se já explicitado que se faz substancial diferença entre o texto legal e a norma jurídica. O texto legal é produto político-administrativo que serve como fonte,

¹³⁰ Acrescente-se, ainda, ALCHOURRON; BULYGIN, 1993, p. 103: “Hemos definido el sistema normativo como sistema deductivo que tiene consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en la base del sistema figure por lo menos un enunciado normativo.”

¹³¹ GARCÍA, 1992. p. 90.

entre muitas, para a construção das normas jurídicas, tanto que se diz, e aqui se repete, que de um texto legal se extraem várias normas, bem como de vários textos se extrai uma só norma jurídica. Nesse campo, era já sábio o adágio latino: “*Non ex regula jus summat, sed ex jure quod est, regula fiat*”¹³².

A título de resumo, pode dizer-se que as fontes do Direito são fatores ativos externos (causas), enquanto os fundamentos são fatores criadores de validade (internos).

Incursiona-se, agora, na parte (ou nas partes) do sistema que pode ser reconhecida como não tendo a sua origem nas fontes clássicas ou não sendo formado exclusivamente por normas jurídicas.

Assim, e agora em sentido inverso, a ausência de um directo critério normativo positivo não significa uma total abertura ou um vazio normativo-jurídico para o juízo decisório – precisamente porque o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas, não deixa de oferecer, na carência de normas e para além delas, uma jurídica normatividade judicativamente fundamentante, no âmbito da qual de todo se justifica que se fale (ou continue a falar) de uma *integração intra-sistemática* para caracterizar a índole constitutiva do juízo concretamente decisório.”¹³³

Esse “espaço-momento” do sistema, que não é assente em normas jurídicas, tem o seu suporte no que, genericamente podemos denominar *topoi*. Com isso, formulamos a seguinte questão: O “espaço-momento” que não é (primitivamente) normativo é utilizado como uma “reserva” (função supletiva) na falta de normas ou de normas aplicáveis diretamente ao concreto caso judicativo?¹³⁴

¹³² No mesmo sentido: “La función descriptiva de la norma es puesta de realce en el adagio latino (que originariamente se aplicaba a la relación entre la regla científica y el Derecho): “*Non ex regula jus summat, sed ex jure quod est, regula fiat*” (no se desprenda el Derecho de la norma, sino infiérase la norma del Derecho imperante).” GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 14. Vide, también, nota 172, *infra*.

¹³³ CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 206.

¹³⁴ O mesmo problema posto sob outro aspecto: “Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por *direito* e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito.” TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: Ibej, 2001. p. 9.

A resposta é negativa, de antemão. O sistema é um todo (maior que a simples soma de suas partes constitutivas). Como um todo *orgânico*, não admite a ablação (ou amputação) de qualquer uma das suas partes sem que deixe de ser o sistema¹³⁵. Mas não só. A “entrada” do texto legal no mundo jurídico já vem hermeneuticamente impregnada de elementos que não são diretamente jurídicos. A *fagocitose hermenêutica* do texto legal pelo mundo jurídico, por maior que sejam as cautelas *filtrantes* que separem o *ajurídico*, acontece sempre mesclada de elementos *mundanos*. E, admitida pelo sistema, essa já primitiva interpretação do texto legal (pré-compreensão, pré-conhecimento, ou pré-juízo) é de novo submetida ao processo de *coerentização*. Para que possa ser considerada *no* e *do* sistema.

A existência sistêmica de elementos comunicativos que não advêm das denominadas fontes do Direito merece, assim, um estudo um pouco mais demorado, centrado, portanto, nessas comunicações que são denominados elementos anômicos, o que será feito no capítulo seguinte.

¹³⁵ Pode, mesmo, admitir-se que, amputada(s) alguma(s) parte(s) do sistema jurídico – que é um todo -, se forme um outro sistema (ou subsistema), ainda jurídico, mas que, então, requer uma adjetivação para, qualificando-o, limitá-lo. Podemos, assim, falar de sistema jurídico pressuposto, sistema jurídico-público, etc.

3 A CONCREÇÃO DO DIREITO

O problema da validade-normatividade é deveras importante para o Direito. No entanto, se não mais importante, pelo menos tanto, é o problema da aplicabilidade. Sem aplicação (concreção) não há Direito, por mais forte que pareça a afirmação. Como se desenvolverá adiante, a teoria não está, no Direito, divorciada da pragmática. A idéia de Direito está intimamente ligada à de decisão, ou seja, à sua aplicação.

Como primeiro ponto, apresenta-se a ligação entre discurso e sistema, à luz da idéia de Direito, para o que serve de ponto de partida a categoria da “fluminidade”, espaço onde se estuda o papel das clássicas fontes do Direito. Daí se chega à discursividade e à sistematicidade do Direito.

No segundo ponto, aborda-se a sentença e o *decisum* sentencial como instância de intelegibilidade para chegar, de novo, à sentença como espaço de discursividade-decibilidade.

3.1 Direito, discurso e sistema

O Direito é uma realidade. Mesmo que não saibamos dizer com precisão o que seja o Direito, vivemo-lo e vivenciamo-lo diariamente, a todo o instante. Nessa constatação de vivência permanente, fácil pareceria dizer de onde nasce o Direito, como se forma o Direito, ou seja, quais são as suas fontes.

Se fizéssemos uma pesquisa de opinião, talvez nos deparássemos com uma maioria de respostas no sentido de que o Direito nasce das leis feitas pelos legisladores. E se dêssemos crédito científico a estas respostas majoritárias, podíamos dizer, com alguma margem de erro, mas podíamos dizer, que o Direito nasce das leis e as leis nascem dos legisladores, ou, então, que a *causa* das leis é o legislador e que a *causa* do Direito são as leis. Por outras palavras: as leis são *efeito* do legislador e o Direito é *efeito* das leis.

O pensamento que leva a tirar ilações do tipo "*causa-efeito*" é o pensamento predominante nas ciências ditas *naturais*, em que os mesmos fenômenos são sempre efeitos das mesmas causas. A grande preocupação das ciências da natureza foi determinar as *relações de causalidade*, isto é, estabelecer o *que é causa de que efeito*.

Essa preocupação foi transportada para o Direito, tendo os estudiosos procurado estabelecer cadeias contínuas de causalidade, ora por hierarquização de normas, ora por nexos dedutivos de conceitos, sem, contudo, obter resultados satisfatórios. É que, se cientificamente pareceria certo o raciocínio empírico assim apresentado, a racionalidade pragmática não o poderia admitir: alguma coisa estava errada, fosse ponto de partida, os meios utilizados ou, mais claramente, o ponto de chegada. Não chegava a nada. Não haveria, portanto, que aceitar tal tese e sim desconfiar do tal método científico com a idéia de que era capaz de resolver tudo e qualquer problema.

3.1.1 O Direito como espaço de fluminidade

O título acima pode parecer estranho. É, no entanto, apenas a indicação de uma metáfora¹³⁶, ademais metáfora que nada tem de original na medida em que a

¹³⁶ A doutrina é pródiga, embora repetitiva, em matéria de metáforas "aquáticas". Por exemplo: "Diz Du Pasquier: 'Metáfora muito justa, pois remontar à fonte de um rio é procurar o lugar onde suas águas brotam da terra; do mesmo modo, inquirir a respeito da fonte da uma regra de direito é pesquisar o ponto pelo qual ela saiu das profundezas da vida social para aparecer à superfície do Direito.' Vê-se bem que o professor de

expressão “fontes do Direito” já indica um início de flúmen, rio, corrente de água, a que pode ser – e costuma ser – comparado o Direito. A fluminidade é, então, a possibilidade de ser corrente como antítese da imobilidade.

O Direito, sob esse tropo, apresenta-se como um rio (perene, diga-se) caudaloso, vigoroso, caminhando sempre no mesmo sentido e com o mesmo sentido¹³⁷, sendo impossível banhar-se, nas mesmas águas, duas vezes¹³⁸.

É comum falar-se em “fontes do Direito” para, com isso, mencionar uma (vaga) idéia sobre as origens do Direito. Usa-se, assim, uma metáfora para expressar o que é, ou pode ser, a gênese do Direito. Essa linguagem figurativa, porém, explica muito pouco. Como se sabe, não há concordância nem quanto ao espaço conceitual dessa expressão, nem quanto a quais sejam efetivamente as fontes. A classificação das fontes em *formais* e *materiais*, por exemplo, assim como muitas outras classificações, também não traz solução.

A referência a fontes do Direito, contudo, mostra o Direito, enquanto realidade, dotado de movimento, dinâmico, portanto. O seu estudo, a partir dessa dinamicidade, implica ou o corte epistemológico que o torne estático, em um certo momento e um certo lugar, para poder ser estudado, ou requer a observação do próprio movimento. Sob o primeiro ponto de vista, o do corte epistemológico estático, conquanto tenha inegáveis vantagens metodológicas, faz correr o risco, sempre presente, de *disfarçar* ou *falsear* (*invalidar*) a realidade, vendo a forma e o conteúdo como se fossem eles mesmos, e só eles, os elementos essenciais que dão existência e significado a essa realidade em constante movimento¹³⁹. Sob o segundo

Genebra, aludindo a regras de direito, limita a pesquisa, sobre fontes, ao direito positivo objetivo.” MACHADO, 1994, p. 236.

¹³⁷ Usa-se a palavra *sentido* em vez de *direção*, como usual. A direção Norte-Sul tem dois sentidos opostos: o de norte para o sul; e o do sul para o norte. Por outro lado, dada a significação polissêmica da palavra *sentido*, a frase acima denota ambigüidade: tanto quer referir que o Direito caminha de montante para jusante, quanto que o Direito tem um sentido (um encadeamento coerente ou lógico), além de que tem também um significado próprio.

¹³⁸ Frase atribuída a Heráclito, acerca da realidade. Mostra perfeita a paráfrase acerca do Direito.

¹³⁹ Não se resiste à citação, a propósito, de um texto de Orlando de Carvalho: “E isto porque o Direito não é simplesmente a letra dos dispositivos (tão ambígua, aliás, como toda a redução a uma fórmula de um número indefinido e em parte imprevisível de situações concretas); é também o que está para além dos dispositivos – quer se trate de princípios informadores das disposições existentes, quer de disposições ainda inexistentes ou não postas – e até o que está dentro desses dispositivos mas não se resolve ou não emerge na sua letra: as remissões para dados que se deixam em branco, os móveis e as circunstâncias que determinaram o seu surto e circunscreveram a sua área de aplicação, o contexto com outras normas, etc. Desta maneira, a certeza em cada

ponto de vista, ou seja, o estudo do próprio movimento, relevados para segundo plano a *forma* e o *conteúdo*, admite-se, desde logo, a dinamicidade que corresponde à realidade e eleva-se a *objeto* principal da observação. Não que forma e conteúdo não sejam relevantes, imprescindíveis mesmo, para o estudo dessa realidade dinâmica: simplesmente a prioridade de observação é o movimento em si mesmo. Pode dizer-se isso, *grosso modo*, com o recurso a outra imagem: não interessa, primordialmente, a forma (trajeto, largura, extensão) do rio e a água que ele tem¹⁴⁰, mas, sim, as relações entre as moléculas de água (e destas com as moléculas das margens e do leito). Como se intercomportam essas moléculas para dar tal forma e tal conteúdo ao rio (ou ao Direito) é a pergunta que dirige o pensamento¹⁴¹.

O modo de pensar que pode conduzir metodologicamente a resposta é o sistêmico. Entende-se que esse *movimento-em-equilíbrio*, essa homeostase, ou esse equilíbrio dinâmico, somente é inteligível visto sob a perspectiva do sistema, como antes foi desenvolvido. A fluminidade é um “sistema” *real* que deve ser estudado sistemicamente: o *modo de ver* é o pensamento sistêmico. A juridicidade é um sistema real – que existe na realidade social – que, aqui, é estudado sistemicamente¹⁴².

Pelo exposto, notam-se algumas diferenças com relação aos posicionamentos de Luhmann que, de qualquer modo, são, ainda, guia para a nossa exposição. Por esse renomado autor, o Direito é uma realidade (sociológica)¹⁴³ e, como tal, é o objeto de seus estudos e publicações. Desviamo-nos um tanto, para pensar essa realidade (dir-se-ia, *existente, válida e eficaz*), tendo o sistema como *método* de pensar o Direito. Não se veja, por isso, que o pensar, desse modo, o Direito faça ingressar os caminhos

momento sobre a matéria da lei é muito menos segura do que se poderia presumir. Junte-se agora o facto de nenhum direito ser passível do corte que hipoteticamente fizemos acima, de nenhum direito poder deveras subtrair-se ao *continuum reale* que ele é na sua essência. Nenhum direito ou ramo de direito admite uma paralisação no tempo: mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se têm de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em acção. Nenhum direito é definitivamente *factum*: é sempre alguma coisa *in fieri*.” CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 50-51.

¹⁴⁰ O mesmo não acontece com a metáfora do “reservatório”, de Austin, citado em MACHADO, op. cit., p. 237: “Já Austin observava que, a rigor, as expressões *fons* ou *source* convêm apenas ao Supremo Legislador ou à suprema legislatura; quanto às normas que procedem de indivíduos ou corpos legislativos só se poderia falar de reservatórios (*reservoirs*, no original inglês).”

¹⁴¹ Volta-se a este pensamento. V. p. 61.

¹⁴² V. nota 45, *supra*, sobre o pensamento de Vernengo, em contradição, até certo ponto, com a posição de Luhmann, exposta na nota a seguir.

¹⁴³ “Partimos do princípio que todos os sistemas de conhecimento são sistemas reais num ambiente real, em outras palavras, que eles existem”. LUHMANN, 1997, p. 94.

do intelecto ou do *nous* em prescritivos campos do “*como-deve-ser*”, quando a intenção é puramente a de verificar “*como é*” o Direito atual.

E para tal, comece-se por uma ingressão nas denominadas “fontes do Direito”, pois por aí começa, segundo os doutos, a metafórica fluminidade.

3.1.1.1 As fontes do Direito como instâncias de cognoscibilidade

Construir uma teoria¹⁴⁴ das fontes do Direito é, a nosso ver, um trabalho inglório, na medida em que esse é “um dos temas mais refratários ao tratamento científico.”¹⁴⁵ Na verdade, não há uniformidade doutrinária, quer no que concerne ao conceito dessa expressão, quer, conseqüentemente, quanto à classificação das diversas fontes possíveis. Estamos, portanto, em uma área de areias movediças em que é fácil perder os “pés-no-chão”.¹⁴⁶

A palavra “fonte” é a desinência de uma metáfora que pretende explicar figurativamente como acontece a gênese jurídica. Ao que parece, já os romanos chamavam fontes ao que aceitavam ser as origens do Direito¹⁴⁷. No entanto, essa

¹⁴⁴ Faz-se distinção entre *teoria* e *doutrina*, esta com um substrato ideológico, mas: “Toda teoria pode ser considerada do ponto de vista do seu significado ideológico e do ponto de vista do seu valor científico. Como ideologia, uma teoria tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações. Como doutrina científica, sua meta não é outra senão compreender uma certa realidade e dar-lhe uma explicação.” BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, SP: Edipro, 2001, p. 33; BOBBIO, 1996, p.22.

¹⁴⁵ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do Direito: Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 174.

¹⁴⁶ Dizer que “*a fonte primeira do Direito não há de ser outra a não ser a natureza humana*.” VASCONCELOS, loc. cit, ou, “Fonte de direito *in genere* é a natureza humana, ou seja, o espírito que reluz na consciência individual, tornando-a capaz de compreender a personalidade alheia, graças à própria.” DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p.403, parece-nos muito vago, mas, já não é tão vaga a conceituação do mesmo autor quando diz: “Cada povo possui necessariamente um direito positivo, o qual corresponde à vontade que nele predomina. *Os modos de manifestação dessa vontade social preponderante* chamam-se fontes do direito positivo.” Id., *ibid.*, p. 404-405. Como se verifica, pelos dois exemplos, as fontes ou se concebem pela “causa última” ou se restringem a fontes “positivas”, já como modos de manifestação. Sendo, portanto, extremos, servem de balizamento, mas não são conceitos satisfatórios. Registre-se, ainda, a referência de BOBBIO, 1991, p. 50, a *fontes de conhecimento* e a *fontes de qualificação*: “Si el derecho viviente puede ser considerado como fuente de conocimiento jurídico, solo el juez (y com más razón el legislador) puede ser considerado como fuente de calificación”.

¹⁴⁷ Na nota (16) da pág. 91, da mesma obra [*Direito e Sistemas...*, 1988] Noronha afirma que “portanto, estes, Estado e sociedade, é que são a causa eficiente das normas jurídicas, ou *fonte*, no sentido exato da ‘metáfora aquática’ *fons legis* introduzida por Cícero, em *De Legibus*, 1,5-6, segundo alguém teve o cuidado de averiguar (Sève, p. 259). As leis e as normas consuetudinárias e jurisprudenciais ‘brotam’, ou são produzidas porque há

palavra não é unívoca no seu significado, e, muito menos, há uniformidade doutrinal de quais sejam efetivamente as fontes do Direito. Luhmann afirma que a expressão fontes do direito “não possui a seletividade própria de um conceito contemporâneo”¹⁴⁸. Como diz Ortega, “a expressão fontes do Direito é bastante equívoca porque com a mesma se pode fazer referência a realidades distintas.”¹⁴⁹, ou, no mesmo sentido, diz Vernengo: “La expresión ‘fuente del derecho’ es así una expresión tradicional equívoca.”¹⁵⁰, ou, ainda, Miaille: “A palavra fonte é susceptível de diferentes acepções”¹⁵¹. Afinal, são de Kelsen as seguintes palavras: “A equivocidade ou pluralidade de significações do termo ‘Fontes do Direito’ fá-lo aparecer como juridicamente imprestável.”¹⁵²

Não se pretende, aqui, portanto, adentrar exaustivamente a doutrina jurídica sobre tal matéria, nem sequer classificar¹⁵³, *a priori*, as fontes do Direito, mas há que fixar o significado e o sentido que, neste texto, passará a ter a expressão *fonte do Direito*¹⁵⁴. Para isso, impõe-se, ainda, um breve vasculhar pelo que dizem os doutos.

problemas sociais (que são a sua causa material) carecendo de regulamentação normativa (causa final, ou finalidade): a sua 'produção' obedece a determinados processos - legislação, costume, jurisprudência. Por isso, não será lá muito exato falar em 'fontes', ainda que 'formais'.

¹⁴⁸ Apud SERRANO, 2003, p. 11.

¹⁴⁹ ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 153.

¹⁵⁰ VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 329. Adiante, na p. 333, este autor escreve: “La expresión ‘creación de derecho’ – como la anterior: ‘fuentes del derecho’ – padece de gran ambigüedad.”

¹⁵¹ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 197.

¹⁵² KELSEN, 1994, p. 259.

¹⁵³ Passa-se, assim, adiante da divisão usual de fontes em *materiais* e *formais*, ou em *reais* e *históricas*, ou em *mediatas* e *imediatas*, etc., não sem que, todavia, se traga à citação FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 201: “A distinção entre fontes formais e materiais fez escola e é repetida até hoje. Ela trazia, como traz ainda, para a teoria dogmática, um critério classificador dos centros produtores do direito, de forma a sistematizá-los coerentemente. Não obstante, a dicotomia traz também um problema teórico para a própria sistematização, posto que fica difícil conceber o ordenamento como uma unidade.” Passa-se além também da discussão acerca do Estado como única fonte do Direito, já que insistentemente distinguimos *lei* e *Direito*, e não concedemos identidade entre o *político* e o *jurídico*. Sobre o tema, leia-se MACHADO, 1994, especialmente o capítulo “Teoria Geral das Fontes do Direito”, do qual se extraíram vários trechos.

¹⁵⁴ Usa-se a expressão “fontes do Direito” para a distinguir de “fontes de direito”. Com aquele termo pretendemos acentuar que nos interessa a gênese da realidade denominada “Direito” e não a gênese dos direitos subjetivos. “No estudo das fontes formais, cumpre distinguir com Perassi, os *atos de produção jurídica* dos *atos de comércio jurídico* ou de *realização jurídica*. Só os primeiros provocam o nascimento, a modificação ou a extinção das normas do ordenamento jurídico, pelos dois processos conhecidos, o processo social indistinto, como é o costume, e o que se concretiza mediante manifestações de vontade do *Poder* competente, como a lei e o regulamento. Os outros *atos* são *fonte* de direitos e obrigações *subjetivas*.” GÓMEZ, Ricardo J. Racionalidad: Epistemología y ontología. In: OLIVÉ, León. (Ed.): *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995. p. 43.

Para o renomado iusfilósofo Miguel Reale¹⁵⁵, “fonte de direito é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente”. Para Perlingieri¹⁵⁶, “entre os múltiplos sentidos do termo, por ‘fonte do direito’ entende-se comumente não a norma, mas os fatos ou atos dos quais, através da interpretação, se extrai a norma”. Lorenzetti traz-nos a lição de Cueto Rúa:

as fontes do Direito são critérios de objetividade previstos pelos órgãos comunitários para a decisão dos conflitos ou pelos integrantes do grupo social na eleição de rotas de conduta que, pela sua objetividade, facilitem o entendimento coletivo¹⁵⁷.

Ainda, Vernengo afirma que “aquella norma que es considerada fundamento de validez de otra norma es su fuente”¹⁵⁸. Por sua vez, Larenz diz que a fonte do Direito é a “causa originária de normas obrigatórias”, fazendo distinção com *fontes de conhecimento do Direito*, entre as quais inclui a Jurisprudência¹⁵⁹, mas admite, na sua *Methodenlehre*, que o termo pode ser entendido de dois modos: como “factores que cooperam na criação e no desenvolvimento posterior do Direito” e como “a base do nascimento de uma norma jurídica que pretende validade normativa, no sentido de vinculatividade”¹⁶⁰.

No conceito das fontes do direito os dois pontos de vista que penetraram toda a teoria jurídica estão dialeticamente unidos: uma fonte é ao mesmo tempo um fator ativo (causa) e um fator criador de validade (razão); ao mesmo tempo um fator que motiva empiricamente a conduta das autoridades que aplicam o direito e um fator que é supraempiricamente a fonte do caráter específico da

¹⁵⁵ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

¹⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 7.

¹⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis Lorenzetti. *Fundamentos do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.250.

¹⁵⁸ VERNENGO, 1995, p. 329.

¹⁵⁹ Ainda, de outro autor: "Se entiende por 'fuentes del Derecho' las causas de los preceptos legales y, en segundo término, las manifestaciones del propio Derecho objetivo vigente para todos - dentro del ámbito de dominio del ordenamiento jurídico estatal -, caracterizadas por su causa originaria." LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte general*. Madrid: Edersa, 1978. p. 16.

¹⁶⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 524.

validade jurídica associada com essa conduta (distinguindo-o de um sistema de atos meramente obrigatórios).¹⁶¹

A extrema ambigüidade da expressão “fontes do Direito” expressa-se, assim, pelos diferentes conceitos que os estudiosos apresentam. Releva notar, adrede, que esses conceitos resistem a ser agrupados¹⁶², estabelecidos que sejam alguns critérios ou categorias. Apesar disso, adota-se, por bastante elucidativa e completa, conquanto longa, a classificação de Castanheira Neves¹⁶³:

Partindo da fórmula, e não do problema, pode-se, com efeito, seleccionar desde logo um dos sentidos seguintes, a ela todos subsumíveis ou em que ela se especificará: 1) *Fontes de conhecimento* – enquanto os *loci* onde se encontra o Direito ou que autenticamente o manifestam, e definidos pelos critérios que desse modo identificariam “o que é o Direito”, “as normas do Direito positivo”, “as normas jurídicas aplicáveis”, etc. 2) *Fontes genéticas* (também ditas “materiais” ou “reais”) – enquanto os elementos, os factores, as forças que estão na origem do Direito (sejam “*Les forces créatrices du droit*”, no sentido de G. Ripert; sejam os “*Realien der Gesetzgebung*” analisados por Huber; sejam os “*factores reais e ideais do Direito*” diferenciados por Fechner, etc.), que histórica, social, cultural, político-ideologicamente, etc., determinariam o seu conteúdo ou que o explicariam. 3) *Fontes de validade* – enquanto o *ser* ou a realidade essencial, o valor ou o princípio fundamentantes da normatividade jurídica, i.e., o próprio fundamento da sua validade normativa. 4) *Fontes de juridicidade* – os constituintes da normatividade jurídica ou aqueles modos específicos graças aos quais uma certa normatividade se constituiria como normatividade de direito.

Retiradas aquelas definições que dão as fontes como as *causas* das leis, subsiste que a expressão *fontes do Direito* indica uma causa ou uma origem, quer esta resulte em simples normatividade, quer em validade normativa, quer em ambas

¹⁶¹ ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista Del Derecho: critica del dualismo en el Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, p. 143.

¹⁶² Isso explica-se porque “o problema é um para o sociólogo do Direito ou para o jurista-sociólogo, outro para o historiador do Direito ou para o jurista-historiador, outro para o filósofo do Direito ou para o jurista-filósofo, outro para a Teoria do Direito ou para o jurista teórico, outro ainda para a dogmática do Direito ou para o jurista-dogmático, etc.”. CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 1462.

¹⁶³ CASTANHEIRA NEVES, loc. cit.

“dialecticamente unidas”¹⁶⁴. Para além desse significado “aquático” de origem, mister se faz registrar a significação que a essa expressão dá Aulis Aarnio:

Las razones (argumentos) que se utilizan en la justificación jurídica se llaman comúnmente (en la teoría escandinava) *fuentes de Derecho*. Estas razones dan soporte a ciertas alternativas en la interpretación de, por ejemplo, una ley (de una formulación normativa). Dependiendo de su cultura y de sus condiciones sociales, toda sociedad tiene un conjunto de fuentes jurídicas aceptadas. Éstas pueden dividirse en grupos, por ejemplo, en fuentes de autoridad y fuentes sustanciales.¹⁶⁵

Nas *fontes de autoridade*, Aarnio inclui a lei, os trabalhos preparatórios e a jurisprudência (precedentes), dizendo que o termo “razões substanciais” se refere ao direito estrangeiro e aos argumentos históricos. Permita-se, para fins deste estudo, incluir entre as razões substanciais todas as que não derivam diretamente de textos legais, assunto ao qual se voltará mais tarde.

Assim, conquanto se tenha um núcleo de semântico consenso à volta do significado da expressão *fontes do Direito*, esta se mantém como uma idéia indeterminada, de contornos fluidos. Aceita, então, que a dita expressão contém um núcleo consensualmente definido, é desse *cerne* que se parte para indagar sobre o *papel* das fontes no sistema jurídico.

3.1.1.2 As fontes do Direito como pontos de partida

Admitida, pois, a variedade semântico-conceitual da expressão “fontes do Direito”, e seu núcleo semântico-consensual, permita-se destacar, limitativamente,

¹⁶⁴ SERRANO, 2003, p. 11, expressa-se assim: “Tal y como la barajamos hoy, la metáfora puede querer indicar una de las siguientes cosas: (a) que los sistemas jurídicos tienen la propiedad de regular su propia autorreproducción, (b) que los sistemas jurídicos son unitarios, (c) que los sistemas jurídicos son jerárquicos o están escalonados, o que (d) los sistemas jurídicos tienen su fundamento último no en normas, sino en hechos y poderes (las llamadas ‘fuentes materiales’). Por si no bastase con estas cuatro acepciones, el concepto de fuentes del derecho puede desarrollarse también hacia la deducción de (e) una guía de comportamiento de la decisión práctica, o de (f) un fundamento metodológico de las Dogmáticas jurídicas.”

¹⁶⁵ AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México: Fontamara, 1995, p. 56-57. Leia-se um comentário sobre Aarnio: “Aarnio se utiliza um conceito amplo de fontes do Direito. Para ele, ‘toda razão que – de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação é uma fonte do Direito’.” DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A justificação do Direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre: Do advogado, 2002, p. 81.

que as *fontes do Direito* são pontos de partida (*prótasis*¹⁶⁶): não são meios (instrumentos) propriamente ditos ou modos, nem são fins, nem as entendemos como processos. São, como o significado próprio, nascentes, mananciais¹⁶⁷, inícios, pontos de partida para a construção de normas jurídicas. As fontes são tributárias de um rio denominado Direito, mas não são, ainda e propriamente, o rio. Este tem margens, leito, caudal¹⁶⁸ e foz, como o Direito. Ademais,

Lembra-nos Wolf Paul, da Universidade de Frankfurt, que quando Karl Marx freqüentou as aulas de Savigny referiu-se ironicamente às suas diretrizes hermenêuticas vinculadas à problemática da origem do direito, dizendo que essa perspectiva seria como a de um barqueiro "que parece navegar, não sobre o rio, mas sobre as suas nascentes".¹⁶⁹

Acrescentaríamos que, nas nascentes, nas fontes, não se navega nem se pesca. Por isso que a metáfora fluminense pode levar – e já tem levado – a imagens diversas sobre as origens do Direito e dos direitos¹⁷⁰. Cada fonte é um *dado*, mas o Direito é um *construído*.

Ao limitar-se as fontes ao aspecto de origem, início, defende-se que a expressão *fontes do Direito* designa uma primeira instância de cognoscibilidade do Direito. Cognoscibilidade é aqui tomada como qualidade do que pode ser

¹⁶⁶ Acrescente-se um pouco mais: “O discurso declarativo é, assim, expressão de um pensamento que procede *compondo e dividindo*: a composição dá origem à afirmação; a divisão, à negação. Nos *Analíticos* (na teoria do silogismo), Aristóteles chamou o discurso declarativo de ‘*prótasis*’ (cujo equivalente latino é ‘*propositio*’), ou seja, ‘premissa de raciocínio’, definindo-a como ‘o discurso que afirma ou que nega alguma coisa de alguma coisa’ (*An. pr.* I, 1, 24 b 16), ou como ‘a asserção de um dos membros da contradição’ (*Ibid.* II, 12, 77 a 37).” ABBAGNANO, 2000, p. 801.

¹⁶⁷ Note-se a metáfora manancial: “... as diferentes maneiras pelas quais as regras jurídicas são estabelecidas; ou, como diz Tito Fulgêncio, são os mananciais donde aparece exteriorizado o princípio jurídico; ou ainda, como diz Espínola, são as formas concretas que o direito objetivo assume num Estado e num tempo determinado.” FRANZEN DE LIMA, João. Curso de Direito Civil brasileiro. [v. 1: Introdução e parte geral]. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 30. “La palabra ‘fuente’ indica en su primera acepción el manancial de donde surge o brota el agua de la tierra. Pero en nuestra ciencia se usa la voz en un sentido figurado para designar el origen de donde proviene eso que llamamos ‘derecho’. Por eso nos parece que denotamos más exactamente el sentido de lo que queremos decir cuando en lugar de ‘fuentes del derecho’ decimos ‘*medios de expresión del derecho*’.” LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil: parte general. 16 ed. Buenos Aires, 1995, p. 49.

¹⁶⁸ Alguma poluição também, mas ainda é rio.

¹⁶⁹ REALE, 1994, p. 24.

¹⁷⁰ Leia-se, como exemplo: “Uma metáfora bastante usual nos manuais de matéria jurídica – não só de direito civil, mas de outros ramos – é a das *fontes do direito*. Pretende-se, com ela, identificar o que pode legitimamente gerar direito (meu, seu, de todos...). (...) *Descarto a metáfora*. É possível – e mais apropriado – estudar e compreender o tema da gênese do direito sem ela.” COELHO, 2003, p. 27 e 30.

conhecido¹⁷¹, um simples conhecer que não é ou não está, ainda, racionalizado. Conhecem-se as fontes, ou, melhor, conhecem-se algumas *coisas* que se podem considerar fontes, mas ainda não se conhece o que seja o Direito. Nem o simples juntar de todas as *coisas* que possam ser consideradas fontes, tais como as leis, a jurisprudência, o Estado, o espírito do povo, os usos de tráfico, o costume, o contrato e tantas outras *coisas*, resultaria ainda em Direito. A metáfora da árvore e da floresta, já referida, dá bem a idéia do que se expõe.

O Direito requer mais do que mera cognoscibilidade de suas hipotéticas fontes. Direito é inteligibilidade (racionalidade), tida esta como conhecimento racional para o qual as fontes contribuem como possíveis pontos de partida, mas não como pontos de “chegada”¹⁷².

O problema que urge solucionar diz, então, com o saber se as denominadas fontes são partes constituintes do Direito ou, continuando a “metáfora aquática”, saber se uma fonte faz parte do rio, se já é rio¹⁷³. A resposta parece evidenciar-se da exposição precedente, na medida em que se considera a fonte apenas uma instância de cognoscibilidade e o Direito uma instância de inteligibilidade, mas ressalta verificar se a inteligibilidade, tal como a definimos, não requer *em si mesma* a cognoscibilidade. Veja-se, no entanto, que, também por este caminho, o problema manter-se-ia porque fácil é colocar a cognoscibilidade como *fonte* de inteligibilidade.

A possibilidade de *conhecer*¹⁷⁴ é passível de ser reduzida à possibilidade de *saber*, mas saber não é (ainda) *compreender*¹⁷⁵, ou seja, explicar por que algo é assim.

¹⁷¹ LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 166.

¹⁷² “Se quiséssemos dar mais algum relevo ao conceito de 'fontes de direito' neste primeiro sentido, como *modos de revelação* do próprio direito, diríamos ainda: fontes são os modos como o direito assume ou reveste verdadeira *existência* na vida social, ou na vida cultural do homem em sociedade. (...) O direito existe, vive e actua mediante estas estruturas que são o costume, a lei, a jurisprudência dos tribunais e a doutrina. É por aí que ele assume *objectividade* e se torna *positivo*, se vê, se palpa; é através dessas formas que ele se 'precipita', se *positiva*.” MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 83.

¹⁷³ A questão pode ser colocada pelas palavras de Kant: “Pode isolar-se a razão? E, neste caso, será ela ainda uma fonte própria de conceitos e juízos que só nela se originam e pelos quais se relaciona com objectos? Ou será mera faculdade subalterna de conferir a conhecimentos dados uma certa forma...?” KANT, 1997, p. 302 [B362].

¹⁷⁴ “Podemos dizer que conhecemos aquilo ou aquele com o qual tivemos contato, aquilo que foi visto, aquilo que foi manipulado, aquilo com o qual estamos, de certa maneira, familiarizados. Parece existir uma diferença básica entre afirmar que se “sabe” e afirmar que se “conhece”. Embora “saber” e “conhecer”, em sentido primário, pressuponham a aceitação daquilo que é dito, o “conhecer” parece indicar uma convivência do falante com aquilo do qual ele fala. Não é o mesmo dizer que “se conhece” Aristóteles e dizer que “se sabe” que ele existiu. Também não é o mesmo conhecer Aristóteles e conhecer um amigo. Não somente no que diz respeito

Tentando simplificar a questão posta, perguntar-se-ia: pode-se conhecer sem saber? Para *conhecer* é necessário e suficiente *saber*?

Na busca de respostas, leia-se um pouco Kant que distinguiu conhecimento¹⁷⁶ (*Erkenntnis*), saber (*Wissen*) e pensamento (*Denken*). Conhecimento, para Kant, é “percepção objetiva” ou “representação objetiva sem consciência”¹⁷⁷. Pensar, nessa linha, é “unir representações numa consciência”. Mas é possível pensar coisas sem as conhecer, pois, como diz Kant, “as categorias no *pensamento* não são limitadas pelas condições da nossa intuição sensível; têm um campo ilimitado”¹⁷⁸. Então, nem todo o pensamento tem um ponto de partida objetivo ou determinável no conhecer.

Colocam-se as fontes, em geral, como instâncias de conhecimento¹⁷⁹. O Direito, contudo, não pode ser enquadrado em simples conhecimento porque, desde logo, requer o compreender e, neste, o *judgar*, já no campo da razão¹⁸⁰.

Para Hannah Arendt, no entanto, a faculdade da razão (*Vernunft*) é algo distinto, apesar de interligado, do intelecto (*Verstand*), que é a faculdade da cognição. O intelecto almeja apreender e perceber o que

às diferenças entre "saber" e "conhecer", mas também no próprio âmbito do "conhecer", existem diferenças relevantes que se manifestam nos modos diversos de conhecer. Essa diferença radica-se nas diversas formas de conhecer e nos diversos tipos de conhecimento. BOMBASSARO, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992, p. 22.

¹⁷⁵ “Por exemplo, conhece-se, sem a compreender ainda, a anatomia de uma animal, enquanto não se explica a relação e a utilização das diferentes partes que a constituem.” LALANDE, 1999, p. 193.

¹⁷⁶ Kant distingue ainda duas espécies de conhecimento. “Faz-se uma distinção entre aquilo que é conhecido imediatamente e o que só o é por inferência. Conhece-se imediatamente que há três ângulos numa figura limitada por três linhas rectas; mas só pelo raciocínio se conclui que estes ângulos são iguais a dois rectos.”

¹⁷⁷ “O termo genérico é a *representação* em geral (*representatio*). Subordinado a este, situa-se a representação com consciência (*perceptio*). Uma *percepção* que se refere simplesmente ao sujeito, como modificação do seu estado é *sensação* (*sensatio*); uma percepção objectiva é conhecimento (*cognitio*). O conhecimento, por sua vez, é *intuição* ou *conceito* (*intuitus vel conceptus*). A primeira refere-se imediatamente ao objecto e é singular, o segundo refere-se mediadamente, por meio de um sinal que pode ser comum a várias coisas.” [A 320; B 377]. KANT, 1997, p. 313.

¹⁷⁸ *Ibid.*, [B166], p. 169.

¹⁷⁹ Permita-se, ainda, enriquecendo o debate, a seguinte citação: “O ‘compreender’ talvez não seja nada mais do que ‘saber que’, e, contudo, o problema da *compreensão* apresentou, de certo modo, um ângulo novo do ‘saber’, que terminou se convertendo num processo que poderíamos chamar de um *processo central*, porque terminaram sendo, a *compreensão*, o substantivo, e o *compreender*, o verbo, as palavras pelas quais se tenta a fundamentação das ciências do espírito, das ciências humanas. Essa é a questão importante!” STEIN. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: L&PM, 1988, p. 34.

¹⁸⁰ “Da razão, como do entendimento, há um uso apenas formal, isto é, lógico, uma vez que a razão abstrai de todo o conteúdo do conhecimento; mas também há um uso real, pois ela própria contém a origem de certos conceitos e princípios que não vai buscar aos sentidos nem ao entendimento.” KANT, op. cit., [A299; B 356], p. 298. Do mesmo modo, o entendimento da Hannah Arendt assim firmado por Lafer: “...ao discutir o senso comum e o raciocínio lógico, aponta que este pode operar independentemente do mundo e da experiência”. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 85.

é dado aos sentidos e tem como critério a verdade. A razão almeja compreender o significado e é orientadora de uma hermenêutica que leva a uma "visão" da existência humana argumentada com mais ou menos plausibilidade e relevância.¹⁸¹

Com esse pensamento servindo de hipótese de trabalho, permita-se seguir Hannah Arendt para cujo pensamento “Kant teve um impacto decisivo”, segundo a pena de Celso Lafer¹⁸²:

A distinção entre pensar e conhecer é, portanto, uma dicotomia básica na epistemologia arendtiana. Esta dicotomia é relevante para o Direito, como não deixou de notar a própria Hannah Arendt, uma vez que o tema se colocou para ela também por via das questões provocadas pelo processo Eichmann.¹⁸³

Como essa dicotomia pode responder às indagações antes formuladas, sigamos o texto:

Conhecer as normas sem pensar sobre elas pode ser uma atitude de bom senso no ensino e na prática do Direito, mas pode igualmente gerar perigosas conseqüências. Com efeito, o pensar surge diante de uma dificuldade que suscita um prévio questionamento antes de uma tomada de decisão. Daí a expressão: parar para pensar. Não pensar protege as pessoas dos riscos do exame crítico e da dúvida – que é o que enseja, para usar a terminologia de Viehweg, a zetética jurídica – e traduz-se numa adesão impensada às normas de conduta de uma dada sociedade – ou seja, par continuar com Viehweg, a dogmatização progressiva do conhecimento jurídico. Essa dogmatização leva as pessoas a se habituarem não com o conteúdo das normas, cujo exame detido as deixaria perplexas, mas sim com a posse de normas que permitem, com relativa facilidade e regularidade, a elas subsumir casos e situações particulares. Isto aconteceu, aponta Hannah Arendt, na Alemanha nazista e na Rússia stalinista, regimes que eficazmente inverteram os mandamentos básicos da moral ocidental.¹⁸⁴

Pensar é, ainda, algo mais do que se pode extrair, simplisticamente, da atitude “parar para pensar”: deixar de fazer qualquer *mais* para fazer só *pensar*. Parar para

¹⁸¹ LAFER, 1988, p. 87.

¹⁸² LAFER, op. cit., p. 86.

¹⁸³ Ibid., p. 88.

¹⁸⁴ LAFER, loc. cit.

pensar é parar com tudo o mais que não seja o pensar, não é parar o pensar. Porque, muito bem, “para Edgar Morin, pensar é *pensar em movimento*”¹⁸⁵. Assim o corte epistemológico não é o seccionamento, ou a secção, de uma “realidade” em um dado momento histórico e um definido lugar geográfico, mas é uma *projeção* (é um constante *projeto*) dinâmica de uma certa situação: é uma instância do pensar que não descarta do movimento. “O processo de pensamento é um *processo dinâmico de construção*”.¹⁸⁶

Recusa-se a idéia de um Direito não pensado, calcado somente em simples fontes de conhecimento *sem racionalidade*. Também se recusa um Direito “puro” que não sirva à sua própria aplicação. O Direito é enquanto concreção prática conforme a uma racionalidade sistêmico-judicativo-decisória. Ora, as fontes, quaisquer que sejam, não atingem o requisito jurídico da sua aplicabilidade direta¹⁸⁷, sem a intervenção do racional-razoável. As fontes “param” no nível do conhecimento, e só noeticamente vão ao nível do compreender. Uma só fonte, em si mesma, não faz Direito nem é por si só aplicada como Direito: ela será fonte, sim, mas com outras fontes, com outros pontos de partida, que relacionados noeticamente produzem, afinal, a norma que será aplicada ao caso decidendo.

Ademais, pela dimensão do conhecimento, persegue-se a verdade¹⁸⁸; pela dimensão da racionalidade persegue-se a verossimilhança¹⁸⁹. E esta, ao contrário da

¹⁸⁵ ROGER, op. cit., p. 90.

¹⁸⁶ Op. loc. cit. V. nota 120, *supra*.

¹⁸⁷ “As proposições jurídicas são, como dissemos, regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem. Para cumprirem esta sua função têm de ser aplicadas. Como é aplicada uma norma jurídica? A resposta a esta pergunta parece fácil. Como quadro invariável, adentro do qual se leva a cabo toda a aplicação de uma norma jurídica, temos à disposição um esquema lógico aparentemente simples. A dúvida sobre se este esquema é suficiente surge necessariamente do conhecimento, proporcionado pelas reflexões feitas até aqui, de que não aplicamos apenas normas jurídicas isoladas, mas, na maioria das vezes, aplicamos uma regulação global, com inclusão das decisões ‘negativas’ que nela se encontram. A principal dificuldade resulta, no entanto, da natureza dos meios de expressão lingüística e da inevitável discrepância entre a regulação projectada para uma determinada realidade e a variabilidade desta realidade, quer dizer, o carácter ‘fluido’ da maior parte dos factos regulados.” LARENZ, 1989, p. 323-324.

¹⁸⁸ Tome-se *cum grano salis* esta dupla afirmação, na medida em que a verdade e a verossimilhança têm conceitos que se podem aproximar, como se verifica em Kant (nota seguinte). Leia-se, ainda, SANTOS, 2000, p. 96: “A segunda consequência é que a verdade é a retórica da verdade. Se a verdade é o resultado, provisório e momentâneo, da negociação de sentido que tem lugar na comunidade científica, a verdade é intersubjetiva e, uma vez que essa intersubjetividade é discursiva, o discurso retórico é o campo privilegiado da negociação de sentido. A verdade é, pois, o efeito de convencimento dos vários discursos de verdade em presença.”

¹⁸⁹ “Chamámos acima à dialéctica em geral uma lógica da aparência. Não significa isto que seja uma teoria da verossimilhança, porque a verossimilhança é uma verdade, embora conhecida por razões insuficientes; verdade,

verdade que por si mesma se impõe, exige justificação, esta exige um discurso de convencimento. O Direito – e nisso parece não restarem quaisquer dúvidas – “trabalha” com plausibilidade, verossimilhança. Ora, a verossimilhança é construção discursivo-noética: não é uma “verdade” axiomática que se impõe a nossos olhos ou, melhor, ao nosso simples conhecer ou saber.

Em conclusão, as fontes do Direito, como dados, são instâncias de cognoscibilidade do Direito, como um *construído*, não se constituindo *ainda* em Direito porque este requer uma instância (sistêmica) de racionalidade. As fontes são, portanto, *exteriores* ao Direito¹⁹⁰, apresentando-se como afluentes ou tributários desse imenso rio, mas, para nele penetrar, são hermeneuticamente tratadas de tal modo que, quando são já água desse rio, não são mais a “pura” fonte inicial.

Outro problema, contudo, persiste, qual seja: afinal, de onde nasce e se desenvolve o Direito?

3.1.1.3 O Direito como fonte de si mesmo

A meio caminho entre a fé
e a crítica está a estalagem da razão. A razão
é a fé no que se pode compreender sem fé; mas é uma fé ainda,
porque compreender envolve pressupor
que há qualquer coisa compreensível.
Fernando Pessoa. *O Livro do Desassossego* (p.188).

pois, cujo conhecimento é deficiente, mas nem por isso é enganador, não devendo, por conseguinte, ser separado da parte analítica da lógica.” KANT, 1997, [A 293; B 350], p. 295.

¹⁹⁰ Defende-se posição diametralmente oposta à de diversos autores, entre os quais Serrano que, nesse excelente trabalho, trabalhando a categoria “validade” em referência às normas, diz: “... pero nadie puede dudar de que la fuente es elemento del sistema jurídico. En realidad – como sostiene Luhmann (1993:103 e 110) -, ‘el único test de validez reside en el logro de una variación del estado circulante de validez del sistema, en la conexión circulante, de una operación con otra, en la autopoyesis del sistema’. No hay, pues, ninguna razón última que valide, sólo formas que fluyen. No hay ningún ‘acto constituyente’ exterior y previo que actúe como manantial de validez: hay juicios de validez (funciones) y hay fuentes (estructuras de funciones).” SERRANO, 2003, p. 17.

Têm-se, como dito anteriormente, as tradicionais fontes do Direito como exteriores ao rio que é o Direito. Na concepção que se procura desenvolver, esse imenso rio que é o Direito é um “rio” orgânico, vivo, que pode rejeitar afluentes, ou que sabe transformá-los para os tornar rio.

Diz-se, então, que o conceito tradicional de fontes está fora da idéia de Direito, como algo que alimenta um corpo vivo, mas que não é esse corpo vivo. Não se pode, portanto, afirmar que o Direito é um conjunto de leis e de costumes, ou de leis, de costumes, de doutrina e de jurisprudência, porque esse “amontoador” não daria sequer uma pálida noção do que seja o Direito. Dir-se-ia que a jurisprudência é Direito e, assim, sendo *interna*, não é fonte. Acrescentamos que a jurisprudência, enquanto conjunto de julgados, é fonte externa ao Direito, como ponto de partida, entre tantos outros para a construção cognitivo-normativa; cada um dos julgados é Direito, enquanto norma “individual” concreta, produto de decisão judicativa.

Há que procurar a gênese do Direito no *interior* do Direito, em si mesmo, já que a exogenia não nos deu uma noção satisfatória.

O Direito é fonte de si mesmo, por mais tautológica que a frase pareça (e somente o Direito é fonte de direitos). Isso mesmo já era dito pelos romanos das nossas origens jurídicas. A autoridade de Kelsen confirma:

... que fonte de Direito, isto é, a origem ou causa do Direito, aquilo de que o Direito nasce, aquilo que produz Direito, só pode ser o Direito, pois é o Direito que regula a sua própria produção”.¹⁹¹

É Kelsen na boa tradição romana, mas é também o Kelsen positivista: “Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”¹⁹². Interprete-se, ainda, o pensamento de Kelsen:

¹⁹¹ KELSEN, 1994, p. 283. Esta é uma idéia recorrente de Kelsen. Páginas antes, Kelsen escrevia: “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito” (p. 260-261). E páginas adiante: “Isto quer dizer, porém, que o Direito regula a sua própria criação.” (p. 346). V. também p. 80 e 246.

¹⁹² KELSEN, op. cit., p. 259.

Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico.”¹⁹³

Note-se: antes de o rei Midas tocar, a *coisa* não era, ainda, ouro; do mesmo modo, antes de o Direito tocar algo não é, ainda, Direito. As fontes tradicionais do Direito não são, *ainda*, Direito: precisam que este as toque, precisam que este as transforme, para que se tornem Direito. Por isso se repete, conclusivamente: o conceito tradicional de fontes está fora da idéia sistêmica de Direito¹⁹⁴.

Na tradição romana, aparece que “*non ut ex regula jus summat, sed ex jure, quod est, regula fiat* (D. 50, 17, 1)”¹⁹⁵. E já Aristóteles afirmava que “o Direito é um múltiplo de si mesmo”. Com estes argumentos de autoridade, continue-se a argumentação da *externalidade* das fontes tradicionais do Direito. Para isso, ouça-se, ainda, Luhmann:

Como já foi acentuado, isso não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido.¹⁹⁶

¹⁹³ KELSEN, 1994, p. 308.

¹⁹⁴ Deve referir-se que esta não é a posição kelseniana em que as fontes (divididas em *vinculantes* e *não vinculantes*) são Direito.

¹⁹⁵ Fernando Noronha que assim traduz: “Não é da regra que se obtém o direito, mas é do direito, como este é, que se faz a regra.” E acrescenta, magistralmente, que essa regra “quase bimilenar deveria figurar no intróito dos compêndios jurídicos atuais, tão preciosa é a lição que encerra, e também tão negligenciada que tem sido, nestes quase dois séculos decorridos desde a promulgação do Código Civil francês, tão dominados pelo positivismo jurídico e pela sua dogmática essencialmente formalista, com a sua peculiar técnica de construção do direito a partir de postulados, conceitos e pirâmides de conceitos – da qual a ciência jurídica ainda não se libertou totalmente.” NORONHA, Fernando. O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 35.

V. nota 113, *supra*. Mais à frente, no item sobre máximas e brocardos, mostra-se o papel auxiliar que essas “frases breves e rudes” têm como instrumentos retóricos, tal como se mostra neste desenvolvimento quanto à externalidade das fontes.

¹⁹⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 19; TEUBNER, 1993, p. 176, parece mais claro: “Ao passo que, nos casos normais, um sistema é fechado relativamente ao seu ‘continuum’ material, não podendo ‘utilizar’ directamente as respectivas estruturas e elementos, no nosso caso específico já o mesmo se não passa: os subsistemas sociais são, por assim dizer, permeáveis ‘para baixo’. Poderia quase servir aqui a metáfora da ‘osmose’ unilateral ou o conceito filosófico de ‘epifenomenologia monista’. Os sistemas sociais utilizam o fluxo de comunicação social, dele extraíndo comunicações especiais como novos elementos: utilizam as estruturas sociais (expectativas) para a construção de normas jurídicas e as construções da realidade para a construção da ‘realidade jurídica’. Isto não quer dizer que tenham de criar tais elementos ‘ex nihilo’ mas tão-só de imbuí-los do seu próprio universo de sentido. É justamente isto que pretende significar a ideia de hiperciclo jurídico: muito embora constituídos de novo e articulados entre si de forma circular, as unidades de comunicação, estruturas e processos do sistema jurídico permanecem comunicações sociais.”

Esse “estímulo externo” pode ser considerado uma fonte? Serrano¹⁹⁷ considera que as fontes do Direito constituem “un subsistema jurídico llamado el ‘sistema de fuentes del derecho’ ”¹⁹⁸. Este renomado autor, seguindo a teoria dos sistemas, coloca as fontes como algo que pode ser diferenciado do sistema Direito. Conforme o desenvolvimento feito anteriormente, vê-se que, como *dados* que são¹⁹⁹, devem estar fora do sistema que é um *construído*, como já se disse também. Os “estímulos externos” são absorvidos pelo sistema jurídico através de *fagocitose* hermenêutica²⁰⁰. O sistema está na dimensão da racionalidade (noética) para a qual as fontes dadas contribuem na dimensão da cognoscibilidade.

A demonstração de que o Direito se basta a si mesmo para se auto-reproduzir requer, ainda, mais alguns argumentos.

3.1.2 O Direito como instância de discursividade

A primeira averiguação que se impõe diz com o significado de discurso. A palavra discurso opõe-se a intuição. “Essa é a contraposição que se acha em Platão e em Aristóteles entre razão (*dianóia*) e intelecto (*nous*).”²⁰¹ Kant contribui também: “Assim, o conhecimento de todo o entendimento, pelo menos do entendimento humano, é um conhecimento por conceitos, que não é intuitivo, mas discursivo”²⁰². E acrescenta: “Ora pensar é conhecer por conceitos”²⁰³. O discurso apresenta-se, assim, como a exteriorização do pensamento. Em outro sentido, Ferraz Júnior diz

¹⁹⁷ SERRANO, 2003, p. 13.

¹⁹⁸ SERRANO, loc. cit.: “De otra forma aún: con la vieja metáfora de las Fuentes del derecho leída en esta primera acepción se describe el hecho de que los sistemas jurídicos son normativamente cerrados (aunque sean cognitivamente abiertos). Desde aquí vista la metáfora dice, en definitiva, que los sistemas jurídicos regulan su propia producción normativa mediante un subsistema jurídico llamado el ‘sistema de fuentes del derecho’ “.

¹⁹⁹ Veja-se LUHMANN, 1993, acima citado.

²⁰⁰ As metáforas continuam sendo amplamente utilizadas. À metafórica “osmose” de Teubner (v. nota 178, *supra*) prefere-se, em idêntico sentido, a *fagocitose*.

²⁰¹ ABBAGNANO, 2000, p. 289.

²⁰² KANT, 1997, p. 102 [A68; B93].

²⁰³ *Ibid.*, p. 103 [A69; B94].

O discurso é um ato entre homens e deve ser concebido como ação lingüística, isto é, ação dirigida a outros homens em oposição ao mero agir.²⁰⁴ (...) ...discurso enquanto discussão que se fundamenta, enquanto *discussão fundamentante*, admitindo-se como ação lingüística apenas aquela que pode ser *entendida*, isto é, aquela que pode ser ensinada e aprendida.”²⁰⁵

Mais claramente, Ferraz Jr. volta com as seguintes palavras:

Entendemos por discurso uma ação lingüística dirigida a outrem, donde o seu caráter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito. Além disso, dissemos que a ação lingüística não se dirige apenas para outrem, mas apela ao seu entendimento, sendo assim considerada apenas aquela que pode ser entendida, isto é, ensinada e aprendida. A essa situação de aprender e ensinar, na qual a compreensibilidade das ações deve ser manifestada, atribuímos a expressão situação comunicativa. Todo discurso, nesse sentido, revela uma situação dessa natureza.²⁰⁶

Resulta, então, o discurso²⁰⁷ como uma fala²⁰⁸ dirigida a um objetivo. O discurso é intencional, já que o entendemos como a expressão de uma “vontade” dirigida a uma finalidade. Essa vontade, contudo, não é absolutamente discricionária, pois não somente está limitada pelos objetivo a que se dirige, como também, por se expressar através de argumentos plausíveis, está limitada pela “irracionalidade” dos elementos que não se mostrem coerentes para construir a unidade necessária ao discurso.

²⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR., 1997, p. 3.

²⁰⁵ FERRAZ JÚNIOR., op. cit., p. 7.

²⁰⁶ Ibid., p. 57.

²⁰⁷ Não nos embrenhamos, diretamente, pelos caminhos da semiótica, conquanto ela nos traga subsídios valiosos ao nosso estudo. Deixa-se, contudo, um conceito de discurso sob a índole semiótica, transcrevendo LOZANO, Jorge; PEÑA-MARÍN, Cristina; ABRIL, Gonzalo. *Análise do discurso*. São Paulo: Littera Mundi, 2002, p. 25: “Como se sabe, a teoria de inspiração saussuriana concebia uma só lingüística, a da *langue* (definida por Saussure como *sistema* de signos). Contudo, estudos posteriores admitiram o surgimento de uma lingüística da *parole*, de uma lingüística discursiva encarregada da *langue* na comunicação viva. Nesse sentido, Benveniste (1966) definia o discurso como ‘a *langue* enquanto assumida pelo homem que fala e na condição de intersubjetividade, que torna possível a comunicação lingüística’.

²⁰⁸ “Assim, por razões de comodidade técnica e para jamais perder de vista esse papel essencial do auditório, quando utilizarmos os termos ‘discurso’, ‘orador’ e ‘auditório’, entenderemos com isso a argumentação, aquele que a apresenta e aqueles a quem ela se dirige, sem nos determos no fato de que se trata de uma apresentação pela palavra ou pela escrita, sem distinguir discurso em forma e expressão fragmentária do pensamento”. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 7.

A finalidade ou objetivo do discurso é o convencimento ou a persuasão. O Direito, concretizando-se através de um discurso persuasivo, não é a ordem ou o comando, a voz da autoridade que (im)põe sua vontade impossível de ser questionada ou desobedecida²⁰⁹. O Direito deságua em um discurso de convencimento ou persuasão²¹⁰. É o discurso retórico, fundamentado em argumentos verossímeis, em que embora possa ver-se eventualmente uma estrutura de pura logicidade, é essencialmente constituído por uma estrutura tópico-retórica, imposta pela própria (dialética) dialogicidade jurídica.

Como escreve Alexy²¹¹, “discursos são séries de ações interligadas devotadas a testar a verdade ou correção das coisas que dizemos”. No caso do discurso jurídico que “pode ser entendido como um caso especial do discurso prático geral”, dir-se-ia que a *devoção* discursiva é *justificar* a correção das coisas ditas como decisão ou como solução jurídica. Instala-se, aí, como em qualquer discurso prático, a pretensão de correção que pode tomar, no campo jurídico, o nome de *pretensão de justeza*.

3.1.3 O Direito como espaço de sistematicidade

“... diversos ruídos deram a entender que teria sido descoberta uma base mais ‘moderna’ (e mais ‘rigorosa’) para essa ultrapassagem da lógica tradicional, opondo o ‘discreto’ – separado, inanimado, mecânico – ao ‘contínuo’ – unificado, vivo, orgânico.”²¹²

²⁰⁹ O Direito admite a desobediência e, em certos casos, a regula e protege. Veja-se, por exemplo, o caso da desobediência civil.

²¹⁰ “As questões que põem em movimento a tarefa são estas: o que é persuadir? Em que a persuasão se distingue da adulação, da sedução, da ameaça, isto é, das formas mais sutis de violência? O que significa influenciar pelo discurso? Levantar essas questões é decidir que não se podem tecnizar as artes do discurso sem submetê-las a uma reflexão filosófica radical que delimite o conceito de ‘o que é persuasivo’ (*to pithanon*).” RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. São Paulo: Loyola, 2000., p. 21. Ainda: “A retórica, já se disse, foi antes de tudo uma técnica da eloquência; seu alcance é o mesmo da eloquência, a saber, gerar a persuasão.” RICOEUR, op. cit., p. 23.

²¹¹ ALEXY, 2001, p. 181.

²¹² CASTORIADIS, Cornelius. *Figuras do pensável: As encruzilhadas do labirinto*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 272.

Tentou-se mostrar que o Direito enquanto *fluminidade*, pela metáfora das fontes, é, afinal, um pré-Direito, ou algo externo ao Direito. As fontes do Direito estão no ambiente ou entorno do Direito, mas não são, ainda, Direito. Antiteticamente a essa idéia, opôs-se a concepção do Direito como um discurso de convencimento, servindo a sentença jurisdicional de modelo ou de paradigma daquele discurso por ela expressar o Direito concreto.

Propõe-se, agora, na seqüência metodológica que nos impusemos, relacionar a idéia de *sistema jurídico*, exposta no primeiro capítulo, com essa idéia do *Direito como discurso*²¹³. Na verdade, dizer que o Direito é um discurso de convencimento soa com certa vacuidade, na medida em que a esse discurso não sejam colocados limites ou não se defina a sua área de abrangência. Ora, a área de abrangência do Direito como discurso é, precisamente, o espaço que o sistema jurídico dá noeticamente a esse discurso.

Disse-se que o Direito é fonte de si mesmo. Na verdade, está-se dizendo que o Direito somente pode procurar em si mesmo a razão de seu desenvolvimento, a sua própria razão-causadora e sua razão de validade. Daí decorrem caracteres próprios do sistema jurídico, tais como a reflexividade, a circularidade, a teleonomia, como se expôs. Se essa concepção foi já desenvolvida, foi-o aqui, todavia, de um modo um tanto genérico (quicá, superficial), pelo que se verifica a necessidade de voltar ao assunto para caracterizar “objetivamente” o que é Direito enquanto discurso retórico cujo marco é o sistema jurídico.

3.1.3.1 O Direito como um ser vivo

A metáfora que nos serve de modelo para o desenvolvimento da idéia exposta é a do Direito comparado a um ser vivo. Não é de hoje, essa metáfora, pois já em Kelsen aparece a concepção do Direito como um organismo (e não como um

²¹³ Sobre a tensão entre a *teoria do discurso* e a *teoria dos sistemas*, veja-se ALEXY, 2001, p. 107 ss., referindo especialmente Luhmann e Habermas, e a teoria da deliberação prática da escola de Erlangen.

mecanismo). Justifica-se essa metáfora na medida em que não se concebe a vida humana sem o Direito. Como já se disse, o Direito impregna a vida de cada ser humano mesmo que esse ser não tenha disso consciência; e não só cada vida humana como a própria vida humana, no sentido em que está presente em qualquer grupo, organizado ou não.

Por outro lado, o homem é também visto pelo que é a sua linguagem. Sou o que é a minha linguagem, de tal modo que eu só sou enquanto linguagem. Ora, esta linguagem é, quase sempre, algum tipo de discurso. Logo, eu sou o que é o meu discurso; eu sou o que é a minha *fala (pensamento)* dirigida a um objetivo determinado.

Há, portanto, uma *coincidência (uma sobreposição)* entre vida humana, discurso e Direito, de tal modo que dificilmente se pode conceituar uma dessas categorias sem o recurso às outras duas. Eu (ser humano) *não sou* sem o meu discurso e sem o Direito que rege esse discurso (e o meu comportamento). Eu sou (pessoa) com o meu discurso e com o Direito.

Reprodução autopoietica do sistema jurídico é simplesmente produção do direito através do próprio direito. (...) Quem pode dizer o que é o direito? Só o próprio direito.”²¹⁴

As fontes são *externas* ao Direito: não são Direito. Concebamos o Direito como uma célula, a unidade mais primitiva de vida. A célula é limitada por uma membrana semipermeável. Os alimentos que do exterior vão à célula são “coados” pela membrana celular e, nesta, pela sua estrutura são incorporados (tornam-se “um só corpo”). Não são mais “alimentos”, mas elementos estruturais da célula que os transformou em seus próprios elementos.

Segundo a teoria da autopoiese, o sistema vivo se liga estruturalmente ao seu ambiente, ou seja, liga-se ao ambiente através de interações recorrentes, cada uma das quais desencadeia mudanças estruturais no sistema. A membrana celular, por exemplo, assimila continuamente certas substâncias do ambiente para incorporá-las ao processo metabólico da célula. O sistema nervoso de um organismo

²¹⁴ CAMPILONGO, 2002, p. 79.

muda o seu padrão de ligações nervosas a cada novo estímulo sensorial. Porém, os sistemas vivos são autônomos. O ambiente só faz desencadear as mudanças estruturais; não as especifica nem as dirige.
(...)

À medida que o organismo vivo responde às influências ambientais com mudanças estruturais, essas mudanças, por sua vez, alteram o seu comportamento futuro. Em outras palavras, o sistema que se liga ao ambiente através de um vínculo estrutural é um sistema que aprende.”²¹⁵

As imagens expostas servem à compreensão do Direito. Cada estímulo externo – social, político, etc. – é, no sistema jurídico, fonte de aprendizagem pela mudança estrutural que possa provocar. Mas não é mais “aquele” estímulo, porque foi coerentizado com o sistema. O sistema somente aceita essas perturbações externas quando delas necessita para obter respostas estruturais para si mesmo. Por outras palavras, não é qualquer perturbação social, política ou de outra natureza externa ao Direito que o estimula: o Direito seleciona os “ruídos” antes de permitir a sua absorção e os metaboliza na medida em que deles necessita para resolver problemas jurídicos. Por isso, há que ver sempre todo o *metabolismo* que originou uma determinada resposta. Nesse metabolismo está inserido todo um passado, toda uma vida de evolução, ou, pelo menos, toda uma vida de *influências ambientais com mudanças estruturais*²¹⁶.

Tomemos como exemplo o metabolismo de uma célula. Consiste ele numa rede (*forma*) de reações químicas (*processo*) que envolvem a produção dos componentes da própria célula (*matéria*) e respondem cognitivamente, ou seja, através de mudanças estruturais autodeterminadas (*processo*), às perturbações do ambiente.²¹⁷

²¹⁵ CAPRA, 2002, p. 51.

²¹⁶ “Em outras palavras, todos os seres vivos têm uma história. A estrutura viva é sempre um registro dos desenvolvimentos já ocorridos.” CAPRA, op. cit., p. 51.

²¹⁷ “...defini o *padrão de organização* de um sistema vivo como a configuração das relações entre os componentes do sistema, configuração essa que determina as características essenciais do sistema; a *estrutura* do sistema como a incorporação material desse padrão de organização; e o *processo vital* como o processo contínuo dessa incorporação. Escolhi os termos ‘padrão de organização’ e ‘estrutura’ para dar continuidade à linguagem usada pelas teorias que compõem minha síntese. Porém, como a definição de ‘estrutura’ nas ciências sociais é muito diferente da definição desse mesmo termo nas ciências da natureza, vou modificar minha terminologia e passar a usar os conceitos mais gerais de *matéria* e *forma* a fim de harmonizar os diferentes usos do termo ‘estrutura’. Nessa terminologia mais geral, as três idéias sobre a natureza dos sistemas vivos correspondem ao estudo da forma (ou padrão de organização), da matéria (ou estrutura material) e do processo.” Ibid, p. 83-84.

O Direito é, então, metaforicamente, um ser vivo que se auto-transforma: evolui por seus próprios meios, conquanto receba “estímulos”, “perturbações” ou “ruídos” do seu ambiente. Isso já era visualizado quando alguém escrevia que

O direito, conforme a idéia que dele se tem atualmente, é um organismo objetivo da liberdade humana.(...) O direito, como criação real objetiva, tal como se nos manifesta na forma e no movimento da vida e do comércio exterior, pode ser considerado como um organismo, e neste patamar devemos colocá-lo para fazer dele nosso completo estudo. Valendo-nos dessa imagem, reconhecemos ao direito todos os atributos de um produto natural: unidade na multiplicidade, individualidade, crescimento, etc. (...) Todo o organismo pode ser considerado sob um duplo ponto de vista: anatômico e fisiológico. O primeiro tem por objeto os elementos deste organismo e sua ação recíproca, ou seja, a sua estrutura; o segundo, as suas funções.²¹⁹

Concebe-se, então, o sistema jurídico como um sistema autopoietico. O Direito tem resistido a ser espartilhado em um conceito, tenha este um caráter amplo²²⁰, ou tenha um sentido estrito²²¹, seja ele construído genética, estrutural ou funcionalmente²²². Só por essa “resistência” se mostra a complexidade que é, efetivamente, o Direito. Ora, começa a ter amplo consenso entre os estudiosos que a forma epistemicamente profícua de enfrentar a complexidade é o pensamento sistêmico.

Dizer que o Direito é um discurso soa a conceituá-lo instrumentalmente, ou seja, erigir o meio, técnica ou arte, como o *ser*. O discurso jurídico aparece, então, como um instrumento. Por outro lado, contudo, o discurso é a concreção do Direito,

²¹⁸ O emprego desta palavra – unicamente -, aqui, denota a pretensão idealista, utópica mesmo, de que as palavras sejam sempre entendidas com um único significado certo. Temos plena consciência dessa impossibilidade, mas propugnamos por uma menor amplitude significativa dos termos científico-jurídicos. Por isso são termos, e não (somente) palavras.

²¹⁹ IHERING, Rudolph von. *El Espíritu del Derecho Romano em las Diversas Fases de su Desarrollo*. Granada: Comares, 1998, pp. 21-22, em espanhol, na fonte.

²²⁰ “Adoto aqui uma concepção ampla de direito: direito é um corpo de procedimentos regularizados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força.” SANTOS, 2000, p. 290.

²²¹ Consideram-se de sentido estrito todos aqueles conceitos que dão o Direito como um conjunto de normas (ou definições similares).

²²² Os conceitos podem ser construídos genética, estrutural e funcionalmente. No conceito genético, o *definiens* mostra a fonte ou a origem; no estrutural, mostra o que é; no funcional explica a finalidade ou para que serve o *definiendum*.

portanto, já finalidade ou função. Mas a concepção (ontológica) do Direito, como um sistema, é mostrada pelo discurso. A *realidade* do Direito obriga a concebê-lo como uma complexidade sistêmica, ou como sistema complexo, em que o discurso é a tradução do sistema que funciona por comunicações discursivas. Pretende-se, assim, mostrar que o Direito é no início, meio e fim, um discurso, ou seja, o todo *Direito* é um discurso na sua gênese, na sua estrutura e na sua função.

Nessa linha de pensamento, firme-se, não como conceito, mas modestamente como noção²²³, que o Direito é um discurso retórico que traduz um pensamento sistêmico autopoiético.

3.2 Discurso, sentença e decisão

Importa, agora, que o enfoque do desenvolvimento seja voltado para a finalidade do Direito, pois não se concebe este sem a sua aplicação ou concreção.

Posto o Direito como um discurso, tem-se na sentença jurisdicional o modelo empírico a ser observado epistemicamente, não, repita-se, que o Direito se esgote na sentença - há Direito fora dos órgãos judicantes -, mas apenas como fontes documentais exemplificativas do pensamento decisório. Pretende-se, assim, discorrer sobre os "ruídos" que podem servir de "estímulos" ao autodesenvolvimento do Direito, tomando como modelo a sentença judicial que concretiza os "mecanismos" de convencimento da justeza da decisão. Para isso, dá-se atenção especialmente à motivação sentencial por ser esta o discurso de convencimento em que, afinal, na linha exposta, é o próprio Direito.

²²³ Faz-se diferença entre *conceito* e *noção*. V., a propósito, GRAU, 2002, p.213.

3.2.1 A sentença como instância de inteligibilidade

Rete enim Veritas Temporis filia dicitur, non
Authoritatis²²⁴

O problema que este ponto procurará discutir e solucionar diz com o conteúdo da sentença, ou seja, quais são as *fontes* que levam à decisão jurisdicional.

Por quê essa ênfase, digamos, na sentença? Embora não tenhamos, de modo algum, propensão a adeptos do *realismo jurídico*, quer escandinavo, quer norte-americano, não podemos deixar de constatar que o Direito se efetiva principalmente com a sentença, com o *jurisdictum*. Quando fazemos a afirmação anterior, estamos dizendo que o Direito se efetiva *também* por outras formas que não só a sentença, e admitimos, assim, essa efetivação nas relações interpessoais, sem que haja a intervenção jurisdicional.

Afinal, o Direito está essencialmente ligado ao problema da decisão²²⁶. E, assim, pretendemos passar a idéia de que a decisão final – sentença ou acórdão – é o momento em que, comparado com a instância de cognoscibilidade, em que “objeto está presente no pensamento”, a inteligibilidade se distingue “na medida em que este último contém a mais a idéia de um conhecimento racional”²²⁷.

O enfoque que se pretende dar tem a ver com a análise da sentença em nível de discurso, mas não com preocupações acerca da estrutura lingüística, especialmente no que concerne ao nível sintático-semântico²²⁸, embora algumas incursões lexicais. Simplesmente, a análise recairá sobre os argumentos²²⁹ que, numa

²²⁴ *Pois a verdade é corretamente chamada de filha do tempo, não da autoridade.*

²²⁵ KELSEN, 1994, define o conceito de ato legal como um ato por meio do qual a norma legal é emitida ou aplicada.

²²⁶ Cf. GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade argumentativa*. Porto: Asa, 1993, p. 52.

²²⁷ LALANDE, 1999, p. 166.

²²⁸ “A análise semântica não deve ser considerada relevante para o direito.” WARAT, Luiz Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. 2. versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 43.

²²⁹ Falamos de *argumentos* como os elementos racionais capazes de convencer a *justeza* de uma decisão. “O pensamento argumentativo organiza-se a partir de entinemas e, portanto, não permite o controle lógico das evidências que postula. Para os aristotélicos, o entinema é um silogismo fundamentado a partir da verossimilhança, ou seja, uma afirmação das verdades desenvolvida à margem das demonstrações lógicas e

escrita intencional e finalística, conduzem ao julgamento. Consideramos a sentença um discurso jurídico por excelência, ou, melhor, como o paradigma do discurso jurídico. Não que, repete-se, não se admita que o discurso jurídico se desenvolva também em instâncias de discussão acadêmica, em peças processuais tais como a petição inicial ou a contestação, e, ainda, os recursos, mas por significar a sentença a solução de um litígio ou controvérsia.

Não se analisa a *táxis* sentencial, ou seja, “a ordem, construção e disposição das partes dos discursos”²³⁰, mas, essencialmente, as interligações das partes que, por força da lei, comporta a sentença. Por isso, a inversão neste estudo em que, primeiramente tratamos do *decisum* para tratar depois da motivação.

Não estamos, assim e *a priori*, preocupados com a estrutura²³¹ do discurso, tida essa como o modo de relação e de ordem entre os elementos discursivos. O enfoque pretendido leva simplesmente à *descoberta* dos elementos que conduzem à decisão jurisdicional no Direito atual, sabido que não são somente os textos legais que determinam uma decisão. Não se discute propriamente a estrutura da sentença, mas o processo pelo qual o magistrado justifica²³² o *decisum*.

3.2.1.1 Cognoscibilidade e inteligibilidade

O processo de aplicação do Direito vem acompanhado, muitas vezes, da idéia básica de um trabalho puramente cognoscitivo. Trata-se da concepção *mecanicista* da

apoiada unicamente ao nível do pensamento popular, das crenças socialmente estereotipadas. Substitui-se, assim, no entinema, a verdade pela verossimilitude.” WARAT, 1995. p.87.

²³⁰ ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem: a Arte Retórica de Aristóteles*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 123.

²³¹ "A tarefa fundamental da Hermenêutica - a saber: dar conta de um conhecimento pré-predicativo, vivencial, implícito - pode ser, porém, prosseguida por uma filosofia da linguagem e por uma teoria do significado que relacione o que é *expresso* pelos locutores com o que é por eles *pressuposto* no acto de comunicação, o que é *dito* e o que é *implicado*. Não se trata já do problema *gramatical*, da análise da estrutura da linguagem (enquanto sistema *sígnico*), mas da actuação (*applicatio*) do sistema no acto discursivo concreto. O que supõe uma teoria do significado de base pragmática LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: Análise de uma "recepção"*. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 136.

²³² Note-se o elemento *ius* (direito, justiça) nesta palavra e o significado de *justificar*, conforme os léxicos: *demonstrar que é justo ou necessário; demonstrar que (algo) está certo ou que (alguém) está com a razão; fornecer argumentos a favor de; dar fundamento a*. Ver HOUAISS. Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1693 e 1696.

²³³ ROHDEN, op. cit., p. 123.

função judicial, pela qual o juiz limita o seu raciocínio a uma seqüência de operações lógicas que levam obrigatoriamente a um único *decisum* possível.

A aplicação do Direito, por essa concepção, não é mais do que a subsunção²³⁴ do fato julgando ao texto legal na sua forma literal, subsunção essa manifestada através de um silogismo dedutivo em que a premissa maior é a lei - com seu caráter de generalidade -, a premissa menor é o caso a julgar - com seu caráter particular - e a conclusão obrigatoriamente lógica é a decisão ou dispositivo. A escola da Exegese tem como paradigma exatamente essa forma de raciocínio, que Aristóteles denominou analítico.

Diríamos, então, que o processo mental do julgador limita-se à cognoscibilidade, ou seja, à consciência de que o "objeto está presente no pensamento"²³⁵, para daí inferir uma conclusão ante o objeto que pode ser conhecido sensivelmente, ou também empiricamente. Fazemos, assim, diferença com a possibilidade de o objeto ser compreendido, ou seja, com a inteligibilidade que requer um processo de conhecimento racional, elaborado, dialético²³⁶, que não pára no simples conhecer pelos sentidos. A cognoscibilidade pretende chegar à *verdade*²³⁷, pois o raciocínio que elabora os conhecimentos obtidos pelos sentidos vem impregnado de certeza.

O raciocínio²³⁸ jurídico não se compadece com premissas de caráter universal às quais possam ser subsumidas premissas particulares e, assim, obter uma única

²³⁴ LARENZ, 1989. p.552, comenta o significado lato e, portanto, de certa ambigüidade, do termo subsunção, com as seguintes palavras: "O que o jurista freqüentemente designa, de modo logicamente inadequado, como 'subsunção', revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade. A parte da subsunção lógica na aplicação da lei é muito menor do que a metodologia tradicional supôs e a maioria dos juristas crê."

²³⁵ LALANDE, 1999, p. 166.

²³⁶ Os raciocínios dialéticos, desenvolvidos por Aristóteles na *Retórica*, nos *Tópicos* e nas *Refutações sofisticas*, dizem respeito "aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes" PERELMAN, 1999, p. 2.

²³⁷ "Para Hannah Arendt, no entanto, a faculdade da razão (*Vernunft*) é algo distinto, apesar de interligado, do intelecto (*Verstand*), que é a faculdade da cognição. O intelecto almeja apreender e perceber o que é dado aos sentidos e tem como critério a verdade. A razão almeja compreender o significado e é orientadora de uma hermenêutica que leva a uma 'visão' da existência humana argumentada com mais ou menos plausibilidade e relevância." LAFER, 1988, p. 87.

²³⁸ Raciocínio ou argumentação é a pergunta que Michel Miaille formula na sua festejada obra "Introdução crítica ao Direito" (pp. 195-196) para responder: "*no sentido restrito da palavra, não há raciocínio jurídico: há argumentação*". Defendemos, contudo, que o raciocínio dialético emprega essencialmente argumentos. Então, em primeira análise, as duas palavras - raciocínio e argumentação - não são excludentes.

conclusão. O raciocínio jurídico é discurso na medida em que trabalha com argumentos plausíveis, em que o que importa é a verossimilhança, quer do relato- interpretação dos fatos, quer dos elementos discursivos.

O processo judicativo, ou a função jurisdicional, exige mais do que o simples conhecer que possa levar à construção mecânica de um silogismo. Os textos legais são tidos como regras escritas gerais, isto é, que se aplicam indistintamente a todas as pessoas. Por esse prisma, a concreção do Direito seria sempre uma injustiça, já que as pessoas são diferentes e diferentes são os seus atos. Nestes, está presente a *individualidade* do referente humano ou do agente; nestes estão presentes as circunstâncias e estas não são abstraídas quando da concreção jurídica e a *individualidade* ("aquele" homem como ser humano único, diferente de todos os demais) deve ser levada em conta. O raciocínio do julgador, com todos esses elementos *dados*, é construído por argumentos de plausibilidade, em que

Talvez seja apropriado dizer que a finalidade do raciocínio é a decisão, e a essência da decisão consiste em escolher uma opção de resposta, ou seja, escolher uma ação não verbal, ou uma palavra, ou uma frase, ou uma combinação dessas coisas, entre as muitas possíveis no momento, perante uma dada situação. Os termos raciocinar e decidir estão tão interligados que, por vezes, se confundem. Phillip Johnson-Laird captou essa estreita interligação sob a forma de uma máxima: "Para decidir, julgue; para julgar, raciocine; para raciocinar, decida (sobre o que raciocinar)."²³⁹

A parte da sentença denominada motivação é precisamente a exposição escrita dos caminhos retóricos que justificam a decisão. É a motivação que deve *convencer* o leitor da sentença acerca justeza da decisão, através do discurso jurídico-pragmático dirigido às conseqüências – as próprias do processo judicial, mas também as conseqüências sociais, como se verá no capítulo 4, adiante.

²³⁹ DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 197.

3.2.1.2 O contexto de descoberta e o de justificação

Não se descarta que a estrutura da sentença civil é composta pelo relatório, pela motivação (os fundamentos) e pela decisão (o dispositivo)²⁴⁰, partes que se entrelaçam, partes que são interdependentes. Permita-se, contudo, que essa ordem seja subvertida para almejar o alcance de uma conclusão sobre os caminhos que levam à decisão judicial, como dissemos na introdução.

É já por demais discutido que o julgador forma primeiramente um juízo de jurisdição²⁴¹ – de dizer o direito, ou de dizer quem tem razão – para, depois, construir a motivação dessa decisão²⁴². A teoria da subsunção, ou seja, a do enquadramento do fato sabido à norma jurídica, tem sido sabiamente combatida, na medida em que o raciocínio jurisdicional não é silogístico, ou, pelo menos, raras vezes é puramente silogístico. Fugimos, pois, do “*determinismo jurídico*” (o *determinismo lógico-subsuntivo*), mas também do “*decisionismo (e irracionalismo) jurídico*”²⁴³ para colher, tanto quanto possível, os elementos de uma *racionalidade comunicativa*.

²⁴⁰ Código de Processo Civil

Art.458. São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

²⁴¹ Inclinao-nos, assim, para a tese do realismo jurídico norte-americano, tão bem representado por Jerome Frank. Este juiz escreveu: “O processo do julgamento raramente começa com uma premissa com base na qual se chegará, logicamente, a uma conclusão; ela começa mais de modo inverso: com uma conclusão vagamente formulada e, em seguida, procuram-se as premissas que a justificam”. FRANK apud ARNAUD; DULCE, 2000, p. 108. “Uma vez exposto algo é necessário demonstrá-lo.” ROHDEN, 1997, p. 124. “Melhor dizendo, os raciocínios que justificam uma decisão judicial são ulteriores à própria tomada de decisão.” ARNAUD; DULCE, op. cit., p. 108.

²⁴² O direito processual brasileiro adotou uma forma silogística para a *forma* da sentença. Isso não significa, contudo, que o pensamento judicativo seja silogístico. Parece, assim, não haver correspondência entre o *iter* do pensamento do julgador e a apresentação formal desse pensamento. O direito processual alemão aparece-nos mais consentâneo com o caminho que o pensamento do julgador percorre. “Note-se, de início, que diferentemente da estrutura apontada nos demais sistemas processuais, no ordenamento alemão, a decisão, propriamente dita, e o relatório precedem à motivação da sentença. Assim, após proferir o resultado do julgamento, o juiz deverá expor a pretensão do autor e a eventual contrariedade que lhe foi ofertada pelo réu, bem como os demais atos procedimentais verificados; ato contínuo, segundo o n. 3 do citado dispositivo legal, passará, em apertada síntese, a tecer as considerações de fato e de direito em que lastreou o *decisum*.” CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 80.

²⁴³ CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 33-34.

Como terceiro tipo de racionalidade, havemos de considerar o que não se limita à compossibilidade (lógica) e não se realiza numa referência objectiva (seja teórico-especulativa, seja teórico-explicativa, seja funcional-técnica) e sim numa actividade *comunicativa*, numa relação entre sujeitos segundo o esquema sujeito/sujeito – cfr. K.-O. Apel, *Transformation der Philosophie, Einleitung*, p. 14 ss. e *passim*. Manifesta-se ela num discurso *argumentativo*, numa troca comunitária e dialógico-dialéctica de *argumentos*.²⁴⁴

Colocamos o Direito como um discurso retórico, ou seja, uma fala que tem por finalidade o convencimento de um auditório. Ora, o convencimento de alguém pressupõe, cremos, a convicção do locutor²⁴⁵. A convicção do locutor — do advogado na defesa do seu constituinte, do juiz na prolação da sentença — deve estar formada pelo *achamento (inventio)*²⁴⁶ da solução e pela *fundamentação (demonstratio, ou iudicium)* dessa solução²⁴⁷, ou seja, em termos de epistemologia moderna, pelo *contexto de descoberta*²⁴⁸ e pelo *contexto de justificação*²⁴⁹.

²⁴⁴ NEVES, 1993, p. 36-37.

²⁴⁵ ALEXI, 2001, p. 283, nas "Regras e formas do discurso prático geral", inclui a seguinte: "Todo o falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo crê".

²⁴⁶ A propósito: "O ponto alto da contribuição da *Tópica e Jurisprudência* acha-se na ênfase atribuída à interpretação e aplicação do Direito, através do pensamento aporético, conducente à *invenção*, centrado no problema". AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 94.

²⁴⁷ Em que pese o termo latino *demonstratio*, a justificação normativa não é uma demonstração. A demonstração está relacionada com a verdade, enquanto a justificação diz com a plausibilidade. Veja-se, a propósito, Castanheira Neves, 1993, p. 32-33: "O que afasta o carácter apodíctico dos juízos jurídicos e do mesmo modo a possibilidade de a fundamentação que exprimam se pretender impor como *demonstração*, pois só lhe é viável uma *justificação* prática, uma fundamentação argumentativa da solução obtida, susceptível apenas de lograr a plausibilidade ou aceitabilidade da sua 'evidência' prático-comunicativa no contexto comunitário em que seja vinculante."

²⁴⁸ "Un teórico puede centrarse en predecir con qué *motivaciones* el caso-tipo T será efectivamente resuelto por los tribunales (contexto de descubrimiento) o, por otro lado, puede tratar de predecir cómo se *justificará* la decisión en el caso-tipo T, es decir, cómo se legitimará la decisión (contexto de justificación)." AARNIO, 1995, p. 94. Diga-se, entretanto, que Aarnio, referindo-se a Alf Ross, logo a seguir ao texto acima, acrescenta: "Los filósofos Del Derecho nos han recordado en varias ocasiones que las razones para una resolución judicial no tienen que ser las que se utilizan abiertamente en la justificación de la decisión. El tribunal puede presentar argumentos que son totalmente diferentes a aquellos sobre los que efectivamente se basa la decisión. La posibilidad de esta legitimación de 'fachada' es una cuestión sumamente seria, especialmente en los casos en los que la justificación es exigua, por ejemplo, en los que sólo se hace alguna referencia a ciertos textos jurídicos." AARNIO, op. cit., p.94.

²⁴⁹ "Uma das ideias mais amplamente aceites, em termos implícitos ou explícitos, por todos os defensores da *concepção herdada* é a da distinção proposta por Reichenbach em 1938 entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação. Reichenbach foi o primeiro a explicitar esta contraposição, mas alguns investigadores do tema mostraram que uma distinção similar aparece em *Logik der Forschung* de Popper (1934), no manifesto de fundação do Círculo de Viena (1929), em *Aufbau* de Carnap (1928) e em *Algemeine Erkenntnislehre* de Schlick (1918). Nos anos 70, a viragem historicista advogada por Kuhn e pelos seus seguidores supunha a negação da separação entre os dois contextos." ECHEVERRÍA, Javier. *Introdução à Metodologia da Ciência*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 43-44.

Por quê *contexto*? Porque a palavra indica o “conjunto de elementos que condicionam, de um modo qualquer, o significado de um enunciado”²⁵⁰. Ou, por outras palavras, já com o sentido da sentença: a significação do *decisum* está dependente do encadeamento de idéias exposto na motivação e, antes, no relatório, sendo esse encadeamento o que pode denominar-se contexto²⁵¹.

Como *contexto de descoberta* ou *de descobrimento* entendemos o achamento (*inventio*²⁵²) de uma resposta (solução) a um problema. Entendemos por *contexto de justificação* o conjunto de argumentos que motivam ou fundamentam uma decisão jurisdicional, ou a defesa de uma idéia ou solução. Pode considerar-se, ainda,

Adotamos essa terminologia, conquanto admitamos algumas diferenças conceptuais em relação ao seu emprego principalmente na epistemologia. “La distinción de contextos y la exclusiva importancia epistemológica del contexto de justificación fueron defendidas no sólo por los empiristas lógicos, cuyo principal líder fundados es Rudolf Carnap, sino también por los racionalistas críticos, encabezados por Karl Popper. Si bien las diferencias entre los enfoques de estos autores son variis e importantes – diferencias que incluso los colocaron como enfoques rivales –, se puede afirmar que coinciden en cuestiones de fondo.” RANSANZ, Ana Rosa Perez. Racionalidad y desarrollo científico. In: León Olivé (Ed.). *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995, p. 173.

²⁵⁰ ABBAGNANO, 2000, p. 199.

²⁵¹ Excluimos o significado amplíssimo de *contexto* que, neste caso, seria o contexto judiciário, por exemplo. Nesse sentido, contexto implicará o momento histórico-cultural, o espaço etno-cultural, as circunstâncias extra-processuais do ambiente social, etc. “O problema do contexto é, sem dúvida, um dos problemas mais intrincados, pela existência de posições divergentes e convergentes das distintas escolas e teorias, pela ambigüidade de sua definição etc., que se pode propor a uma semiótica textual.” (...) “O conceito de contexto serviu tradicionalmente como ponte para relacionar as estruturas da linguagem com as estruturas sociais. A sociolinguística, a etnometodologia, a *ethnography of speaking*, inclusive a chamada pragmática, fizeram notar a necessidade de se levar em conta o contexto no qual se situaria a produção linguística. Caso não se o levasse em conta, as expressões linguísticas padeceriam de uma necessária ambigüidade, quando não de uma completa incompreensibilidade.” LOZANO; PEÑA-MARÍN; ABRIL, 2002, p. 37-38.

²⁵² Parece haver aqui uma contradição, no emprego simultâneo de descobrimento e de *inventio*. *Descobre-se* o que já existe e *inventa-se* criando coisa nova. Creio que o Direito romano era muito sábio ao incluir na *inventio* o achamento de coisa alheia perdida, a “descoberta” de coisa escondida, ou a ocupação de coisa móvel. A *res nullius*, embora existente no mundo real, era *coisa nenhuma* (não existia, não era) para e no mundo jurídico; quando achada (ocupada), entrava no mundo jurídico como coisa nova que, ali, antes não existia, pelo que acontecia uma *invenção* (O Código Civil novo (2002) andou mal ao trocar a invenção do antigo pela palavra “descoberta”). Quando falamos em contexto de descoberta ou de descobrimento estamos referindo que a solução já existe no mundo jurídico enquanto sistema sem lacunas, cabendo ao juiz apenas descortiná-la e revelá-la. Ao mesmo tempo, contudo, estamos admitindo que, ao descortinar e ao revelar determinadas soluções de conflitos judiciais, o julgador cria direito ao trazer para o mundo jurídico (concreto) uma nova construção – retórica – que assim o passa a integrar. Ademais, a terminologia *inventio* e *decisum* é herdada do Direito Romano, no que tange à estrutura da sentença. Apesar dessa posição, não podemos deixar de referir: “‘Inventar alguma coisa’ – disse Kant – ‘é totalmente diferente de descobrir. A coisa que se descobre admite-se como já preexistente, apesar de ainda não conhecida, como a América antes de Colombo; contudo, o que se inventa, como a pólvora, não existia em absoluto antes de quem a inventou’ (*Antr.*, I, § 57)”. ABBAGNANO, op. cit., p. 584. Como conclusão, *invenção*, segundo LALANDE, 1999, p. 597, significa, no sentido atual, a “produção de uma nova síntese de idéias e, especialmente, combinação nova de meios com vista a um fim”, conceito que se coaduna perfeitamente com a idéia que se pretende transmitir com a expressão *contexto de descoberta*. A propósito, ainda, a frase de DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 8: “Políticos, editorialistas e cidadãos comuns discutem, às vezes acaloradamente, a questão de saber se os juízes dos grandes processos que atraem a atenção pública ‘descobrem’ ou ‘inventam’ o direito que anunciam, e se ‘inventar’ o direito é estatística ou tirania.”.

contexto de justificação o desenvolvimento monográfico que leva à fundamentação da conclusão.

É, essencialmente, o contexto de justificação²⁵³ que nos interessa, já que se parte do princípio que a *inventio* precede o *judicium*, negando-se assim o método sistemático-dedutivo defendido classicamente como o caminho da decisão no âmbito do Direito.

Esser afirma que “a prática não arranca dos métodos doutrinários de achamento do Direito, mas serve-se deles somente para fundamentar *lege artis* a decisão mais ajustada, de acordo com o seu entendimento do Direito e dos factos”. Esser distingue deste modo entre o *achamento da decisão*, com o que se chegaria a uma decisão “materialmente” adequada – cujo fulcro é a *inventio* das premissas da decisão, processo que é pilotado por uma *Vorverständnis* da solução que é a justa no caso concreto –, e a *fundamentação da decisão*, realizada as mais das vezes ulteriormente e que serve à demonstração da compatibilidade da resolução encontrada com o Direito legislado. Esta distinção entre *achamento* e *fundamentação* da decisão é semelhante à que na epistemologia moderna se traça entre “contexto de descoberta” e “contexto de justificação” ou, na tópica de Vico, entre *inventio* e *judicium* (ou *demonstratio*).²⁵⁴

²⁵³ Essa afirmativa não exclui necessariamente os outros tipos de contexto. “Mientras que toda forma de empirismo lógico reduce el dominio de la epistemología al contexto de justificación, desde Jun en adelante, todo contexto es relevante (descubrimiento, prosecución, justificación, aplicación). En tal sentido, hay un creciente reconocimiento de que las mejores teorías científicas, tanto como la física, química y biología, así como la teoría del aprendizaje, de lo social y de los valores, deben tenerse en cuenta para comprender la actividad científica a pleno, sin eliminación de contextos.” GÓMEZ, Ricardo J., 1995, p. 26.

²⁵⁴ LAMEGO, 1990, p. 219. Um pouco antes, nas págs. 212-213, afirma este renomado autor: “O papel desempenhado pelas valorações pré-sistemáticas na justificação da decisão corrobora a afirmação de Esser de que ‘*não existe uma aplicação do Direito tomada no sentido tradicional*’. Segundo a ideia genericamente difundida por uma concepção de Jurisprudência de valoração, incumbe ao juiz a promoção da aceitabilidade das decisões. No entendimento anti-sistemático de Esser, a fundamentação da decisão tem ma mera função de controlo, de compatibilização com os dados do sistema jurídico de uma decisão achada por outras vias e os métodos doutrinários de achamento do Direito não servirão senão para fundamentar *lege artis* uma solução que se anteviu ou prefigurou como justa e que, afinal, se veio a mostrar compatível com os dados do sistema. A busca da norma aplicável é guiada por valorações pré-sistemáticas e argumentos pragmáticos, nomeadamente os que se referem à opção entre alternativas legalmente possíveis, olhando às respectivas conseqüências.” Continua este autor: “Com isto, Esser apresenta um modelo de argumentação jurídica em que as considerações sobre a razoabilidade do resultado ‘pilotam’ a busca no sistema dos ‘*topoi*’ da argumentação. É a solução ‘justa’ do caso concreto que é assinalada como missão ao juiz.”. *Vorverständnis* pode ser traduzido por *pré-compreensão*.

A exigência de justificação é, essencialmente, uma pretensão de correção²⁵⁵, não de veracidade ou, mesmo, de justiça. Dir-se-ia, e tem-se dito, que é de *justeza* (*Richtigkeit*), mas sempre será de *legitimação*.

Vimos já que: 1) a especificidade do raciocínio jurídico e da racionalidade presente na prática do direito implicam continuidade, atenção aos precedentes, justificação do novo a partir de uma referência ao pré-existente; 2) trata-se de uma racionalidade dialéctica em que razão e vontade não estão separadas, mas articuladas numa conjugação de exigências que são as do razoável; 3) esta racionalidade encontra-se ligada, não à ideia de verdade, mas à ideia de justificação, não às ideias extremas de necessidade ou de arbitrariedade, mas à ideia de razão em situação, exigindo esta situação que a ordem da razão seja antes de mais uma ordem adaptativa; 4) neste quadro, é possível conceber uma racionalidade que a) rejeita as oposições pensamento/ação, teoria/prática, formalismo/pragmatismo, racional/irracional; b) associando-se à noção de preferível e trazendo a primeiro plano a ideia de preferência justificada, dá expressão ao dinamismo interactivo das nossas faculdades e torna inseparáveis e dificilmente isoláveis o plano do conhecimento e o plano do interesse, o plano do ser e o plano da crença e das opções credíveis; c) não é apenas, nem sobretudo, calculadora, mas avaliadora e ajuizadora; d) aliada aos problemas da escolha e da decisão permite conferir um sentido à liberdade humana.²⁵⁶

À parte a posição do renomado autor acima citado relativa à tendência ao laconismo²⁵⁷ por parte do julgador, este visa, na sentença, à produção de um todo coerente²⁵⁸, racional e convincente, sem usar de prolixidade. Descoberta a norma construída²⁵⁹ – ou construída a norma assim descoberta – , há que justificá-la, ou seja, inseri-la em um *contexto de justificação*²⁶⁰.

²⁵⁵ “La pretensión de corrección implica la pretensión de justificabilidad.” ALEXY, 1993, p. 54.

²⁵⁶ GRÁCIO, 1993, p. 63.

²⁵⁷ Posição também de PERELMAN ; TYTECA, 1999, p. 225, como adiante se transcreve. Laconismo opõe-se a prolixidade.

²⁵⁸ “Intuitivamente sabemos se algo é coerente ou não, uma vez que em uma sequência de frases vemos uma delas como causa da seguinte. Van Dijk (1974) já havia afirmado anteriormente (...) que um discurso é coerente quando ‘para cada uma de suas sentenças, as sentenças anteriores são relevantes’.” LOZANO; PEÑA-MARIN; ABRIL, 2002, p.10.

²⁵⁹ Não esqueçamos: o pensar é sempre um construir, como referimos anteriormente.

²⁶⁰ Sobre o assunto, veja-se AARNIO, 1991.

“Em el caso de Habermas la justificación no es la justificación que de hecho pueden dar los agentes racionales en un momento dado, la cual estaría ligada a los recursos materiales, tecnológicos, conceptuales, intelectuales y sociales disponibles por los sujetos de acuerdo con el momento histórico y situación social, sino que se refiere a la justificación que sería admitida, que sería aceptable, por cualquier sujeto racional que disputara la legitimidad de esa pretensión en lo que él ha llamado *condiciones epistémicas ideales*. Estas condiciones son

Dir-se-ia, à primeira vista, que essa justificação não é mais do que o desenvolver da interpretação que o julgador faz dos textos legais, aos quais está submetido (pelo menos, teoricamente)²⁶¹. Mas a interpretação não é um simples jogo racional de textos legais, porque para a interpretação convergem todos os conhecimentos do julgador, não só os propriamente jurídicos, mas também outros que podem ser classificados como *extrajurídicos*. E não só conhecimentos como sentimentos, emoções, modos-de-ser²⁶².

Estacione-se, todavia, um pouco mais sobre essa interessante parte da sentença que é dita *motivação*.

Não basta o juiz decidir. O julgador, ao conhecer *do processo*²⁶³, forma a sua convicção e, com ela, vai motivar a decisão, ou seja, vai argumentar²⁶⁴ no sentido de convencer o mundo jurídico da razoabilidade da sua decisão. O juiz vai formar um *discurso retórico* (de convencimento). Ora, os elementos que compõem esse discurso não se limitam aos textos legais e nem o devem ser, pois a lei (o texto) deve ser conhecida por todos, não precisando ser repetida em peças sentenciais. Devem ser – mas não só –, contudo, as interpretações que o julgador faz desses textos legais tendo presente o caso judicativo. Para a interpretação dos textos legais, converge toda

aquellas en donde no hay ningún ejercicio de poder ...” OLIVÉ, León (Org.). *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995. p. 113-114. Fica, então, exposta uma das razões pelas quais não adentramos as obras de Habermas, conquanto não possam tais obras ser ignoradas em um outro enfoque do assunto que estudamos.

²⁶¹ “La textura abierta del Derecho de la que habla Hart implica que las reglas a través de las cuales se expresa el legislador constituyen sólo una guía relativamente incierta que posibilita la elección de distintas alternativas. A este respecto son muy expresivas las palabras de Aarnio: ‘los artículos de una ley son como una banda de goma. El intérprete los estira o ajusta según las circunstancias.’ ORTEGA, 1998, p. 82.

²⁶² “Confira-se, p. ex., este trecho de um julgado da 3.^a Câmara do 1.^o TACivSP, proferido em 10.2.82: ‘Isenção de magistrado não significa insensibilidade. O juiz há de julgar com tudo que o caracteriza como ser humano. Razão, para o raciocínio, sentimento do justo ou paixão pelo que se lhe afigure, para que não venha a profissionalmente se conduzir como autômato, capaz, portanto, de discernimento, ajustado ao seu meio social e econômico para poder aferir o que haja de excesso e de exagero, mormente quando alguém que se apresente como economicamente forte possa impor condições que, ainda que indiretamente, possam afrontar o ordenamento jurídico, a tradição do justo, recebido, pressentido, intuído pelo magistrado’ (JTACSP 74/243).” citado por BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 125. “É a idéia de que a razão não é um processo meramente intelectual, racional no sentido cartesiano. Há de agregar-se à razão além do intelecto propriamente dito, toda carga sensitiva (intuitiva) e histórica do ser humano.” BELLINETTI, op. cit., p. 116.

²⁶³ Empregamos a expressão “conhecer *do processo*”, no sentido de que o juiz deve conhecer (e não só saber) a(s) matéria(s) contida(s) nos autos e que dão substância ao processo.

²⁶⁴ “A ‘argumentatio’ também chamada de ‘probatio’ (Quintiliano) e ‘confirmatio’ (Cícero) era conhecida, desde a Antiguidade, como uma das partes da arte retórica e, dentre elas, a mais importante, pois se destinava a produzir a credibilidade dos pontos de vista arrolados. Cícero (De inventione I, 24, 34) definia: *confirmatio est per quam argumentando nostrae causae fidem et auctoritatem et firmamentum adjungit oratio* (a confirmação persuade o ouvinte pelo raciocínio, estabelece a verdade da causa e acha as provas que a fazem triunfar).” FERRAZ JUNIOR, 1993, p. 295.

bagagem cultural e intelectual do decisor que dela não pode se divorciar, por mais que existam *ordens* constitucionais que determinam a sujeição estrita do juiz aos ditames legais. A razão simples é que os ditames legais deixam de ser legais para serem jurídicos no momento hermenêutico da interpretação do texto ou dos textos e a interpretação de qualquer texto requer toda a carga cultural de quem interpreta.

Ora, admitir-se essa carga ou bagagem cultural influenciando a decisão judicativa soa a que a sentença não possa ser vista como um resultado *científico* do raciocínio decisório. Não se esqueça, porém, que se deixou de ver sujeito e objeto separados, frente a frente, para os ver reflexivamente juntos. A partir disso se justifica, ainda, que se adentre o problema que surge pela oposição entre *episteme* e *phronesis* ou entre a *ratio speculativa* e a *ratio practica*. Ou seja, por outras latinas palavras, há que se deter sobre *scientia juris versus juris prudentia*.

3.2.2 *Episteme versus phronesis e ratio speculativa versus ratio practica*

O raciocínio que se vem dialético-metodologicamente desenvolvendo apresentaria um *gap* intelectual e retórico, se não se adentrasse, mesmo brevemente, nas questões dialogicamente opostas que se agrupam sob a *episteme* e a *phronesis*, de um lado, e sob a *ratio speculativa* e a *ratio practica*, de outro.

A *epistemologia*, também dita *gnoseologia*, é teoria do conhecimento alçada também a filosofia das ciências. Conquanto a epistemologia tenha cedido lugar, hoje em dia, à metodologia²⁶⁵, conserva-se a *episteme* como designação da ciência, ou do pensamento dito científico.

Sem ofender princípios lógicos ou regras semânticas, pode ver-se no sistema jurídico a *episteme* e, no discurso jurídico, a *praxis*, com o pressuposto da indissociabilidade. Como se vem apresentando, o pensamento científico-sistêmico-jurídico é inseparável da sua aplicação. A teoria não é, em Direito, pura, nem por que

²⁶⁵ V., a propósito, SANTOS, 2000, p. 97: “Mostra-se, assim, que a reflexão hermenêutica sobre a epistemologia e a metodologia não se pode cumprir sem a retórica.”

possa ser kelsenianamente despida de valores ou de fatores econômicos, psicológicos, morais, etc.²⁶⁶, nem por que possa ser construída sem um substrato de objetividade-realidade. A indissociabilidade referida tem, ainda, uma amplitude maior do que a que o termo desvela, na medida em que é verdadeiramente interpenetrabilidade: a *episteme* jurídica desenvolve-se discursivamente; a *praxis* jurídica desenvolve-se teoreticamente. É que não se vê como se possa definir uma fronteira rígida ou inflexível entre a racionalidade especulativa da teoria e a racionalidade prática judicante.

Depara-se, de novo, com um termo polissêmico: *racionalidade*. Esse termo aplica-se a uma grande variedade de crenças, de ações, de objetivos, mas releva notar a sua aplicação às teorias e, especialmente, às eleições ou escolhas, ponto que aqui interessa sobremaneira.

Dir-se-ia que há dois tipos de racionalidade: a teórica, epistêmica ou especulativa e a prática²⁶⁷. Encontram-se, apesar disso, inúmeras designações²⁶⁸, tais como ontológica, metodológica, lógica, e científica; instrumental (Horkheimer); axiológica e finalística (Max Weber), teleológica (Russo), hermenêutica (Eco e Vattimo), cognitivo-instrumental e comunicativa (Habermas); teórica, tecnológico-

²⁶⁶ Note-se que se está considerando o pensamento de Kelsen quanto à exclusão de valores e de outros fatores. Pode considerar-se o Direito *puro* na medida em que os valores e todos os demais fatores *kelsenianamente* excluídos, são sistemicamente incluídos no Direito mas já com a absorção jurídica que os toma e transforma na sua *linguagem comunicativa*.

²⁶⁷ A distinção entre esses dois tipos de racionalidade nem sempre é clara e, como adiante se diz, no Direito, a distinção torna-se (quase) impossível. CASTANHEIRA NEVES, 2000, p.24-25, explica-nos: “O pensamento jurídico *normativístico* é-nos decerto facilmente compreensível, pois pode dizer-se que esse tipo de pensamento tem sido dominante – não obstante as suas modalidades e as importantes diferenciações históricas que nele hajam de fazer-se – na orientação e na formação jurídicas europeias continentais desde a obra dogmática dos comentadores, no século XIV. Traduz-se ele numa redução dogmática e conceitual do jurídico, de modo a que este encontra a sua expressão imediata, de novo se diga, num sistema normativo abstracto logicamente elaborado e onde, portanto, as intenções lógico-sistemáticas assimilam as intenções estritamente jurídicas (prático-normativas) e tendem mesmo a substituir-se-lhe numa autonomia toda ela também lógica (lógica-conceitual) e sistemática. Trata-se de um tipo de pensamento jurídico que naturalmente se sincronizou com a dimensão predominantemente teórica e sistemático-especulativa do pensamento europeu a partir da baixa Idade Média, quando a racionalidade do prático e prudencial, que sempre tinha vivido num precário equilíbrio com a teoria especulativa desde a cultura clássica, cedeu a sua legitimidade a uma unidade de pensamento de índole já só teórico-sistemática, que o neoplatonismo e o idealismo humanistas corroboraram e o pensamento moderno definitivamente fundamentaria e consagraria – a ‘razão moderna’.”

²⁶⁸ Ver, por exemplo, sobre o tema “razão”: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

social e prático-jurisprudencial (Castanheira Neves); entre outras²⁶⁹, que são dependentes também do conceito que se tenha de racionalidade²⁷⁰.

Decía al inicio de este trabajo que la clasificación más tradicional y comúnmente aceptada respecto de la razón es aquella que se refiere a los dos modos fundamentales de operación de la misma: la razón especulativa y la razón práctica. La segunda es la que nos interesa puesto que el Derecho – ya se conciba como sistema de reglas o como resolución de conflictos a través de decisiones – está orientado a la praxis; dirige o determina, o al menos pretende hacerlo, una serie de acciones del hombre.²⁷¹

Racionalidade não designaria uma faculdade, oposta à da intuição. Intuição é o "misterioso mecanismo por meio do qual chegamos à solução de um problema *sem* raciocinar, com vista a essa solução"²⁷².

O físico e biólogo Leo Szilard defendeu algo idêntico: "O cientista criador tem muito em comum com o artista e o poeta. O pensamento lógico e a capacidade analítica são atributos necessários a um cientista, mas estão longe de ser suficientes para o trabalho criativo. Aqueles palpites na ciência que conduziram a grandes avanços tecnológicos não foram logicamente derivados de conhecimento preexistente: os processos criativos em que se baseia o progresso da ciência atuam no nível do subconsciente". Jonas Salk apontou para uma idéia idêntica ao defender que a criatividade assenta numa "fusão da intuição e da razão"²⁷³.

²⁶⁹ Veja-se, por exemplo: "Racionalidad *evaluativa*: que trata acerca de los fines que son realizables y que merecen ser perseguidos porque les asignamos un valor, así como de la elección de valores. Racionalidad *ontológica*: requiere la adopción de una visión del mundo consistente, compatible con la ciencia y la tecnología disponibles. Racionalidad *epistemológica*: requiere que las teorías que se acepten tengan apoyo empírico y evita conjeturas que sean incompatibles con el cuerpo de conocimiento científico y tecnológico aceptado por medio de buenas razones. Racionalidad *metodológica*: requiere que la aceptación de creencias se haga después de una crítica cuidadosa y sólo cuando exista una adecuada justificación, es decir, pruebas o evidencia favorable, y que no existan razones suficientemente poderosas como para abandonar la creencia en cuestión; asimismo exige que la aceptación de creencias esté basada en normas y reglas que tengan alguna garantía, aunque también ellas sean revisables. Racionalidad *lógica*: exige evitar las contradicciones. OLIVÉ, 1995, p. 94-95.

²⁷⁰ Acrescente-se mais um conceito: "Por racionalidade entende-se: 1º - O conhecimento é constituído por conceitos, juízos e raciocínios, não por sensações, imagens, etc. O ponto de partida e de chegada do trabalho são idéias. 2º - Essas idéias podem combinar-se de acordo com as regras lógicas para produzir novas idéias, implícitas nas premissas. Nesse caso, poderão expressar conhecimentos novos dos quais antes da dedução não se tinha consciência. 3º - Essas idéias ordenam-se em sistemas de idéias, ou seja, formam conjuntos ordenados de proposições (teorias)." ZILLES, Urbano. *Teoria do conhecimento*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1995, p.159.

²⁷¹ ORTEGA, 1998, p. 21.

²⁷² DAMÁSIO, 1996, p. 220.

²⁷³ DAMÁSIO, op. cit., p. 222.

O termo *racionalidade* é, muitas vezes, tomado como o exercício correto da razão, sendo esta a capacidade do ser humano de pensar. Essa capacidade, no entanto, não se manifesta de uma só forma ou de um só processo. E processos de conhecimento há que não são, em geral, havidos como racionais. A palavra *razão*, ademais, tem ainda um outro significado, qual seja o de fundamento. As *razões* são os fundamentos que levam à escolha de determinada atitude, ou de determinada crença ou posição. Razão aparece, então, neste sentido como produto da razão, a capacidade específica dos seres humanos. Dir-se-ia até que há uma metonímia na aplicação do vocábulo razão como fundamento (ou motivo), já que se estaria confundindo a razão *criadora* com a razão *criada*.

Para muitos filósofos a racionalidade é essencialmente um conceito metodológico que se aplica nos casos em que os seres humanos têm que tomar decisões ou fazer eleições, por exemplo, ao eleger crenças - em que crer e em que não crer -, ou ainda cursos de ação - como e por quê atuar de uma certa maneira -. Na opinião de outros, o conceito de racionalidade também se aplica quando se fazem eleições de fins e metas, e incluso de normas e de valores; no entanto, há concepções que recusam a idéia de que os fins e as metas, assim como as normas e os valores, sejam suscetíveis de eleger-se de maneira racional. Mas também há muitos filósofos para quem a racionalidade não é somente uma questão metodológica, mas refere-se a uma capacidade fundamental e característica dos seres humanos.²⁷⁴

Conquanto a polissemia da palavra *racionalidade*, limite-se o seu significado à capacidade de escolha, de eleição, de tomar uma decisão, pois é essencialmente este aspecto que possibilita a aplicação da palavra ao contexto sentencial. Poder-se-ia designá-la como racionalidade judicante, apenas uma variante de um tipo mais lato de racionalidade que é a hermenêutica.

Autores como Eco y Vattimo hablan de una racionalidad hermenéutica. (...) La racionalidad hermenéutica es la búsqueda de buenas razones para la preferencia de una interpretación sobre otra.²⁷⁵

²⁷⁴ OLIVÉ, 1995, p. 11.

²⁷⁵ RUSSO, 1995, p. 321.

O problema proposto está fulcrado, porém, na aparente adversidade entre a *ratio speculativa* e *ratio practica*. Aquela é a expressão da *episteme*, enquanto sistema dentro do qual se desenvolve o pensamento; esta é a expressão da *phronesis* enquanto aplicação concreta do pensamento. São, em Direito, inseparáveis, porque o sistema é-o perante o problema que requer a resposta prudencial. Da construção epistêmica do Direito não se separa a sua finalidade teórico-pragmático-prudencial, no seu caminho completo.

A adversidade, já dita aparente, entre a ciência e a prudência, no campo jurídico é, então, solvida em paz, porque ambas têm de conviver na construção mútua do Direito. Por outras palavras, em que pese a recorrência, o sistema jurídico constrói-se epistemicamente com uma racionalidade hermenêutico-judicante que leva “à busca de boas razões para a preferência” prudencial de uma resposta sobre outra. A busca de boas razões, *no* sistema, é um processo discursivo, como se evidencia na sentença jurisdicional.

3.3 A sentença como espaço de discursividade

Tem-se defendido que o Direito é, essencialmente, um discurso. São vários os conceitos de discurso e vários são os aspectos em que pode ser estudado. A este estudo interessa primeiramente a fixação de um conceito para, após, serem analisados os aspectos heurístico, erístico e crítico do discurso jurídico.

Para Ferraz Junior, discurso é “uma ação lingüística dirigida a outrem, donde o seu carácter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito”²⁷⁶. O discurso é um procedimento de argumentação dirigida a um objetivo. Isso já foi dito: “É evidente que o achamento do veredicto judicial, bem como a imposição de uma opinião na doutrina, se efectiva em regra por via de um discurso.”²⁷⁷

²⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 57.

²⁷⁷ LARENZ, 1989, p. 180.

O desenvolvimento da idéia central deste item leva ao mencionar a denominada *teoria da argumentação* e, em especial a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy²⁷⁸.

Isto é claro na “teoria da argumentação jurídica” de Robert Alexy. Ele sublinha que o discurso jurídico é um “caso particular do discurso prático geral”. O que o discurso jurídico e o discurso prático geral têm de comum é que em ambos se impõe, com afirmação de um determinado enunciado entendido como normativo, uma pretensão à justiça desse enunciado. O discurso jurídico constituiria todavia um caso especial, “pois que a argumentação jurídica tem lugar sob uma série de condições limitativas”. Estas condições seriam: “a vinculação à lei, a consideração que se exige pelos precedentes, a chancela da dogmática resultante da ciência jurídica institucionalmente cultivada”, bem como, exceptuando o discurso juscientífico, “as restrições decorrentes das regras dos códigos de processo”. E sendo assim, também é mais restrita a pretensão de justiça que suscitam as asserções jurídicas face às do “discurso prático geral”.²⁷⁹

3.3.1 Heurística, erística e crítica

Pode definir-se a heurística como a arte da pesquisa²⁸⁰, ou como “parte da ciência que tem por objeto a descoberta dos fatos”²⁸¹. O sentido que aqui interessa está, contudo, ligado não só ao de arte da pesquisa, ou, melhor dito, ao de *hipótese heurística* (hipótese de trabalho, *working hypothesis*), ou seja, aquela resposta ou solução possível, adotada provisoriamente, e que serve, como diretriz, para a descoberta, mas também ao da “descoberta” dos fatos. Esses dois sentidos da heurística são, na decisão judicativa, indissociáveis, na medida em que a pesquisa, conquanto tenha essencialmente uma forte carga hermenêutica, constitui-se também

²⁷⁸ “Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão de qual a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação.” ALEXY, 2001, p. 179.

²⁷⁹ ALEXY, op., cit., p.180.

²⁸⁰ ABBAGNANO, 2000, p. 499.

²⁸¹ LALANDE, 1999, p. 462

na busca do sentido jurídico do fato sob análise, ou seja, na “definição do fato”, ou do caso decidendo.

Em todo o discurso, uma parte dele que pode classificar-se como heurístico, pelo aspecto que diz com o papel de *modelo*²⁸² ou de *hipótese (provisória)* que, apesar disso, possa conduzir posteriormente, ao desenvolvimento conclusivo.

Um sistema jurídico hábil – um sistema hábil, em geral – compõe-se essencialmente de uma base de dados e de um motor de inferência, e esses dois elementos devem ser dotados de características – para a acomodação ao funcionamento do raciocínio jurídico e do raciocínio comum – que, num sentido amplo, poderiam ser classificados de tópicos. (...) E, no que diz respeito ao motor de inferência, o sistema deve contar não só com as regras de inferência que são de conhecimento público, quer dizer, aquelas de tipo oficial que se encontram codificadas em textos mais ou menos conhecidos, mas também com regras de experiência sem caráter público, que são de caráter informal e constituem a chamada *heurística jurídica*.²⁸³

A dimensão heurística do discurso jurídico-judicativo tende a estampar ares de “veracidade”²⁸⁴ – a “verdade” dos fatos²⁸⁵ expressa no processo²⁸⁶, ou a “verdade”

²⁸² Este papel de *modelo* comporta, como se verá adiante, a utilização, entre outros elementos, de metáforas. Sobre o assunto vale a pena ler CONTENÇAS, Paula. *A eficácia da metáfora na produção da ciência: o caso da genética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.77: A difícil definição de modelo e a ambigüidade que este termo comporta podem permitir diferentes aproximações entre modelo e metáfora. Mas entre eles situa-se ainda a analogia. Esta e o modelo seriam (ou conteriam) uma comparação explícita e a metáfora comportaria uma comparação implícita. Há, pois, estreitas relações entre metáfora, analogia e modelo”. Ainda: “O modelo é apresentado como uma comparação explícita, justificada e estruturada, mas em que o acento é posto no aspecto conceptual. O modelo é, sempre uma construção conceptual, que se pode apresentar como a abstração de realidades físicas, embora não pretenda confundir-se com os próprios fenômenos, nem revela-los integralmente. Trata-se de uma ‘imagem da nossa relação com a realidade, isto é, da nossa visão do mundo no que ela tem de compatível com os dados da experiência’ (Drouin, 1987, p. 30). O modelo entendido como um guia de pensamento ou um marco conceptual que permite interpretar, até matematicamente, fenômenos inexplicáveis é a definição proposta por Zimam (1981).” CONTENÇAS, op. cit., p. 159.

Conquanto não se pretenda desenvolver a idéia de “modelo”, não se resiste à citação de Ricoeur: “A passagem pela teoria dos modelos constitui a etapa decisiva do presente estudo. A idéia de um parentesco entre modelo e metáfora é tão fecunda que Max Black a tomou como título da coletânea que contém o ensaio especificamente consagrado a esse problema epistemológico: ‘Models and Archetypes’ (a introdução do conceito de arquétipo será explicada adiante).” Ricoeur continua: “O argumento central é que a metáfora é para a linguagem política o que o modelo é para a linguagem científica quanto à relação com o real. Ora, na linguagem científica, o modelo é essencialmente um instrumento heurístico (...)”. RICOEUR, 2000, p. 366.

Veja, ainda e a propósito REALE, 1994.

²⁸³ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, p. 78.

²⁸⁴ Note-se que “a verdade jurídica é uma *verdade prática*, não uma verdade teórico-científica.” CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 164.

²⁸⁵ A “verdade” dos fatos é sempre uma versão desses mesmos fatos. Os fatos do mundo entram no Direito pela versão jurídica, ou modo de ver do Direito. Nas palavras de GARCÍA, 1992, p.150: “En definitiva, el derecho es un experto en redefinir los problemas de la vida para llevarlos a su próprio terreno, desplazándolos a un zona

das proposições aceitas universalmente (muitas vezes, como senso comum) – em um campo que é revestido, na sua superfície visível (e que é efetivamente constituído) por plausibilidade, probabilidade, razoabilidade. Há, assim, um aspecto que não pode ser negligenciado no que tange à mencionada “veracidade”: trata-se da “interpretação” dos fatos pelo julgador, na qual interferem “elementos psicológicos individuais que compõem a personalidade do julgador”²⁸⁷.

Ora, precisamente porque o discurso retórico não é demonstrativo (que mostre a “verdade”), mas *justificativa-hermeneuticamente normativo*, a dimensão heurística do discurso requer uma outra dimensão para a validade da sua existência: é a dimensão erística. A *erística* é conceituada como a “arte de combater com palavras, ou seja, vencer nas discussões”²⁸⁸, ou a “arte das discussões lógicas”²⁸⁹, diretamente ligada à *ars inveniendi*, quer dizer, no sentido moderno, à “produção de uma nova síntese de idéias e, especialmente, combinação nova de meios com vista a um fim”²⁹⁰. Afinal, a dimensão erística do discurso diz com a *arte* de justificar a resposta encontrada.

Sobrepondo-se a esse discurso que engloba os aspectos heurístico e erístico, há, ainda, que aplicar uma revisão crítica, ou seja, dar a esse discurso uma outra qualidade: a da crítica.

O atual uso vulgar da palavra *crítica* carrega, imerecidamente, uma denotação negativa, mas

É ao menos curioso observar que a origem grega da palavra *crise* e de seus derivados – como *crítica*, *crítico*, *critério* – nada tem de negativo. O verbo de origem é *krino*, e apresenta os seguintes significados: 1) “escolher”, “separar”, “distinguir”, “discernir o verdadeiro do falso”; 2) “julgar”, “pronunciar um julgamento”; 3) “julgar”, “decidir”, “pronunciar”; 4) “julgar”, “pôr em julgamento”. Na voz média, significa: 1) “escolher para si”; 2) “decidir”, “julgar”, “explicar”; 3) “estar em luta”, “disputar”, “combater”. A palavra *krisis* quer dizer:

vigilada por él mismo. Así juega con ventaja y puede perfectamente desactivarlos, absorberlos y metabolizarlos.”

²⁸⁶ Tenha-se presente o aforismo *res judicata pro veritate habetur*, ao mesmo tempo que *quod non est in actis non es in mundo*.

²⁸⁷ MACHADO, 1994, p.312.

²⁸⁸ ABBAGNANO, 2000, p. 340.

²⁸⁹ LALANDE, 1999, p. 316, que acrescenta: “toma-se sobretudo pejorativamente como arte dos raciocínios especiosos e das argúcias sofisticas.”

²⁹⁰ LALANDE, *ibid.*, p. 597.

“escolha”, “julgamento”, “sentença”, e também “debate”, “disputa”. Nisso tudo não parece haver rastro de negatividade – ao contrário: há a força de escolher, julgar, discernir, debater; são palavras ligadas à força do pensamento e, portanto, à criação da filosofia, da ciência.²⁹¹

Está-se, de novo e reforçadamente, frente ao “escolher”, ou seja, frente ao “decidir”, ao terminar com a *in-de*-cisão. O caráter crítico do discurso sentencial separa, escolhe, porque aí já deve estar delimitado um espaço de decisibilidade, muitas vezes dito metaforicamente uma “moldura”.

Então, nesse aspecto heurístico, que se equipara ao contexto de descoberta e no aspecto erístico que equivale ao contexto da justificação, ambos têm de ser submetidos ao momento crítico no qual se inclui, como meta, as conseqüências do julgar ou do decidir. Isso é não somente o *ir-e-vir* de que já se falou, mas é, essencialmente, o “reforço” da justificação da decisão, delimitando o espaço de julgamento. O “reforço” crítico da justificação comporta não só argumentos, mas, essencialmente, a delimitação do julgar pela *pretensão de correção, já dita pretensão de justeza*²⁹². O discurso judicante retórico, como todo o discurso de viés prático, rege-se pela denominada pretensão de correção ou de justeza que, no caso do Direito, obriga a que os argumentos “fiquem dentro” da “moldura” jurídica. Note-se que a amplitude dessa moldura é determinada, *a priori*, pela matéria de fato e de direito originariamente posta: o discurso não extrapola (não deve extrapolar) os limites inicialmente colocados pela questão decidenda. Fixar as “dimensões” posteriores, no entanto, é problema da iusmetodologia²⁹³. Pode-se, então, ir buscar às teorias da

²⁹¹ BORNHEIM, 1996, p. 49. Este autor acrescenta: “Na língua latina, *criticus* designa o censor de obras literárias.”

²⁹² A pretensão de correção pode ser definida como a “vontade” de obter consenso acerca do que está dito.

²⁹³ “A idéia que se tornou familiar aos juristas, antes do mais devido a Viehweg, de que a solução de um problema jurídico decorreria não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos pertinentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica. Aí trata-se tanto da estrutura lógica da argumentação, especialmente da possibilidade de uma fundamentação de juízos de valor, de regras de argumentação, como também da utilização de argumentos jurídicos específicos, seja no quadro da interpretação da lei, da valoração dos precedentes ou da dogmática. Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão de qual a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação. ‘Argumentar’ significa fornecer fundamentos, que permitam a uma afirmação apresentar-se como justificada, pertinente ou pelo menos discutível. Os fundamentos, para atingirem esse fim, têm de ser conformados de tal modo que convençam os participantes na discussão, cuja existência se pressupõe, e que permitam suplantarem os contra-argumentos por eles aduzidos. Quem idealizar uma teoria da argumentação jurídica pensa, antes do mais, na discussão de questões jurídicas perante os tribunais, a propósito de consultas

argumentação (Alexy, Atienza, Habermas, etc.) subsídios que formam um *metadiscurso* limitativo dos argumentos ditos jurídicos com vista à decisão. Diga-se, entretanto, que esse metadiscurso é forçosamente sistêmico-estrutural, composto à luz do pensamento autopoietico de autocriação e desenvolvimento por fronteiras noeticamente construídas com os elementos existenciais funcionais do sistema.

A título exemplificativo: os “marcos” da moldura discursivo-justificadora podem ser formados por limites *fortes* tais como valores jurídicos – valores da comunidade juridicizados *hic et nunc* –, e princípios jurídicos – não só os positivistas princípios gerais do direito, como os que do ordenamento legal se extraem sem que nele estejam expressamente ditos –, todos devidamente ponderados; e por limites *fracos*, tais como a jurisprudência dita pacífica, e a doutrina dominante, que entram no sistema hermeneuticamente compostos.

Como se procurou mostrar, a decisão judicativa, conquanto possa ser analiticamente dividida em várias etapas ou momentos, é um pensamento complexo em que esses momentos são constantemente “inter-alimentados” e constantemente interagem sistemicamente.

3.3.2 O discurso de convencimento

Quando somos convencidos, somos vencidos apenas por nós mesmos, pelas nossas idéias. Quando somos persuadidos, sempre o somos por outrem.²⁹⁷

O caminho percorrido foi eleito no sentido de chegar ao discurso de convencimento (ou de persuasão)²⁹⁸ que é o Direito. Não vemos que o Direito possa

ou na literatura juscientífica. É evidente que o achamento do veredicto judicial, bem como a imposição de uma opinião na doutrina, se efectiva em regra por via de um discurso.” LARENZ, 1989, p. 179-180.

²⁹⁴ LARENZ, op. cit., p. 180.

²⁹⁵ “Uma vez que em grande medida se trata de temas idênticos, que também são tratados na metodologia jurídica, levanta-se a questão de qual a diferença entre uma metodologia e uma teoria da argumentação.” LARENZ, *ibid.*, p. 179.

²⁹⁶ *Id.*, *ibid.*, 1989, p. 180.

²⁹⁷ CHAIGNET apud RERELMAN; TYTECA, 1999, p. 46.

ser resumido a expectativas, ou a normas escritas, ou às decisões judiciais. Toda a concreção do Direito, porque não parte de simples adesão, requer a racionalidade de sua justificação através de um discurso, qual seja, o discurso de convencer ou persuadir *alguém*, seja o interlocutor singular, seja um auditório, seja o juiz monocrático, seja o tribunal.

Estamos, evidentemente, a afastar-nos de Luhmann:

Apesar de toda especialização técnica do pensamento jurídico e de toda a dificuldade de acesso ao não jurista; as estruturas jurídicas mais antigas concediam uma grande importância aos efeitos de exortação, convencimento e pedagógicos das palavras na formulação do direito. Isso pode ser extraído dos provérbios jurídicos gerados pela participação de leigos na aplicação da lei, dos antigos textos de literatura jurídica tomada como fonte de direito, os quais entremeiam prescrições e exortações, argumento, advertência e fundamentação; e também dos adágios do ensinamento jurídico, de expressões cuja formulação substitui a fundamentação, da linguagem epigráficamente afiada dos juristas romanos a te mesmo do “Code Civil”. A linguagem jurídica atual busca outros objetivos. Ela não medeia instrumentos de memorização ou de convencimento... (...) Aparentemente, o direito positivo não necessita mais daqueles recursos de convencimento concretizados através de palavras.²⁹⁹

O Direito, quer aquele que é do domínio do leigo³⁰⁰, quer aquele que é aplicado judicialmente, requer sempre justificação. A razão está, a nosso ver, nas

²⁹⁸ Disse-se já que não é importante para este trabalho a distinção entre os possíveis significados de *persuadir* e de *convencer*. Deixam-se, apesar disso, as posições seguintes: “Para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação. Para Rousseau, de nada adianta convencer uma criança ‘se não se sabe persuadi-la’. Em contrapartida, para quem está preocupado com o caráter racional da adesão, convencer é mais do que persuadir. (...) Propomo-nos chamar *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo o ser racional.” PERELMAN; TYTECA, op. cit., p. 30-31. “Há duas distinções importantes associadas ao conceito da audiência universal: aquela entre persuadir (*persuader*) e convencer (*convaincre*) e, respectivamente, entre um argumento eficaz (*efficace*) e um argumento válido (*valable*). Quem tenta obter o acordo de uma audiência particular sozinho está fazendo uma tentativa de persuasão; quem anseia pelo acordo da audiência universal demonstra um desejo de convencer. De acordo com isso, os argumentos que recebam a anuência da audiência universal são válidos, enquanto que os que apenas são aceitos por uma audiência particular apenas são eficazes. Seja como for, Perelman enfatiza que muitas vezes não há uma linha divisória rígida entre convencer e persuadir e que existe uma correlação entre eficácia e validade.” ALEXY, 2001, p. 135.

²⁹⁹ LUHMANN, 1985, p. 25.

³⁰⁰ Insiste-se na exposição da idéia de que o Direito não se concretiza apenas na sentença judiciária. Como exemplo, leia-se GRAU, 1996, p. 32: “Por isso as normas resultam da interpretação. O intérprete dotado de poder suficiente para assim *criar* as normas é o ‘intérprete autêntico’, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen (1979/469 e ss.) – isto é, fundamentalmente, o juiz. Não obstante, também os que não preenchem os requisitos do *intérprete autêntico* (os que não são juízes) interpretamos/aplicamos o direito. No exemplo que

circunstâncias ou particularidades de cada comportamento ou de cada conflito. O discurso jurídico é expressão de racionalidade prática que, por isso mesmo, requer um contexto de justificação em que esteja inserido o caso a ser decidido. O Estado de Direito não se compadece com a decisão judicial não fundamentada, porque o Estado-Juiz deve explicações não só às partes litigantes como à sociedade em que esse litígio se desenvolveu. A Sociedade quer também saber o porquê da decisão do juiz, quer também saber porque a uma das partes foi reconhecida “a razão” e à outra foi-lha negada.

3.4 A sentença como momento de decibilidade

Fides praecedat intellectum
Santo Agostinho

Dissemos já, apoiados em Grácio, entre outros, que o Direito “está essencialmente ligado ao problema da decisão”³⁰¹. E temos como “dogma” que a decisão judicativa tem de ser motivada, fundamentada ou justificada, ou seja, “exige razões ou motivos que a justifiquem, a tornem razoável ou lhe confirmem, pelo menos, uma certa razoabilidade.”³⁰³. Justificar é “basicamente uma operação que consiste em dar as razões que fundamentam uma determinada atuação”³⁰⁴. Na frase simples mas altamente significativa de Ferraz Júnior, “fundamentar é prestar contas daquilo que se diz”³⁰⁵.

atribuo a Carnelutti, o homem faminto que, ao passar por uma barraca de frutas, não arrebatou uma maçã nada mais faz do que, tomando uma decisão jurídica, interpretar/aplicar o direito. Nesse caso, no entanto, a *interpretação/aplicação* do direito é procedimento para evitar conflitos, ou produz a sua instalação – não para solucionar um litígio.”

³⁰¹ “Mantemos, por isso, a idéia diretriz que comanda nossa exposição, qual seja, de que o pensamento jurídico é um pensamento tecnológico específico, voltado para o problema da decibilidade normativa de conflitos.” FERRAZ JÚNIOR., 1986, p. 87.

³⁰² É, aliás, o que determina a Constituição Federal do Brasil.

³⁰³ GRÁCIO, 1993, p. 52.

³⁰⁴ ORTEGA, 1998, p. 120.

³⁰⁵ GRÁCIO, op. cit., p. 40.

Temos também, como pressuposto, que o Direito não apresenta, para um caso ou conflito, uma única solução³⁰⁶. Pode, até, apresentar soluções incompatíveis³⁰⁷ ou contraditórias³⁰⁸ entre si, sem que isso signifique que uma delas seja absolutamente irracional, ou ajurídica, ou que sejam, entre si, excludentes³⁰⁹.

³⁰⁶ “Sin embargo, esto no significa que cada caso tenga una y sólo una respuesta correcta. Por el contrario, la idea del razonamiento jurídico ideal presupone que puede haber argumentación respecto a las decisiones jurídicamente posibles. A la que podemos aspirar es a la ‘mejor justificación posible’ y no a soluciones absolutamente correctas.” AARNIO, 1995, p. 60.

Este aspecto da teoria de Aarnio (em contraposição a Dworkin, por exemplo, diga-se) relativo à existência de mais de uma resposta correta para cada caso, relaciona-se com os problemas da certeza do Direito e da previsibilidade. Esses problemas jurídicos não são nuclearmente (senão periféricamente) tratados neste trabalho. Leiamos, contudo, Dobrowolski: “Neste passo, convém destacar o principal fator que torna peculiar a interpretação jurídica: é a expectativa social de certeza jurídica, essencialmente relacionada com a idéia de previsibilidade. No Direito, porém, o resultado da interpretação é sempre previamente ignorado. É desconhecido *ex ante*. Aarnio ilustra esta característica, comparando a interpretação jurídica à literária, através da metáfora do quebra-cabeças. No quebra-cabeças jurídico, a forma final é inédita – o que deve ser entendido à luz do mencionado princípio da certeza ou segurança jurídica, base da própria coesão social. Em decorrência disso, é certo que deve haver um mínimo de previsibilidade nas decisões judiciais – aspecto formal da proteção jurídica –, e, assim, a interpretação jurídica não pode ser totalmente ‘inédita’. Mas isto não significa que seja sempre possível prever a única resposta correta. Ao contrário, para um mesmo problema, pode haver mais de uma alternativa juridicamente bem fundamentada, lastreada nas fontes de direito reconhecidas e com observância dos princípios de interpretação vigentes na comunidade jurídica. Não se pode, portanto, predizer, prever e reconhecer a única solução correta, ‘a’ resposta correta...” DOBROWOLSKI, 2002, p. 82.

³⁰⁷ Fazemos diferença entre incompatibilidade e contradição, como adiante se mostrará mais claro. Entretanto: “A asserção, dentro de um mesmo sistema, de uma proposição e de sua negação, ao tornar manifesta uma contradição que ele contém, torna o sistema incoerente e, com isso, inutilizável.” PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 221. A incompatibilidade “consiste em duas asserções entre as quais cumpre escolher, a menos que se renuncie a ambas.” Idem, *ibid.*, p. 222. Os mesmos autores acrescentam, na página 224: “As incompatibilidades obrigam a uma escolha que sempre é penosa”.

³⁰⁸ “O que é que se entende por contradição? Os autores costumam distinguir entre contradição lógica e contradição ontológica. A lógica, já segundo Aristóteles, prende-se ao plano do pensamento: ‘chamemos *contradição* a oposição de uma afirmação e de uma negação’. Há uma contradição, por exemplo, entre branco e não-branco; são conceitos que se excluem como a afirmação e a negação, o sim e o não, o ser e o não-ser. Na contradição, portanto, a oposição dos termos é radical e absoluta. Mas Aristóteles fala também em contrários, e nestes a oposição já não é tão total: ‘(...) os termos que, no mesmo gênero, estão afastados um do outro pela maior distância, são definidos como contrários’. Exemplo: branco e preto.” BORNHEIM, Gerd A. *Dialética: Teoria-Práxis*. Porto Alegre: Globo, 1977. p.273.

³⁰⁹ Estou-me distanciando da *lógica clássica*, não a refutando, mas afetando, desse modo, o *princípio da não-contradição*. O pensamento que me conduz é *metodologicamente dialógico*, o que implica *inteligência da complexidade* (mais uma vez, Edgar Morin, por todos). Para que não fiquem essas afirmações no vazio de autoridade, leia-se: “É verdade que não podemos superar os princípios lógicos clássicos. Mas não é menos verdadeiro que não podemos pensar-construir apenas com eles. Um pensamento criativo não é aquele que precisa de uma nova lógica (supondo que fosse possível – e não é – prescindir da lógica clássica). Um pensamento criativo e criador é aquele que é *paradigmaticamente dialógico*. A lógica clássica é insuficiente, mas não podemos prescindir dela num pensamento complexo. Por isso a *complexidade* não é a *simplificação* ao contrário. (...) É preciso compreender bem o que acabo de dizer, para não cairmos no erro hegeliano de um pensamento ‘superador’ das contradições ao desaparecer o freio aristotélico que se concretiza no *princípio da não-contradição*. O pensamento complexo diz que se não podemos superar as contradições, tampouco podemos deixá-las de lado. Nenhuma lógica pode tornar ‘lógica’ a contradição. Mas podemos dar-lhe um *status*, aceitá-la. Podemos lidar com ela embora não posamos dissolvê-la. Devemos pensar com e contra a contradição, sobretudo – como diz Morin – quando não sabemos quais contradições são superáveis e quais não o são. Pensar é pensar com e apesar da contradição. Não podemos eliminar a contradição nem tampouco a *incerteza*.” ROGER, p. 91-92.

No estudo teórico, lança-se mão, muitas vezes, de exemplos extremos e opostos como método para admitir que, se verificada determinada resposta para ambos os exemplos, todos os casos que se possam inserir no limite daqueles dois pólos sejam considerados abrangidos por aquela resposta. A resposta encontrada seria válida, então, para todos os casos contidos entre os dois extremos exemplificativos. O caso de soluções incompatíveis revela uma situação (exemplificativa) extrema que, portanto, pode ser colocada em pólo oposto à de uma única solução.

O caso judicativo de uma única solução – que, de qualquer modo, consideramos uma exceção – não oferece dificuldades, já que, havendo uma única solução, nada há que decidir. Detenhamo-nos, pois, no caso que apresenta soluções incompatíveis³¹⁰. Este último, que consideramos o tipo comum de caso que o juiz ou o estudioso tem de decidir, requer, portanto, a escolha entre duas (ou mais) soluções que se mostram incompatíveis.³¹¹

Perelman e Tyteca³¹² apontam três modos ou *atitudes* que podem ser adotadas visando à escolha, a terceira das quais é denominada *diplomática*, não sendo aplicável ao estudo que nos propusemos. A primeira destas é denominada *lógica*, sendo definida por esses autores como

aquela em que nos preocupamos, de antemão, com resolver todas as dificuldades e todos os problemas que podem surgir, nas mais variadas situações, e que nos esforçamos de imaginar, em consequência da aplicação de regras, de leis e de normas às quais concedemos nossa adesão.

³¹⁰ “É preciso que possamos imaginar algo mais do que é para ser imaginado. Quanto mais tempo uma decisão levar para ser tomada entre duas possibilidades, mais seremos como o asno de Buridan, estaremos sempre no plano racional. Há um leque de possibilidades, e um cálculo, um reckoning, um computo para se tomar a decisão mais racional. A verdadeira vontade não se refere à escolha de duas possibilidades pré-determinadas, mas a esse ato único, incoativo, no e pelo qual surgem novos possíveis e, ao mesmo tempo, o sujeito se dirige para eles. Tal sujeito não é uma realidade, é um *projeto*, em parte realizado pelos indivíduos e em parte, sobretudo, a ser realizado também em função de uma transformação que se refere não apenas aos seres humanos na sua singularidade, mas à sociedade em seu conjunto”. CASTORIADIS, 2001, p.45-46.

³¹¹ A finalidade imediata da decisão “é a absorção de insegurança no sentido de que, a partir de alternativas incompatíveis (que, pela sua própria complexidade, constituem, cada uma por si, novas alternativas ...), obtemos outras premissas para uma decisão subsequente, sem ter de retornar continuamente às incompatibilidades primárias. Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores.” FERRAZ JÚNIOR., 1986, p. 90.

³¹² PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 224.

Esses mesmos notáveis autores acrescentam que essa “é também a atitude normal de quem elabora uma doutrina jurídica ou ética e se propõe resolver, se não todos os casos de aplicação, ao menos o maior número dos que, na prática, poderia ter de ocupar-se”³¹³. Mas, opõem essa atitude dita lógica à atitude prática “que repensa suas noções e suas regras consoante as situações reais e as decisões indispensáveis à sua ação”³¹⁴. E acrescentam, na mesma página:

É normalmente a atitude do juiz que, sabendo que cada uma das suas decisões constitui um precedente, procura limitar-lhes o alcance o quanto puder, enunciá-las sem ultrapassar em seus considerandos o que é necessário dizer para fundamentar sua decisão, sem estender suas fórmulas interpretativas a situações cuja complexidade poderia escapar-lhe.

A decisão constitui-se assim em uma opção, ou em uma escolha, ou em uma preferência, em uma atitude prática, entre várias soluções possíveis. Por isso se diz que a decisão é um *juízo de valor* ou um *juízo de valor*.

A expressão “juízo de valor” pode ser usada para designar quer o fato de dar preferência ou o julgamento que uma alternativa particular é a melhor, ou a regra da preferência que subjaz a este julgamento (e, assim sendo, a preferência).³¹⁵

Note-se que se está dando ênfase à valoração como escolha, ou opção entre várias respostas, o que é diferente do *colocar* valores na sentença – ou seja, considerar a *dimensão axiológica* da sentença -, conquanto o juiz não possa despir-se de seus valores, de sua ideologia, nem ignorar os valores da comunidade em que está inserido³¹⁶. Repita-se, pois, por outras e magistras palavras, que

³¹³ PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 224.

³¹⁴ Idem, *ibid.*, p. 225.

³¹⁵ ALEXY, 2001, p. 39, nota 20.

³¹⁶ “Cumpra abrir aqui um parágrafo para sublinhar a imensa responsabilidade social do juiz (e daqueles que têm por missão fiscalizá-lo), já que ele não é absolutamente mero instrumento da decisão, mas seu agente. As teorias jurídicas, as técnicas da interpretação da lei e de avaliação da prova, e os demais topoi oferecem-lhe recursos quase ilimitados para escolher a decisão legal/iníqua ou a decisão ilegal/equânime, fazendo com que qualquer delas transforme-se retoricamente numa decisão legal/equânime. Essa possibilidade técnica descarta a cômoda irresponsabilidade dos eventuais ‘pilatos da magistratura’. De um modo ou de outro, poder-se-á adequar retoricamente ou os valores comunitários à lei ou esta àqueles. No primeiro caso, procurará o juiz

Por “valorar” ou “avaliar” deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objecto a avaliar será julgado como apetecível ou dispiciendo, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele. (...) A aprovação ou desaprovação encontram a sua expressão num juízo de valor, que pode ser de natureza moral ou, se se orienta por princípios especificamente jurídicos, de natureza jurídica.

Se o juízo de valor é expressão de uma tomada de posição, esta é, antes de tudo, a de quem em cada caso haja de julgar.³¹⁷

Vejamos, contudo, que a tomada de posição, o valorar esta solução com a secundarização de uma outra ou outras também possíveis, é um ato de inteligibilidade, ou seja, requer “ponderações racionais”³¹⁸. Ora, ponderar é pesar, sopesar, comparar. Dir-se-ia, portanto, que o julgador, frente a duas ou mais soluções possíveis, não sendo nenhuma delas manifestamente injusta, tem de as comparar, isto é, avaliá-las.

A questão, então, é determinar se há método ou métodos capazes de dirigirem a decibilidade. Vários autores – dos quais citaremos alguns dos mais representativos – apontam soluções diversas (que nós diríamos características das escolas jurídicas que professam ou seguem), todos eles preocupados em mostrar que a decibilidade tem limites. Deixar a um simples arbítrio ou plena discricionariedade do juiz é condenado por (quase) todos. Há, portanto, um consenso quanto à existência de um *espaço de decibilidade*, ou uma *margem de livre apreciação*, do juiz, mas os lindes desse espaço variam conforme o autor e são quase sempre imprecisas.

Larenz³¹⁹ não hesita em afirmar que “quando nenhuma das resoluções possíveis seja manifestamente injusta, a resolução é deixada, nos casos mencionados, à intuição valorativa e à convicção do juiz”. Emprega, aqui, Larenz, alguns conceitos *fluidos*, quais, sejam, “intuição valorativa” e “convicção do juiz”, que não nos parecem redutíveis às *ponderações racionais* de que antes falava.

demonstrar que os ‘verdadeiros’ valores comunitários estão expressos na literalidade do texto legal; no segundo caso, decidirá conforme os valores comunitários emergentes, fazendo com que estes pareçam estar contidos no texto legal.” BRUM, Nilo Bairros. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 82.

³¹⁷ LARENZ, 1989, p. 348-349.

³¹⁸ Id., *ibid.*, p. 350.

³¹⁹ LARENZ, 1989, p. 354.

A questão, porém, não se situa em saber se há limites para a decibilidade, mas, sim, em saber como se processa essa decibilidade. Já se disse que a decisão é ato de valor, de escolha, e, aí, cabe a ponderação, efetivamente. A ponderação, contudo, é feita no campo da justificação da decisão. É o pesar dos argumentos de uma e outra possíveis decisões que leva a terminar com a *in*-decisão.

Quem exige, de uma argumentação, que ela forneça provas coercivas, provas demonstrativas, e não se contenta com menos para aderir a uma tese, desconhece tanto quanto o fanático o caráter próprio do processo argumentativo.³²⁰

O dito *espaço de decibilidade* está situado na motivação da sentença que é o que *motiva* o *decisum*. Note-se que a palavra *motivo* tem a ver com a parte psicológica ou intelectual do decisor; diferente seria se se falasse em *causa*. A decisão não é *causada* pela argumentação justificativa, mas é, sim, uma escolha noética do julgador. Cabe a este, ponderando os argumentos que acolhem e confortam esta ou aquela decisão, pensá-los para optar por aquela que lhe apareça como mais razoável ou mais convincente. É nas instâncias da convicção (própria) e do convencimento (alheio) que a decisão é tomada. O processo, porém, não é singelamente retilíneo, do *decisum* à justificação (ou vice-versa): é um processo de repetido vai-vem, mesmo que o *decisum* tenha sido descoberto por *intuição judicativa*: “há uma dialéctica entre formalismo e pragmatismo e só esta dialéctica permitirá conceber uma justiça, não apenas legal, mas também razoável.”³²¹

O pensamento judicante tem, ainda, outros fatores de influência da escolha decisória que extrapolam o *modus* dialético da motivação.

³²⁰ PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 69.

³²¹ GRÁCIO, 1993, p. 116-117.

3.4.1 O princípio da inércia e a jurisprudência

O acumular de processos judiciais, produto de uma sociedade conflitiva ou conflituosa e que ainda confia no Poder Judiciário - se não confiasse não havia tanto processo -, justifica, em certa medida, que o Magistrado colha do *princípio da inércia*³²² a razão de não adentrar em *novidades* doutrinárias ou em construções *analógicas* ou sistêmicas que proporcionariam respostas outras ao caso *decidendi*. A força da jurisprudência, do pré-objetivado *precedente*, encontra, assim, a sua razão de existir, não só no princípio da inércia como também numa espécie de *lei-do-menor-esforço-jurígeno*, que, muitas vezes, se exterioriza por *sentenças-carimbo*³²³.

Ademais, há uma *natural* (ou será *cultural?*)³²⁴ resistência ao que é novo, por mais que seja aceita a parêmia *nihil novum sub sole*. O que é novo provoca surpresa, admiração, espanto (e como se perdeu a capacidade de espantar-se!) e, até, susto, a que a nossa racionalidade reage com alguma resistência, uma inicial oposição ou

³²² “O princípio da inércia afirma que uma opinião que foi aceita no passado não deve ser abandonada outra vez sem haver razão suficiente. Assim sendo, ele tem o caráter de uma regra encarregada da argumentação ou da prova: o apelo a uma prática já existente não requer justificação, ‘somente a mudança tem de ser justificada’.” ALEXY, 2001, p. 140.

³²³ A assertiva pode ser comprovada através do estudo dos acórdãos acerca da questão dos juros e demais encargos dos contratos bancários, frente à legislação, quer seja a Constituição (art. 192, § 3º.), quer a Lei de Usura de 1933, quer o Código Civil, ou, ainda, o Código de Defesa do Consumidor. Por mais que tenham sido levantadas “teses” diferentes daqueles que a maioria dos advogados apresentavam, quer os juízes monocráticos, quer os tribunais, decidiram e decidem tais questões através de sentenças e acórdãos iguais ou parecidas para todos os casos de contratos bancários da espécie em causa, sem atentar, sem analisar e sem referir na motivação sentencial, os argumentos novos ou novidadeiros apresentados por uma das partes. Ou seja, sem enfrentar – sob a aceita fundamentação de que o juiz não é obrigado a enfrentar toda a argumentação apresentada – o que de novo possam os autos trazer pelo risco de controvérsia dogmática que tal poderia ocasionar, sendo mais cômodo (e mais ágil para que o juiz possa mostrar “produção”) optar pela solução da jurisprudência mansa e pacífica. A jurisprudência demorou [muitos] anos antes de começar a aceitar que se impunha que as duas parcelas da moratória fossem corrigida por índices de inflação. Só o começaram a admitir um pouco antes da publicação da mencionada lei. Sem dúvida que era mais fácil, ante a avalanche que naquela época ocorria de processos pedindo a correção monetária das parcelas, prolatar uma sentença-tipo ou sentença-carimbo para todas as ações, tanto mais que as petições iniciais – e as contestações também se apresentavam na sua maioria como carimbos ou reproduções ou cópias – do que sopesar fortes argumentos que somente apareciam em um ou outro raro processo (argumentos, diga-se, que, mais tarde, passaram a motivar a procedência dos pedidos de correção monetária nas concordatas).

³²⁴ Notem-se os seguintes “conselhos”: “Na verdade seria perigoso seguir logo o primeiro livro que se abra; pior ainda o obedecer às cegas ao espírito de inovação, preferir tudo quanto é ou parece novidade. Sobretudo o juiz deve aplicar a boa doutrina, porém depois de vencedora pelo menos nas cátedras escolares e entre tratadistas; a solução teórica definitiva, que o maior número é obrigado a conhecer para se orientar na prática e evitar os litígios. Adotar logo a primeira novidade é estabelecer a surpresa nos julgamentos, e revelar injusto desdém pelas vantagens decorrentes da *certeza* do Direito.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 196.

contrariedade, refutação ou contestação, quando não inteira rejeição “instintiva”. Ainda: essa *inércia* é forte característica da racionalidade prática, até porque parece estar presente, desde o Direito Romano, a idéia de que “*minime sunt mutanda, quoe interpretationem certam semper habuerunt*: ‘Altere-se o menos possível o que sempre foi entendido do mesmo modo (Paulo, no *Digesto*, liv. 1, tít. 3, frag. 23)”³²⁵.

O magistrado, ou o decisor, não é imune a essa reação e, entre uma posição decisória que vem sendo aceita e uma outra que ainda tem de ser reflexivamente (e refletidamente) construída, opta pela primeira, tanto mais quando, não raro, a *ideologia básica* do juiz o coloca numa posição de total respeito à lei e à jurisprudência que se diz dominante ou pacífica. Essa posição é denominada, por Vernengo³²⁶, de *conformismo burocrático* e, por Carlos Maximiliano³²⁷, de *subserviência intelectual*. É uma variante do princípio da inércia que se reduz, no fundo, a um argumento de autoridade³²⁸.

Quando se invoca la ley o cualquier otra fuente reconocida como fundamento de la decisión se está apelando a un argumento de autoridad que se impone de un modo inexorable, es decir, se acepta que la norma es la razón que justifica la resolución. En última instancia, se produce la legitimación de la actuación del legislador que concluye necesariamente en lo que Vernengo ha denominado el “conformismo burocrático”. Según este autor “la ideología básica – presupuesta siempre, pero rara vez enunciada – es el conformismo: el juez que respeta la ley sea cual fuere su tenor axiológico y político, lo

³²⁵ MAXIMILIANO, 1984, p. 249.

³²⁶ VERNENGO apud ORTEGA, 1998, p. 119.

³²⁷ MAXIMILIANO, op. cit., p. 183: “Aos magistrados que acham meritório não ter as suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, Pessina recorda o verso de Horácio: os demasiado cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória: arrastam-se pela terra, como serpentes – *serpit humi tutus nimium timidusque procellae*.”

³²⁸ KELSEN, 1994, p. 276, ao tratar das lacunas do Direito, expressa uma idéia com a qual se coadunam as aqui deixadas. Diz ele: Com efeito, o juiz – e especialmente o juiz de carreira que está sob o controle de um tribunal superior –, que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito *ex novo*, só muito excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador.” Vale a pena, ainda, ler MAXIMILIANO, 1984, p. 274, já citado em notas anteriores: “Vários sentimentos levam o magistrado a apoiar-se no argumento *de autoridade*: o medo de errar se acaso se fia em suas próprias luzes; o receio de constituir opinião isolada; a aversão às novidades, comum nos velhos e nos que publicaram o seu modo de pensar; o desejo de obter assentimento de outros, vitórias, aplausos. Da parte dos advogados aquele processo é aproveitado com o objetivo de especular com o instinto de imitação, a preguiça intelectual, a timidez, a ignorância do juiz e o *horror da responsabilidade*: insinuam uma solução já feita, para não correr, o julgador, os azares de uma nova, em que se arriscaria a errar e ver o seu *verdictum* repellido pelos colegas, dissecado pelos causídicos ou reformado pelo tribunal superior.”

que en verdad respeta es a quien ejerce efectivamente el poder ayer, hoy o mañana".³²⁹

Se a *decisão* é o término de uma *in-decisão*³³⁰ - e por aí se mostra novamente que há várias respostas das quais uma deve ser escolhida -, tem a jurisprudência, como pré-concreção de caso idêntico, a força decisória que procede à valoração (qualquer escolha pressupõe ou envolve uma valoração). Ora, a valoração impõe uma reflexividade, aqui tida como um discurso dialógico entre o mundo "legal" e o mundo da vida, posto ao magistrado quase como um dilema e que somente uma sólida formação intelectual consegue fazer discernir, como se vê adiante.

No mundo da vida está a jurisprudência dominante, e o julgador, pelo mesmo inconsciente princípio da inércia, dá um peso de convencimento maior às motivações jurisprudenciais do que às próprias, se afloradas estas. Pesa, assim, no caminho da *justeza* decisória o que já existe, como sendo o efetiva e judicativamente razoável.

3.4.2 A escolha sincronicamente adequada

Tal como foi colocado, fica a idéia de que o magistrado primeiramente decide para, depois, fundamentar a sua decisão. Se essa idéia foi assim exposta, deve-se a razões de método do (deste) discurso, porque, na realidade, há um (quase simultâneo) ir-e-vir entre o *decisum* e a *justificatio*. A esse ir-e-vir denomino *círculo decisório*³³¹.

³²⁹ ORTEGA, 1998, p. 118-119.

³³⁰ A decisão não é somente o término de uma in-decisão, quanto é também a negação (antepositivo) da cisão (des+cisão), ou seja, o terminar com a *cisão* entre as diversas alternativas.

³³¹ Na mesma linha de pensamento, encontra-se o trecho de KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. Rio de Janeiro. Revista Forense. v.. 353, conectando a espiral hermenêutica e a pré-compreensão: "No que nos diz respeito, pelo menos duas nições merecem registro. Referimo-nos, em primeiro lugar à *Espiral Hermenêutica*, segundo a qual a aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, em que se circula das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito naquilo que, apenas *descritivamente*, ou seja, em sua forma ou aparência externa, será um silogismo. Aqui, a formulação do juízo de fato e do direito a aplicar são conjunta e reciprocamente elaborados, um exercendo grande influência sobre o outro, num intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se ao produto final."

Ante o caso decidendo, que “é o *prius* metodológico”³³², o juiz constrói uma norma jurídica que, em princípio, resolve o caso, ou seja, que é *normativo-pragmaticamente* adequada. Essa primeira norma “*hipoteticamente adequada* para o tratamento judicativo-decisório do caso ou problema jurídico a resolver”³³³ começa, então, a ser justificada como a “certa” para a solução, em um “jogo” de adequação entre a consequência normativa e a hipótese colocada³³⁴. Se, contudo, a justificação não é suficientemente “forte” (convincentemente forte), a consequência normativa é, não raras vezes, adequada de novo, resultando daí uma nova motivação ou o reforço da justificação antes encontrada, em um *vai-vem* que acabará resultando na *norma-fundamento* ou *norma da decisão*³³⁵. Não se trata, entenda-se bem, de procurar fundamentos de fundamentos, numa série interminável: trata-se de fundamentação prático-argumentativa suficiente e razoável (suficientemente razoável e razoavelmente suficiente) que interrompe a *in-decisão* pela convicção de justiça.

Na verdade, os casos que são levados a juízo raramente se mostram com a facilidade de uma simples subsunção a *uma* norma já de antemão construída, genericamente aceita. Pelo contrário, os fatos do mundo a serem resolvidos jurisdicionalmente são, em si mesmos, complexos, na sua maioria. Claro que requerem, eles mesmos, interpretação por parte do julgador, mas essa matéria, quase toda no campo da prova, extravasa o âmbito deste estudo. O que interessa aqui é ressaltar que o decisor tem de construir uma norma a partir de normas para dar uma resposta de justiça ao caso *sub oculis*.

...o problema surge justamente da circunstância de os casos jurídicos, que a vida histórico-social vai suscitando, de todo excluírem, no contínuo do seu contexto real e na riqueza da sua individualidade

³³² CASTANHEIRA NEVES, 1993, 142 ss. e p. 166.

³³³ Id., *ibid.*, p. 166.

³³⁴ Larenz, conquanto apresente alguma divergência com o que aqui está dito, auxilia e fortalece esse pensamento, dizendo: “O juiz, por seu lado, inicia as suas ponderações com a formulação de uma ‘conjectura de norma’, que o deveria conduzir a um resultado que reconhece como justo. Compara então essa conjectura de norma com as proposições jurídicas do Direito positivo, uma vez que ‘o jurista tem de facto, tal como a autoridade legiferante, de ponderar os problemas de uma controvérsia, quais as consequências que a estatuição ou não estatuição das conjecturas de normas como norma reguladora acarretariam, mas tem a esse propósito de respeitar o conjunto das opções da autoridade legiferante. À restrição que daí advém acresce o que Kriele considera a justiça presumida e, nestes termos também, a vinculatividade dos precedentes.” LARENZ, 1989, p. 175.

³³⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 167.

histórica, a ideia de eles de se oferecerem já (já serem “dados”) como bem definidas objectivações das normas do sistema positivo, como seus meros correlatos objectivos.³³⁶

Há, então, um *vai-vem* racional³³⁷ (dialogicidade, dir-se-ia) entre o problema que a norma jurídica procura, em abstrato, resolver, e o problema judicante que tem de ser resolvido, em concreto³³⁸. Ora, sabe-se, que a construção intelectual da norma tem, na sua apropriada abstração, um carácter de generalidade, refugindo às circunstâncias que os problemas da vida real sempre apresentam. E essas circunstâncias – tão variáveis quantos os “casos” ou os problemas – não são, no trajeto circular judicativo-decisório, passíveis de ser ignorados ou deixados de lado, pois é essa “riqueza” de variabilidade que fundamenta a necessidade de um julgamento. Na verdade, se os casos fossem sempre iguais, ou seja, se somente fossem constituídos por um fato puro (um suporte fático, um *tatbestand*, uma *fattispecie*) limpo de circunstâncias, somente haveria, como regra geral, uma norma jurídica pacificamente aceita que fosse adequada e pragmaticamente aplicável. Mais: os casos a serem decididos são, geralmente, complexos de fatos, interligados ou sobrepostos, que requerem a sobreposição e a ligação de várias normas para a construção da norma-decisão. Cada caso, pela variabilidade circunstancial³³⁹, requer a construção de uma norma-solução ou, pelo menos, uma norma-resolução³⁴⁰ que embase o *decisum*.

Ora, como agora se disse, a decisão de um caso ou de um problema jurídico requer, a mais das vezes, que a norma aplicável, a *norma-fundamento*, seja

³³⁶ CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 168.

³³⁷ “Para que nesse ir e vir não haja ‘uma peregrinação sem fim’, são necessários critérios que ‘permitam cortar a discussão a favor de uma subsunção particular’. É tarefa da teoria da justificação externa especificar esses critérios.” ALEXY, 2000, p. 279, nota 44, com citação de Esser. Esses critérios, sob o ponto de vista que se defende, são determinados na fase *crítica* que é sincrônica das fases *heurística* e *erística* da sentença, como se apresentou *supra*.

³³⁸ V. nota 290, *infra*.

³³⁹ “Versa o aresto sobre fatos, e entre estes é quase impossível que se nos deparem dois absolutamente idênticos, ou, ao menos, semelhantes *sob todos os aspectos*: ora qualquer diferença entre espécies em apreço obriga a mudar também o modo de decidir. É isto que se depreende do dizer profundo de Dumoulin – *modica facti differentia magnam inducit juris diversitatem* – ‘pequena diferença de fato induz grande diversidade de direito’. Logo a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir a erros graves.” MAXIMILIANO, 1984, p. 182.

³⁴⁰ Resolver, como é sabido, significa terminar. Resolve-se um problema, nem sempre, contudo, com uma solução.

efetivamente o confronto e a conjugação de duas ou mais normas³⁴¹, conjugação essa que requer, por sua vez, uma motivação que é a conjugação das hipotéticas motivações que serviriam a cada uma das normas confrontadas e conjugadas. Quer dizer, a conjugação de normas, resultante em uma *nova* norma, exige a conjugação de justificações, resultante em uma *nova* justificação. É um construir novo, na medida em que o julgador se servirá não só dos argumentos que justificaram a construção de cada uma das normas como lhe acrescentará os elementos de conjugação dessas mesmas normas e outros que consolidem a *nova descoberta*.

O Direito está em constante movimento – não é estático. A *nova descoberta* acima dita – e que não significa necessariamente uma descoberta *original* – adentra o mundo do Direito coerentizada com aquele momento do Direito: é uma *resposta sincronicamente adequada*. Disse-se acima que o corte epistemológico que o jurista faz do Direito para o estudar em determinado momento deve ser mais do que um simples seccionar para dever ser uma projeção que leve em conta a dinamicidade jurídica. O julgador, no processo decisório, faz exatamente um corte do Direito que é, ao mesmo tempo uma projeção – que permite um “mais-além”, como se verá -, mas, quer corte, quer projeção, o é em determinado momento histórico e determinado lugar geográfico do mundo jurídico. A adequação da resposta, juridicamente razoável, normativa e válida, é para aquele momento, *hic et nunc*, em sincronia com o momento sistêmico-jurídico. Os argumentos que justificam a resposta têm a carga histórico-cultural do decisor, naquele momento e, porque coerente com o Direito naquele momento, ela é razoável, normativa e válida porque sincronicamente adequada.

Bem, entre os argumentos que conjugam e os argumentos que fortalecem a resposta sincronicamente adequada, há elementos que não provêm diretamente de *fontes* jurídicas, mas de outras que serão objeto do capítulo seguinte.

³⁴¹ Confronto de normas ou confronto de problemas? “O que decide é o *confronto entre problemas* – entre o tipo de problema da norma e a índole do problema concreto do caso – não a *identidade de situações* - a situação prevista na hipótese da norma e a situação concreta (cfr., em sentido análogo, R. Reinhardt, *Richter und Rechtsfindung*, p. 18). O que tem esta consequência fundamental: o critério enunciado, se vai implicado pela racionalidade prático-normativa do direito, metodologicamente deixa de exigir uma rigorosa coincidência entre a relevância hipotética da norma-prescrição e a relevância concreta do caso: a norma é aplicável, como critério de juízo, desde que haja analogia entre os problemas (...)” CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 174-175.

4 OS ELEMENTOS ANÔMICOS DA DECISÃO

“E quanto a Tísias e Górgias? Vamos deixá-los em descanso,
quando descobrirem que o verossímil vale mais que o
verdadeiro...”³⁴²

Sabe-se, claro, que a atividade jurisdicional (do juiz natural) está submetida ao *princípio da vinculação (e da obediência) à lei*. O que significa exatamente esse princípio?³⁴³ A resposta a essa pergunta poderia ser encetada por vários caminhos e sob diversas óticas, mas prefere-se, na metodológica forma finalística que se escolheu, mostrar que o uso de elementos retóricos que não advêm da lei não colide com o princípio mencionado.

Procura-se, portanto, tratar, neste capítulo, dos elementos discursivo-retóricos que influem no *decisum*, que não ferem o princípio acima mencionado e que não provêm diretamente das comumente denominadas *fontes* do Direito. Não se trata, tanto quanto possível, diga-se de novo, de adentrar *o problema dos limites da juridicidade*, problema que, contudo, tem sido tangenciado ao longo da exposição e que, de novo e adrede, aparece. Esse problema implica um “*espaço livre do direito*”, ou um “*campo livre de vinculação jurídica*”, ou, ainda, um “*espaço vazio de direito*”³⁴⁴, em que se poderia pensar, em primeira análise, caber a idéia de elementos não provindos

³⁴² Platão, *Fedro*, 267 b, apud RICOEUR, 2000, p. 20, nota 5.. Na edição de bolso (Martin-Claret), idéia aparece assim traduzida: “Mas deixaremos de lado Tísias e Górgias? Esses descobriram que o provável deve ser mais respeitado que o verdadeiro...” (p. 108).

³⁴³ Em uma resposta pronta e concisa, dir-se-ia que significa, desde logo, relatividade porque “que los jueces *deban* dictar sus decisiones conforme a lo prescrito por el sistema del súbdito no implica, desde luego, que de hecho lo hagan. (Conviene tener presente que nosotros no pretendemos describir aqui lo que los jueces hacen de hecho, sino lo que deben hacer; el objeto de nuestro estudio es el sistema de juez, no la conducta de los jueces).” ALCHOURRON; BULYGIN, 1993, p. 213.

³⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 206 ss.

diretamente de textos legais, por exemplo, para preencher tal espaço livre. Note-se, no entanto, que o escopo que se procura atingir diz com o contexto de justificação e não com a norma-fundamento que constitui, *de per se*, a decisão. O que se procura são elementos retóricos³⁴⁵ que reforçam (ou mesmo justificam) a *ratio iuris* da norma da decisão. Entre eles, estudam-se os *papéis* do senso comum (e neste o senso comum teórico dos juristas), dos adágios, dos brocardos, e de outros *topoi*, no convencimento da *justeza* judicativo-decisória.

4.1 Voltando aos pontos de partida

Veio-se defendendo que o raciocínio lógico não é o meio de solução para todo e qualquer problema. Há outros caminhos de racionalidade capazes de levar a soluções *justas*.

Não se entenda, pelo arrazoado exposto, que o raciocínio lógico-formal seja totalmente banido como absolutamente impróprio ao juízo jurídico-judicante³⁴⁶. Por esse tipo de raciocínio, fica o julgador totalmente limitado à idéia da subsunção do fato à lei (*retius*, do fato à norma), o que não está exatamente de acordo com o que se verifica nos juízos de concreção do Direito, mormente nas sentenças e acórdãos. O que se quer significar é que “há outros tratamentos metodológicos compatíveis com a multifuncionalidade dos instrumentos normativos”³⁴⁷. Ou seja, a “força” do pensamento subsuntivo não é tal que exclua qualquer outro tipo de raciocínio: pelo

³⁴⁵ “En la *Retórica*, Aristóteles señala que la manera de pensar de los jueces recurre a los esquemas lógicos más bien como instrumentos retóricos, destinados a obtener la aprobación de la opinión pública, que como recursos deductivos. Ello señala, en todo caso, que en la interpretación, fuera de las derivaciones lógicas racionales y los momentos creadores irracionales, las estructuras lingüísticas utilizadas por el legislador y el juzgador aparecen como un engranaje decisivo. Como se verá, es frecuente, en la teoría del derecho contemporáneo, subrayar la importancia que las estructuras del lenguaje natural, y sus características, tienen sobre la actividad de aplicación de normas superiores, y sobre la actividad del conocimiento del derecho, actividades ambas que suelen englobarse bajo el rótulo de interpretación jurídica. Esta también sería una forma de creación de derecho, de producción de normas o de enunciados normativos.” VERNENGO, 1995, p. 340.

³⁴⁶ Tal já foi afirmado: veja-se nota 256, *supra*.

³⁴⁷ MARTINS-COSTA, 1999, p. 372.

contrário, é da conjugação “paritária” dos vários caminhos da jurídica racionalidade que se extrai uma das respostas possíveis para o caso decidendo.

É que, embora o tratamento lógico-formal seja, como apontou Couto e Silva, ‘indispensável para que se possa compreender a formação dos direitos, pretensões e ações, direitos formativos e posições jurídicas, bem como os deveres, obrigações e exceções’, quando se passa de um conceito positivista de ciência a um conceito aberto de sistema – consentâneo inclusive com a concepção atual do que seja a ciência – ‘a questão fundamental endereça-se (...) ao sentido e ao valor do sistema e torna-se claro que a lógica-formal, fundada no princípio da não-contradição, possui valor bem menor do que supunha a ciência do direito do século precedente.’³⁴⁸

Na verdade, a *crença* de que todas as jurídicas soluções possíveis estão na lei (tida como onisciente na previsibilidade de sistema fechado) foi sendo derrubada ao constatar-se quão numerosos são os casos a decidir que não encontram amparo direto nela. Para a confirmação do que se afirma, basta pensar-se, por exemplo, nas lacunas intra e extra-sistemáticas, na ocorrência de conflitos de princípios, na indeterminação de alguns textos legais. Assim, “forçoso é concluir pela fissura do postulado de que não há direito sem fundamento em lei ou que dela possa ser logicamente deduzido”³⁴⁹.

Há direitos que têm o seu fundamento justamente em valores, princípios e *standards* que provêm de outras fontes, de outros modelos, ou, no caso das cláusulas gerais, em valores a que a própria lei reenvia. Estes, porém, não podem ser deduzidos mediante um processo lógico-formal de subsunção, exigindo a conjugação com o raciocínio tópico. Em outras palavras, o ponto de partida é o *topos* ao qual o caso envia. Posteriormente, é operada a recondução aos elementos normativos integrantes do sistema.³⁵⁰

Voltamos, pois, aos *pontos de partida* que já consideramos extra-sistêmicos. Vem-se defendendo que os pontos de partida do “raciocínio” jurídico são pré-jurídicos. Eles tangenciam o mundo jurídico, mas não são, por si mesmos e ainda, elementos jurídicos. Os pontos de partida são fontes que alimentam o mundo

³⁴⁸ MARTINS-COSTA, 1999, p. 372.

³⁴⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 373.

³⁵⁰ Id., ibid., p. 373-374.

jurídico se absorvidas (“digeridas”) por este. Quando adentram o mundo jurídico estão já impregnadas de Direito que dá a essas fontes a feição própria do jurídico, quer por interpretação (hermenêutica), quer por alguma das formas dos *tropos*³⁵¹ (analogia, metáfora, sinédoque, metonímia, etc.). Pretende-se identificar, então, alguns pontos de partida que não são ditos *fontes* no doutrinário sentido dogmático. Muitos desses pontos são considerados sob o significado genérico de *topoi*. A palavra grega *topos* significa *lugar* e aparece, em nosso idioma, em *topografia*, *topologia*, *topofobia*, em *heterótopo*, em *isótopo*, por exemplo, mas também está presente em *tópico* e *tópica*.

Na concreção do Direito, no dizer o Direito, porque o Direito é comunicação, é discurso de convencimento, nem sempre são suficientes os lugares de partida havidos como fontes do Direito. Para justificar uma decisão, porque essa decisão mesmo jurisdicional não está fora do mundo na medida em que com ele dialoga, é jurídico que se lance mão de argumentos que têm a sua origem em *topoi* (lugares) que não são a lei, a jurisprudência, nem são doutrina ou costume³⁵². São conhecimentos que derivam da experiência, são conhecimentos que derivam da sabedoria popular ou da bíblica, por exemplo, e que entram no mundo jurídico “adaptados” ao sistema para com ele serem coerentes.

Ao estabelecerem uma disputa judicial, ou mesmo uma simples desavença extrajudicial, as partes avocam direitos que, em princípio, só uma delas tem, ou que a somente uma delas será reconhecido. Em uma desavença, ou discussão, extrajudicial – retiradas possíveis posições passionais –, estabelece-se um diálogo em que, com suporte em argumentos mais ou menos racionais, cada uma das partes procura defender a sua posição jurídico-materialmente fundamentada, ou, por outro ângulo, persuadir³⁵³ o outro. Também em situações judiciais, as partes procuram convencer o juiz da *justeza* (*Richtigkeit*) da sua pretensão, usando toda uma variedade de

³⁵¹ Ver nota 22, *supra*.

³⁵² Em interessante estudo sobre a sentença penal, Nilo Bairros de Brum assim define o que denomina requisitos retóricos da sentença: “conjunto de argumentos essenciais (essencial no sentido de mínimo necessário e provavelmente suficiente) da sentença, entendida esta como discurso persuasivo.” BRUM, 1980, p. 124.

³⁵³ Como se verá adiante, não se faz distinção entre *persuadir* e *convencer*, já que, como diz Perelman, não há uma linha divisória rígida entre um significado e outro.

argumentos, mais ou menos racionais, para defender a sua posição jurídico-materialmente fundamentada.

De estas duas situações, a que se desenrola fora dos tribunais e a que é levada ao Estado-Juiz, interessa esta última, em que o reconhecimento do direito é pronunciado pelo magistrado. A este cabe, portanto, a decisão. O decidir não é, contudo, uma simples ordem ou comando ditatorial de dizer quem tem razão. A decisão, conquanto possa ter sido psicologicamente intuída, requer, sempre, que seja fundamentada, ou seja, que venha acompanhada de argumentos convincentes da justificação da escolha da solução do litígio.

Sabe-se que os textos legais não se apresentam como pré-programas de decisões à guisa de catálogos onde o juiz busque a solução do caso. Os textos legais, como foi exposto, são pontos de partida (*prótasis*), como tantos outros pontos de partida, para a justificação do *decisum*. E todas essas fontes ou origens levam à construção de proposições normativas que são, afinal, argumentos na justificação da decisão, sendo esta a norma-fundamento. Cumpre saber, entretanto, se a justificação sentencial baseada simplesmente em normas advindas de textos legais é suficiente para convencer as partes e também a sociedade³⁵⁴.

A justificação é sempre argumentativa. Por ela, as partes (e a sociedade) devem saber o “*porquê*” da decisão, não tanto com exigências de uma “veracidade”, mas com exigências de plausibilidade ou razoabilidade na prudencial racionalidade prática que motiva a parte judicativo-decisória. O pensamento judicativo deve ser trazido à sentença mostrando todos os caminhos que percorreu (mesmo que esse caminho tenha sido iniciado pela intuição do *decisum*), como resposta às posições dialógico-argumentativas das partes e como resposta à sociedade que, também, quer saber o *Direito em que vive*. Ora, nem sempre os argumentos que advêm diretamente dos textos legais são suficientemente fortes em persuasão para serem suficientemente

³⁵⁴ “Una posible respuesta es la siguiente. En los Estados modernos (de bienestar) los jueces o, en general, los tribunales, cumplen con su responsabilidad justificando sus decisiones en una forma claramente establecida. Esto, y sólo esto, les garantiza la autoridad necesaria en su función. La mera referencia (literal) a los textos de la ley o a otras fuentes con autoridad no es suficiente. La sociedad pide más y, en ocasiones, incluso preguntan por qué se ha decidido de determinada forma. La única manera de responder a esta pregunta es utilizando argumentos correctos (razones correctas). Por ello, el razonamiento jurídico tiene una importancia creciente en las sociedades modernas.” AARNIO, 1995, p. 55.

fortes na decisão. Carece, então, de serem complementados por argumentos que poderemos chamar, provisoriamente, extrajurídicos³⁵⁵.

Como se expôs, os argumentos que *jus*-tificam o *decisum* formam – devem formar –, pela sua coerência e racionalidade, um contexto que é, pela legislação e pela doutrina, denominado motivação e que, aqui, também foi denominado contexto de justificação. Encetou-se, então, o estudo do denominado contexto de justificação, como parte da decisão judicativa, esta tornada paradigma das soluções dos conflitos jurídicos, mesmo aqueles que se resolvem fora dos âmbitos forenses. Teve-se ocasião, também, de referir que a justificação pode incluir elementos que não advêm diretamente de textos legais ou de espaços de conhecimento que tradicionalmente são tidos como jurídicos. Nessa linha de pensamento, podemos dizer que há a justificação legal e inclui-la, *cum grano salis*, em uma mais lata *justificação jurídica*, e admitir, sob outros aspectos, que pode haver, válida e legitimamente, uma *justificação extrajurídica* composta por elementos (argumentos, em geral) que denominamos *anômicos*.

Pode-se, agora, estabelecer algumas diferenças entre os dois tipos de justificação que, repita-se, não são excludentes, mas completantes. Invoca-se a autoridade de Ortega³⁵⁶ que diz:

Si se me permite la expresión, la justificación extrajurídica es más crítica e menos conformista que la jurídica porque no está sujeta a unos límites tan estrictos. (...) En un sentido más amplio podría decirse que la diferencia entre ambos tipos de justificación se encuentran en los argumentos que utilizan. En el caso de la justificación jurídica se produce siempre una apelación mediata o inmediata al argumento de autoridad. Parece indiscutible que “la apelación a la ley es siempre y al mismo tiempo *argumentum ab auctoritate*”.

O mencionado autor continua:

Por el contrario, la justificación extrajurídica no se encuentra constreñida por los límites establecidos en la ley y, por consiguiente,

³⁵⁵ Mas, como se defende *infra*, são efetivamente jurídicos, pois não se esqueça, com Kelsen, que tudo o que o Direito toca se torna jurídico.

³⁵⁶ ORTEGA, 1998, p. 67 ss.

los argumentos que eventualmente puede utilizar son mucho más numerosos y variados. En cierto sentido es posible afirmar que la justificación extrajurídica es, en principio, menos dogmática que la jurídica y, en todo caso, más completa. Digo que es más completa – o al menos puede serlo – porque la justificación jurídica se presenta siempre como insuficiente. (...) Parece, por tanto, que la justificación extrajurídica es la más importante y decisiva, al menos desde una perspectiva axiológica.

Note-se que não se está propugnando a sistemática interpretação *contra legem*³⁵⁷: o que se está defendendo é a necessidade, não rara, de que a motivação sentencial vá buscar a *fontes*, fora das tradicionalmente consideradas fontes do Direito, elementos de convicção, ou argumentos de convencimento, ou, ainda, justificações para alicerçar, ou completar os alicerces, da decisão final. A *razão* da decisão tem de ser suportada por *razões* fortes e convincentes, em que pese a tendência ao laconismo sentencial. Ora, essas razões nem sempre advêm exclusivamente de textos legais, de textos jurisprudenciais, de textos doutrinários jurídicos, por quanto eles têm de limitações ao raciocínio dialético-retórico. A construção racionalizada da motivação inclui – porque o juiz deles não se pode despir – argumentos advindos dos seus conhecimentos gerais, da sua vivência social, da sua formação cultural, da sua ideologia.

Sin embargo, las razones normativas que se invocan para la justificación de las decisiones no son suficientes. En la actualidad parece que la exigencia de justificación de las resoluciones comprende la utilización de otros criterios que no se derivan directamente de las normas. (...) Por consiguiente, parece que la justificación exclusivamente jurídica es insuficiente; constituye sólo una condición indispensable que establece la barrera o límite que el juez no puede traspasar, pero por sí misma resulta insatisfactoria. Podría decirse que es necesario justificar la propia justificación. Esto es lo que Peczenick ha llamado justificación profunda o última (*tiefgehende Rechtfertigung*).³⁵⁸

³⁵⁷ “O decidir contra legem tem outro carácter, exprime a recusa de aplicar uma norma ou de decidir de acordo com uma norma considerada aplicável (segundo o critério metodologicamente correcto de aplicabilidade. E não deve confundir-se a aplicação concreta de uma norma com a sua aplicação lógico-subsumtiva, nem o ‘decidir de acordo com uma norma’ nos diz em que termos ela pode sr válido e adequado critério de decisão jurídica”. CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 222.

³⁵⁸ ORTEGA, 1998, p. 118.

Muitas vezes, os argumentos apresentados que não advêm direta e estritamente de textos legais justificam a interpretação de um texto que pretenda ser a norma-fundamento. Mesmo que assim seja, esses argumentos contribuem e são partes integrantes da racionalidade prático-judicativa-decisória, não podendo ser considerados elementos desprezíveis ou insignificantes na construção da motivação. Mais: se virmos pelo lado “reducionista” da interpretação de um texto legal, verificar-se-á que, já aí, na interpretação, há uma carga de elementos hermenêuticos que não advêm de outros textos legais.

Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra ius*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base.³⁵⁹

³⁵⁹ LARENZ, 1989, p. 502.

O pensamento de Larenz, acima citado, diz respeito à integração de lacunas. É, no entanto, plenamente aplicável ao desenvolvimento que ora está sendo feito, na medida em que consideramos que é também desenvolvimento do Direito o trazer para o mundo jurídico argumentos mesmo que provindos de fontes até ali tidas como estranhas ao Direito. Não se esqueça Kelsen: tudo o que o Direito toca, torna-se jurídico³⁶⁰. O que a racionalidade argumentativo-justificadora realiza é buscar, fora do mundo jurídico, elementos protáticos³⁶¹ transformando-os em elementos para a apódose³⁶².

Ora, a apodítica é precisamente a parte da lógica que trata da demonstração³⁶³, da justificação, da motivação.

Em Cícero desaparece a distinção entre o apodítico e o dialético, mas em seu lugar surge uma distinção que tem uma origem estoica (e que lembra até certo ponto a distinção vista no tema anterior entre contexto de descoberta e contexto de justificação), entre a invenção e a formação do juízo.³⁶⁴

Com isso não se está significando que o juízo jurisdicional seja exclusivamente apodítico, conquanto é perfeitamente admissível – e demonstrável – a “intrusão” de elementos epidícticos³⁶⁵, destinados a promover valores³⁶⁶, no judicante discurso

³⁶⁰ Não se tome a “importação” da idéia de Kelsen como uma tendência à defesa do panjurismo (*panjurisme* de que fala Carbonnier, *Flexible Droit*). É absolutamente admissível a existência de campo de análise, especialmente da Sociologia do Direito, para o estudo do espaço do *não-direito* (*non-droit*), “espaço problemático-social que deveria ser seu, mas de que ele se retira”. CASTANHEIRA NEVES, 2000, p.10.

³⁶¹ Protático refere-se a *prótasis* (plural, *protaseôs*). A etimologia de *prótasis* conduz-nos a *tensão para diante*. É, na verdade, o papel dos pontos de partida que não são mais do que propostas para serem trabalhadas, antes de serem aplicadas. A *prótasis* se completa com a *apódosis*, já que aquela é, por assim dizer, a premissa maior.

³⁶² Pela sua etimologia, *apódose* (*apódosis*) significa *trazer de longe*. Os pontos de partida estão, como dissemos, longe, fora do sistema jurídico e são, pela racionalidade judicativa, trazidos para a motivação.

³⁶³ Cf. ABBAGNANO, 2000, p. 73. Comparece-se, no entanto, com PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 53 ss. Do qual extraímos: Ora, acreditamos que os discursos epidícticos constituem uma parte central da arte de persuadir e a incompreensão manifestada a seu respeito resulta de uma concepção errônea dos efeitos da argumentação.” PERELMAN; TYTECA, op. cit., p. 54: E ainda: “Os discursos epidícticos têm por objetivo aumentar a intensidade de adesão aos valores comuns do auditório e do orador; seu papel é importante, pois, sem esses valores comuns, em que poderiam apoiar-se os discursos deliberativos e judiciais?” Id., *ibid.*, p. 58.

³⁶⁴ ATIENZA, 2000, p. 64.

³⁶⁵ V. nota 302, *supra*.

³⁶⁶ Note-se, a propósito, o texto de WARAT, 1994, p. 46-47: “Uma exposição sobre os fatos está sempre vinculada a um juízo de valor. Decidir, por exemplo, se determinada ação caracteriza um delito autônomo ou um delito-meio ou se dado comportamento pode ser interpretado como signo de honestidade, não depende de uma verificação empírica: antes, está determinado por uma decisão valorativa. Assim, quando se afirma que se comprovou a desonestidade da vítima porque existe prova nos Autos de que voltava tarde da noite para casa,

persuasivo. Nesse aspecto, e como uma apriorística razão da “intromissão” epidíctica no discurso jurídico, está a função educadora (pedagógica)³⁶⁷ da sentença – mormente da sentença cível condenatória³⁶⁸ –, quer em seu conteúdo justificador, quer na própria decisão.

Esses elementos “colaterais” vão ser buscados na carga cultural do julgador.

4.2 A cultura de fundo ou o senso comum do julgador

Fixados, pois, os enfoques pelos quais se aborda a sentença, resta adentrar alguns critérios de justificação do *decisum* que vão além do Direito, no sentido de que não advêm diretamente de textos legais ou de princípios essencialmente jurídicos.

Dir-se-á, então, nesse sentido, que o sujeito epistêmico, que as pessoas crêem ser o juiz, trabalha simultaneamente com o sujeito empírico de que o juiz não se liberta, nem deve libertar-se³⁶⁹. Juntam-se assim, no humano que é juiz, a formação científico-jurídica e a experiência profana, sem que qualquer delas se sobreponha à outra, conquanto possam ser, em alguns momentos, conflituosas – mas não contraditórias ou opostas. Enquanto sujeito epistêmico, o juiz é *la bouche de la loi* aplicando o Direito, idealizado pelos positivistas-legalistas como um raciocínio lógico-dedutivo que se exaure em um processo mental subsuntivo, mas esse raciocínio, admitido que seja possível, é impregnado – e não poderia deixar de ser – pela experiência leiga ou profana do juiz, afinal, pela sua *cultura de fundo*. Este último aspecto constitui-se como um ponto fulcral.

Em que medida a cultura de fundo do judicante decisor influi o caso decidendo? Conquanto a “intuição” pareça ditar a resposta da incomensurabilidade

está-se introduzindo, em nome da prova dos fatos, o valor ‘voltar cedo para casa’ como nota definitiva da honestidade. (...) Ora, via de regra, os juízos de valor apresentam-se como afirmações sobre fatos.”

³⁶⁷ “...o orador do discurso epidíctico está muito próximo do educador”. PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 58.

³⁶⁸ Não raro se encontram acórdãos que proclamam, por exemplo, a função pedagógica da indenização por ato ilícito, para estabelecer o *quantum* reparador ou compensador.

³⁶⁹ Distanciamo-nos, evidentemente, de Gaston Bachelard para quem a ciência se opõe ao senso comum ou conhecimento vulgar. Cf. BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

de tal influência, como esta acaba por aparecer ou aflorar no texto *jus-tificativo*, pode-se, pelo menos, em vez de uma apreciação metodologicamente quantitativa, fazê-la pela via qualitativa que restará, por que não exaustiva, verdadeiramente exemplificativa.

Nesse campo, ir-se-á encontrar uma área a que se poderá denominar *senso comum*, quer com a "comum" cultura jurídica, quer com a mesma da leiga, campo esse que requer um estudo um tanto mais detalhado e, portanto, mais demorado, para se chegar a uma classe geral de *topoi*; encontrar-se-á, também, um campo de *tropos*, alguns dos quais poderíamos dizer de origem judicante, e outros nitidamente de gênese popular; e, ainda, outros campos aparecerão com revestimentos culturais diversos que serão mencionados pertinentemente.

4.2.1 O senso comum

No Direito não se contam os limites precisos
entre o saber comum e a ciência.
Luiz Alberto Warat

Denomina-se *senso comum* o modo de pensar da (grande) maioria das pessoas acerca das mesmas coisas. São "verdades" geralmente aceitas que levam ao ridículo a quem delas duvida, já que não precisam de justificação: afinal, *todo o mundo* pensa assim. Requerem, pois, para serem contestadas, argumentos fortes contra essa *razão da maioria*. Quem contesta, mesmo que tenha a *maioria da razão*, arrisca-se a receber, como réplica, gargalhadas e epítetos pejorativos de sabichão, de pedante, de bizarro ou de excêntrico. "O que é contrário ao senso comum faz rir, pois se opõe às idéias que parecem indubitáveis no seio de uma comunidade", diz Perelman³⁷⁰, com toda a razão. Afinal, é *crença* da maioria que o senso comum é critério de *certeza*. Como tantas pessoas, como a maioria das pessoas pode estar errada? Como se colocar contra o que todos afirmam, sem se sujeitar à galhofa? Como ser o *Joãozinho-do-Passo-Certo*?

³⁷⁰ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 238.

O senso comum não goza, no entanto, de todas essas propriedades, nem do atributo de *fonte da certeza*, nos meios filosóficos. O senso comum tem sido, ao longo dos séculos, tema das preocupações dos filósofos, que nele vêem a expressão das aparências. O comum dos mortais, os mortais comuns, vê o mundo apenas na sua aparência sensível, sem se preocupar em profundas reflexões que possam resultar na *verdade conforme à razão*. Esse modo superficial, compartilhado por todos, de entender o mundo é o *senso comum*, mas não é, regra geral, o modo racional de entender o mundo. Essa diferença não impediu, contudo, que estudiosos de renome, como Thomas Reid (1710-1796) e William Hamilton (1788-1856), denominados *Filósofos Escoceses do Senso Comum*, tivessem baseado suas valiosas obras no conhecimento das coisas através da percepção apenas³⁷¹. Em tal matéria, devem ainda ser citados George Edward Moore (1873-1958) e Ludwig Wittgenstein (1889-1951) cujos estudos relacionaram, especialmente, o senso comum e a linguagem.

A filosofia tradicional coloca a razão *contra* o senso comum³⁷², já que as aparências são contraditórias e só a razão pode ser *fonte de certeza*. Temos verificado, no entanto, que, ao longo da História, a razão não tem produzido tanta certeza quanto os racionalistas propagaram, esquecendo que é a própria razão a mãe da dúvida. E, por essa dúvida, a razão leva, muitas vezes, a dar razão ao que era tido apenas como senso comum. Por outras e mais sábias palavras: “O conhecimento científico pós-moderno só se realiza enquanto tal na medida em que se converte em senso comum”³⁷³. Assim se verifica um retorno à valorização retórica do senso comum como elemento capaz de contribuir também para a ciência, ou de *fazer ciência*, esta já com um conceito bachelardiano, ou com um conceito que retira a

³⁷¹ “O senso comum, enquanto conceito filosófico, surge no século XVIII e representa o combate ideológico da burguesia emergente contra o irracionalismo do *ancien régime*. Trata-se, pois, de um senso que se pretende natural, razoável, prudente, um senso que é burguês e que, por uma dupla implicação, se converte em senso médio e em senso universal. A valorização filosófica do senso comum esteve, pois, ligada ao projeto político de ascensão ao poder da burguesia, pelo que não surpreende que, uma vez ganho o poder, o conceito filosófico de senso comum tenha sido correspondentemente desvalorizado como significando um conhecimento superficial e ilusório”. SANTOS, 2000, p. 36-37.

³⁷² “Do ponto de vista da dupla ruptura epistemológica que tenho defendido, a tensão entre linguagem técnica e linguagem metafórica é inerradicável. A linguagem técnica desempenha um papel importante na primeira ruptura (que separa a ciência do senso comum), enquanto a linguagem metafórica é imprescindível para a segunda ruptura (que supera tanto a ciência como o senso comum num conhecimento prático esclarecido). A ciência é, pois, feita da permanente tensão entre os dois tipos de linguagem (...)” SANTOS, op. cit., p. 116).

³⁷³ SANTOS, 2002, p. 57.

exclusividade do raciocínio lógico-formal (só com premissas *verdadeiras* se pode pensar *verdadeiro*) para admitir que os argumentos *verossímeis* são também elementos da construção científica, ou, até, são elementos de mais-valia, que tem “mais valor a verossimilhança do que a verdade”.

Persiga-se, então, a conceituação de senso comum.

Uma definição bastante geral mas confiável de senso comum, que é útil para distingui-lo de outros fenômenos, identifica-o como um “conjunto de informações socialmente produzidas”, que inclui elementos descritivos e valorativos comumente havidos por válidos e confiáveis em um determinado contexto social”.³⁷⁴

O senso comum “é um ‘conhecimento’ evidente que pensa o que existe tal como existe”³⁷⁵, sem perquirir de outras razões por as pressupor do domínio consensual geral. Ou, por outras sábias palavras: “O senso comum ‘consiste numa série de crenças admitidas no seio de uma sociedade determinada e que os seus membros presumem ser partilhadas por todo o ser razoável’ “. ³⁷⁶

Se o conceito de senso comum mostra-se, portanto, difuso, colha-se em Taruffo³⁷⁷ a acepção ampla dessa expressão que é passível de incluir:

a) as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode se pensado, ou seja, aquelas categorias fundamentais que Michel Foucault designou com o nome *episteme*; b) um conjunto de certo modo intermediário de noções mais específicas e contingentes, que no entanto habitualmente se exprimem na forma de *máximas* ou *regras* consideradas produzidas pela experiência comum (esse conjunto inclui ainda outros elementos também derivados da experiência e referentes tanto ao uso da linguagem – estruturas lingüísticas de uso corrente e significados consolidados – quanto à percepção e interpretação da realidade segundo esquemas ou modelos de situações ou de sucessões de eventos que a experiência comum faz considerar típicos de determinadas situações); c) finalmente – e esse é evidentemente o plano mais superficial – dados isolados do conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural reputado próprio ao protótipo do *homem médio* em um certo lugar e contexto social, assim

³⁷⁴ TARUFFO, 2001, p. 10, nota 8.

³⁷⁵ SANTOS, 2000, p. 32.

³⁷⁶ GRÁCIO, 1993, p. 106, citando PERELMAN-TYTECA.

³⁷⁷ TARUFFO, *ibid.*, p. 11.

como em dado momento histórico (a propósito, falaria o jurista em *atos notórios*).

Em que medida o senso comum, assim latamente visto, está presente na motivação da decisão judicativa? Em outras palavras, qual é o *peso* (de qualidade influenciadora, não de quantidade) do senso comum entre os argumentos de justificação de uma decisão? Para responder a estas perguntas, dirige-se o pensamento para dois aspectos do senso comum: um, a que denominamos *senso comum laico*; outro, a que *chamamos senso comum teórico dos juristas*. A razão dessa divisão reside em que não se admite a divisão, na mesma pessoa do magistrado, das suas “qualidades” de leigo e de juiz. Logo, na justificação de uma decisão, há influência dessas “qualidades”, porque das primeiras não se admite seja possível o juiz “esquecer”. Em outras palavras, subjacente aos conhecimentos tecno-jurídicos do decisor há uma camada dinâmica de conhecimentos que não são propriamente jurídicos e dos quais o juiz não se retira, na formulação do seu juízo decisório. Admite-se, até, que essa camada dinâmica de conhecimentos leigos aflora com a força retórica para dar mais força ao *decisum*. Nesse substrato leigo do senso comum, vão-se encontrar *topoi* (lugares-comuns), adágios populares, conhecimentos bíblicos, etc., que, por ora, são somente referidos, para que a exposição prossiga quanto ao *importante* senso comum teórico dos juristas.

4.2.2 O senso comum teórico dos juristas

“O senso comum, perdoa-me que to diga, é conservador, aventuro-me mesmo a afirmar que é reaccionário.”³⁷⁸

³⁷⁸ SARAMAGO, José. *O homem duplicado*. São Paulo: Cia das Letras, 2002, p. 58.

Isso nos permite afirmar que existe um *sensu comum jurídico* que, algumas vezes, vem com autoridade do *consensu dos doutos*. E, como todo o *sensu comum*, implica inverdades aceitas cujo desmascaramento acarreta a galhofa.

No dia-a-dia quer da vida social, quer no universo do direito, não há dúvida de que a prática cotidiana do *sensu comum* reforça a adesão dos juristas a este ou aquele paradigma. Tal reforço se dá pelo estabelecimento de barreiras e distâncias, no âmbito de cada paradigma, como forma de neutralização das críticas emanadas dos demais paradigmas. Invocando a condição de saber especializado, esse tipo de proteção e defesa exige, por exemplo, regras de interdição (não é qualquer um que pode afirmar qualquer coisa), regras de exclusão (intimidação dos que, por não falarem a linguagem do *sensu comum* e não internalizarem seus valores, não são aceitos como interlocutores válidos) e monopólio da informação: o discurso especializado é aquele pronunciado do ponto de vista específico de uma hierarquia organizacional. Graças a esse escudo propiciado pela especialização, cada paradigma pode dar-se ao luxo de desqualificar os contradiscursos acusando-os, simplesmente, de "incompetentes". Logo, o discurso competente confunde-se com a linguagem institucionalmente permitida, isto é, "com o discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram autorizados segundo os cânones da esfera da sua própria competência."³⁷⁹

Não se pense, contudo, que todo o *sensu comum* é pernicioso, seja social, seja juridicamente. O que se quer ressaltar é que é constantemente necessário pensar sobre aquilo que parece ser o pensar de muitos³⁸⁰, ou o pensar de *todos*. O Direito, como a vida, obriga a que seja constantemente pensado e repensado.

A expressão *sensu comum teórico dos juristas* é tomada de Warat e dele toma-se também um conceito: "O *sensu comum teórico dos juristas* seria, conforme esta definição mais específica, o conjunto de opiniões comuns dos juristas manifestadas como ilusão epistêmica"³⁸¹. Ouse-se explicar: O *sensu comum teórico dos juristas* é

³⁷⁹ LEITE, Luciano Ferreira. *O Regulamento no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

³⁸⁰ O recurso ao *sensu comum* é exemplo da manifestação do princípio da inércia (ou lei do menor esforço) antes referido. O *sensu comum* é, em Direito, perigoso e trai, geralmente, os indoutos.

³⁸¹ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. [I - Interpretação da lei; temas para uma reformulação]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, p. 16.

uma crença³⁸² que se expressa por uma opinião geralmente aceita como se esta fosse ciência.

Restringindo o conceito podemos definir como condições retóricas positivadas aqueles princípios, noções e teorias da dogmática jurídica que operam como padrões e estereótipos das crenças jurídicas dominantes...³⁸³

As *crenças* dominantes³⁸⁴ entre juristas revelam-se, muitas vezes, absolutamente falsas, ou seja, não são imunes a um exame de plausibilidade ou razoabilidade. Os operadores são presas fáceis do senso comum *acreditado* (ou *credenciado*³⁸⁵) que ora se manifesta pelo alinhamento à ortodoxia conceptual "competente", ora, até mesmo, pelo alinhamento com a opinião comum dos leigos. Quem procura revisar ou criticar, ou revisa, ou critica, os conceitos oriundos desses posicionamentos é, algumas vezes, patrulado, escarnecido ou rotulado de incompetente. Note-se que, muitas vezes, esse senso comum manifesta-se por dogmas, verdades indiscutíveis, o que leva à *dogmatização progressiva do conhecimento jurídico*, na conhecida expressão de Vieweg.

O resultado desse conhecimento alienante é conhecido: a formação de um conjunto de idéias gerais, proposições falsamente científicas, juízos éticos e pontos de vista hegemônicos, todos contribuindo para a consolidação de um discurso aparentemente objetivo e técnico, ideologicamente depurado e capaz de provocar efeitos de realidade e coerência, de projetar uma dimensão harmoniosa das relações sociais e de justificar a imposição de um padrão específico de dominação com base na "natureza das coisas". Além de conciliar retoricamente as contradições sociais, esse "senso comum" dos juristas também influi decisivamente tanto na definição dos "verdadeiros" problemas da

³⁸² Adiante se tornará às *crenças* no Direito.

³⁸³ WARAT, 1994, p. 119.

³⁸⁴ Entre as muitas *crenças*, exemplificamos citando WARAT, 1995, p. 73: "1) a idéia de que a ordem jurídica nos fornece segurança; 2) a noção de que o sistema do direito positivo é a garantia da paz social; 3) a necessidade de adaptação ao modelo de ordem que os discursos jurídicos insinuam; 4) a idéia de que o direito circunscreve as tensões sociais dentro de um marco de pequenos conflitos; 5) a superação dos problemas sociais através de mecanismos equilibrados do sistema social; 6) o direito é o árbitro neutro das disputas entre os homens (neutralidade do direito e do Estado); 7) a transformação da força em legalidade e a dominação em dever; 8) a identificação do poder à lei; 9) identificação da obrigação de obedecer a certos valores aceitos como 'essencialmente justos'; 10) a idéia da finalidade ética da sanção."

³⁸⁵ No seu significado lexical, embora por extensão, *credenciado* significa que está habilitado para emitir opinião.

Ciência do Direito quanto nos seus possíveis equacionamentos, "resolvendo-os" com esquemas ideais destinados à eliminação das antinomias, à integração das lacunas e à identificação dos casos de abuso de direito.³⁸⁶

O discurso jurídico recorre, então, ao senso comum para o seu trabalho *de e como* ciência. A interpretação jurídica requer algumas doses de senso comum, doses tanto mais fortes quanto a imprecisão legislativa, ou como remédio "onde a própria lei remeta, em branco, para o 'common sense' e deixe ao juiz a determinação das máximas da 'actuação correcta'"³⁸⁷.

Nas atividades cotidianas - teóricas, práticas e acadêmicas - os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação. (...) Visões, fetiches, lembranças, idéias dispersas, neutralizações que beiram as fronteiras das palavras antes que elas se tornem audíveis e visíveis, mas que regulam o discurso, mostram alguns dos componentes chaves para aproximar-nos da idéia do 'senso comum teórico dos juristas'.³⁸⁸

O senso comum jurídico aparece rotulado, muitas vezes, pelo *topos* da "opinião predominante"³⁸⁹, ou da "jurisprudência pacífica". Constitui-se, assim, como um argumento de autoridade que *não deve* ser posto em dúvida. Outras vezes, o senso comum está próximo da simples opinião (*doxa*). "O conhecimento do senso comum revela a forma mais elementar de o homem interpretar o mundo e surge da necessidade de resolver problemas imediatos, ligados à praticidade factual"³⁹⁰. A opinião, a *doxa* de Platão, é, não raro, a expressão do senso comum que não se preocupa com as causas ou com os fundamentos - verdade, certeza, validade, e, até,

³⁸⁶ LEITE, 1986, p. 60.

³⁸⁷ CANARIS, 1989, p. 288.

³⁸⁸ WARAT, 1994, p. 13-14.

³⁸⁹ "Uma imagem criada pela profissão, e que bem ilustra essas dificuldades e a forma do seu solucionamento, é a da 'opinião predominante'. A opinião predominante possibilita uma posição frente ao direito que seja ambivalente, adequando-se às situações e ao contexto dos papéis. Ela legitima ao mesmo tempo tanto o dissenso quanto o confiar no consenso. Ela permite expor o direito como seguro e igualmente incerto e, dependendo das circunstâncias e das conseqüências em jogo, tomar uma ou outra posição." LUHMANN, 1985, p. 92.

³⁹⁰ BOMBASSARO, 1992, p. 24.

plausibilidade -, demonstrando, assim, uma visão parcial, não total, e superficial da realidade. É habitualmente denominado conhecimento empírico aquele que não se preocupa com as causas, mas explica a realidade pelas aparências. A opinião funda-se essencialmente em aparências, sem se preocupar com as *razões*.

A busca da verossimilhança, ou da justeza, não se compadece, contudo, com a simples opinião. Ou, melhor, essa busca não pode estacionar na opinião, ou trilhar o caminho único da *doxa*. Há que contrapô-la a um outro caminho, como uma outra alternativa, ou escolha. Há que "estabelecer uma outra via (*hodos*) para além (*meta*) daquela tradicional, a fim de entender e explicar a realidade. Este 'mét(a-h)odo(s)' para chegar à *verdade*, portanto, necessariamente iria contra (*para*) a opinião comum, a *doxa*, donde não poder deixar de ser "para-doxa"³⁹¹. Por isso, vem-se defendendo que o Direito, sistêmico-autopoieticamente pensado, não rejeita os paradoxos do mesmo modo que não é infenso à opinião.

Na verdade, a ciência do direito que os juristas invocam nas suas práticas profissionais é uma *doxa* metódica e sistemática, um conjunto de opiniões de ofício, ou seja, uma prática discursiva, fundamentalmente determinada por hábitos semiológicos e costumes intelectuais.³⁹²

Aparentado com o senso comum, surge algumas vezes o mito³⁹³ como uma verdade, aceitável ou aceita como indiscutível. Mito significa, etimologicamente, narração. Há, próximo do senso comum ou mesmo no seu âmbito, uma mitopoiese, uma criação ou uma atividade produtora do mito. *Mythos* opõe-se a *Logos*, mas, nem por isso, deixa de estar presente na fundamentação de decisões, do mesmo modo que o *comum* senso comum ou a opinião "jurídica". Na verdade, o mito manifesta-se,

³⁹¹ GUERRA FILHO, 1999, p. 32.

³⁹² WARAT, Luiz Alberto; RUSSO, Eduardo A. *Interpretación de la Ley: poder de las significaciones y significaciones del poder*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d., p. 17.

³⁹³ "Assim, o mito e os domínios do saber vulgar são o repositório das vivências que, de modo casual e nascida do senso comum, foram se cristalizando ao longo do tempo, de tal maneira que se tornaram necessárias à vida, tanto que a maior parte da nossa conduta individual e coletiva permanece atrelada a essa primeira e original leitura do mundo". SILVEIRA, José Luongo da. *Noções preliminares da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 26.

"En esta acepción se opone o se distingue del saber científico, no por una simple inversión de los caracteres de este último - la demostración, la objetividad, etc. - sino a partir de un rasgo específico y positivo que le es propio: la estructura narrativa". GIANNI VATTIMO apud RUSSO, 1995, p. 337.

muitas vezes, nas decisões sentenciadas através da propagação ideológica tendente à consolidação dos valores sociais predominantes. Não deixa de ser uma parte do senso comum, específica porém, na medida em que encerra uma mensagem didática, nem sempre clara e facilmente constatável.

Apesar da oposição entre o mitológico e o racional, é perfeitamente admissível a simbiose deles³⁹⁴. Note-se que a razão e a ciência tornaram-se mitos com a sua divinização: foram tidas como capazes de tudo resolver e resolver bem, da única maneira possível. Não gozam, hoje, de tais poderes. Sabe-se que nem a razão dá todas as respostas e respostas sempre certas e verdadeiras, como também a ciência nem tudo resolve, nem tudo resolve bem, ou certo, ou verdadeiramente.

O Direito, especificamente, além de ter componentes míticos, teve também a sua fase de mito. E mais, a lei teve e ainda tem, em alguns núcleos, a sua fase de mito. Especialmente com o *Code Napoleon*, houve quem pensasse e defendesse, acirradamente, que, a partir daí, estava resolvido, e bem resolvido, todo o problema jurídico: era somente *aplicar* a lei, a frase escrita *milagrosa*. Era um mito que pouco tempo resistiu como tal, mas que deixou fortes resquícios nas camadas burocráticas do mundo. Na burocracia tudo é explicado ou decidido (e resolvido, acabado) com os textos a que se emprestam auras de legalidade onisciente. Quantos de nós não temos ouvido (e dito!) a expressão solucionadora: *É a lei!* Como se dizer que *é a lei* bastasse para se compreender e solucionar o problema, a questão, o conflito³⁹⁵. Mas a

³⁹⁴ Nesse sentido: “Esta es, por otra parte, la línea argumental que desarrolla Lyotard. ‘El saber en general – dice – no se reduce a la ciencia, ni siquiera al conocimiento... Tomado así, el saber es lo que hace a cada uno capaz de emitir ‘buenos’ enunciados denotativos, y también ‘buenos’ enunciados prescriptivos, ‘buenos’ enunciados valorativos...’ Lo paradójico de la cuestión radica en que tanto el conocimiento cuanto la ciencia, puesto que no pueden autoligitimarse, se legitiman desde ese saber narrativo o mítico. Pero para que ese saber cumpla con su función es preciso que se lo eleve a la categoría de gran relato, exclusivo y excluyente de cualquier otro relato al que se descalifica como legitimador, originando la acepción peyorativa del concepto de mito”. RUSSO, 1995, p. 337.

³⁹⁵ A generalização com base em interpretação estritamente literal de um texto de lei, leva a casos curiosos de incompatibilidades, mormente entre esse tipo de interpretação e o “caso” a que é aplicada. PERELMAN E TYTECA, 1999, p. 231-232, dão “a esse tipo de incompatibilidades, que se apresenta sob modalidades diversas, o nome genérico de *autofagia*.” Vale a pena, assim, continuar um pouco mais a leitura dos renomados autores: “A retorsão, que chamavam na Idade Média de *redargutio elenchica*, constitui o uso mais célebre da autofagia: é um argumento que tende a mostrar que o ato empregado para atacar uma regra é incompatível com o princípio que sustenta esse ataque. (...). Um caso cômico da aplicação da retorsão, que sugere as possibilidades de escapar dela, é fornecido pela história do policial que, num teatro interiorano, no momento em que o público se preparava para cantar a *Marselhesa*, sobe ao palco para anunciar que é proibido tudo o que não figura no cartaz. ‘E o senhor, interrompe um dos espectadores, está no cartaz?’ Nesse exemplo, o policial,

presença da “Lei” em si mesma – não do texto legal interpretado – é forte argumento de autoridade pela força do senso comum que a rodeia.

Assim, o senso comum teórico dos juristas, ele mesmo ou travestido de opinião, ou de mito, de qualquer modo de uma forma genérica de crença, de fé, é *prótasis* de argumentos jurídicos que servem validamente à fundamentação ou ao reforço da fundamentação sentencial. Esse senso comum apresenta-se, ainda, sob a forma de *topoi*.

4.3 Em volta dos *topoi*

Foram já apresentados argumentos que demonstram que, não raras vezes, a decisão judicativa³⁹⁶ precede a justificação ou motivação dessa decisão e nada pode garantir que a “intuição” ou o “palpite” decisório tenha uma base estritamente legal ou estritamente jurídico-doutrinária-jurisprudencial. Pelo contrário, é perfeitamente admissível que o “hunche” decisório tenha, subjacente, a cultura de fundo do decisor com predominância da cultura *leiga*. Afinal, se a plausibilidade tem “mais valia” do que a “verdade”, como se viu, nada leva a inferir que o raciocínio epistêmico se

com sua afirmação, infringe um princípio que formula, ao passo que, nos casos de retorsão, pressupõe-se um princípio que se rejeita, mas a estrutura do argumento é a mesma.” Id., *ibid.*, p. 232.

³⁹⁶ “Nos Estados Unidos, todavia, a onda de ‘revolta contra o formalismo’ iria ser arrastada até à defesa de modelos ‘anti-jurídicos’ de argumentação judiciária, à ideia sustentada pela literatura jurídica norte-americana de que a decisão judicial era obtida por ‘palpite’ (*hunch*) do juiz, ou por quaisquer inclinações afectivas, emocionais, políticas ou ideológicas, e só numa segunda fase se procuraria fundamentar a decisão *lege artis*.” LAMEGO, 1990, p. 47. “En ese sentido, hay creación en el juez que sentencia aplicando lógicamente la ley, en cuanto la conclusión a que arriba no es automática, sino que requiere una opción entre múltiples, infinitas, alternativas posibles. Con todo, pareciera hoy más prudente evitar esta terminología casi mítica de la creación de derecho por el juez, que además de suscitar polémicas estériles, induce a aceptar tácitamente como válidas explicaciones *per obscurius*, puesto ¿qué se explica realmente de los procesos de producción de normas diciendo que son el resultado de una creación no reducible a pautas racionales? ¿Alguien cree saber más sobre el funcionamiento de los órganos sociales de aplicación del derecho declarando que el juez actúa en mérito a un *hunch*, de un palpito, como sugería Llewellyn? VERNENGO, 1995, p. 340. Próximo do palpite, no sentido dos textos acima, está a serendipidade que é a possibilidade ou faculdade de tornar proveitosa uma descoberta por acaso, ou o sentimento de quem descobre, por acidente, algo querido ou desejável. “A serendipidade, como exposta por Délcio Vieira Salomon, consiste na obtenção de um resultado que originariamente não era procurado. Um pesquisador, por hipótese, está à procura de determinada explicação e acaba tropeçando com outra que não pretendia, originariamente, pesquisar.” FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 41. O problema que deve nortear a *pré*-ocupação do julgador é, muitas vezes, descoberto por “acaso”, mas deve ter-se em atenção que o problema é *sempre* fruto da ocupação do *espírito* com o assunto escolhido, provindo, algumas vezes, do trabalho do subconsciente, mais do que do intelecto. Cf. SALOMON, Délcio Vieira. *A maravilhosa incerteza: pensar, pesquisar e criar*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 287 ss.

sobreponha, *ab initio* e com caráter de intuição, a uma razão (subconsciente, se diria) de alicerces não jurídicos. Não é, contudo, o *decisum* o fulcro desta exposição, mas os argumentos de convencimento que justificam a opção judicativo-decisória. Já se disse, e repete-se, que alguns desses elementos estão “diretamente” ligados às tradicionais fontes do Direito, a lei, a doutrina, a jurisprudência, o costume, etc., com os quais se compõe o discurso jurídico de justificação; outros são elementos que podemos dizer de origem extralegal³⁹⁷.

...numa segunda fase, a busca de um paradigma de racionalidade ao qual se pudessem ordenar tais procedimentos haveria de conduzir ao arrimo a doutrinas aristotélicas e à recuperação do paradigma jurisprudencial do “prudente”. O passo decisivo nesse sentido é dado por Viehweg, com o seu escrito *Tópica e Jurisprudência*. Logo de seguida (1956), um partidário da Jurisprudência dos interesses, Josef Esser, estribado nas indicações de Viehweg e no estudo dos métodos de *case law*, opera uma profunda remodelação na metodologia do Direito privado, teorizando a *Entscheidungspraxis* judicial em termos de se reconhecer, mesmos nos sistemas de Direito continental, o papel da *judge-made law* e a admissibilidade de recurso a outros *topoi* de argumentação judiciária que não os extraídos directamente das estatuições do legislador político. Com isto, o “quadro das ‘fontes’ ” do positivismo legalista é posto em causa ...³⁹⁸

Interessam-nos, portanto, os “outros *topoi* de argumentação judiciária que não os extraídos directamente das estatuições de legislador político”, não por que os consideremos, sempre e *de per se*, suficientes para alicerçar uma decisão judicativa, mas por considerar-se que tais *topoi* podem reforçar, como pontos de apoio, a argumentação que compõe o contexto de justificação.

O que significa essa palavra grega *topoi*? Desde logo, é o plural de *topos* cujo significado é de lugar. Os *topoi* são lugares-comuns utilizados na linguagem vulgar

³⁹⁷ “Entretanto, por trás dessa uniformidade do código oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica por que, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos de origem extralegal, portanto considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzindo-os em argumentos jurídicos.” HABERMAS, 1997, vol. I, p. 257; 1998, p. 277. Consulte-se, ainda, a edição em língua espanhola: “Pero tras esta unitariedad del código se oculta una compleja estructura del sentido de la validez del derecho legítimo, que explica por qué en caso de decisiones importantes se permite entren en el discurso jurídico, y se incluyan entre los argumentos jurídicos, razones de procedencia extralegal, es decir, convicciones de tipo pragmático, ético y moral.” HABERMAS, 1998, p. 277 Note-se, entre estas duas traduções: “decisões sobre princípios” que é diferente de “decisões importantes”.

³⁹⁸ LAMEGO, 1990, p. 49.

visando ao convencimento do interlocutor. São, portanto, instrumentos de retórica. "São princípios gerais que servem de apoio ao raciocínio, mas não são o raciocínio"³⁹⁹. São, geralmente, apresentados como sendo o produto do consenso, ou do senso comum, pelo menos de uma comunidade mais ou menos vasta, na qual se inclui o locutor, aparecendo quer valendo por si mesmo, quer tendo força de lei, como diz Anscombre⁴⁰⁰.

Não se examina, aqui, propriamente a Tópica⁴⁰¹ como uma técnica ou um estilo de pensar⁴⁰². Deter-nos-emos, sim, nos *topoi* ou lugares comuns que justificam uma decisão ou, pelo menos, contribuem significativamente para o *decisum*, já que, neste caminhar (metodológico) se encontra apoio em Aristóteles para quem

... a dialética é uma das formas do pensamento lógico. O estagirita denomina *dialéticos* aos silogismos que, baseados em tópicos (*topoi*), premissas apenas prováveis, levam a conclusões também prováveis e que, por isso, distinguem-se dos silogismos apodícticos. O pensar dialético, estudado na Tópica, é o núcleo da retórica, entendida como atividade teórica voltada para a *persuasão*.⁴⁰³

Deixe-se referido que "os pontos de vista referidos, chamados *loci*, *topoi*, *lugares comuns*, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida"⁴⁰⁴. A idéia de que os *topoi* se constituem em

³⁹⁹ ANSCOMBRE, Jean-Claude (Dir.). *Théorie des topoi*. Paris: Kimé, 1995. p. 39.

⁴⁰⁰ ANSCOMBRE, loc.cit.

⁴⁰¹ "Os conceitos e proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões." FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 298.

⁴⁰² A respeitada obra de Larenz termina com as seguintes palavras que, aqui, são repetidas como justificação do que acima de diz: "Tão-pouco é suficiente uma mera justaposição de elementos (ou resíduos) do sistema conceptual abstracto e do modo de pensar 'tópico', como alguns parecem, porventura, crer. Nessa altura parece arbitrário seguir um ou outro modo de pensamento. Argumenta-se ao gosto de cada um, ora assim ora de outro modo. É certo que é possível conceber uma ligação entre pensamento 'tópico' e 'sistema interno', por forma a só considerar como válidos os pontos de vista (*topoi*) jurídicos admissíveis que sejam justificáveis a partir do 'sistema interno'. Mas isto não corresponde ao entendimento geral da tónica. Nem uma argumentação lógico-formal e conceptual, nem uma argumentação 'tónica' conduzem à descoberta do 'sistema interno'. Para isso é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de tipos e conceitos determinados pela função. Estas são as formas específicas de pensamento de uma Jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento 'orientado a valores' e pensamento sistemático." LARENZ, 1989, p. 596.

⁴⁰³ COELHO, 2003, p. 33.

⁴⁰⁴ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 300.

pontos de partida está também presente em Boaventura de Souza Santos⁴⁰⁵, referindo Perelman, como segue:

Os *topoi* são argumentos que, por se reportarem a zonas de grande consenso, tornam possível a invocação de outros argumentos. São, assim, pontos de partida da argumentação tal como o são os fatos e as verdades, os valores e as presunções (Perelman, 1971: 65 e segs.).”

Não distante deste significado, encontramos a dicção de Ferraz Junior ao afirmar, além da já citada de que são *pontos de partida*, que “os *topoi* devem ser entendidos como *fórmulas de procura*, no sentido de que eles servem de orientação prática na elaboração das estratégias”⁴⁰⁶. Releva enfatizar, na senda de outros autores, a posição comum de Perelman e de Ferraz Júnior, unívoca no sentido de que os *topoi* são pontos de partida orientadores da procura da resposta ao problema, o que confirma a posição que se vem defendendo, ademais reiterada por Alexy⁴⁰⁷ quando afirma que a teoria dos *topoi* é uma “técnica de busca de premissas”, palavra esta que, na terminologia a qui empregada, deve ser substituída por argumentos.

Entre os diversos *topoi*, no seu mais amplo significado, podem considerar-se a lei⁴⁰⁸, os princípios jurídicos e os valores. Neste estudo, restringe-se o significado de *topoi* a lugares comuns que fazem parte da linguagem comum.

Topoi são “fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva” (Prof. Tércio Ferraz Sampaio, no Prefácio a Viehweg, p. 4); são, para Aristóteles, que foi quem cunhou a expressão, “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (Viehweg, p. 27); são “meros critérios diretivos de conduta, de valor prático, mas não de valor lógico” (M.

⁴⁰⁵ SANTOS, 2000, p. 99: “Os *topoi* - designação que se prefere aos possíveis equivalentes em português (tópicos, pontos de vista, lugares-comuns), dada a polissemia destes - constituem pontos de vista ou opiniões comumente aceitas, e a sua força é mais a força da persuasão do que a força da verdade”.

⁴⁰⁶ FERRAZ JÚNIOR, 1997, p.22-23. Também FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 23: “Topoi ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. (...) Tanto a noção de ‘fins sociais’ quanto a de ‘bem comum’ são, do ponto de vista da pragmática, noções tópicos que, no caso, *devem* orientar o discurso aplicativo da lei. (...) Outros *topoi* da argumentação jurídica são a imparcialidade do juiz, a noção de interesse, a noção de boa fé, a presunção de inocência, até prova em contrário, etc.”.

⁴⁰⁷ ALEXY, 2001, p. 31.

⁴⁰⁸ “A afirmação de Struck: ‘a lei é um topos entre outros, mas um topos extremamente importante’, não faz justiça ao papel representado pelas normas legais mencionadas no discurso jurídico.” ALEXY, *ibid.*, p. 31.

Reale, c, p. 35); são "autorizados pontos de partida para o raciocínio jurídico" (Puig-Brutau, p. 183); são "pontos de vista discricionários da apreciação jurisprudencial, base autorizada e legal da argumentação" (Esser, p. 27). English, p. 331, diz que "o conceito de tópica, de apreensão nada fácil, pode descrever-se, aproximadamente, como teoria da arte da descoberta e da utilização de pontos de vista e argumentos no tratamento de problemas que se recusam a uma solução rigorosamente dedutiva"⁴⁰⁹.

Na citação acima, chama a atenção a qualificação dos *topoi* como "base autorizada e legal da argumentação" (Esser) e como "autorizados pontos de partida para o raciocínio jurídico" (Puig-Brutau), o que vem em reforço da linha de pensamento que se apresenta: a construção argumentativa de uma decisão judicante pode (e deve) servir-se de elementos verossímeis do mundo exterior ao Direito para, em conjunto com elementos já pertencentes ao mundo jurídico, modificar e consolidar a estrutura do Direito de modo a obter um *decisum* de justeza.

Para a obtenção dos efeitos de verdade dos raciocínios fundados no método tópico, apela-se, fundamentalmente, aos tópicos, isto é, crenças e metáforas legitimadas pelo senso comum. Os tópicos são diretrizes retóricas, lugares comuns revelados pela experiência e aptos a resolver questões vinculadas a círculos problemáticos concretos. Os tópicos operam como fio condutor de natureza retórica para toda a seqüência de argumentos que determinam o efeito de verossimilhança da conclusão.⁴¹⁰

O papel dos *topoi*, contudo, vai mais além do que o de diretrizes retóricas: são instrumentos de coerentização. Eles são solventes das contradições argumentativas – e, não raro, das antinomias legais –, pois, como diz Warat, em seqüência do trecho acima,

Os argumentos que o raciocínio fundado em tópicos apresenta, podem ser contraditórios. Opostos, mas se são compatíveis com os tópicos, a contradição se desvanece na enunciação e não se manifesta no raciocínio. Assim, os tópicos compatibilizam as oposições e contradições. A referência aos tópicos, como denominador comum do

⁴⁰⁹ NORONHA, 1994, p. 117, nota 25.

⁴¹⁰ WARAT, 1995, p. 96.

raciocínio não demonstrativo, permite que argumentos ambíguos ou contraditórios concorram para a sustentação da conclusão.

O Direito está constantemente usando *topoi*, especialmente como elementos que integram o senso comum. Podemos incluir, nesta classe, entre outros, os provérbios, os aforismos (brocardos), as máximas populares e as referências bíblicas, que servem “como instância de associação de idéias”, que “funcionam como lei de organização dos argumentos”, ainda nas palavras de Warat, texto referido.

Diferentes dos *topoi* são os *slogans*, mas estes servem igualmente à retórica da persuasão⁴¹¹. Encontram-se, embora raramente, no discurso jurídico, como estribilhos ou refrãos a que se empresta veracidade pela insistente repetição. Já Aldous Huxley, em seu *Admirável Mundo Novo*, constatava que "sessenta e duas mil e quatrocentas repetições fazem uma verdade". Enquanto, porém, os *topoi* têm uma base tradicional, de longa duração, os *slogans* são, geralmente, temporários, visando à memorização fácil pelo ritmo lingüístico ou pela rima de algumas palavras. E se a fundamentação sentencial utilizar um *slogan* tem este muito pouca força de convencimento, enquanto outros *topoi* têm a força da permanência na cultura comum ou geral: pode mesmo dizer-se que há *topoi* aistóricos, como segue.

4.3.1 Os adágios populares e os brocardos latinos

Os *topoi* aparecem, muitas vezes, sob a forma de adágios (ditados ou provérbios), de conhecido uso popular, admitidos como verdades incontestes de formato sentencial, consagrado pela “sabedoria popular”, conquanto não raro se deparem adágios contraditórios no mesmo discurso. Anscombe⁴¹² cita dois

⁴¹¹ “Os *slogans*, as palavras de ordem, constituem máximas elaboradas para as necessidades de uma ação particular. Devem eles impor-se por seu ritmo, por sua forma concisa e fácil de guardar, mas são adaptados às circunstâncias, devem sempre ser renovados e inda não participam do amplo acordo tradicional que o provérbio usufrui. Embora possam ser um incentivo à ação, têm muito menos serventia para determinar uma crença; seu papel é essencialmente o de impor, por sua forma, certas idéias à nossa atenção.” PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 189.

⁴¹² ANSCOMBRE, 1995, p. 39.

provérbios espanhóis que são antagônicos: *en boca cerrada no entran moscas e hablando se entiende la gente*. Poderíamos, com certa licença, mostrar que os adágios “Uma andorinha não faz a primavera” (*Une hirondelle ne fait pas le printemps*) e que “Quem faz um cesto, faz um cento” (*Qui vole un oeuf vole un boeuf*) são antagônicos. O adágio “quem cala, consente” (*Qui ne dit mot consent*) é muitas vezes utilizado como princípio de decisão, embora se saiba que, no Direito atual, não tem aplicação geral, mas apenas em casos restritos previstos em lei ou em contrato. O antagonismo entre o sentido de dois ou mais provérbios não lhes retira, contudo, a força persuasiva, arraigada que está a sua “veracidade” pela crença generalizada da sua sabedoria.

Os exemplos precedentes aparecem (ou apareceram já) em algumas sentenças, conquanto, atualmente, em matéria de direito privado, seja rara a avocação de adágios populares para a motivação sentencial. Antes, porém, da codificação era habitual usar-se adágios populares para a solução de conflitos.

A sabedoria popular ou a bíblica, apesar da máxima *vox populi, vox Dei*, não é, todavia, garantia de uma decisão de conteúdo jurídico ou de conteúdo jurídico “verdadeiro”, no nosso sistema estatal. Pode, no entanto, sê-lo se, admitido o pluralismo jurídico, é aplicado nas comunidades regidas por um direito paralelo, como é o caso de algumas favelas no Rio de Janeiro⁴¹³. O discurso jurídico estatal, no entanto, inclui, às vezes, esse recurso à sabedoria popular; poderíamos designar essa inclusão como sendo originariamente uma *argumentação empírica*.

O discurso da motivação sentencial vai, muitas vezes, buscar aos adágios populares, se não a fundamentação de uma decisão, um reforço para a argumentação, porque os provérbios, além do seu caráter metafórico, têm uma denotação prescritiva autorizada pela sabedoria popular. A sabedoria popular aparece, então, subjacente, como a *autoridade* que dá validade à prescrição ou à estatuição, tal como a lei aparece, no discurso argumentativo, como fundamento abalizado da idéia ou da decisão postas⁴¹⁴.

⁴¹³ Boaventura de Sousa Santos noticia que, na favela fluminense que foi objeto do seu célebre estudo, “os *topoi* principais do discurso jurídico pasargadiano são: o *topos* do equilíbrio, da justiça, o *topos* da cooperação e o *topos* do bom vizinho”. SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. p. 20.

⁴¹⁴ ANSCOMBRE, 1995, p. 70-71, faz uma comparação interessante entre as leis e os provérbios: “La somme des proverbes est donc comparable au corps des lois, et le locuteur d’un proverbe à un avocat en action. Quand

Similarmente aos adágios populares, se bem já rotulados de jurídicos, contribuem para o discurso justificador os brocardos, principalmente quando expressos em latim.

Não raras vezes, a argumentação jurídica lança mão de brocardos⁴¹⁵ que emprestam ao discurso um certo ar de verdade e de autoridade. Alguns brocardos aparecem (como “moda”) no Direito, sendo aceitos com nenhuma ou muito pouca discussão sobre a plausibilidade do que afirmam e, menos ainda, sobre a validade da sua aplicação, mas, há brocardos que, de tanto utilizados e desde tempos (quase) imemoriáveis, que são aistóricos (anistóricos). Os brocardos desempenham essencialmente dois papéis: um, o de axioma⁴¹⁶; outro, o de argumento auxiliar. Desempenham, ainda, uma função: “evitam pensar”⁴¹⁷.

Como axiomas, os brocardos são, geralmente, “formulados por uma frase breve e rigorosa que impõe obediência”⁴¹⁸, em que “a fórmula toma o lugar da demonstração”⁴¹⁹. São revestidos de uma autoridade que, por si só, é suficiente como verdade incontestável, já que “vêm simplesmente da lógica e do bom senso”⁴²⁰.

Ils ont résisté aux révolutions politiques, aux transformations économiques, au changement des mœurs. Cette pérennité est la

un avocat utilise une loi, il n'est pas et ne se présente pas comme l'auteur de la loi. Cet auteur est la justice (à vocation universelle, comme la segesse populaire). Il est en revanche de la responsabilité de l'avocat de choisir de s'appuyer sur telle ou telle loi, de la même façon qu'un locuteur choisit d'appuyer son dire sur tel proverbe ou tel autre. D'où un certain parallélisme entre l'introduction des proverbes et des textes de loi : *Comme le prescrit la loi/Comme le dit le proverbe*.

⁴¹⁵ “Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de *Decretum Burchardi*. Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam *burcardos*, a princípio; dali resultou a corruptela *brocardos*, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes.” MAXIMILIANO, 1984, p. 239.

⁴¹⁶ “Àquelas regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim, os antigos chamavam axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições videntes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações.” Maximiliano, op. cit., p. 240.

⁴¹⁷ “Não pensar protege as pessoas dos riscos do exame crítico e da dúvida - que é o que enseja, para usar a terminologia de Viehweg, a zetética jurídica - e traduz-se numa adesão impensada às normas de conduta de uma sociedade - ou seja, para continuar com Viehweg, a dogmatização progressiva do conhecimento jurídico.” LAFER, 1988, p. 88.

⁴¹⁸ G. RIPERT, apud GOUBEUX, Gilles. *La règle de l'accessoire en droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969., p.11.

⁴¹⁹ GOUBEUX, loc. cit. A tese de doutorado de Gilles Goubeaux, *La Règle de l'accessoire en Droit privé*, aqui referida e referenciada, tem como questão central o brocardo *Accessorium sequitur principale*, constituindo-se em um exemplo marcante da “força” das máximas ou dos brocardos que, muitas vezes, não resistem a um exame noético mais apurado.

⁴²⁰ M. ROUAST apud GOUBEUX, 1969, p. 11.

preuve de leur valeur. Ils sont en général formulés par une phrase brève et rude qui impose l'obéissance. Ils semblent représenter les préceptes impérissables de la vie juridique. Il n'est pas nécessaire de croire à leur origine divine ou rationnelle pour les respecter. Il suffit de constater qu'ils s'imposent par la force de la tradition".⁴²¹

Os brocardos, geralmente em latim, impõem soluções sobre as quais não é necessário refletir, dada a sua "universal" aceitação de senso comum, e a sua utilidade como resposta definitiva, inexorável, irrefutável. Aparecem, então, como a *resposta única e certa* ao problema posto. Isso seria o suficiente para se desconfiar, pois (muito) raramente o problema jurídico pode apresentar uma única solução. Sabe-se, contudo, como é visto quem coloca em dúvida e, mais, quem refuta, algum "produto" do senso comum. Assim, os brocardos são argumentos fortes, imprimem "força total" a uma justificação.

Aparecem, às vezes, como auxiliares da argumentação central de um discurso jurídico, mormente quando tidos como brocardos de origem popular e, portanto, não pretoriana ou jurídica. É menos comum esse papel secundário dos brocardos. O problema central, todavia, é verificar como essas máximas que existem em um mundo pré-jurídico, como fontes ou pontos de partida, adentram o mundo jurídico e transformam a estrutura para a construção das respostas do caso a decidir.

O acesso que o juiz, ou o advogado, tem aos brocardos latinos não é primário, ou seja, é sempre em fontes indiretas. Há, portanto, desde logo, uma crença na efetiva existência primitiva desses brocardos no Direito Romano e uma crença na fidelidade citatória do autor consultado. Diga-se, porém, que é comum a divergência não só entre brocardos idênticos, como, mais ainda, entre as traduções que são feitas dessas "frases". Temos, neste texto, *supra*, exemplo disso. E pode mesmo dizer-se que se encontram brocardos de significados antagônicos, resultando, por isso, em que pode escolher-se, em longa lista ou "dicionário", o brocardo que venha a fortalecer o pensamento desenvolvido. Por outras palavras, em resumo, nem sempre o recurso

⁴²¹ G. RIPERT apud GOUBEAUX, op. cit., p. 11. Traduzimos: "Eles [os brocardos] resistem às revoluções políticas, às transformações econômicas, à mudança dos costumes. Esta perenidade é a prova do seu valor. São em geral formulados por uma frase breve e rigorosa que impõe obediência. Parecem representar os preceitos imperecíveis da vida jurídica. Não é preciso acreditar na sua origem divina ou racional para os respeitar. É suficiente constatar que se impõem pela força da tradição."

aos brocardos latinos é uma estratégia confiável, conquanto dotada de “autoridade”. De qualquer modo, o brocardo escolhido, lá no “mundo dos brocardos”, adentra o sistema jurídico com a interpretação (e a aplicação) que lhe dê o utente: ele não entra “puro” – como texto que é -, pois, como qualquer outra fonte, é permeado pelo processo de “fagocitose” hermenêutica que lhe vai dar o conteúdo jurídico na medida em que é coerentizado com o contexto da justificação.

4.3.2 As metáforas no discurso jurídico

É assaz comum que os operadores de Direito lancem mão, para a explicitação das suas idéias, de metáforas. Estas figuras gramaticais têm, sem dúvida, uma função esclarecedora pela associação de idéias que provocam. A junção de uma idéia mais

⁴²² Entre as muitas *crenças*, exemplificamos citando WARAT, 1995, p. 73: “1) a idéia de que a ordem jurídica nos fornece segurança; 2) a noção de que o sistema do direito positivo é a garantia da paz social; 3) a necessidade de adaptação ao modelo de ordem que os discursos jurídicos insinuam; 4) a idéia de que o direito circunscreve as tensões sociais dentro de um marco de pequenos conflitos; 5) a superação dos problemas sociais através de mecanismos equilibrados do sistema social; 6) o direito é o árbitro neutro das disputas entre os homens (neutralidade do direito e do Estado); 7) a transformação da força em legalidade e a dominação em dever; 8) a identificação do poder à lei; 9) identificação da obrigação de obedecer a certos valores aceitos como ‘essencialmente justos’; 10) a idéia da finalidade ética da sanção.”

⁴²³ Distanciamo-nos, evidentemente, de Gaston Bachelard para quem a ciência se opõe ao senso comum ou conhecimento vulgar. BACHELARD, 1996.

⁴²⁴ BACHELARD, *op. cit.*, p. 238.

⁴²⁵ SANTOS, 2002, p. 57.

⁴²⁶ PERELMAN, 1996, p. 240.

⁴²⁷ “O senso comum é, talvez, a pior armadilha para um estudante. Com efeito, as pretensas verdades apoiadas no senso comum poderão levar o estudante para caminhos pouco científicos, o que naturalmente não é bom. Entretanto, não se pode afastá-lo com desdém, como se ele não tivesse alguma valia. Não é bem assim.” FERREIRA SOBRINHO, 1997, p. 40.

⁴²⁸ “Uma imagem criada pela profissão, e que bem ilustra essas dificuldades e a forma do seu solucionamento, é a da ‘opinião predominante’. A opinião predominante possibilita uma posição frente ao direito que seja ambivalente, adequando-se às situações e ao contexto dos papéis. Ela legitima ao mesmo tempo tanto o dissenso quanto o confiar no consenso. Ela permite expor o direito como seguro e igualmente incerto e, dependendo das circunstâncias e das conseqüências em jogo, tomar uma ou outra posição.” LUHMANN, 1985, p. 92.

⁴²⁹ GUERRA FILHO, 1999, p. 32.

⁴³⁰ “Os *slogans*, as palavras de ordem, constituem máximas elaboradas para as necessidades de uma ação particular. Devem eles impor-se por seu ritmo, por sua forma concisa e fácil de guardar, mas são adaptados às circunstâncias, devem sempre ser renovados e inda não participam do amplo acordo tradicional que o provérbio usufrui. Embora possam ser um incentivo à ação, têm muito menos serventia para determinar uma crença; seu papel é essencialmente o de impor, por sua forma, certas idéias à nossa atenção.” PERELMAN; TYTECA, 1999, p. 189.

complexa em paralelo a uma mais simples, geralmente do domínio da linguagem vulgar, permite uma melhor compreensão do que se está pretendendo expor. O mundo científico serve-se constantemente de expressões metafóricas para transmitir uma imagem mais compreensível de suas descobertas ou de suas teorias⁴³¹.

No discurso jurídico, as metáforas têm uma particular força discursiva de convencimento. Dir-se-ia que os complexos argumentos jurídicos de convencimento tornam-se mais claros quando a eles é acrescida uma metáfora. Compulsando os acórdãos dos nossos Tribunais, encontramos amiúde o uso de metáforas como elementos de convencimento⁴³².

As primeiras teorias sobre a metáfora surgiram na Grécia clássica e são atribuídas a Aristóteles. Os gregos e os romanos continuaram esta tradição, sendo a metáfora, ao longo dos séculos, considerada como uma figura da retórica, inserida numa teoria da substituição. No século XIX P. Fontanier com a sua obra *Les Figures du Discours* deu um novo relevo à metáfora, classificando-a como figura do discurso.

(...)

Na moderna teoria da argumentação, considerada como uma nova retórica, a metáfora também desempenha uma função como uma técnica argumentativa. A metáfora contribui, num discurso persuasivo, para a adesão de um auditório às teses em discussão.⁴³³

Ademais, toda a idéia que pretende explicar o Direito sempre se serve de metáforas⁴³⁴. Quando se afirma que o Direito, como um todo, é um sistema, e se dá a

⁴³¹ Veja-se, por exemplo, CONTENÇAS, 1999, p. 75. “Ao tentar explicar por que razão os investigadores usam metáforas, mesmo sabendo que as suas palavras não são exactas nem precisas, Buey (1991) afirma que isso deriva do facto de os resultados científicos terem de ser expressos em linguagem verbal ou escrita e que essa linguagem deve ser compreensível. Acrescenta que as metáforas serão imprescindíveis enquanto a função social da ciência exigir um controlo do seu carácter objectivo e intersubjectivo. Neste caso, às metáforas estaria reservada uma função na comunicação e o seu papel centrar-se-ia na tradução de uma linguagem mais específica para uma linguagem mais ampla, capaz de ser entendida por um público mais alargado.” Veja-se, ainda, Paul Ricoeur. “A metáfora apresenta-se, então, como uma estratégia de discurso que, ao preservar e desenvolver a potência criadora da linguagem, preserva e desenvolve o poder *heurístico* desdobrado pela *ficção*.” RICOEUR, 2000, p. 13.

⁴³² Para ilustrar as afirmações, apenas alguns exemplos coletados aleatoriamente: “Pretender o Estado se eximir da responsabilidade do evento, sob a arguição de que o fato deflui de ato jurídico, equivale a encobrir a verdade com o manto da falácia, como a avestruz diante do perigo enterra apenas a cabeça...” Ver. Jurispr., TJRGS, 151, p. 435.

“... o apelante e a vítima não são 'farinha do mesmo saco', e, dessarte, a ofendida merece a proteção legal”. Jurispr. Brasil. Criminal, v. 24, p. 235.

⁴³³ CONTENÇAS, 1999, p. 31.

⁴³⁴ A citada obra de Paula Contenças refere (p. 41) que “a metáfora tem sido pensada em diferentes perspectivas – semiótica, semântica, analítica, pragmática, hermenêutica”. É nesta perspectiva hermenêutica que nos detemos mais sobre o papel das metáforas no Direito.

esse sistema uma forma piramidal, ou uma espiralóide, ou a da estrutura da molécula, está-se também utilizando uma metáfora global para levar a compreensão dessa idéia "Direito" mais facilmente. Mas é na fundamentação de um *decisum* que as metáforas (bem como a analogia, diga-se) têm um papel importante, não só na construção da decisão, mas, essencialmente, no papel de instrumento de convencimento da justiça decisório-jurisdicional, porque a metáfora explícita, em linguagem simples, o que é não raras vezes complexo de ser explicado.

Querer purificar a sentença judicativa pela exclusão de todo e qualquer *tropos* é uma tentativa que tende ao fracasso⁴³⁵, porquanto o pensamento decisório sempre haverá de estar impregnado, mormente nos casos mais difíceis, de imagens cuja origem não está propriamente em fontes que possam ser classicamente ditas jurídicas. Nesse aspecto, nada faz afirmar (pelo contrário, lícito é afirmar) que certos brocardos latinos – alguns dos quais com estrutura metafórica –, hoje adotados como princípios jurídicos, não tenham tido uma origem nítida e perfeitamente arraigada na “voz do povo” até porque do povo vinha o pretor com toda a sua carga cultural (e nem sempre sólido conhecimento dos éditos imperiais). À metáfora está reservado, pois, um papel importante no convencimento⁴³⁶, quer do julgador, quer da sociedade a quem a decisão interessa, e importante pelo esclarecimento que comporta, importante pela correspondência com o senso comum, importante pela inovação que pode acarretar na construção de um direito *novo*.

Recuperar la imaginación supone instaurar, también en el pensamiento jurídico, la centralidad de la categoría aristotélica de poesis, rompiendo con su reducción a cuestiones estéticas. La poética entendida como la facultad de llevar a sus límites las posibilidades del lenguaje, de explorar el dinamismo de las palabras, abre el campo de lo metafórico, con su tensión y ambigüedad. En el derecho hay constantes deslizamientos del sentido propio al figurado,

⁴³⁵ “Em face disso, está votada ao fracasso a tentativa de purificar o conhecimento científico dos modelos analógicos e metafóricos. Pelo contrário, é promissora a linha de investigação que procura identificar, numa perspectiva histórica, os tipos de analogias e metáforas que as diferentes ciências têm privilegiado em momentos diferentes do seu desenvolvimento. Não se podem compreender as analogias e metáforas atuais sem conhecer as que elas vieram substituir.” SANTOS, 2000, p. 115.

⁴³⁶ “Segundo Rorty, ‘o que determina a maior parte das nossas convicções filosóficas são imagens e não proposições, são metáforas e não descrições’. Mesmo que na ciência não seja tanto assim, a teoria da argumentação mostra que as imagens, analogias e metáforas desempenham um papel mais importante e muito menos negativo do que a epistemologia racionalista quer admitir.” SANTOS, op. cit., p. 115-116).

movimientos de innovación semántica, relaciones entre términos contradictorios, entre el desafío de la semejanza y la experiencia de la diferencia.⁴³⁷

As metáforas, quantas vezes advindas do senso comum, não são elementos que possam dizer-se ontologicamente jurídicos, mas, pela força de convencimento que carregam, são peças estruturais-sistêmicas do discurso judicante. Não são, evidentemente, normas no sentido jurídico, mas reforçam, como argumentos de convencimento, a justeza da decisão. São, entre outros, elementos *anômicos* do sistema jurídico, porque não são passíveis de serem reduzidas à estrutura simplificada bimembre própria das normas.

4.3.3 Crença, ficção e presunção

Já foram referidos alguns elementos anômicos como fruto de crenças mais ou menos generalizadas. Acredita-se e desses elementos se faz indiscriminado uso sem que haja uma reflexão mais demorada sobre o conteúdo que possam efetivamente revelar e quais as aplicações apropriadas, e em que casos. A sua aceitabilidade generalizada, o seu uso doutrinário assíduo, fazem das crenças argumentos de convencimento. O senso comum teórico dos juristas é recheado de crenças, ou melhor, o senso comum já em si mesmo uma crença.

Nas atividades cotidianas – teóricas, práticas e acadêmicas – os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação.⁴³⁸

⁴³⁷ GARCÍA, 1992, p. 100-101.

⁴³⁸ WARAT, 1994, p. 13.

Por aí se verifica – e volta-se a um anterior ponto comum – que as crenças se resolvem em opiniões, mera *doxa* sempre passível de ser confrontada com a *para-doxa* correspondente.

Ao lado das crenças freqüentadoras do discurso jurídico, aparecem, ainda, como elementos anômicos, a ficção e a presunção. Não há nenhuma outra ciência que faça tanto e tão variado uso da ficção e da presunção como o Direito.

O significado jurídico de ficção é o mesmo da linguagem comum, qual seja, o do ato ou efeito de fingir, ou o de coisa imaginária. Quais são os conceitos que encontramos na doutrina jurídica?

A ficção jurídica consiste em equiparar voluntariamente algo que se sabe que é desigual. Uma vez que a desigualdade efectiva daquilo que é equiparado é conhecida daquele que se serve da ficção, esta distingue-se de uma identificação incorrecta, erroneamente operada, ou da subsunção. Deve distinguir-se a ficção como meio da técnica legislativa, como meio da fundamentação da sentença e o seu emprego na ciência.⁴³⁹

O renomado Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão afirma que o uso da ficção "foi um caminho muito trilhado no século passado, na legislação e sobretudo na doutrina". Resolviam-se as dificuldades dizendo-se que, por ficção, se supunha que duas realidades diversas eram idênticas. É um mau processo, porque o que na realidade é diverso, diverso continua. Dá, como exemplo, o artigo 275º., em seu número 2⁴⁴⁰, CC português que corresponde ao art. 120 do CC brasileiro⁴⁴¹. Acrescenta o referido autor:

É claro que verificação e não verificação da condição são factos diametralmente opostos, mas a lei, para fazer aplicar os efeitos da produção ou da não produção da condição aos casos da não-produção ou da produção resultantes de uma conduta contrária à

⁴³⁹ LARENZ, 1989, p. 312.

⁴⁴⁰ CC português.

Art. 275º. (Verificação e não verificação da condição) - 1. A certeza de que a condição se não pode verificar equivale à sua não verificação. 2. Se a verificação da condição for impedida, contra as regras de boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada.

⁴⁴¹ CC brasileiro: Art. 120. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

boa-fé entrou pelo caminho da ficção e identificou realidades diversas.⁴⁴²

A ficção é instrumento válido do discurso jurídico. "El último Kelsen la concibe explícitamente como una fingierte Norm"⁴⁴³. É um instrumento válido, mas não deixa de ser produto da imaginação. Quando nos referimos à "vontade do legislador", ou ao "pensamento do legislador" apenas estamos querendo colocar na autoria de alguém ou de algo tão indefinido quanto o é o legislador atual aquilo que a nossa imaginação cria ao interpretar um texto legal. "Pero no es la falsedad lo que aquí debe subrayarse sino la capacidad de crear representaciones, de imaginar realidades, de generar polivalencia"⁴⁴⁴. Não estamos, pois, produzindo uma mentira, porque, com a ficção, não se pretende enganar ou prejudicar ninguém. Pretende-se construir uma "realidade" jurídica pela imersão de um argumento dito lógico (e aceito, *in generis*), na estrutura sistêmica.

A ficção é um dos elementos que mais comparecem ao discurso jurídico. "A ficção não é, como se acreditou quase sempre, ferramenta ocasional do jurista: está presente na própria trama do seu discurso"⁴⁴⁵. Está presente no discurso como um elemento sistêmico que fortalece a motivação decisória, conquanto possa não ter a sua origem em fontes do Direito, mas ser simples e aceitavelmente anômica.

As presunções, por sua vez, são efeitos ou conseqüências que o raciocínio judicante tira de um fato conhecido para chegar "provadamente" a um desconhecido. A lei faz uso também de presunções quando determina, por exemplo, que deve pensar-se primeiro - e aceitar por princípio - que o filho gerado durante o casamento tem no marido da mãe o pai. As presunções estão, assim, presentes no raciocínio judicante como argumentos de força, tanto mais quando é a lei que as prevê até com força total (presunções absolutas). Interessam, contudo, a este estudo as possíveis presunções elaboradas sem o substrato da lei, e essas presunções, nem

⁴⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral; uma perspectiva luso-brasileira*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 526.

⁴⁴³ GARCÍA, 1992, p. 113.

⁴⁴⁴ GARCÍA, 1992, p. 105.

⁴⁴⁵ GARCÍA, op. cit., p. 96.

sempre bem explicitadas na motivação, são elementos anômicos que conferem à sentença a força de convencimento de que ela necessita.

Ao lado das ficções e das presunções podem incluir-se as crenças, quantas destas muito próximas do senso comum, ou senso mesmo senso comum. A elaboração da crença passa também pelos argumentos de autoridade, já que a posição de origem de determinada idéia ou juízo faz *crer* na sua razoabilidade. A objetividade requerida para o pensamento epistêmico sofre com a presença inafastável de crenças, tanto mais que os ditos paradigmas científicos não são mais do que crenças próprias de uma determinada comunidade científica. Crenças que a própria ciência vai substituindo por outras, como modelos a serem respeitados: já se acreditou pia e solenemente na *razão* como capaz de tudo resolver; já se acreditou na onisciência do *Code Civil* para tudo resolver.

Colocam-se, então, como elementos discursivamente anômicos do sistema jurídico as ficções, as presunções e as crenças, ao lado de tantos outros *topoi* fundamentantes no contexto de justificação das decisões jurisdicionais e, aí, parte-se para a verificação das conseqüências das judicativas decisões que usam, entre os argumentos justificantes, elementos que não se constituem propriamente em normas, mas que se apresentam com uma carga normativa.

4.4 A sinéptica ou as conseqüências da decisão

O contexto de justificação, ou a motivação sentencial, não se limita, contudo, a alicerçar o *decisum* como a conseqüência da elaboração racional dessa justificação. O pensamento jurisdicional tem, ainda, um outro limitador ou, em outro sentido, uma teleologia presente.

⁴⁴⁶ Código de Processo Civil.

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

Os elementos que compõem os modelos de decisão – os argumentos – advêm do labor da Ciência do Direito, no seu diálogo com as fontes. Têm, com esse fito, sido aperfeiçoados múltiplos instrumentos, utilizáveis desde que se não perca de vista a unidade do processo. Os conhecimentos hoje disponíveis levam, contudo, a alargar o processo de realização do Direito em dois sentidos: a montante, através do pré-entendimento e a jusante, com recurso à ideia de sinépica.

O pré-entendimento, já considerado, implica aqui que o intérprete-aplicador, quando confeccione e manuseie os modelos de decisão, tenha já uma pré-visão do problema, fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem. Esta realidade não pode escapar à Ciência do Direito, sob pena de se admitirem áreas não-científicas no processo de decisão. Por isso, através da análise dos factores pré-firmados da decisão, e assumindo-se designadamente, a dimensão pedagógica do Direito, há que integrar, na medida do possível, o próprio pré-entendimento nos modelos de decisão, limando arestas e valorizando os factores sistemáticos que inclui”.⁴⁴⁷

Menezes Cordeiro continua: “Nessa linha, surge a sinépica: trata-se de um conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a ‘pensar em consequências’, permite o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões”.

O aspecto de que o julgador tem (deve ter) presentes os *efeitos* de sua decisão é de extrema importância. Não se está referindo, claro, os efeitos advindos *diretamente* da hipótese normativa que descreve o fato julgado, ditos *consequências jurídicas*. Referimos, sim, alguns efeitos “colaterais”, designados como *externos*, ou *ulteriores*, ou *sucessivos*.⁴⁴⁸

Ao falar-se, aqui, de efeitos, pensa-se nos *efeitos sociais* da sentença, não esquecendo, portanto, a norma que se desprende do teor do art. 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro⁴⁴⁹. Mas, está-se dizendo, também, que a motivação e a decisão jurisdicional extrapolam o mundo das partes envolvidas judicialmente, já que, serão, desde logo, parte da jurisprudência e esta é *fonte* de

⁴⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. CVIII-CIX.

⁴⁴⁸ “Têm antes a ver com aqueles outros que, para além destes efeitos jurídicos, a decisão concreta é socialmente susceptível de produzir ou de desencadear consoante ela se oriente neste ou naquele sentido, segundo o seu conteúdo jurídico for este ou aquele – (...) – e que por isso se dizem efeitos ‘externos’ (‘ulteriores’, ‘sucessivos’) e ‘reais’ em contraste com os comuns efeitos ‘internos’ e ‘jurídicos’ directamente implicados na teleologia normativa”. CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 198.

⁴⁴⁹ Decreto-lei n.º 4.657, de 04.09.1942 (L.I.C.C.)

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Direito. Há, assim, o *círculo virtuoso “sentença-jurisprudência-sentença”*, o que não significa que essa circularidade permaneça estática, fixa, inalterável em seus conteúdos: o constante movimento *“sentença-jurisprudência-sentença”*, alimentado por outras “fontes”, leva à (demorada) alteração do pensamento jurisdicional e, logo, ao (lento) enriquecimento jurisprudencial que vai influir nas sentenças posteriores e assim sucessivamente⁴⁵⁰. É um processo, é um movimento que se auto-alimenta, que se auto-reproduz. A sentença é do mundo jurídico⁴⁵¹ para o mundo jurídico. Mas não só. A sentença é também para o mundo “real”⁴⁵².

Já se disse que, em Direito, não se teoriza isoladamente. A teoria jurídica – e a doutrina, mais – não se despe da potencial concreção dos seus *construídos*. Nos estudos jurídicos, como nas sentenças, há subjacente naqueles e sobrejacente nestas, a construção de uma ou mais normas. Ihering escrevia que “não existe nenhuma norma jurídica que não deva sua origem a uma finalidade, isto é, a um motivo prático”.⁴⁵³ Daí que não se dissociem, como se expôs, a *episteme* e a *doxa*, e, ainda, por outro ângulo, *episteme* e a *praxis*. A *praxis*, contudo, tem um significado mais amplo do que a mera aplicação do Direito: ela obriga a que o Direito dialogue com a Sociedade, ambos sistemas autopoieticos que se acoplam. Assim, a *jus*-tificação sentencial não fica contida por argumentos exclusivamente “jurídicos”, pois deve deixar também à sociedade as razões da decisão. As razões da decisão incluem elementos que não são própria e eideticamente normativos, mas que se revestem de

⁴⁵⁰ “...há um conceito genérico segundo o qual a sentença declara o direito preexistente na lei e, ancilarmente a esse, como exceções devidamente delineadas, os conceitos de que a sentença constitui uma norma individual e também de que cria direito novo.

Porém, esse mesmo discurso, em seu amplo aspecto conotativo, fornece a idéia de que sentença constitui uma norma individual que irá integrar o ordenamento como parâmetro para novos julgamentos, podendo para tanto apenas declarar direito preexistente na lei ou então criar direito novo.” BELLINETTI, 1994, p. 125.

⁴⁵¹ A autoria da expressão “mundo jurídico” é vindicada por Werner Goldschmidt: “Recientemente Reale emplea com frecuencia nuestro término de ‘mundo jurídico’ “. GOLDSCHMIDT, 1987, p. 20, nota 7.

⁴⁵² “Seja declarando as normas abstratas preexistentes, seja constituindo a norma individual do caso concreto, o fato é que toda sentença consiste na emissão pelo órgão jurisdicional de um regramento que irá reger determinada situação da vida das pessoas. Ela é feita para se projetar no mundo.” BELLINETTI, 1994, p. 109.

Atienza, ao comentar a doutrina de MacCormick, afirma: “Assim, ele fala que em geral existe uma interação entre argumentos de coerência e argumentos consequencialistas, mas, ao mesmo tempo, confunde também a distinção entre uns e outros. Por um lado, ele pretende que as decisões jurídicas devem ter sentido com relação ao sistema (argumentos de coerência) e com relação ao mundo (argumentos consequencialistas), mas por outro lado, entende as consequências de tal maneira que, na realidade, elas se definem com relação ao sistema; a abertura da argumentação jurídica em direção ao mundo social e em direção às ciências sociais é, assim, mais aparente do que real; com isso, os possíveis conflitos entre o sistema jurídico e o sistema social ficam eliminados.” ATIENZA, 2000, P. 222 ss.

⁴⁵³ IHERING apud GRAU, 1988, p. 179.

uma *autoridade* normativa pela aceitação consensual da comunidade que os vê ou sente como *crenças* irrefutáveis a que se deve respeito (no mínimo, se não obediência).

Essa linha de pensamento, já que começou em “pontos de partida”, leva, então, a “pontos de chegada”.

4.4.1 Os pontos de chegada e o “mais além”

Disse-se que o Direito é um *continuum* dinâmico, *vivo*, que tem os seus pontos de partida – ainda não jurídicos – que, absorvidos, integram o sistema jurídico, com vista à decisão de uma questão jurídica. Com tem pontos de partida, e como não se o concebe infinito, tem pontos de chegada. Esses pontos de chegada costumam ser designados pela expressão “aplicação do Direito”. Viu-se, ou tentou-se mostrar, que entre o pensar e o aplicar o Direito não há fronteiras delimitativas rígidas, já que todo o pensar o Direito tem ínsito o aplicar como resposta de um problema jurídico.

Colocaram-se os pontos de partida *fora* do sistema, conquanto nas suas proximidades (entorno ou ambiente). E os pontos de chegada, também estão fora do sistema? Não, os pontos de chegada, as decisões judicativas, sejam judiciais, sejam as do homem comum frente ao *seu* problema jurídico, são pontos *internos* ao sistema. Tão internos que modificam a estrutura sistêmica, na medida em que a passam a integrar como resultado de um metabolismo retórico-hermeneuticamente racional

⁴⁵⁴ “La función descriptiva de la norma es puesta de realce en el adagio latino (que originariamente se aplicaba a la relación entre la regla científica y el Derecho): “Non ex regula jus summat, sed ex jure quod est, regula fiat” (no se desprenda el Derecho de la norma, sino infiérase la norma del Derecho imperante).” GOLDSCHMIDT, 1987, p. 14.

⁴⁵⁵ Pode, mesmo, admitir-se que, amputada(s) alguma(s) parte(s) do sistema jurídico – que é um todo -, se forme um outro sistema (ou subsistema), ainda jurídico, mas que, então, requer uma adjetivação para, qualificando-o, limitá-lo. Podemos, assim, falar de sistema jurídico pressuposto, sistema jurídico-público, etc.

⁴⁵⁶ “Os conceitos e proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões.” FERRAZ JUNIOR, 1993, p. 298.

que, por sua vez, vai contribuir para a seleção dos pontos de partida e para a escolha da próxima decisão.

Daí resulta não somente um sistema jurídico cuja dinamicidade obriga a uma estrutura teleonomicamente homeostática - o equilíbrio no movimento - quanto resulta a autocriação, o autodesenvolvimento, a autopoiese jurídica.

Os pontos de chegada, permita-se ainda a metáfora topológica, são “ruídos” para o seu entorno. O ambiente extrassistêmico - que outro sistema ou subsistema é, seja o social, seja o político - vai ser enriquecido com a recepção que fizer e como fizer desse ou desses pontos de chegada. Por isso, há um “mais além”, este *fora* do sistema jurídico e que, no entanto, pode voltar - mais tarde, diacronicamente - ao sistema para nova “deglutição” hermenêutica, se aceito como *novus* elemento do Direito. Não se nega, portanto, a interação entre os sistemas (ou subsistemas, como se preferir); pelo contrário, quer se por “em evidência a existência de sistemas sociais de comunicação (entre os quais o direito) que têm ao seu dispor mecanismos (de comunicação) próprios para a compreensão do mundo e para a auto-reflexão”⁴⁵⁷. A ressalva está em que o Direito pode ser pensado, e é efetivamente assim pensado, como um sistema teleonômico que cria as suas próprias regras, para as suas próprias finalidades, com o seu próprio discurso (de convencimento), não divorciado ou absolutamente não-independente do entorno social para o qual transbordam as respostas que o Direito encontra.

4.4.2 Os elementos discursivos anômicos

“Em grande parte o raciocínio do juiz não é regido por normas nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico.”⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ TEUBNER, 1993, p. 94.

⁴⁵⁸ “A afirmação de Struck: ‘a lei é um topos entre outros, mas um topos extremamente importante’, não faz justiça ao papel representado pelas normas legais mencionadas no discurso jurídico.” ALEXY, 2001, p. 31.

⁴⁵⁹ TARUFFO, 2001, p. 7.

O discurso desenvolvido tendeu constantemente a pensar o Direito em movimento, sempre auto-alimentado, mas atento às “perturbações” externas, sejam estas de natureza social, ou política, ou quaisquer outras, que o Direito possa absorver para o seu desenvolvimento e para o alcance de judicativas respostas revestidas de justiça.

Pensou-se, e pensa-se, então, o Direito como um sistema, sem descurar que a construção sistêmica pressupõe um problema que detona o caminhar noético e pressupõe um confronto de problemas que provoca a prudencial escolha de uma resposta jurisdicional. Dir-se-á, então, que “assim como o sistema influencia a constituição do direito, também inversamente a plena formação do sistema só se verifica no processo da constituição do direito”, nas sábias palavras de Castanheira Neves.⁴⁶⁰ Por isso, se tomou a sentença (ou o acórdão) como fonte para ser observada, não na sua *taxis*, mas na *inveniendi* da origem (externa) dos elementos fundamentantes da escolha decisória.

Nesse caminhar, metodologicamente hermenêutico, a tendência detectada para a existência de elementos discursivos estruturalmente não-normativos foi acentuada pelo fulcro do problema inicialmente proposto. E, aí, o caminho encetado levou compulsoriamente a elencar os elementos ou argumentos primitivamente não normativos que mais assiduamente comparecem às peças decisórias: os conhecimentos derivados do senso comum, as metáforas, os *topoi*, os adágios populares e os brocardos jurídicos, não sem referir, em geral, as crenças que sobrepairam todo o pensamento judicante.

Esses elementos discursivos são *anômicos*, palavra que se prefere a extrajurídicos, por denotar, diretamente, a ausência originária de normatividade, conquanto intra-sistemicamente venham a ser impregnados da força normativa que somente a juridicidade hermenêutico-discursiva pode atribuir. São, portanto, modos de pensamento jurídico que estão presentes nas decisões jurisprudenciais, com a mesma força argumentativa da norma oriunda da interpretação de textos legais,

⁴⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 159.

embora, por raras vezes, não se manifestem ostensivamente. Não há, porém, como admitir que o pensamento judicante possa ser “purificado” dos elementos “leigos” no momento de terminar com a *in*-decisão. Os argumentos do senso comum, em geral, e os argumentos do senso comum teórico do jurista, em especial, são pedras basilares da construção discursiva do *decisum*, que têm demorado a ser amplamente aceitas como tais pela robusta influência que o discurso lógico-subsuntivo comodamente fez crer para justificar uma ideal isenção ou imparcialidade da boca que pronuncia a lei.

A presença de elementos discursivos anômicos no processo decisório não retira nem validade nem normatividade à concepção sistêmico-autopoiética do Direito: pelo contrário, na simbiose das teorias do discurso com as teorias do sistema, é epistemicamente aceitável, até por que razoável, que o Direito seja também construído com argumentos que se diriam “apenas” sociais ou políticos, mas que, no sistema, não resistem a ser plena e perfeitamente integrados pela fagocitose hermenêutico-discursiva que torna jurídico tudo o que o Direito toca.

5 CONCLUSÃO

A denominada motivação da sentença é o *topos* da legitimação do *decisum*. Ali, nela, se arquitetam os pensamentos do julgador para *jus*-tificar a decisão judicativa. Se esse *topos* comporta exclusivamente argumentos *tecnológica e estritamente* jurídicos, *sistemática e subsuntivamente* deduzidos, ou, se, por outro *modus*, suporta também argumentos *tectológica e protaticamente* jurídicos, *sistêmica e topicamente* construídos, foi a preocupação dominante desta dissertação.

Não se coloca em dúvida que a motivação sentencial é o suporte noético da decisão. A motivação é, em si mesma, um discurso prático-normativo cuja conclusão é a judicativa decisão. Por isso, serve ela como base a este estudo, como paradigma-objeto, já que, como se disse, embora não seja *todo o* Direito, é o Direito constituído no seu *todo*.

Esse estudo, contudo, permitiu o alargamento de um campo de observação. Nele, se deparou com uma (falsa) oposição dicotômica entre a *episteme* e a *praxis*, se viu uma complementaridade entre a *ratio speculativa* e a *ratio pratica*, podendo tudo ser resumido em duas dimensões do Direito: a ontológica (*o que é o Direito*) e a finalística (*para que serve o Direito*) que, no entanto, foram estudadas sob o comum prisma (categoria) da justificação retórica (legitimária) do Direito. Aqui, se deparam elementos que colocam em dúvida o conteúdo exclusivamente *normativístico* do Direito *aktual*. Pelos “modelos” das judicativas sentenças atuais, verifica-se que o Direito *posto* não é somente *jus*-tificado, na construção da sua norma-resultado, por argumentos cujas *fontes* sejam as da doutrina clássica. O caráter retórico persuasivo

da motivação sentencial comporta, racional e legitimamente, elementos de natureza primitivamente “laica” ou “profana” que o Direito torna argumentos de convencimento plena e noeticamente aceitos como pedras necessárias dessa construção.

Essa constatação não elimina a idéia de autonomia do Direito, conquanto tenha ela dimensões absolutamente controversas, mas a transmuda na idéia da teleonomia jurídica, retirando-lhe uma operacionalidade, quer finalisticamente política, quer finalisticamente social, para reconhecer apenas uma autofinalidade congruente com a sua autocriação e seu autodesenvolvimento. Também não se retira o Direito da sua função de regulador material da sociedade, na medida em que não se elimina ou não se ignora o “diálogo” obrigatório com a sociedade, na mesma direção, mas em seus dois sentidos: Sociedade→Direito; Direito→Sociedade. O diferencial significativo está que ambos os sistemas – sociedade e direito – são teleonômicos por si mesmos, intercaptando elementos de sobrevivência mútua (sobreposta ou acoplada), capazes de serem *pensados* no seu conteúdo e na sua forma, na sua origem e no seu fim, independentemente um do outro, sem que isso obrigue a negar a regulação material da sociedade pelo Direito e a alimentação constante do Direito pelos “estímulos”, “ruídos” ou “irritações” da sociedade. E o fato de serem pensados também não suprime a objetividade que a um estudo como este se impõe. Afinal, é precisamente o reconhecimento da real existência do social e do jurídico que permite que se dissociem analiticamente sem que se tenha de analiticamente separar cada uma das partes que compõem cada um deles, mas estudar (pensar), na tentativa da redução da complexidade própria de cada uma dessas realidades, cada uma como um sistema autopoietico.

Como se disse na *Introdução*, o texto apresentado, como um todo, pretende ser uma *rede* de pensamentos, interagindo. Tentou-se construir uma rede de caminhos que levam a um mesmo ponto, qual seja o dos fundamentos retórico-sistêmicos de convencimento do Direito. Em cada um desses caminhos, em cada uma das partes desse *texto discursivo contextualizado*, podem ver-se, no entanto, as características de todo o discurso, ele mesmo juridicamente prático-persuasivo. As interligações mais evidentes são a de sistema com a de discurso, pela interpenetração de teorias, o que

resulta na constatação de elementos do discurso prático geral como elementos noético-hermeneuticamente jurídicos justificadores do discurso jurídico; o caminho da *ratio speculativa* cruza-se com o da *ratio pratica*, sem que, por isso, um elimine o outro por qualquer vantagem que este tenha sobre aquele, ou vice-versa: ambos são necessariamente percorriáveis sob pena de se perder imprescindível paisagem jurídica enriquecedora do discurso sistêmico; a negação do princípio da neutralidade científica leva à simbiose do observador-estudioso com o objeto-Direito, ele mesmo um sistema complexo visto autopoieticamente que requer *episteme* e *praxis* a desembocar na prudencial escolha decisório-judicativa.

Todos esses caminhos, contudo, têm pontos de partida (*prótasis*) que estão localizados em uma vasta praça de onde eles todos começam. A praça, esse largo ambiente, não é ainda um caminho do Direito, mas é, obrigatoriamente, o lugar de onde se começam a pensar os caminhos. É o lugar onde estão as fontes, mananciais de diversos formatos, de variadas matérias e cores, de diferentes forças. Para encetar qualquer caminho, vão se buscar “recursos” a essas fontes, mas há que levá-los para a jornada involucrados, ou acondicionados, ou preparados com os equipamentos *sistêmico-hermeneuto-discursivos*, sem os quais não se chega a lugar nenhum.

São os pontos de partida fulcro da preocupação dissertativa, na medida em que se constrói um sistema jurídico que deles prescinde como seus elementos constitutivos, mas que os reconhece como fontes de conhecimento necessárias ao *nous* que é, efetivamente, o Direito. Estende-se, assim, o espectro das fontes do Direito, juntando, às tradicionalmente apresentadas pela doutrina jurídica, toda a bagagem cultural do decisor, da qual se destacam, além do senso comum, os *topoi*, nestes incluídos adágios populares, citações bíblicas, e os brocardos latinos. Ressalte-se, contudo, que todas essas fontes ou pontos de partida são exteriores ao sistema e somente entram nele devidamente “coados” pela “fagocitose” jurídica, qual membrana permeável que digere o alimento vindo do exterior para o tornar assimilável, e coerente, com a estrutura sistêmica já existente. A admissão, contudo, de novo elemento juridicizado modifica a estrutura, para que esta possa dar a sua escolhida resposta justificada com mais comunicações, ou com comunicações mais

plausíveis. Aí, se encontra, então, o sistema com o discurso, ou, antes, se encontra o discurso no sistema.

As comunicações sistêmicas formam o discurso jurídico justificador da concreção do Direito. Essas comunicações são, em geral, normativas, mas o sistema não se esgota nas normas, porque o discurso, para convencer, também não sobrevive somente de normas. Por isso, se deu ao termo *norma* o significado de uma proposição ou de um juízo bimembre em que o antecedente (ou hipótese normativa) descreve um fato possível e o conseqüente (ou eficácia, estatuição) inclui os possíveis efeitos que são imputados àquela hipótese. Os *topoi*, geralmente, não têm a estrutura simplificada da norma como ora apresentada, nem a esta são sempre redutíveis. No entanto, o Direito, que os *ouve* na sociedade, *fala-os* já juridicizados, ou seja, já com uma carga normativa ou, pelo menos, com uma carga justificadora do *decisum* que lhes empresta um verniz jurídico-normativo.

O Direito é, pois, um resultado de comunicações: de comunicações normativas e de comunicações *para-normativas* - os *argumentos anômicos* -. O Direito é um noético-discursivo espaço que capta as inter-comunicações sociais que formam o sistema *sociedade* e esta, por sua vez, estimula as inter-comunicações jurídicas que à sociedade vão dar uma resposta (esta, então, será sociabilizada ao ser absorvida pela sociedade). O Direito busca uma resposta *razoável* ao problema proposto, resposta essa que é uma norma-resultado imbricada em um discurso *heurístico*, qual seja o da descoberta da norma aplicável ao caso concreto, compreendida em um discurso *erístico*, qual seja o da discussão (plausibilidade, refutabilidade, validade, justeza) do conteúdo dessa norma, e, ainda, em um discurso *crítico*, qual seja o da fundamentação e do mérito (pragmático) no momento de aplicação dessa norma.

A construção heurístico-discursiva serve-se de elementos intelectivos para convencer da *justeza* da norma-resultado, esta como uma escolha entre várias verossímeis soluções possíveis. É, precisamente, uma racionalidade hermenêutico-judicante que leva “à busca de boas razões para a preferência” prudencial de uma resposta sobre outra. A busca de boas razões, *no sistema*, é um processo discursivo de convencimento, como se evidencia na sentença jurisdicional. Assim, tem-se como indissociável a norma-resultado (o *decisum*) e a fundamentação (*demonstratio* ou

judicium), ou, como a epistemologia moderna prefere, o contexto de descoberta e o contexto de justificação.

Para a fundamentação, não concorrem, como se disse e aqui se quer ressaltar, somente argumentos de cunho puramente normativo, mas, sim, argumentos que, conquanto não sejam, na sua origem, normas no sentido técnico-jurídico, são juridicizados pelo discurso sistêmico. Esses argumentos, que são primitivamente *fontes*, são *dados* e, como tal, são exteriores ao sistema. O sistema é um *construído*. Os “estímulos externos” são absorvidos pelo sistema jurídico através de *fagocitose* hermenêutica. O sistema está na dimensão da racionalidade (noética) para a qual as fontes dadas contribuem na dimensão da cognoscibilidade.

O que se está dizendo é que há um mundo de dados-fontes que tem uma linguagem sua e que essa linguagem é diferente no Direito. O que aquele mundo *fala* e o que o Direito *ouve*, ou o que a Sociedade *diz* e o que o Direito *escuta* são dois aspectos diferentes, porque o que o Direito ouve “é um acontecer interno” ao Direito que ouve com a sua estrutura, através da sua estrutura. O que vem de fora – da sociedade – entra no jurídico por transformação hermenêutica. Essa, não somente é *meio de autodefesa* do sistema jurídico, como é também algum tipo de ação que detona transformações estruturais do jurídico. As transformações são, apenas, novas configurações das inter-relações dos elementos constitutivos do sistema, ou seja, das comunicações jurídicas. Disse-se que é um meio de defesa do organismo no caminho do seu desenvolvimento pré-determinado. Acrescentou-se, pois, ao determinismo estrutural um *determinismo teleonômico*.

Em suma, as fontes do Direito são argumentos externos invocáveis adrede, mas, como dados, são instâncias de cognoscibilidade do Direito, não se constituindo *ainda* em Direito porque este requer uma instância (sistêmica) de construída racionalidade. As fontes – sejam originariamente normativas ou não – são, portanto, *exteriores* ao Direito como sistema, apresentando-se como afluentes ou tributários desse imenso rio, mas, para nele penetrar, são hermeneuticamente tratadas de tal modo que, quando são já água desse rio, não são mais a “pura” fonte inicial. O Direito é a fonte de si mesmo.

Conquanto se possam conceber, *metodológico-tectologicamente* diferentes organizações para o pensamento sistêmico, não se concebem as fontes como elementos integrantes de qualquer das possíveis organizações sistêmico-estruturais, porque as comunicações exteriores ao sistema jurídicos são absorvidas através de uma linguagem discursiva própria do Direito que as “ouve” e reproduz de modo diferente daquele que as criou.

O Direito é uma constante projeção – dir-se-ia é um permanente projeto – do pensamento dinâmico de construção da justiça judicante. A instância do pensar que não descarta do movimento comporta, simultânea e conjugadamente, a epistemologia e a hermenêutica, a *ratio speculativa* e a *práxis*, teleonomicamente unidas para a consecução da finalidade que o Direito comporta em si mesmo. O Direito é o fim de si mesmo.

O *instrumentarium* jurídico é, então, o mais variado nas suas origens, mas é, no sistema, coerentizado para servir ao Direito, como fonte e fim de si mesmo, já que o sistema tem como *príus* as *rationes decidendi* que buscam e justificam a justiça da resposta escolhida.

Na linha que se desenvolveu, elaborou-se um conceito de *sistema jurídico*: é uma instância da racionalidade teórico-explicativa como espaço de construção noética do Direito dando relevância à interação dos seus elementos constitutivos com vista à concreção desse Direito. A partir daí, constrói-se a noção de Direito: é um discurso de convencimento cujo marco é um autopoietico sistema argumentativo formado por inter-relações normativas e anômicas, teleonomicamente coerentizadas em argumentos teórico-pragmáticos com vista à sua própria concreção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho*. México: Fontamara, 1995.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2. reimp. Buenos Aires: Depalma, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ANSCOMBRE, Jean-Claude. (Dir.). *Théorie des topoï*. Paris: Kimé, 1995.

ARNAUD, Jean-André; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral; uma perspectiva luso-brasileira*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

AURÉLIO, Diogo Pires. *A vontade de sistema: estudos sobre filosofia e política*. Lisboa: Cosmos, 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1973.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru, SP: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Madrid: Debate, 1991.

BOMBASSAR, Luiz Carlos. *As fronteiras da epistemologia: como se produz o conhecimento*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1992.

BORNHEIM, Gerd. *Dialética: Teoria-Práxis*. Porto Alegre: Globo, 1977.

BORNHEIM, Gerd. Filosofia e sistema. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XIV, fasc. 54, abr/maio/jun., 1964.

BRUM, Nilo Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1997.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARACCIOLLO, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. México: Fontamara, 1994.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com que sentido? : O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

------. *Quadro das principais perspectivas actuais de compreensão da juridicidade, na sua projecção metodológica: notas introdutórias*. Coimbra: Coimbra, 1995.

------. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. 306 p.

------. Verbete "Fontes do Direito". *Enciclopédia Polis*, v. 2, Lisboa: Verbo, 1998, p. 1459.

CASTORIADIS, Cornelius. *Figuras do pensável: As encruzilhadas do labirinto*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

------. Para si e subjetividade. In: Pena-Vega, Alfredo; Nascimento, Elimar Pinheiro. (Org.). *O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2001., p. 35-46.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CONTEÇAS, Paula. *A eficácia da metáfora na produção da ciência: o caso da genética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

CURI, Ivan Guérios. *Dilemas do Direito Penal: Reflexão a partir da hermenêutica do sistema*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1999.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A justificação do Direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre: Do advogado, 2002.

DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1992.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECHEVERRÍA, Javier. *Introdução à Metodologia da Ciência*. Coimbra: Almedina, 2003.

EWALD, François. Le droit du droit. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986, p. 245-259.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Org.). *O Direito provado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 1997.

FRANZEN DE LIMA, João. *Curso de Direito Civil brasileiro: introdução e parte geral*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FREITAS, Juarez de. 1995. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. *La imaginación jurídica*. Madrid: Debate, 1992.

GAUDEMET, Jean. Tentatives de systématization du Droit á Rome. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

GÓMEZ, Ricardo J. Racionalidad: Epistemología y ontología. In: OLIVÉ, León. (Ed.). *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995.

GOUBEAUX, Gilles. *La règle de l'accessoire en droit privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969.

GRÁCIO, Rui Alexandre. *Racionalidade argumentativa*. Porto: Asa, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1977, v. 1.

HEIDEGGER, Martin. *O que é uma coisa?* Lisboa: Edições 70, s.d.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOUAISS. Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IHERING, Rudolph von. *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*. Granada: Comares, 1998.

KALINOWSKI, Georges. *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KNIJNIK, Danilo. *Os standarts de convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 353.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: Análise de uma “recepção”*. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte general*. Madrid: Edersa, 1978.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, Luciano Ferreira. *O regulamento no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: parte general*. 16 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis Lorenzetti. *Fundamentos do Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOZANO, Jorge; PEÑA-MARÍN, Cristina; ABRIL, Gonzalo. *Análise do discurso*. São Paulo: Littera Mundi, 2002.

LUHMANN, Niklas. *A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Goethe-Institut - Instituto Cultural Brasileiro Alemão, 1997.

LUHMANN, Niklas. L'unité du système juridique. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique]. 1986.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução do Direito e ao discurso legitimador*. 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 1994. 388 p.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATEIRO, Mário Martins. *Pensar o Direito: fragmentos de um ensaio de autopoiesis jurídica*. In: *Justiça do Direito*. V. 11, 1997, p. 11-20.

MATEIRO, Mário Martins. Um abordaje *autopoietico* de la responsabilidad. In: Alterini, Atilio Aníbal; Cabana, Roberto M. Lopez. *La Responsabilidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

MATURANA, Humberto. *Cognição, ciência e vida cotidiana*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo*. 3. ed. 2. reimp. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.

MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MORGAN, Gareth. *Imagens da organização*. São Paulo: Atlas, 1996.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001.

NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação do Direito para além da lei*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAES, Adauto (Org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

OLIVÉ, León. Racionalidad, Objetividad y verdad. In: Olivé, León. *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995.

ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

OST, François. Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986, p. 133-162. , p. 142.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PLESZKA, Krzysztof; GIZBERT-STUDINICKI, Tomasz. Le système du droit dans la dogmatique juridique. *Archives de Philosophie du droit*, t. 31 [Le système juridique], Paris: Sirey, 1986, p. 107-119.

RANSANZ, Ana Rosa Perez. Racionalidad y desarrollo científico. In: OLIVÈ, León. Olivé (Ed.): *Racionalidad epistémica*. Madrid: Trotta, 1995, p. 171-201.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. São Paulo: Loyola, 2000.

ROHDEN, Luiz. *O poder da linguagem: a Arte Retórica de Aristóteles*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista Del Derecho: critica del dualismo en el Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

RUSSO, Eduardo Angel. *Teoria general del derecho: en la modernidad y en la posmodernidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

SALOMON, Délcio Vieira. *A maravilhosa incerteza: pensar, pesquisar e criar*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000a.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000b.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SARAMAGO, José. *O homem duplicado*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

SERRANO, José Luis. De las fuentes del sistema al sistema de fuentes. *Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 8, nº. 1 [jan./abr.2003] Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: Editora da Univale, 2003. p. 9-40.

SÈVE, René. Introduction. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 31 [Le Système juridique]. Paris: Sirey, 1986.

SILVEIRA, José Luongo da. *Noções preliminares da filosofia do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

STEIN. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: L&PM, 1988.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: Ibej, 2001.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do Direito: Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoría General del Derecho*. 2. ed. 4. reimp. Buenos Aires: Depalma, 1995.

VERNENGO, Roberto J. *Lê droit est-il um système?* *Archives de Philosophie du droit*, t. 36 [Droit et science], Paris: Sirey, 1991, p. 253-264.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. [I - Interpretação da lei; temas para uma reformulação]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WARAT, Luiz Alberto. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed. 2. versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WARAT, Luiz Alberto; RUSSO, Eduardo A. *Interpretación de la Ley: poder de las significaciones y significaciones del poder*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s.d.

ZILLES, Urbano. *Teoria do conhecimento*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 1995.
