

O Direito como Texto: para uma Análise reducionista do Direito

Leandro da Silva Carneiro

Mestrando em Direito. Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena.

e-mail: leandrodasilvacarneiro@ig.com.br

Resumo

A palavra direito possui diversas semânticas¹ e a ciência do Direito também varia, em sua concepção, dependendo da escola doutrinária em apreço. Para a sociedade (pessoas que não são formadas em tal ciência), tal definição também não é única, o que demonstra o grau de dificuldade em conceituá-lo. Por isso, a ideia apresentada neste artigo, ao resumir o Direito a texto – uma teoria comunicacional do Direito –, corresponde a uma análise reducionista, da qual decorre uma série de conclusões: por ser texto ou passível de ser textualizado, o direito é hermenêutico e se realiza pela força de decisão racional, além do que interpretação e argumentação percorrem o mesmo sentido na via jurídica. Portanto, toda decisão, seja ela decorrente de uma ordem constituinte, seja dos poderes constituídos, deve ser legítima e proferida pela autoridade correspondente, num resultado ilocucionário de um discurso racional. Independentemente de o Direito ser visto ou não apenas sob seu aspecto formal: a norma, todas essas conclusões são perfeitamente adequadas, conforme argumentos apresentados ao longo do artigo.

Palavras-Chave: Direito; texto; decisão racional; interpretação; argumentação.

¹ Isso não acontece apenas com a língua portuguesa, como se nota dos escritos de Luis Díez-Picazo: “*En nuestra lengua, la expresión <<derecho>> es ante todo un adjetivo que se aplica a diferentes hechos, actos y situaciones. Lo derecho se contrapone a lo torcido o, dicho con una expresión castiza, a lo tuerto. Lo derecho es también lo directo o lo recto. Por ello, la expresión <<esto es derecho>> significa, en rigor, que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la que se considera la más correcta o la más aceptable*” (DÍEZ-PICAZO, 1999).

Resumen

La palabra derecho posee diversas semánticas² y la ciencia del Derecho también varía, en su concepción, dependiendo de la escuela doctrinaria en aprecio. Para la sociedad (personas que no son formadas en tal ciencia), tal definición también no es única, lo que demuestra el grado de dificultad en conceptuarlo. Por eso, la idea presentada en este artículo, al resumir el Derecho a texto – una teoría comunicacional del Derecho -, corresponde a una análisis reduccionista, de la cual recorren una serie de conclusiones: por ser texto o posible de ser textualizado, el derecho es hermenéutico y se realiza por fuerza de decisión racional, más allá de lo que interpretación es argumentación deriva el mismo sentido en la vía jurídica. Por tanto, toda decisión, sea ella decurrente de una orden constituyente, sea de los poderes constituidos, debe ser legítima y proferida pela autoridad correspondiente, en un resultado ilocucionario de un discurso racional. Independientemente del Derecho ser visto o no apenas bajo su aspecto formal: la norma, todas esas conclusiones son perfectamente adecuadas, conforme argumentos presentados en el presente artículo.

Palabras-clave: Derecho; texto; decisión racional; interpretación; argumentación.

Sumário

Introdução. 1. O direito é *texto*. 2. A necessária interpretação do texto jurídico. 3. A regra de direito como resultado da força da decisão. 4. Decisão jurídica racional: a necessidade da argumentação. Conclusão. Referências.

Introdução

O fenômeno jurídico se apresenta em forma de linguagem. O Direito é, portanto, um fenômeno de comunicação e não apenas uma ordem coativa de conduta humana, um meio de controle social ou um ideal de justiça. Por ser o Direito comunicacional, o que é justo é o que é racional, o que é discursivamente correto, uma correção obtida argumentativamente pelo cumprimento das regras formadoras da lógica do discurso. Portanto, a argumentação e o

² Isso não acontece apenas com a língua portuguesa, como se nota dos escritos de Luis Díez-Picazo: “*En nuestra lengua, la expresión <<derecho>> es ante todo un adjetivo que se aplica a diferentes hechos, actos y situaciones. Lo derecho se contrapone a lo torcido o, dicho con una expresión castiza, a lo tuerto. Lo derecho es también lo directo o lo recto. Por ello, la expresión <<esto es derecho>> significa, en rigor, que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la que se considera la más correcta o la más aceptable*” (DÍEZ-PICAZO, 1999).

raciocínio jurídico são elementos imprescindíveis no cotidiano jurídico, pois não há texto que se compreenda sem uma lógica, nem se interprete sem argumentos, nem que seja pelo simples argumento gramatical.

A proposta desse artigo é, utilizando-se de um raciocínio dialético, analisar algumas conclusões reducionistas acerca do conceito de Direito, tais como: a) o direito é *texto*, mas, por trás do texto há mais coisas (como homens, interesses, aspirações, idéias, bens, conflitos, decisões, poderes, sujeições, vinculações...); b) por ser precisamente um texto, o direito deve ser compreendido, isto é, interpretado; c) o direito se produz pela força da decisão, pois sem decisão não há norma nem instituição, não há vida jurídica; d) toda decisão deve ser devidamente justificada (argumentada): decisão racional. Contudo, decisão e argumentação andam juntas.

Os conceitos especificamente jurídicos, como os de obrigações e direitos, validade, fontes do direito, legislação, jurisdição e sanção podem ser reduzidos a texto. Dessa assertiva pode vir o questionamento de como o elemento valorativo do direito, como por exemplo, a validade da norma, poderia ser reduzida. A resposta *a priori* é simples: será dito pelos Tribunais. E todo ato comunicativo é textual.

Como bem posiciona Gregorio Robles³, “*Diversamente de outros textos, como o literário ou histórico, o jurídico é um texto organizador-regulador*” (ROBLES, 2005, p. 1).

Para tornar mais abrangente sua teoria, o autor espanhol, pautado na premissa de que texto não é apenas o texto escrito, mas qualquer realidade suscetível de interpretação, afirma que, levando a questão ao limite, “*seria possível dizer que toda realidade, inclusive a realidade natural, é um texto nesse sentido amplo, porque até o cientista interpreta a natureza depois de observá-la*” (ROBLES, 2005, p. 49).

Utilizaremos, ainda, neste trabalho, uma proposital distinção entre sistema jurídico, ordenamento jurídico e norma. O primeiro refere-se à escola ideológica a que determinada soberania está vinculada. Assim, por exemplo, falar-se em direito anglo-saxão, direito germânico-francês, direito romano, etc.. Ordenamento jurídico é o resultado da soma das proposições normativas e enunciados prescritivos de determinado país. A norma, enfim, é o enunciado prescritivo pertencente ao ordenamento jurídico, o qual, por sua vez, é pertencente ao sistema jurídico.

O ordenamento jurídico pode ser visto como texto verbalizador das instituições e a norma, como texto verbalizado destas instituições.

³ Ao prefaciар a obra de Gregorio Robles, “*O Direito Como Texto – Quatro estudos de Teoria Comunicacional do Direito*”, Paulo de Barros Carvalho assinala que o autor é o grande nome da Teoria Comunicacional do Direito.

Para a escola positivista, a ciência do direito não prescreve ou cria seu objeto, ela apenas o explica, o descreve. O Direito seria, apenas, a produção das autoridades, o texto verbalizado destas instituições. Na clássica definição de Hans Kelsen, *“A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer - o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o direito para que ele possa ser conhecido e descrito pela ciência jurídica”* (KELSEN, 2006, p. 81).

Independente de se considerar o Direito como texto verbalizador das instituições ou restringi-lo à norma (como texto verbalizado das instituições), a teoria comunicacional do Direito possui terreno em ambos os prismas, pois tanto para se produzir, quanto o resultado da produção não afasta a necessidade de uma força de decisão legítima e racional.

1 O direito é texto.

Segundo Gregorio Robles, a prova palpável de que direito é texto está em que todo ordenamento jurídico é suscetível de ser escrito, isto é, de ser convertido em palavras (ROBLES, 2005, p. 2). Todavia, é imperioso pensar que por trás do texto há mais coisas, como homens, interesses, aspirações, idéias, bens, conflitos, decisões, poderes, sujeições, vinculações, etc..

Por mais variantes sejam as definições de direito, em alguns aspectos as doutrinas analíticas convergem-se.

O direito é normativo, institucionalizado e coercitivo, e essas são suas três características mais gerais e importantes. É normativo porque serve e deve servir como orientação para o comportamento humano. É institucionalizado porque sua aplicação e modificação são, em larga medida, executadas ou reguladas por instituições. E é coercitivo na medida em que a obediência a ele, e sua aplicação, são garantidas internamente, em última instância, pelo uso da força (RAZ, 2012, p. 4).

É possível, pois, textualizar a norma, as instituições e até mesmo a coerção. Isso porque tais termos possuem um significado e tudo que é suscetível de ser transcrito, verbalizado, é texto.

Na percepção de Robles, ao dizer que direito é texto, ele assim o faz no sentido de que o direito aparece ou se manifesta como texto, sua essência é ser texto e sua existência real é idêntica a existência real de um texto (ROBLES, 2005, p. 21).

Como todo texto, o direito tem uma estrutura, uma forma específica (primeiro nível); também tem um significado, ou melhor, um conjunto de significados bastante complexo (segundo nível); e, por último, assim como todo texto, o direito é criado mediante *atos de fala* especiais, que chamamos de leis, sentenças judiciais etc. (terceiro nível) (ROBLES, 2005, p. 56).

Quanto ao primeiro nível apresentado por Gregorio Robles, o texto jurídico possui uma estrutura específica. O que distingue com nitidez o texto jurídico de todos os demais é o fato de que através dele se produzem as *instituições*⁴. São características do texto jurídico: a) ele não é narrativo, mas prescritivo (sentido de dirigir, orientar ou regular as ações humanas); b) é aberto (não surge de uma só vez. Vai sendo criado e recriado mediante decisões concretas) e; c) é *in fieri* (a se construir. Nunca terminado, mas em permanente transformação).

O segundo nível destaca o significado do direito, como texto jurídico. O aprendizado de uma língua não pode ser visto apenas como mero aprendizado da designação de objetos isolados. Decorre de um “jogo de linguagem”. Wittgenstein chama o todo, a linguagem e as ações com que está estreitamente unido, de “jogo de linguagem”: uma complicada rede de semelhanças sobrepondo-se e cruzando-se; algumas vezes semelhanças generalizadas, outras vezes semelhanças nos detalhes (WITTGENSTEIN *apud* ALEXY, 2011, p. 60).

Extraír o significado do direito não é matéria simples. Como é decorrência de ato comunicacional, os sujeitos envolvidos no processo devem entender as razões e métodos que constituíram o texto em análise e sua validade. Por isso, o direito possui um “jogo de linguagem” característico, que exige interpretação mais rebuscada.

O terceiro nível apresentado, por sua vez, refere-se aos atos concretos especiais do direito, podendo dar maior destaque à norma. Assim como o próprio direito, a norma jurídica não pode ser considerada isoladamente como norma em si, sob pena de ser personificada como um ente reificado, *coisificado*, hipostasiado (ALVES, 2010, p. 53-54).

A norma jurídica se caracteriza, ela mesma, como um conjunto de relações pelas quais ela existe na dimensão ontológica e é entendida no interior da dimensão epistemológica. Assim, por exemplo, a norma jurídica é “imperativa”; é “dotada de coercitibilidade”; é “atributiva de direitos e deveres”; é “válida por sua inserção no sistema normativo”; é “produto da vontade institucionalizada”; é “estrutura de sentido objetivo da vontade”; é “parte de um sistema eficaz”; é “forma direta e cogente da conduta social”; é “regra positivada pelo Estado”; é “um esquema de interpretação da conduta social; é “garantia de estabilidade das relações sociais”; é “um produto de relações sociais determinadas”; é um mundo de predicados e relações que determinam nossa compreensão sobre elas. O conjunto desses atributos realiza, de certa forma, a norma jurídica. Buscar a norma jurídica fora de todos seus atributos possíveis, e pelos quais ela se realiza de algum modo no mundo dos fatos, é buscar por um ser que não existe, um ser sem corpo e sem alma. (ALVES, 2010, p. 54)

Gregorio Robles conceitua a norma jurídica como “*uma proposição linguística, pertencente a um sistema de proposições que expressa um ordenamento jurídico, dirigida (por seu sentido) direta ou indiretamente a orientar a ação humana*” (ROBLES, 2005, p. 11).

⁴ O ordenamento jurídico é composto de uma diversidade de instituições (como o parlamento, a família, a sociedade anônima, o municípios, o processo civil) que articulam a vida social em seu conjunto (ROBLES, 2005, p. 54).

Alaôr Caffé Alves apresenta distinção entre enunciados normativos e enunciados prescritivos. As *proposições normativas* (ou enunciados normativos), como descritivas das normas jurídicas, são produzidas no plano teórico do saber enquanto as normas jurídicas (enunciados prescritivos) são produzidas pelos órgãos públicos no plano prático da vontade (ALVES, 2010, p. 281).

Diante do ordenamento jurídico:

A proposição normativa, em princípio, é de caráter descritivo e compõe os enunciados da ciência dos direito; e seu objetivo é descrever e permitir a interpretação *adequada* das normas jurídicas. Na medida em que seu uso é descrever a norma de direito como efetivamente é e como existe no ordenamento – e nunca como deve ser –, é possível comparar o teor significativo dessa descrição com a realidade descrita (a norma), podendo, assim, *tal proposição* ser qualificada como verdadeira ou falsa. Se o enunciado da ciência do direito descreve adequadamente a norma existente no ordenamento, ele é verdadeiro; se não, o enunciado é falso. A proposição normativa (enunciado) descreve o que é e *como é* o dever-ser normativo.

Já a norma jurídica é um enunciado prescritivo, dirigido à vontade e não apenas à razão; assim, apesar de apresentar uma estrutura lógico-semântica que é seu conteúdo de significação, caracteriza-se especificamente por sua força imperativa e objetiva sobre a vontade dos sujeitos aos quais se dirige para orientar o comportamento social de forma determinada. É o dever-ser em seu sentido forte, em seu sentido material, substantivo. É comando e não descrição ou explicação. Não tendo como fim o conhecimento teórico, mas a disciplina da conduta social, a norma jurídica não pode ser verdadeira ou falsa, e sim válida ou inválida, justa ou injusta. *Seu objetivo é inclinar a vontade daquele a quem se dirige e não explicar o mundo.* (ALVES, 2010, p. 283/284).

A figura abaixo sintetiza a distinção de Alaôr Caffé Alves.

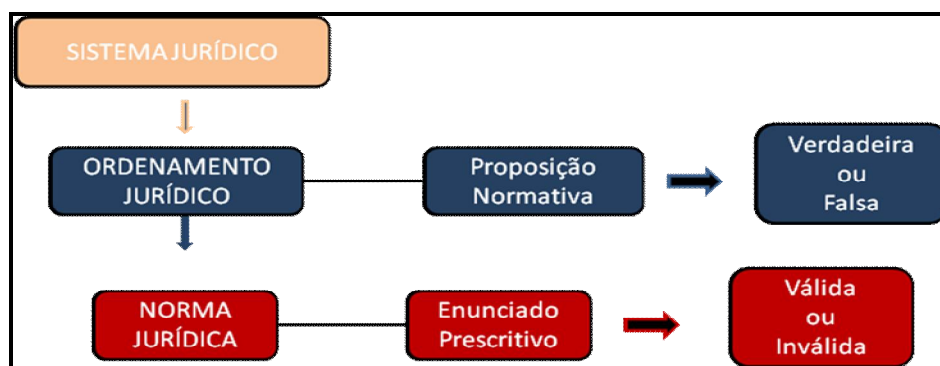


Figura 1 – Distinção entre proposição normativa e enunciado prescritivo

Retomando a ideia de Robles de que todo ordenamento jurídico é suscetível de ser escrito, isto é, de ser convertido em palavras (o que demonstra que direito é texto), tanto as proposições normativas quanto os enunciados prescritivos também se submetem a tal regra, isto é, expressam-se mediante texto.

2 A necessária interpretação do texto jurídico.

Por ser precisamente um texto, o direito deve ser compreendido, isto é, interpretado⁵.

A norma jurídica em abstrato não é critério suficiente para a escolha do fato ao qual se aplica; é esse fato concreto que fornece o critério básico para a escolha da norma a ser aplicada. Na verdade, a norma jurídica é construída mediante a interpretação dialético-realista dos fatos concretos (ALVES, 2010, p. 334).

Aplicar o Direito envolve sempre interpretá-lo. Qualquer norma colocada em um texto legal dotado de autoridade precisa ser entendida antes que possa ser aplicada. Conseqüentemente, em um sentido amplo do termo “interpretação”, toda aplicação do Direito exige alguma ato de interpretação, já que o aplicador precisa formar uma compreensão daquilo que o texto diz de modo a aplicá-lo, e qualquer ato de apreensão de sentido pode ser considerado como ato que envolve a interpretação (MACCORMICK, 2008, p. 161).

Com a interpretação busca-se o real significado do texto, ou seja, a verdade contida no enunciado. A verdade é algo construído *discursivamente*, o que significa ser científico o resultado do consenso alcançado em relação ao objeto estudado.

O Discurso racional defendido por Habermas,

é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumento no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. (HABERMAS, 2003, p. 142).

Obrigações ilocucionárias são as convenções a que se chega através do agir comunicativo. Para compreender a semântica de obrigações ilocucionárias é importante visitar a teoria dos “atos de fala”. *“Atos de fala são ações que se realizam dizendo algo. Dentro de um simples ato de fala é possível distinguir dois, muitas vezes três atos diferentes: o ato locucionário, o ilocucionário e o perlocucionário”* (ALEXY, 2011, 64). Ato locucionário é o que se diz. Por exemplo, se o locutor verbaliza “está calor aqui”, estando num ambiente fechado, com os ventiladores desligados, a sua simples verbalização é considerada um ato locucionário. No entanto, tal fala irá emitir uma mensagem não verbalizada, como, “vamos abrir as janelas ou ligar os ventiladores?!”. Trata-se de um ato ilocucionário, que é o que se faz dizendo algo. É dependente de convenções e não é possível na ausência das regras (convenções) sobre as quais é

⁵ “Vale aqui observar uma importante distinção entre o campo de ação da interpretação e da hermenêutica. Se interpretação é um processo pelo qual pretende-se alcançar um fim (determinação do sentido e alcance da norma), a hermenêutica é a teoria que serve de ferramenta para alcançar esse fim, pois os critérios hermenêuticos orientam a interpretação jurídica” (SERRANO, 2004, p. 112).

baseado. Finalmente, o ato perlocucionário representa o resultado alcançado com a verbalização (ato locucionário). Pode ser, por exemplo, algum dos ouvintes ligar os ventiladores.

O discurso (mecanismo pelo qual se constrói a verdade) também pode ser conflitual quando se alinha ao discurso *polêmico*, ao passo que o discurso não conflitual faz parte do discurso *didático*. A comunicação conflitual costuma ser agressiva e desqualificada tanto do conteúdo quanto da pessoa do orador/falante. Já o discurso didático tem por norma analisar, explicar, levar ao entendimento (TRUBILHANO; HENRIQUES, 2010, p. 89).

A problemática da verdade⁶ (a verdade é o que se busca com a interpretação) é complexa, pois dependente de vários fatores influentes e que, necessariamente participam do processo de interpretação.

O direito é o objeto a ser interpretado (objeto cognoscível). Como se não bastasse a complexidade do próprio objeto, o sujeito realizador da interpretação (sujeito cognoscente) também merece atenção, pois, da interpretação realizada pelo(s) sujeito(s) é que se chegará à decisão, e o direito se produz pela força da decisão, como será analisado no próximo item.

O ser humano, sujeito da interpretação, possui variantes que sustentam sua capacidade hermenêutica. A intelectualidade, as experiências vividas, a concepção de bem, etc., interferem de forma aguda na maneira de se interpretar.

As concepções de mundo do intérprete podem ser vistas sob dois ângulos primários, as posturas psicológicas do agente. Ao interpretar, o sujeito pode ou não estar inserido na situação, o que acarreta em diferenças no comportamento e na percepção das coisas.

Quando o intérprete analisa o objeto sem estar inserido na realidade observada, está-se diante da postura chamada “Behaviorismo”. Na postura behaviorista, em que se tem uma visão racional e objetiva do mundo circundante, o observador não interfere naquilo que está sendo observado e procura deduzir os fatos, numa análise de causa e efeito. Encontrando-se o intérprete fora do campo observado (sem envolvimento afetivo), a interpretação terá maior neutralidade, mais objetividade e uma observação centrada no comportamento.

De maneira oposta, quando o intérprete analisa o objeto envolvido afetivamente com a realidade observada, caracteriza-se a postura chamada “Gestalt”. Nesta postura – teoria da percepção – o intérprete, inserido no campo observado, induz o aumento da emotividade do conjunto, pois a percepção afetiva de cada parte pertencente ao conjunto faz com que o todo seja maior do que as partes, o que acarreta no envolvimento afetivo do observador com a realidade

⁶ Para os propósitos do direito, será verdadeiro ou aceito como a verdade conclusiva para a questão, aquilo que uma autoridade encarregada de determinar os fatos estabelecer como tal (MACCORMICK, 2008, p. 95).

observada, mais subjetividade na interpretação e uma observação centrada na percepção, com ênfase nos elementos circunstanciais (DAMIÃO; HENRIQUES, 2010, p. 156-158).

Para exemplificar as posturas, pode ser utilizada a situação de um genitor que deu causa, sem intenção, à morte de seu filho ainda bebê, ao dar marcha-ré em seu carro, ao tentar retirá-lo da garagem. Imaginemos esse genitor um juiz de direito ao se deparar com o julgamento de um caso análogo. Como ele interpretará o ocorrido? Como ele analisará o acusado causador de acidente idêntico àquele que ele próprio deu causa outrora? Será da mesma forma, com o mesmo envolvimento emocional que um outro juiz de direito, sem ter vivido tal situação?

A postura psicológica é, portanto, “*a posição do observador, do ponto de vista participativo, ou seja, se apresenta maior ou menor envolvimento afetivo com o assunto*” (DAMIÃO; HENRIQUES, 2010, p. 155).

Além das peculiaridades do intérprete, o objeto a ser analisado não pode se limitar ao reducionismo.

A mera interpretação gramatical ou literal não é suficiente, muito menos numa ciência social, como é o caso do direito. Para o direito, não é suficiente o enunciado, pois mesmo *in claris* a interpretação é necessária.

A verdade que se busca com a hermenêutica é a *mens legis*, ou seja, a norma (texto), resultado do discurso racional e não a *mens legislatoris* (o discurso em si).

O direito como texto resultado de um discurso racional traz em si, adjacente, todo um contexto que também deve ser objeto de interpretação.

A norma de direito não se resume apenas no enunciado literal dela (como sentido linguístico), ela transcende tal enunciado, externaliza-se para ganhar realidade nos fatos sociais compreendidos como objetos culturais. A regra jurídica não pode ser entendida apenas pelo texto discursivo de sua positivação; ela é sempre resultado da interpretação polarizada com o fato (caso) ao qual se destina. A norma, em sua expressão abstrata e literal, não diz muita coisa do direito. Há necessidade de polarizá-la com as situações, com os fatos que integram seus sentidos. É preciso que as normas se “encarnem”, dinamicamente, nas situações contextuais. Essa concepção dialética também permite entender por que uma norma jurídica não positivamente editada é efetivamente uma norma jurídica, como no caso do direito consuetudinário (ALVES, 2010, p. 432).

As circunstâncias em que o texto surgiu são elementos relevantes para uma boa interpretação, mais próxima da verdade. A interpretação, como processo para se alcançar a verdade, deve buscar sempre o porquê daquele enunciado, as razões que o originaram e todo o contexto em que ele está ou esteve inserido em sua gênese, sob pena de se concluir pela injustiça.

3 A regra de direito como resultado da força da decisão.

Defende Gregorio Robles que o direito se produz pela força da decisão⁷. Sem decisão não há norma nem instituição, não há vida jurídica. A decisão é o elemento dinâmico do direito (ROBLES, 2005, p. 3).

Quando se fala em “regra de direito”, fala-se no elemento formal do direito⁸: a norma. Para Jean-Louis Bergel, *“As concepções substanciais traduzidas pelas diversas escolas de pensamento e que se ordenam em torno das finalidades que ele persegue não bastam para definir o direito. Este se expressa por regras que são suas manifestações formais”* (BERGEL, 2006, p. 37).

A norma jurídica é, portanto, a manifestação formal do direito, a “regra de direito”. Na doutrina hodierna, norma jurídica se subdivide em grupos de regras e princípios. Regras e princípios se reúnem sob o conceito de norma, pois são dotados de dever-ser. Robert Alexy, após apresentar os principais traços de distinção entre regras e princípios, como o critério da generalidade, o fato de os princípios serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, de serem normas de argumentação ou normas de comportamento, esclarece que:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...] Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível (ALEXY, 2008, p. 90).

Acrescenta Jean-Louis Bergel que *“A regra de direito é o produto da vida social, mas é também criada por uma vontade sem a qual ela seria apenas virtual e sem efeito. Procede de atos individuais ou se lhes aplica, mas só pode impor-se comumente porque é reconhecida ou imposta por uma autoridade social”* (BERGEL, 2006, p. 6).

É essa autoridade social que fala o autor francês, quem realiza as decisões jurídicas, as quais produzem o direito e a regra de direito. Num regime democrático, por exemplo, a

⁷ Para Gregorio Robles, o direito é uma obra humana e, como tal, resulta de um conjunto de decisões e é exatamente através das decisões que se cria e se aplica a ordem jurídica (ROBLES, 2005, p. 61).

⁸ Jean-Louis Bergel conceitua o direito, em si, como *“ao mesmo tempo, o produto dos fatos e da vontade do homem, um fenômeno material e um conjunto de valores morais e sociais, um ideal e uma realidade, um fenômeno histórico e uma ordem normativa, um conjunto de atos de vontade e de atos de autoridade, de liberdade e de coerção...”* (BERGEL, 2006, p. 6).

soberania é popular, logo, o povo é a autoridade social competente para proferir as decisões jurídicas.

Gregorio Robles sustenta que “As decisões jurídicas se dividem em duas categorias: a decisão extra-ordenamental (ou extra-sistêmica) e as decisões intra-ordenamentais (ou intra-sistêmicas). A decisão extra-sistêmica é a decisão constituinte. As demais são as decisões constituídas” (ROBLES, 2005, p. 3). A figura abaixo sintetiza a ideia de Robles.

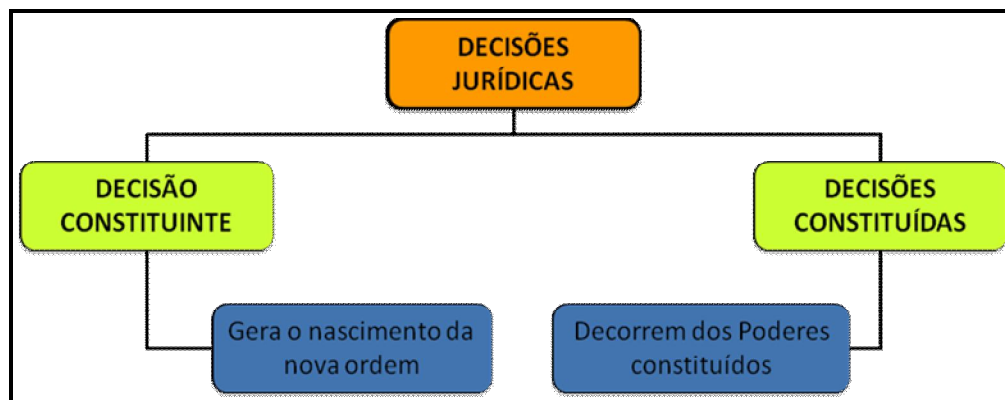


Figura 2 – Categorias das decisões jurídicas

Ao Poder Judiciário incumbe o dever de dizer o direito ao caso concreto (proferir uma decisão).

Quando são exigidas determinações de fato por parte de qualquer processo de aplicação do Direito dotado de autoridade, os sistemas jurídicos geralmente estabelecem disposições para investir certos indivíduos com autoridade específica para a determinação desses fatos. Não importando se essa tarefa é entregue a um júri, a um juiz, a um ministro ou algum tipo de tribunal especial, há normalmente algumas disposições jurídicas atribuindo a certos indivíduos ou grupos o poder de fazer determinações conclusiva quanto aos fatos (tais determinações podem até estar sujeitas a alteração, caso possam ser modificadas em sede de apelação, mas isso ocorre dentro de um certolímite temporal – ao final, todas se tornam conclusivas) (MACCORMICK, 2008, p. 95).

Além da tese de que as normas e as instituições decorrem das decisões jurídicas, o que faz da decisão o elemento central do direito, é importante mencionar que tais decisões precisam ser legítimas, sob pena de envenenar o próprio direito. Por isso, a decisão constituinte estabelece as premissas gerais e os valores maiores eleitos por aqueles que detêm a autonomia social, a serem respeitados pelas decisões constituídas. A decisão constituinte se materializa numa constituição⁹, ou seja, num conjunto de normas e instituições.

⁹ “Constituição é o conjunto de normas e princípios, escritos ou costumeiros, que estabelece e disciplina os modos de aquisição, exercício e perda do poder, a forma de Estado, a forma de governo, o regime de governo, a separação

A legitimidade das decisões também é objeto do direito. Defende Habermas que “o código do direito é dado aos sujeitos do Direito como a única linguagem na qual podem exprimir sua autonomia. Por isso, têm que ser garantido pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo” (HABERMAS, 2003, p. 163-164).

Com a internacionalização e a afirmação dos direitos humanos no cenário mundial, as decisões, além de legítimas, também devem estar vinculadas a tais direitos fundamentais, os quais, segundo Canotilho, vinculam os atos jurisdicionais como *normas de decisão* (CANOTILHO, 2003, p. 447). Portanto, “... os direitos fundamentais, por representarem um ‘sistema de valores’, possuem a capacidade de se irradiar por todo o sistema normativo, influenciando a interpretação jurídica nos diversos ramos do direito, inclusive nas relações privadas (entre particulares)” (MARMELSTEN, 2009, p. 329).

Logo, o resultado da decisão constituinte (a constituição) não pode omitir-se quanto a previsão de normas de tal natureza, pois “os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder, positivadas no plano constitucional de um determinado país, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2009, p. 284).

4 Decisão jurídica racional: a necessidade da argumentação.

Toda decisão deve ser devidamente justificada (argumentada). Por isso, decisão e argumentação são indissolúveis.

O direito é produto das decisões, cujo posicionamento vencedor, em função dos seus argumentos, prevalece sobre o(s) outro(s). Para se tomar posicionamentos, as autoridades sociais se convencem ante o conjunto argumentativo colacionado. Habermas acompanha a ideia de Klaus Günter, entendendo “a ‘liberdade comunicativa’ como a possibilidade – pressuposto no agir que se orienta pelo entendimento – de tomar posição frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade aí levantadas, que dependem de um reconhecimento intersubjetivo” (HABERMAS, 2003, p. 155).

dos poderes, os órgãos estatais e seu funcionamento, as finalidades para a atuação do Estado, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as garantias que os asseguram, bem como qualquer outro assunto considerado digno de previsão constitucional, a exemplo do meio ambiente, da ordem econômica e da ordem social” (MOTTA; BARCHET, 2007, p. 21).

Sem argumento¹⁰, não há decisão. Toda decisão se desenvolve por meio de argumentos.

O convencimento nem sempre decorre dos valores certo (verdadeiro) ou errado (falso), mas da argumentação que melhor for desenvolvida.

Como esclarece Doroti Maroldi Guimarães, na obra organizada por Leda Corrêa,

A argumentação implica, portanto, articular idéia nova com idéias já aceitas, construindo mundos possíveis nos quais essas idéias possam conviver, ou um mundo de representações prováveis, utilizando elementos do mundo real como prova da veracidade do proposto no discurso.

No caso da possibilidade, as idéias já admitidas são complementadas por idéias novas e, por essa razão, constroem mundos possíveis. No caso da probabilidade, parte-se de provas não generalizáveis, que, por isso, não constroem o necessariamente verdade, mas o provavelmente verdade (CORRÊA, 2008, p.143-144).

No direito, por ser uma ciência social, o argumento se desenvolve ora nos padrões do silogismo (lógica formal), ora conforme a lógica informal, pois *“No Direito concorrem teses diferentes, e não necessariamente há uma verdadeira e outra falsa. O que existe é, no momento da decisão, uma tese mais convincente que as demais”* (RODRÍGUEZ, 2011, p.13).

Na argumentação interpretativa,

É preciso encontrar uma conclusão interpretativa antes que se possa aplicar a lei ao caso em apreço, ou concluir que ela é inaplicável. Trata-se também de perceber que essas conclusões podem elas mesmas ser justificadas pela argumentação, pelo sopesamento e pela ponderação dos argumentos apresentados em favor de cada uma das possibilidades que estão em jogo. Argumentos a respeito da consistência interna do Direito estão em jogo. Também estão os argumentos a respeito da coerência geral da lei à luz de seus princípios subjacentes e de outros princípios fundamentais de ordem jurídica, especialmente aqueles mais relevantes ao ramo em que se insere a lei. Casos hipotéticos podem ser aventados para sugerir a inaceitabilidade de uma interpretação e a preferibilidade de outras interpretações rivais. As implicações para o sistema jurídico e para a vida social de uma decisão que caminhe em um ou outro sentido são testadas e, em alguns casos, argumentos consequencialistas exaustivos podem ser apropriados. Então, no final das contas, não é o silogismo jurídico sozinho que determina o resultado de um caso. Alguns ou todos os termos da lei terão que ser interpretados, e os fatos do caso deverão ser interpretados e avaliados para verificar o que realmente conta, se eles realmente se enquadram nos termos da lei (MACCORMICK, 2008, p. 56-57).

Neil MacCormick, ao afirmar que o direito é uma disciplina argumentativa, conclui que a argumentação, em tal ciência, nem sempre será conclusiva (silogismo ou lógica formal), mas sempre será persuasiva (retórica) (MACCORMICK, 2008, p. 19 e 21).

Por ser retórico, o Direito admite teses e antíteses, prevalecendo na síntese (decisão) o argumento mais convincente, ou seja, que melhor demonstrou a verdade alegada.

¹⁰ *“Argumentar é a arte de procurar, em situação comunicativa, os meios de persuasão disponíveis”* (RODRÍGUEZ, 2011, p.13).

Por ser assim, em várias situações também as normas jurídicas poderão entrar em conflito. Divergindo entre si, dois ou mais interesses, a ciência jurídica deve apresentar uma fórmula para solução do conflito, independentemente da escola teórica em que se fundamenta, seja no positivismo/normativismo jurídico, seja nos ideários jusnaturalistas, do realismo jurídico ou até mesmo do pós-positivismo.

Quando a colisão ocorre entre regras comuns (que não versam sobre direitos fundamentais), a solução é mais simples, aplicando-se os critérios temporal e da especialidade da norma. Todavia, no conflito principiológico ou, até mesmo, entre regras que traduzem direitos humanos (em razão da tênue natureza de princípio), os recursos para decisão são mais complexos.

Os direitos humanos, com sua essência de “normas de decisão”, por vincularem as instituições nas tomadas de decisão e por representarem um “sistema de valores”, expressos ora como princípio, ora como regra, algumas vezes apresentam pontos de colisão. Os conflitos, portanto, poderão ocorrer entre normas de direitos fundamentais, seja uma colisão entre princípios, entre regras ou entre princípios e regras.

Quando se fala em direito fundamental, a norma possui o caráter *prima facie*

significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, ‘potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima’ (MENDES; COELHO; BRANCO, p. 319).

Se dois princípios colidem, esclarece o autor alemão Robert Alexy, “- o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção” (ALEXY, 2008, p. 93), como acontece com as regras. Dessa maneira, numa determinada condição, um princípio prevalecerá sobre outro, o que poderá ser invertido, caso se apresentem outras condições.

Klaus Günther sintetise a proposta de Dworkin – “*integrity*: em busca da melhor justificação”:

Dworkin argumenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva e, por isso, também não podem ser identificados inequivocamente por meio de uma regra de reconhecimento. Esses direitos – dentre os quais o fundamental consiste no de igual consideração e respeito a cada indivíduo, em todas as decisões políticas – podem tornar-

se relevantes em casos difíceis (*hard cases*). Eles precisam ser descobertos e destacados por meio de um ‘sentido de adequação’. Argumentos principiológicos se distinguem de regras por poderem ser sopesados entre si apenas na dimensão de ponderação, sem perder a sua validade, enquanto regras só podem ser aplicadas na forma de uma decisão de ‘tudo ou nada’.

A norma é, por sua vez, inserida novamente em um contexto de justificação que pode ser ligado a diversos outros princípios e objetivos (virtualmente todos). Entre eles estão, ao lado do legislador, a Constituição e o Direito escrito, ao lado do Direito consuetudinário, os casos precedentes, o “tecidos sem costuras” (outros casos precedentes e leis escritas), bem como os erros. A teoria que, com isso, desejava-se formular, descreve, no caso ideal, uma quantidade de princípios que harmoniza entre si todas as disposições existentes do Direito escrito e os casos precedentes. A justificação deve ser convincente e acertada. Se a justificação que ele constrói fizer distinções arbitrárias e desenvolver princípios não convincentes, ela nem sequer poderá ser considerada justificação (GÜNTHER, 2011, p. 268-269).

Continua Günther que “*Com essa obrigação de inserir argumentos principiológicos em uma interpretação coerente, as ponderações que vão além de uma regra concreta recebem o seu ‘apoio institucional’*” (GÜNTHER, 2011, p. 269).

O princípio da proporcionalidade é, sem dúvida, o mecanismo atual que melhor se compreende para a solução dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, nos casos concretos. A ponderação de valores ou interesses é a técnica a ser utilizada para a busca do dever de prudência, de equilíbrio e de proporcionalidade do intérprete e visa à harmonização e à concordância prática dos interesses em conflito.

A ponderação não é um modelo perfeito e acabado, mas é o melhor que se tem até o presente momento em matéria de interpretação dos direitos fundamentais (MARMELESTEIN, 2009, p. 389).

Conclusão

O raciocínio jurídico - analítico ou dialético - pode ser inspirado por conceitos, por valores ou por princípios, todos reduzíveis a texto, os quais, positivados ou não, devem conduzir de forma argumentativa a necessária interpretação das decisões formuladas, sejam elas constituintes (extra-ordenamental) ou constituídas (intra-ordenamentais).

A teoria comunicacional do Direito apresenta o Direito em forma de linguagem, resultado de um discurso correto (racional), uma correção obtida argumentativamente pelo cumprimento das regras formadoras da lógica do discurso.

A linguagem, na realidade, impõe-se de maneira necessária para o investigador do Direito, uma vez que, olhados de perto, Direito e linguagem se confundem: é pela linguagem escrita que a doutrina se põe, que a jurisprudência se torna conhecida etc.; é pela linguagem escrita e falada que os advogados, os procuradores, os promotores

defendem e debatem causas e os juízes a decidem; é pela linguagem escrita e falada que os professores ensinam o Direito e os estudantes o aprendem. Acima de tudo, é pela linguagem que se conhecem as normas jurídicas (NUNES, 2011, p. 292).

Por ser texto, o Direito deve ser sempre interpretado e ser resultado de uma força de decisão racional, isto é, argumentada.

Interpretar o Direito não tarefa simples, mas é da natureza da própria ciência jurídica. O Direito é texto hermenêutico que exige das autoridades sociais a justa adequação do sentido, do valor e dos princípios estabelecidos no texto jurídico, para se promover o bom convívio em sociedade. Para tal desempenho, não basta a simples interpretação gramatical, pois deve o intérprete buscar sempre as razões do objeto interpretado, as questões de fundo, considerando os sistemas de referência nos quais o texto está ou esteve inserido.

A atividade interpretativa está diretamente coligada com o manejo argumentativo, pois todo resultado hermenêutico vem acompanhado de suas razões, optando-se por um ou por outro(s) fator(es) de convencimento.

Ao exegeta não cabe apenas avaliar o texto como está posto, mas analisá-lo com um olhar para além, como bem aconselha Michel Villey:

*Pretendendo instruir-nos sobre as fontes do direito, restringem-se a abordar os textos. Os textos não são fontes. Os textos são **resultados**. Têm uma gênese, são o produto do trabalho de invenção do direito... assim como a jurisprudência. Se não tivermos a vista assim tão curta, deveremos lançar nosso olhar para além dos textos, até as **fontes dos textos** positivos, fontes primeiras, verdadeiras, das quais procedem ao mesmo tempo as leis e as decisões de jurisprudência; questionar-se acerca de suas origens. Assim tomaremos ciência do sentido, da função dos textos, e talvez nos tornemos capazes de medir sua autoridade (VILLEY, 2003, p. 224).*

As ações interpretativa e argumentativa, num cenário em que há prevalência das ideologias humanitárias, os direitos humanos devem servir de norte para o exegeta, por sua condição de sistema de valores condicionante das decisões.

Por possuírem natureza principiológica, a solução dos conflitos ou colisões de tais direitos é demasiadamente complexa, o que exige do intérprete um qualificado prepara para as tomadas de decisões nos chamados *hard cases*, que exigem uma solução integrativa, com argumentos legítimos e racionais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação**. (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva) 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. (trad. Virgílio Afonso da Silva) São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e Direito** – Linguagem, sentido e realidade – Fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito. Barueri/SP: Manole, 2010.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. (tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão) 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CORRÊA, Leda (org.). **Direito e Argumentação**. Barueri/SP: Manole, 2008.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. **Curso de Português Jurídico**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DÍEZ-PICAZO, Luís. **Experiencias jurídicas y teoría del derecho**. 3. ed. Barcelona/Espanha: Ariel, 1999.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. (trad. Claudio Molz) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. vol I. (trad. Flávio Beno Siebeneichler) 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Batista Machado) 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. (trad. Conrado Hübner Mendes) Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARMELSTEN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NUNES, Rizzatto. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBLES, Gregorio. **O Direito como Texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. (trad. Roberto Barbosa Alves) Barueri-SP: Manole, 2005.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica** – técnicas de persuasão e lógica informal. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Compêndio de Metodologia da Ciência do Direito** – primeira parte. São Paulo: Catálise, 2004.

TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. **Linguagem Jurídica e Argumentação**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito, os meios do direito. (Tradução: Márcia Valéria Martinez de Aguiar) São Paulo: Martins Fontes, 2003.