


UNESP  **UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA**
CAMPUS DE MARÍLIA
Faculdade de Filosofia e Ciências
Programa de Pós Graduação em Filosofia

MARLI MONTEIRO

POSITIVISMO E DIREITO: A SEMÂNTICA CONSTRUTIVA

Marília

2010

MARLI MONTEIRO

POSITIVISMO E DIREITO: A SEMÂNTICA CONSTRUTIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista, Campus Marília, como exigência para obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Área: Filosofia da Mente, Epistemologia e Lógica
Linha de Pesquisa: Epistemologia e Lógica

Orientador: Prof. Dr. Hércules de Araújo Feitosa
Co-orientadora: Prof. Dra. Maria Cláudia Cabrini Grácio

Marília
2010

Ficha catalográfica elaborada pelo
Serviço Técnico de Biblioteca e Documentação – UNESP – Campus de Marília

Monteiro, Marli.
M775p Positivismo e direito : a semântica construtiva /
Marli Monteiro. – Marília, 2010.
93 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade
de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, 2010.

Bibliografia: f. 89 - 93
Orientador: Prof^o Dr^o Hércules de Araújo Feitosa
Co-orientador: Prof^a Dr^a Maria Cláudia Cabrini Grácio

1. Positivismo. 2. Direito. 3. Interpretação construtiva.
4. Hermenêutica. 5. Lógica. I. Autor. II. Título.

CDD 146.4

MARLI MONTEIRO

POSITIVISMO E DIREITO: A SEMÂNTICA CONSTRUTIVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Filosofia da Universidade Estadual Paulista/UNESP, Campus Marília, como exigência para obtenção do título de Mestre em Filosofia.

Data da defesa: 05/02/2010

MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientador: Dr. Hércules de Araújo Feitosa
Programa de Pós Graduação em Filosofia
Faculdade de Filosofia e Ciências – Campus de Marília
Universidade Estadual Paulista – UNESP

Membro: Dr. : Frank Thomas Sauter
Departamento de Filosofia
Universidade Federal de Santa Maria-RS

Membro: Dra. Clélia Aparecida Martins
Programa de Pós Graduação em Filosofia
Faculdade de Filosofia e Ciências – Campus de Marília
Universidade Estadual Paulista - UNESP/Marília.

Co - orientadora: Dra. Maria Cláudia Cabrini Gracio
Programa de Pós Graduação em Filosofia
Faculdade de Filosofia e Ciências – Campus de Marília
Universidade Estadual Paulista - UNESP UNESP/Marília

Local: UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA
Faculdade de Filosofia e Ciências

UNESP - Marília

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao orientador e co-autor desta Dissertação, Prof. Dr. Hércules de Araújo Feitosa, por seu desprendimento, dedicação e muita competência, atributos que permitiram que este trabalho se concretizasse.

Agradeço ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Filosofia de Marília, pela competência e profissionalismo.

Em especial a Profa Maria Cláudia Cabrini Gracio, atuando como co-orientadora, pela leitura crítica e valorosas correções.

E, em especial ao companheirismo de Adilson Bueno Leite que não permitiu que eu desistisse desta empreitada, ajudando-me a atravessar meus desertos pessoais.

DEDICATÓRIA

Se eu vi mais longe, foi por estar em pé sobre os ombros de um gigante e ter como farol dois olhos azuis a iluminar a estrada: **Eduardo e Mariana.**

La forma que se ajusta al movimiento no es prisión, sino piel del pensamiento.
Octavio Paz

RESUMO

A presente dissertação apresenta o positivismo como teoria do direito que procurou na cientificidade, explicar de forma racional as questões sociais, defendendo o progresso como resultado do autogoverno. No entanto, ao se afastar das necessidades enfrentadas pela sociedade, o positivismo entra em declínio, emergindo a interpretação dos fenômenos como uma nova forma de diagnosticar os problemas sociais. A explicação do fenômeno jurídico não é uma questão de raciocínio puro, mas também de elemento valorativo, devendo os fatos serem revelados de acordo com princípios admitidos na vida social, mostrando que o instrumental da lógica mostra-se insuficiente para representar a argumentação necessária para o direito. A lei só se caracteriza completamente como norma legal se relacionada à vivência moral humana, na medida em que se distingue da experiência que lhe deu origem. Pensar o direito é, portanto, pensar o seu campo de incidência e qual a sua interpretação, para fazer deste o melhor dos mundos possíveis.

Palavras Chave: Positivismo – Direito – Interpretação construtiva – Hermenêutica - Lógica.

ABSTRACT

The present dissertation introduces the positivism theory of law that sought in scientism, explain in a rational social issues, defending the progress as a result of self-government. However, the move away from social needs, positivism declines. The explanation of the legal phenomenon is not a matter of pure reasoning, but also evaluative element, and the facts be disclosed in accordance in with principles accepted in society, showing that the instrumental logic is insufficient to represent the necessary arguments for the right. The law shall be defined as completely legal provision related to human moral experience, as distinguished from experience that caused it. Thinking the right to think their area of coverage and what their interpretation

Keywords: Positivism – Law – Interpretation constructive – Hermeneutics - Logic.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO		10
CAPÍTULO 2	O Positivismo	14
2.1	A concepção de positivismo	16
2.2	O positivismo e o Círculo de Viena	20
2.3	O positivismo lógico	23
2.4	O positivismo nos nossos dias	26
CAPÍTULO 3	O Positivismo Jurídico	29
3.1	Caracterização do positivismo jurídico	31
3.2	O positivismo jurídico <i>latu sensu</i>	37
3.3	O positivismo jurídico <i>strictu sensu</i>	42
3.4	O positivismo jurídico brasileiro	45
CAPÍTULO 4	Aplicação da lógica ao direito	49
4.1	A lógica jurídica no âmbito da lógica tradicional	52
4.2	A lógica jurídica no âmbito da Semiótica	59
4.3	Propriedades semânticas do sistema jurídico	63
4.4	A lógica deôntica	65
CAPÍTULO 5	A interpretação jurídica	69
5.1	Semântica e/ou interpretação	72
5.2	A proposta de Hans Kelsen	75
5.3	A interpretação no âmbito do positivismo	78
5.4	A interpretação construtiva	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS		86
REFERÊNCIAS		89

1 Introdução

A presente dissertação situa-se no âmbito da epistemologia e tem como objetivo central tecer considerações filosóficas sobre a teoria do direito positivo. O interesse pelo tema sobreveio ao se verificar que, apesar das severas críticas feitas ao principal nome do positivismo jurídico, Hans Kelsen, notadamente após a Segunda Grande Guerra, invariavelmente só é reconhecida como regra de conduta aquela posta pelo Estado, o que de certa maneira retoma o pensamento do filósofo alemão. Dessa forma, pode-se dizer que o trabalho consiste em investigar o positivismo, o seu viés jurídico, bem como o aparato da lógica para a aplicação das regras de direito ao caso concreto, e como a interpretação, na forma proposta por Habermas pode construir um novo regramento legal, ultrapassando as fronteiras do legalismo, sem perder a pureza metodológica que é o cerne da teoria.

Ao pretender eliminar toda subjetivação valorativa do direito, com vista a estabelecer uma ordem justa das relações humanas, as ciências sociais deixaram nas mãos do Estado a possibilidade de estabelecer uma objetividade com um fundamento artificial de moral, direito e política, pois passaram a explicar a realidade da conduta indiferente a valores. Nota-se nesse caminho certa incapacidade de proceder a uma interpretação construtiva, na forma apresentada por Habermas, quando se busca tornar objetivos os critérios de fundamento para a moral, a política e o direito.

O direito também pode ser entendido como um instrumento estabilizador das relações sociais e, desse modo, pode transformar-se em tecnocracia a serviço de interesses duvidosos. Isso nos remete à necessidade de uma interpretação transformadora, em busca do sentido do mundo, isto é, do “dever ser ideal” apontado por Ferraz Júnior (1997), para a expressão Kelseniana “dever ser descritivo”, que permite o desenvolvimento do entendimento na esfera jurídica.

De acordo com essa concepção é que Ferraz Júnior (1997) aponta o conceito de sistema jurídico da filosofia, para apresentar o positivismo como a soma de suas partes e submetido a um sistema lógico. As noções oriundas de um sistema lógico geram o encadeamento dos raciocínios jurídicos segundo uma lógica Aristotélica, em que a premissa maior corresponderia à norma (legislação) e a premissa menor ao fato, o que geraria uma conclusão válida por si mesma.

Essa concepção encontrou críticas quando a hermenêutica jurídica defrontou-se com a necessidade de explicitar os critérios para estabelecer qual o sentido da norma pretendido pelo legislador, como representante da vontade do povo. Esse se tornou o ponto de superação do positivismo dado pela teoria da interpretação, que tem em Habermas seu principal nome.

Para essa análise, observamos que o Estado de Direito, embora carregue ainda traços nítidos da tradição jusnaturalista anterior ao Século XIX, teve com o positivismo uma rica contribuição para a compreensão da distância que separa a corrente do direito natural até a visão sistêmica do direito de nossos dias.

A partir da pureza metodológica proposta por Kelsen, instalou-se o afastamento dos conteúdos de natureza econômica ou política do sistema legal. O significado concreto das regras de direito aponta para uma metodologia jurídica formalística, que reflete importante teorização filosófica do direito no que se refere às condições de validade do processo de conhecimento, numa tentativa de libertar o jurista da complexidade da experiência ameaçadora da prática das regras legais.

Como consequência do positivismo, o direito passou a ser dogmático, perdendo-se a possibilidade de que os seus enunciados pudessem ser entendidos como verificáveis, pois a fixação de um sentido básico para as normas jurídicas seria uma tarefa para os operadores do direito.

Contudo, para se descobrir sentido é necessário um ato interpretativo, cujo ponto de partida seja inegável. Dessa forma, o positivismo mostra que a interpretação é um questionamento da vida social, e a decisão transforma em triádica a situação comunicativa.

Se para a Teoria Pura do Direito a interpretação foi relegada a um segundo plano, o que se seguiu foi que a interpretação passou a ser o centro da própria concepção do direito, ou seja, o direito passa a ser visto como uma prática interpretativa, possibilitando-se uma renovação da filosofia jurídica.

Este estudo tem por objetivo mostrar que duas tendências predominam quando se procura responder ao problema da aplicação do direito: deve o jurista utilizar apenas o silogismo, a regra lógica, calcado na premissa maior e desencadear de modo rigoroso o raciocínio dedutivo que ignora os sujeitos e sua vida singular; ou cabe a ele a tarefa de resgatar a liberdade, valor inaugural dos direitos humanos, levando em conta o sujeito e seu contexto social?

Para enfrentar essas indagações, foi efetuado um levantamento bibliográfico acerca do positivismo, apresentado no Capítulo 2, do Círculo de Viena na Seção 2.2 até os dias atuais na Seção 2.4, para depois buscar a caracterização do positivismo jurídico apresentado no Capítulo 3.

A lógica clássica, cujos princípios são aplicáveis ao direito para evitar que o discurso jurídico se torne falacioso, tem um sentido mais amplo do que o usual, quando são admitidos os operadores deônticos: permitido, proibido, obrigatório, presentes em particular na lógica deôntica, vista na Seção 3.4. A semiótica é apresentada de forma breve na Seção 3.2, e mostra seu papel de produção de crenças e conhecimentos novos, relacionando o silogismo retórico com o raciocínio jurídico. Com isso, há um reforço no papel da indução e da dedução como instrumentos conceituais fundamentais, pois são mecanismos centrais para a verificação de enunciados. O modo de operar dos juristas não é completamente diverso do utilizado por cientistas e filósofos, pois todos adotam procedimentos inferenciais semelhantes, quando regidos pela lógica clássica. A diferença encontra-se no uso consciente e sistemático dos procedimentos de análise ou crítica de enunciados procedentes da área do direito, mas fora do ambiente lógico dedutivo.

Na busca de uma objetividade que, no âmbito de decisão judicial deve servir de instrumento para a interpretação, buscou-se algum conceito da lógica, o que é apresentado no Capítulo 3, para o entendimento de um sentido objetivo para as normas quando da sua interpretação, buscando em seguida refletir sobre o que é a interpretação jurídica no contexto da Teoria Pura do Direito.

No Capítulo 5, procura-se destacar a dualidade que está assentada sobre um elemento que não pode ser questionado: vivemos em um Estado de direito. Contudo, o pensamento jurídico contemporâneo caracteriza-se por negar a lógica clássica como melhor (ou único) método de interpretação e argumentação. A lógica não é suficiente para os problemas da interpretação jurídica como apontados na Seção 5.1, mas, ao mesmo tempo, buscaram-se maneiras de controlar a opção valorativa para os intérpretes, para não cairmos num tipo de dadaísmo jurídico. Dando ênfase à semântica, mas, ao mesmo tempo, reconhecendo que as proposições estão inseridas dentro de um espaço lógico, isto é, envolvida com outras proposições e que para fazer uma sentença adquirir significado ela precisa estar em uma rede de inferências, é apresentado de maneira sucinta o pen-

samento de logicistas, que enfatizam o papel semântico de uma proposição e que Wittgenstein reforça, na Seção 5.3.

Para a compreensão da hermenêutica quanto ao direito, buscou-se apoio na composição dos pressupostos fenomenológicos, destacados na teoria de Gadamer, para quem a vivência e a experiência histórica estão presentes na produção do conhecimento. Quando o jurista interpreta, no ato interpretativo está presente a experiência de mundo daquele que o interpreta. Esse recorte fenomenológico é o fundamento da hermenêutica jurídica e, portanto, não há processo hermenêutico alheio ao homem, o que determina o direito para um modo de interpretação em razão daquele que o interpreta.

Nessa esteira de raciocínio, procura-se compreender no pensamento habermasiano a melhor forma de analisar as possibilidades do direito, saindo do círculo vicioso de negar o positivismo e ao mesmo tempo retomar a ele como ponto de partida.

Capítulo 2
O Positivismo

2. O positivismo

Com o fim da idade média, diversas correntes de pensamento destoantes do pensamento medievo surgiram na Europa. Ao mesmo tempo, as idéias dos empiristas, dos racionalistas, a tradição teológica medieval e os pensamentos que emergiram no Renascimento contribuíam para a instalação de um sentimento de dúvida com relação ao conhecimento e às ciências no meio intelectual europeu. Na tentativa de afastar a dúvida se o conhecimento é dado por Deus ou se advém da experiência humana, René Descartes (1596–1650) apresentou um novo método epistemológico, com poderosa contribuição para a instalação da visão moderna da filosofia.

Descartes introduziu a gnoseologia¹, uma espécie de subjetivação metafísica do conhecimento, em que tudo emerge do *cogito*. Contudo, essa subjetivação metafísica foi operada de forma total por Kant (1724–1804) que, num primeiro momento, preocupou-se com o tema do conhecimento, e, num segundo, com a ética, a moral, o direito e a destinação do homem, produzindo reflexos para as teorias que se seguiram, mais especificamente sobre a questão do direito positivo que é objeto do presente estudo.

Com esse quadro inovador, a Europa movimentou todos os setores do conhecimento. A revolução industrial mudou o pensamento europeu. As idéias de progresso predominavam no meio científico, com aplicações na indústria e na educação. O processo de industrialização trouxe à tona, de outro lado, grandes males, como a miséria, a exploração dos trabalhadores e dos menores. Pensava-se que essas mazelas fossem desaparecer com a disseminação da educação e da riqueza, contudo fora engano.

Esse cenário marcado pelo otimismo e certeza do progresso em direção a melhores condições de bem estar, a uma sociedade pacífica e com humana solidariedade, iria marcar o surgimento de uma corrente do pensamento designada como positivismo, a qual acredita ter no rigor científico as respostas para os problemas sociais.

O problema de a sociedade ser objeto de conhecimento científico era o problema de determinar uma ordem justa das relações humanas. Essa mudança

¹ Ramo da filosofia que se preocupa com a validade do conhecimento em função do sujeito que conhece.

das ciências das relações sociais, passando a explicar a realidade da conduta efetiva e, portanto, indiferente a valores, é uma declaração de incapacidade de incluir o problema da justiça no objetivo das suas investigações.

Em princípio, o positivismo, como teoria do direito, procura contrastar o “justo” e o “jurídico”; antítese que manifesta a separação nítida entre a filosofia jurídica e a ciência jurídica. A ciência jurídica era a ciência do direito natural e a justiça era o seu problema fundamental. O direito positivo iria tratar do jurídico, não se descuidando do sentido de justiça.

Não há, portanto, como evitarmos uma discussão sobre o positivismo, como linha filosófica que procura explicações para os diversos assuntos do homem e suas interrelações, que abandona as explicações teológicas e metafísicas, bem como seu alcance no pensamento jurídico positivo, como veremos a seguir.

2.1 A concepção de positivismo

O positivismo deve ser conceituado como uma posição filosófica que busca a sua causa última nas relações entre os fatos observáveis. Como método, subordina-se à observação dos fenômenos, ao procurar na ciência o conhecimento verdadeiro, de maneira que sejam abstraídos os conhecimentos ligados às crenças ou outras práticas não verificáveis cientificamente.

Como movimento do pensamento europeu que predominou aproximadamente de 1840 a 1870, o positivismo representou um período de expansão social, com a transformação dos modos de produção medievo, conquistada pela revolução industrial e com o rompimento do antigo equilíbrio entre a produção e a riqueza. As idéias de progresso humano e social se cristalizavam, tendo por instrumento a ciência e a aplicação nos meios de produção.

Segundo Reale (1991), a estabilidade política, o processo de industrialização, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia foram os meios em que o positivismo se desenvolveu, apontando para os grandes desequilíbrios sociais diagnosticados pelo marxismo. Esta corrente de pensamento, o marxismo, embora não ignorasse esses males, os tomava como fenômenos transitórios, os quais seriam dissipados pela educação e pela riqueza. O marxismo, também considerado positivista, na medida em que é determinista e apresenta um quadro conceitual que procura ajustar a realidade, ou o direito ao qual a realidade deve se

ajustar.

Como representante da burguesia revolucionária, o positivismo encontrou seu apogeu e declínio no século XX, quando o seu sentido mudou radicalmente. Nesse período, o positivismo incorporou as práticas de investigação científica como atividades mecânicas, muitas vezes alheias às necessidades sociais, de acordo com Triviños (1987).

Entres os maiores expoentes do pensamento positivista estão: Augusto Comte (1798–1857), John Stuart Mill (1806–1873), Herbert Spencer (1820–1903), Jakob Moleschotl (1822–1903), Ernst Heckel (1834–1919) e Roberto Ardigò (1828–1920).

Ao pretender limitar-se à experiência imediata e sensível, a concepção positivista buscou a pureza na descrição e análise objetiva da experiência. Muito embora possa estar situado em diferentes culturas, o positivismo apresentou alguma uniformidade como corrente do pensamento, em que se destacam as seguintes características elencadas por Reale (1991):

(a) para o positivismo, há um primado da ciência, ou seja, nós conhecemos somente aquilo que as ciências nos dão a conhecer;

(b) para o estudo das relações sociais, o método das ciências naturais também é válido;

(c) há unidade do método científico e a ciência é o único meio para resolver os problemas sociais;

(d) o progresso se apresenta como certeza de condições gerais de bem estar social;

(e) a ciência é o único fundamento sólido da vida dos indivíduos e da sociedade, e ela é a garantia absoluta do progresso humano;

(f) o positivismo tem confiança acrítica na estabilidade e no crescimento sem obstáculo da ciência;

(g) as concepções idealistas e espiritualistas da realidade são rotuladas como metafísicas.

A ciência é, para essa corrente filosófica, a única base da vida em sociedade e garantia absoluta do progresso humano. A fé na racionalidade científica para os problemas sociais distancia-a de pressupostos teológicos e metafísicos.

Basicamente são três características que diferem o positivismo de outras correntes filosóficas como anota Fleck (1986): (i) a sociedade é regida por leis

naturais, que não dependem da vontade ou da ação humana; (ii) a sociedade pode ser estudada pelos mesmos métodos utilizados para estudar as ciências da natureza; e (iii) o método da observação e a explicação causal dos fenômenos são suficientes para as ciências sociais.

Como gnosiologia, o pensamento positivo admite os fatos como fonte única de conhecimento, e para o estabelecimento dos critérios de verdade, a experiência, de modo que a evolução é a única lei que domina o mundo.

As concepções morais utilitaristas floresceram dentro da corrente positivista e os sistemas, tanto econômico quanto político e social, desenvolver-se-ão com bases no positivismo.

Diante da generalização dos problemas econômicos e sociais que assolavam a Europa do Século XIX, o positivismo encontrou campo fértil para o desenvolvimento das ideologias econômico-sociais que puderam valorizar a atividade econômica produtiva.

Augusto Comte (1798–1857) é considerado o iniciador do positivismo, com a chamada lei dos três estágios. Segundo Reale (1991), trata-se de uma teoria segundo a qual a humanidade passa por três estágios, a saber: o teológico, o metafísico e o positivo. Estes estágios resultam em três concepções filosóficas, também referidas como sistemas conceituais gerais sobre o conjunto dos fenômenos que se excluem reciprocamente.

Reale (1991, p. 299) aponta que:

No estágio teológico, os fenômenos são vistos como produtos da ação direta e contínua de agentes sobrenaturais mais ou menos numerosos; no estágio metafísico, são explicados em função de essências, idéias ou forças abstratas; mas é somente no estágio positivo que o espírito humano, reconhecendo a impossibilidade de obter conhecimentos absolutos, renuncia a perguntar-se qual é a sua origem, qual o destino do universo e quais as causas íntimas dos fenômenos para procurar somente descobrir, com o uso bem combinado do raciocínio e da observação, as suas leis efetivas, isto é, as suas relações invariáveis de sucessão e semelhança.

Essa é a visão dos três estágios de Comte, fonte do positivismo, que deve submeter, à sociedade, rigorosa pesquisa científica, pois somente algum estudo científico pode ser base sólida para a reestruturação da própria sociedade e oferecer solução para as constantes crises.

No estágio positivo seriam abandonadas as etapas do conhecimento teo-

lógico e metafísico e na racionalidade são reconhecidas as causas dos fenômenos, por meio da sua observação, com a possibilidade de reorganização da sociedade e encerramento do estado de crise em que ela estava mergulhada.

Os escritos de Comte colocarão a ciência a serviço de uma ordem social estável. A democracia moderna estabelece que a vontade popular dar-se-á pela quantidade material dos votos, proclamado no sufrágio universal. Reale (1991) sintetiza o pensamento de Comte com os seguintes aspectos: o progresso humano é o desdobramento da natureza humana; o desenvolvimento da humanidade vai do estágio teológico ao estágio positivo; e, a física social é o pressuposto necessário de uma política racional. Comte observa ainda que ao ser a política conduzida por juristas, que nada sabem do funcionamento da sociedade, impediria as mudanças, pois os fenômenos sociais só podem ser modificados quando houver conhecimento das suas leis, que são alcançáveis pela observação, o experimento e a comparação.

Comte aponta uma ordem das ciências: lógica, histórica e pedagógica, de acordo com Reale (1991). Por ordem lógica entende-se o critério da simplicidade do objeto; ou seja, as ciências com objeto mais simples, depois as ciências mais complexas. A passagem de cada uma das ciências para o estado positivo é dada pela ordem histórica. A ordem pedagógica é colocada no sentido em que deveriam ser ensinadas as ciências, de acordo com sua ordem histórica.

O objetivo primeiro do positivismo é estabelecer uma nova cultura de base experimental, com tendência crítica, que reúna os princípios de ordem para o progresso. Não se pode falar em ordem no positivismo se esta não for compatível com o progresso. Assim, o positivismo consolida a ordem pública.

Mas, Comte não reduz o positivismo a uma filosofia imóvel da ciência; seu pensamento traz a imagem da dinâmica social, onde a ciência e a política devem se inter-relacionar, ou seja, a ação política assume uma postura científica e a política deve ser estudada de maneira científica (Rully, 1978).

O positivismo, como doutrina social, procura dar uma solução aos problemas sociais, com objetivo de completar o progresso pela ordem. O positivismo procura difundir a consciência que a comunidade tem de si mesma, de sua própria vitalidade e verdade. Para isso, é necessário que alguns se ponham a serviço da coletividade, de maneira que o serviço público seja encarregado de definir a unidade social pela ordem que levará ao progresso. A completa liber-

dade do indivíduo, fruto do liberalismo derivado da visão positivista, seria sustentada no estabelecimento de limites da liberdade do outro.

Para o pensamento positivista, o cientificismo interessa, na medida em que constrói um conhecimento para a transformação, pois está ligado às mudanças da sociedade européia ocidental e à implantação de sua industrialização. A livre concorrência econômica é sustentada pela atividade mecânica, ou seja, pelo conflito material das forças econômicas. A vida humana ficaria assim centrada na atividade econômica, produtora de bens materiais e não mais em interesses espirituais, morais ou religiosos.

Essa filosofia política, como afirma Rully (1978), justifica o imperativo de manter uma instância superior, o Estado, como garantia da ordem dessa própria instituição unificante, que organiza e reprime as ações dos cidadãos, de acordo com as necessidades, e que impediria o retorno potencial de revoluções.

O processo de industrialização potencializou uma razão prática dominante e redundou em exageros científicos; que foi objeto de exacerbadas críticas. O seu ponto de culminância ocorreu no movimento austríaco, conhecido como Círculo de Viena, tratado no item seguinte.

2.2 O positivismo e o Círculo de Viena

Surgido na Áustria, o positivismo do Círculo de Viena floresceu no início do Século XX, como movimento que propunha colocar as ciências como base de fundamentação do conhecimento. Como método de conhecimento, essa concepção indica uma rigorosa pesquisa científica como maneira de reorganizar a sociedade, há muito tempo em crise.

O Círculo de Viena caracterizou-se mais como um movimento social do que propriamente filosófico, pois suas contribuições teóricas pretendiam estar a serviço da transformação da sociedade, alinhado com os movimentos de esquerda do período inicial do Século XX.

Este ponto de vista é desenvolvido com especial influência de Bertrand Russel e por Wittgenstein, cujo *Tractatus* foi editado por Russel, em inglês e alemão. Em apoio a este grupo Moritz Schelick e Philip Frank editariam uma série de publicações que se destinaram a auxiliar a causa da concepção científica do universo, em todas as áreas da ciência (NEURATH, 2003, p. 102).

A ciência unificada estabeleceria um sistema em que os eventos poderiam ser modificados no todo ou em parte, caso estivessem em contradição com a experiência ou com a observação. Nas fórmulas científicas seriam utilizados apenas signos lógico-matemáticos.

Nenhuma ciência propõe o que **deve** ser feito; mas apenas afirma que, por terem ocorrido os fatos **A** e **B**, segue-se **C**, como consequência bem definida e que exige uma organização sistemática da vida humana, com influência na organização comercial.

Por meio da poderosa arma de unificação da ciência, há uma crescente organização técnica, pouco preocupada com o contexto histórico.

No campo político, a postura do positivismo é a de eliminar a metafísica e a teologia em nome do progresso científico, o que viria a causar mal estar com a direita católica. Por ter participantes de origem judaica, a comunidade da razão entrou em declínio com a ascensão ao poder da direita na Áustria, em 1933.

De acordo com Wartofsky (1996, p. 60), o movimento se caracterizava como:

[...] uma concepção científica do mundo, como um projeto político historicamente situado; isto é, como uma luta contra forças reacionárias não apenas na vida intelectual, mas também na vida política e social de Viena e, mais especificamente, como uma contribuição para o movimento de mudança social e política em direção a uma sociedade socialista.

O que pretende o grupo de filósofos austríacos é passar de uma sociedade em crise para a chamada “ordem social”, pelo conhecimento provado com base nos fatos. A esse respeito, Reale (1991, p. 301) afirma que:

Abandonando-se também na filosofia política a razão das idealidades metafísicas, em benefício das realidades observadas, por meio da subordinação sistemática, direta e contínua da imaginação à observação, necessariamente concepções políticas deixam de ser absolutas para serem relativas ao estado da civilização humana, de modo que as teorias, ao seguir o curso natural dos fatos, permitem prevêê-los.

Essa previsibilidade, com fundamento na razão humana, que permite antever o desenvolvimento futuro da sociedade é a fundamentação básica do positivismo em sua visão política, a qual predominou entre os frequentadores das academias vienenses.

Por meio do raciocínio e da observação é possível estabelecer as leis que regem os fenômenos sociais. Contudo, esse grupo de filósofos não abandonou a lógica e a matemática para determinar em que condições o conhecimento se processa. A experiência é o valor de verdade das proposições do grupo formado por cientistas, economistas e juristas.

A noção de verificabilidade, eixo principal do Círculo de Viena, estabelece que uma proposição está intrinsecamente relacionada à possibilidade de sua verificação, ou seja, uma sentença tem significado quando for capaz de indicar em que condições essa sentença é verdadeira e em que condições é falsa. Isso significa indicar as possibilidades empíricas de verificação da verdade ou falsidade da sentença dada. Dessa forma, o que interessa ao positivismo é:

[...] exprimir a realidade, não julgá-la. Este ponto de vista, o de considerar o conhecimento científico neutro, foi combatido, principalmente, no mundo dos cientistas sociais, os quais não podiam conceber uma ciência humana que pudesse ficar à margem da influência do ser humano que investigava (Trivinos, 1987, p. 36).

Reale (1991) observa que, para o Círculo de Viena, os enunciados metafísicos não são verdadeiros nem falsos, mas falta-lhes sentido. Desse modo, as afirmações idealistas ou metafísicas devem estar fora das proposições que contribuem para o conhecimento. Os termos empregados como “ser” e “nada” são gerais e ambíguos, portanto não são passíveis de verificação e são destituídos de significado.

Carnap (1891–1970), um dos integrantes do Círculo de Viena, preocupava-se com a investigação dos critérios de verdade. Só teria sentido as proposições da experiência e as proposições analíticas neste mesmo campo. À filosofia caberia esclarecer tais sentenças. Com isso há uma introdução da linguagem da ciência unificada, com ênfase na sintaxe lógica da linguagem como prefere Reale (1991).

Carnap preocupa-se com as proposições que não se referem diretamente a fatos, mas à linguagem empregada para referir-se aos fatos e, para isso, seria necessário depurar a linguagem científica das imprecisões, por meio do rigor de uma sintaxe lógica.

Por ocasião de sua formação, o Círculo de Viena tentou reduzir a epistemologia aos fundamentos da matemática. Mas, contrariamente, Stuart Mill

(1806–1873) não valorizou o silogismo, que seria próprio do positivismo em geral, mas tratou da estrutura das demais ciências, como dialética e a psicologia, as quais não deveriam se afastar da experiência. As ciências morais ou a ética estudariam a conduta do homem com apoio na psicologia, de modo a reafirmar a liberdade do querer humano, o que o afastaria do positivismo lógico.

No período compreendido entre os anos de 1930 e 1940, quando o Círculo de Viena já se encontrava praticamente dissolvido, uma nova concepção de empirismo surgiu, a qual recebeu a designação de neopositivismo, cuja característica antimetafísica é ainda expressa na verificabilidade dos enunciados, com clara intenção de unir o empirismo com a lógica simbólica, razão pela qual o Círculo de Viena passou a ser referência do positivismo lógico.

2.3 O positivismo lógico

Também conhecido como empirismo lógico, o movimento filosófico que formulou o princípio da verificação se estendeu para o campo da filosofia da linguagem, tendo em Wittgenstein (1889–1950) sua influência. O ponto central do pensamento é representado pela unidade metodológica para investigação dos dados naturais e sociais; ou seja, todos os fenômenos da natureza, assim como os da sociedade estariam regidos por uma lei invariável e, os conceitos operacionalizados formariam proposições as quais permitiriam a formulação de novas teorias mais gerais.

A lógica é para Mill (1970), a ciência da prova; ou seja, da inferência correta de proposições a partir de outras proposições. A resposta a qualquer questão deve estar presente em uma proposição anterior. A argumentação é, dessa forma, uma cadeia de proposições capaz de levar para conclusões verdadeiras, desde que as premissas sejam verdadeiras, tendo no silogismo o único tipo de argumentação válida.

Mill (1970) afirma que toda inferência é feita de casos particulares, para outros casos particulares, ao passo que na indução a operação mental nos leva a inferirmos uma conclusão a partir de vários casos observados semelhantes ao primeiro por determinados aspectos, ou seja, é a generalização da experiência.

No que se refere ao estado de miséria social instalado na Europa, Mill (1970) defende a posição de que o progresso deve ser resultado da justiça e do

autogoverno. Os próprios trabalhadores quem deveriam tomar as providências para a melhoria de suas vidas. A justiça social só seria alcançada pela liberdade, que encontra seu limite na liberdade do outro.

Para os positivistas, qualquer afirmação acerca do conhecimento deve ser feita a partir da realidade, de modo a declarar como é a realidade interna ou externa ao próprio indivíduo e constituir um enunciado; quer dizer, em uma entidade lingüística indicativa de como os fatos são.

A conseqüência, conforme Santos (1980), é que o conhecimento é delimitado e deve converter-se na caracterização da linguagem enunciativa, isto é, aquela que fala sobre a realidade. O problema epistemológico ficaria assim reduzido a um problema lógico lingüístico.

Mas, as regras gramaticais não seriam suficientes para fazer uma precisa distinção entre as expressões que constituem proposições científicas e afirmações sem nenhuma relevância para o conhecimento. Seria, portanto, preciso completar a gramática, acrescentando-lhe um novo conjunto de regras lógicas, capazes, com rigor, de determinar os limites do conjunto de proposições cientificamente relevantes (SANTOS, 1980, p. VII).

Seria preciso uma teoria lingüística para precisar o significado da sentença enunciativa e fornecer os instrumentos analíticos necessários para a distinção de outras entidades lingüísticas, tarefa que coube a Wittgenstein (1961) e que o círculo de Viena utilizou para a solução dos problemas epistemológicos.

Segundo esta visão, os enunciados lógicos e matemáticos são tautologias, isto é, são independentes do significado das expressões que os compõem; quer dizer, estes são determinados por sua estrutura sintática particular. A formulação do princípio da verificabilidade se reduz aos dados empíricos que irão determinar a veracidade do enunciado, como aponta Carnap (1965, p.82):

Em primera, las proposiciones que son verdaderas exclusivamente por virtud de su forma (tautologias de acuerdo com Wittgenstein y que corresponden aproximadamente a los juicios analíticos de Kant); éstas no dicen nada acerca de la realidad. Las fórmulas de la lógica y de la matemática pertenecen a esta clase. Por si propias no son enunciados empíricos pero sirven para la transformación de tales enunciados empíricos. En segundo término existen las formas inversas de tales proposiciones (contradicciones). Estas son contradictorias y, por consiguiente, falsas por virtud de su forma. Para todas las demás proposiciones la decisión sobre su verdad ou falsedad residen las proposiciones protocolares, por lo que son proposiciones

empíricas y pertenecen al dominio de la ciencia empírica. Cualquier proposición que se descara construir y que no encarajara en ninguna de estas clases devendría automáticamente en sin-sentido. Ya que la metafísica no desea establecer proposiciones analíticas ni caer en el dominio de la ciencia empírica, se ve compelida bien al empleo de palabras para las que no ha sido especificado ningún criterio de aplicación, y que resultan por consiguiente asignificativas, o bien a combinar palabras significativas de un modo tal que no obtiene ni proposiciones analítica ni proposiciones empíricas (CARNAP, 1965, p. 82).

Por ser o conhecimento testado empiricamente, não era aceita a idéia de um outro dado *a priori*, ou como explicitado por Triviños (1987):

A flexibilidade da conduta humana, a variedade dos valores culturais e das condições históricas, unidas ao fato de que na pesquisa social o investigador é um ator que contribui com suas peculiaridades (concepção do mundo, teorias, valores, etc), não permitirão elaborar um conjunto de conclusões frente a determinada realidade com o nível de objetividade que apresenta um estudo realizado no mundo natural.

Estabelece-se, nesse momento, uma clara distinção entre valor e fato; eis que, os valores, numa construção positiva, escapavam do interesse do pesquisador e somente dois tipos de conhecimento eram tidos por autênticos: aquele representado pelas descobertas verificadas no âmbito das ciências naturais e o lógico, constituído pela sistematização lógica e pela matemática.

Um enunciado de um conceito só seria significante para os empiristas lógicos se possuísse uma base de sustentação fundada na experiência e fosse passível de formulação no âmbito da linguagem lógica, sem qualquer conotação com a metafísica com o domínio do conhecimento. Ao formular tal separação, estabeleceram um método inovador dentro da filosofia: a análise lógica da linguagem.

Assim, a redução do problema epistemológico à linguagem lógica e na defesa das regras lógicas converte-se em caracterização da linguagem enunciativa, de modo a delimitar o enunciado de um conhecimento como uma entidade linguística indicativa de como são os fatos, posto que o direito não pode ser tomado apenas em seu momento lógico, devendo abrir-se para a interpretação.

Como as regras gramaticais não dão conta de uma precisa distinção entre as expressões que constituem suas proposições científicas e aquelas de pouca relevância para o conhecimento, acrescentou-se um novo conjunto de regras lógicas, capazes de determinarem os limites do conjunto de proposições cientifi-

camente relevantes.

De acordo com Carnap (1965, p. 69), qualquer conceito simples poderia ser contrastado com a realidade.

De esta manera cada palabra del lenguaje se retrotrae a otras y, finalmente, a las palabras que aparecen en las llamadas proposiciones de observación o proposiciones protocolares. A través de este retrotraimiento es como adquiere su significado una palabra.

Mas, por ser muito rigoroso, o princípio da verificabilidade deixava grande parte dos enunciados científicos sem sentido.

Se afirmaba que muchos discursos filosóficos caían dentro de esta categoría: las discusiones sobre lo absoluto o sobre entidades transcendentales o acerca del destino del hombre; se dijo que esos enunciados eran metafísicos, y se sacó la conclusión de que si la filosofía había de constituir una rama auténtica del conocimiento, debía emanciparse de la metafísica (AYER, 1965, p. 16).

O método dos positivistas lógicos, ligado à lógica imanente da atividade lingüística, sugeriu uma postura hermenêutica mais ativa, notadamente no meio jurídico, consciente dos limites impostos pela interpretação gramatical e do viés conservador das interpretações sistemáticas do direito positivo, restrito ao conhecimento das regras legais, descurando-se da sociedade produtora desse conhecimento mesmo, de maneira a aproximar o sentido normativo dos anseios sociais.

2.4 O positivismo dos nossos dias

A partir da década de 80 do século passado, o positivismo experimentou um acentuado declínio, marcado por fortes críticas provindas, principalmente, da Escola de Frankfurt.

Este declínio deu-se, em parte, porque a investigação científica se transformou em atividade mecânica, afastada das necessidades sociais, especialmente nos cursos de graduação e pós-graduação das universidades, como aponta Triviños (1987).

Para Habermas (1989), o positivismo iniciou-se como um método que propunha analisar o comportamento social tal qual uma ciência analítica nor-

mativa. Dizia-se autônomo frente aos juízos de valor, de forma a separar conhecimento e interesse. Essa neutralidade necessitava de um dever-ser abstrato, que negasse o conceito clássico de teoria, pois exigia uma estrutura de mundo independente do sujeito que conhece.

Essa crítica de Habermas (1989) decorre da não aceitação do conhecimento científico como sendo o único válido, bem como a limitação da investigação ao objeto de percepção sensível. Nesse sentido, o positivismo comete seu maior erro, pois abriu a possibilidade de incompreensão da especificidade metodológica das ciências sociais.

A característica científica que dominou o positivismo acabou por renegar toda a discussão sobre questões sociais. Essa cientificização² correspondeu a uma análise puramente técnica e a organização social não poderia mais ser encarada como um problema técnico a ser resolvido pela aplicação adequada de um corpo de conhecimento pela chamada tecnocracia³.

Convém esclarecer, como aponta Wartofsky (1996), que as críticas foram mais sobre os aspectos técnicos, como a noção de proposição observacional pura, por exemplo, do que sob a ideologia do positivismo mesmo.

Em resumo, a crítica mais severa das falhas filosóficas da concepção científica do mundo não veio dos críticos de esquerda, mas do interior do próprio movimento e de sua periferia imediata. O fato é que “aos críticos externos de esquerda, que formularam uma crítica ideológica ao movimento, faltava competência ou vontade de desenvolver uma crítica filosófica” (WARTOFSKY, 1996, p. 66).

Mas, na medida em que o ataque ao positivismo se acentuava, sua concepção de ciência acabava sendo adotada e a aceitação da descrição de ciência nela contida se tornava cada vez mais freqüente. O costume de trabalhar sobre o pressuposto de uma ordem natural que governa a conduta humana, por emanarem de Deus, da natureza ou da razão, são boas, certas e justas até então.

Como a positivação de um sistema jurídico está no ato de vontade humano, totalmente estranho ao direito natural, há um confronto com a idéia de um direito que não provém da natureza humana ou de inspiração divina, com uma ordem cujas regras são imediatamente evidentes como as regras da lógica e,

² Expressão utilizada por Habermas na obra citada.

³ Saber dos técnicos.

dessa forma, claramente percebidas como reais.

Encontra-se presente ainda, na tradição da filosofia da ciência, uma vertente que preservou o eixo central do positivismo, mas que ao aproximar-se mais do aspecto político, tem na designação “pós-positivismo” uma melhor adjectivação, quer por ter perdido seu carácter de movimento social, quer por ter se institucionalizado nos meios académicos, quer por não haver mais necessidade de um movimento filosófico para defender o positivismo, procurando mais influir nos rumos do desenvolvimento tecnológico e científico.

Como aponta Wartofsky (1996), as características do positivismo lógico desde sua fase inicial levaram o movimento a renegar seu próprio passado, o qual só recentemente começou a ser resgatado, com o estabelecimento de novos rumos para o desenvolvimento científico e tecnológico, preocupados também com as transformações sociais, que encontra no direito um suporte.

Capítulo 3
O Positivismo Jurídico

3. O positivismo jurídico

Nesse capítulo, tratamos da caracterização e classificação do direito positivo. Como critério, adota-se o posicionamento de Ott (1992, p. 111), para quem todo direito existente é positivo e estabelecido pelo Estado e, somente este é positivo⁴. Analisamos, ainda, como se estabelece o positivismo jurídico no Brasil e as objeções apresentadas para o positivismo no âmbito das leis.

A abordagem escolhida, no presente estudo, é do direito posto por uma autoridade, e, por isso, válido, observado o processo histórico de rejeição às idéias do direito de origem divina, com prevalência das leis estatais nas sociedades européias da Idade Moderna.

O direito positivo é essencialmente uma ordem de coerção; suas regras derivam da vontade arbitrária de uma autoridade humana e, por esse motivo, simplesmente por causa da natureza de sua origem, essas regras não podem ter a qualidade da auto-evidência imediata.

As regras do direito positivo não estabelecem uma determinação definitiva das relações sociais. Elas levam em conta a possibilidade de que essas relações também podem ser determinadas por outras regras do direito positivo. Não é pressuposto de retidão e justiça o agir de acordo com as regras estabelecidas. A doutrina positivista se ocupa unicamente do direito positivo e declara a coerção como sua característica essencial. Como coerção, como ordem humana arbitrária, para a concretização dos atos de coerção, necessita de uma organização específica para sua concretização e evolução inerente.

A análise dessas questões mostra-se relevante para o tratamento do objetivo do trabalho, pois, para haver uma interpretação construtiva⁵ do direito, é necessário resgatar sua dimensão coercitiva.

Iniciamos com uma caracterização do direito positivo e, a seguir, discursamos sobre o positivismo jurídico *lato e stricto sensu*. Veremos como se estabelece o positivismo jurídico no Brasil e concluímos com as objeções apresentadas para o positivismo no âmbito das leis.

⁴ No original: alles Recht ist Positiv und nur Positives Recht is Recht.

⁵ A interpretação na proposta de Habermas, levando-se em conta o mundo da vida.

3.1 Caracterização do positivismo jurídico

O pensamento jurídico no ocidente é baseado na distinção entre “direito natural” e “direito positivo”. Essa distinção não se refere à qualidade ou qualificação; mas, ao plano em que são postas as correntes do pensamento jusfilosófico.

O direito natural foi estudado e reconhecido por Platão (348–428) na República e em Aristóteles (321–384) encontra estudo e compilação das Constituições de cidades estados na Política, com estudos posteriores, notadamente de Santo Tomás de Aquino (1221–1274). As ordenações naturais são regras de comportamento que dizem respeito à relação de cada um diante de seu outro e que, por derivarem diretamente das tendências e inclinações da estrutura ontológica do homem, correspondem às exigências da sua natureza e dignidade. É por isso que tais regras possibilitam, quando observadas, que se mantenha a dignidade humana, como aponta Aquino (1990).

Dos itens da natureza humana, ou, da essência humana, da própria lei natural, derivam regras comportamentais e conceituais, que deverão ser criteriosamente seguidas pelo homem, no seu comportamento diante do outro, para que, desta forma, possa alcançar a almejada paz interior. Essas regras, que emergem diretamente da natureza humana e que devem nortear o agir do homem na sua dimensão de sociabilidade, compõem na forma posta por Aquino (1990), o direito natural.

O direito positivo surge, de forma mais sistematizada a partir de 1934, muito embora no século XIX já tivesse sido proposto e estudado por outros autores, quando o jurista Hans Kelsen, do Círculo de Viena, escreveu a obra *Teoria Pura do Direito*, na qual postulou a separação entre o **ser** e o **dever ser** e, a seguir, declarou a autonomia do Estado no processo da nomogênese e da coação, na mesma linha de Kant. Tinha a pretensão de estabelecer no ocidente a chamada “pureza” epistemológica.

Com essa obra, Kelsen (1976) pretendeu conferir uma estrutura racional ao direito, como ordenamento jurídico positivo, com objetivo de construir uma teoria científica do direito, sem recurso à religião, moral ou às disciplinas empíricas como a sociologia, a antropologia e a psicologia.

A corrente positivista foi duramente combatida por tentar afastar o direi-

to de toda interferência de elementos estranhos à sua realidade; por pretender livrar o direito dos elementos metajurídicos, por meio de uma concepção que denominou *pura*. Essa pureza aparece clara na intenção de isolar as proposições jurídicas de qualquer valor, para construir uma estrutura graduada e fechada, tendo como ápice a norma fundamental, com características estritamente jurídicas e sem nenhuma conotação religiosa ou moral.

Miranda Afonso (1999) aponta que o positivismo jurídico apresenta princípios que se assentam no positivismo filosófico, para o qual o único conhecimento verdadeiro é o conhecimento científico. A consequência para o direito é que este é reconstruído epistemologicamente por meio de categorias lógicas, que a autora apresenta na forma seguinte:

Geralmente, o que se entende por “positivismo” jurídico, nesse caso, é simplesmente uma atividade que consiste unicamente no estudo do direito positivado, posto na experiência histórico-social, ou seja, no estudo do direito positivo (MIRANDA AFONSO, 1999, p. 52).

Ele é colocado como o racionalismo dedutivo do direito natural, em contraposição à fundamentação metafísica do direito, pois tira o contexto jurídico da esfera transcendente e superior de Deus ou da natureza humana, para considerá-lo apenas no sentido de regra de comportamento, posta pela autoridade competente, por meio de atos de vontade dos homens.

O direito, por ter como finalidade última a regulamentação das relações subjetivas, posto por uma comunidade política concreta, deve ser visto, nesse sentido, como um ordenamento unitário, completo e logicamente coerente.

Como podemos observar, “a pureza metodológica perseguida por Kelsen baseia-se na ausência de juízos de valor e na unidade sistemática da ciência: volta-se, portanto, para uma nova noção de ciência fundada em pressupostos filosóficos da escola neokantiana (LOSANO, 1998, p. III)”.

A partir de então, o direito pôde também ser tratado sem valoração, desprovido de conteúdo axiológico, o que tradicionalmente passou a fornecer as bases para o direito positivo. Nas palavras de Adeodato (2002, p. 98): “a modernidade caracteriza-se pelo abandono do essencialismo ontológico em prol de um nominalismo semântico e de um positivismo funcionalista”.

O direito natural e o direito positivo foram definidos, a partir de então, como espécies diferentes, de modo que a diferença está no escalonamento, isto

é, como uma espécie de direito pode ser considerada superior à outra. Essa distinção vai marcar a concepção positivista do direito que o trata o direito em sentido próprio e exclui o direito natural da categoria de regra jurídica.

Esta troca no modo de conceber o direito, de acordo com Bobbio (1995), é uma mudança na concepção do próprio direito, do dualismo ao monismo. Com a formação do estado moderno, o juiz tornou-se titular de um dos poderes estatais que resolverá controvérsias de acordo com regras colocadas por outro poder, o legislativo. Assim, as regras baseadas na natureza humana perdem o *status* de regras jurídicas, e o direito apresentado e aprovado pelo Estado passa a ser o único e verdadeiro direito.

Na concepção natural do direito, admite-se a existência de uma sociedade sem um poder político organizado, contrariamente à teoria positivista.

Nesse estado, que teria precedido a instauração da sociedade política (ou Estado), admitiam a existência de um direito que era exatamente o direito natural. Nessa sociedade, os homens cultivavam a terra e escambavam os produtos, constituíam famílias e o chefe de família tinha servos à sua disposição; com a morte do pai, os seus haveres se transmitiam a seus descendentes. Todas estas relações sociais eram reguladas por normas jurídicas, e o Estado limita-se a tornar estáveis tais relações jurídicas (BOBBIO, 1995, p. 29).

O direito positivo surge no século XIX, especialmente no interior da escola pandectística⁶, que vê o direito como um corpo de regras cujo modelo é o direito romano, na forma apontada por Bobbio (1995); e a escola da exegese que vê a codificação como ícone dogmático, e coloca como axioma a intocabilidade do sentido normativo posto pelo legislador.

Beccaria (1983), em defesa do positivismo, propõe a “Teoria do Silogismo” em que defende que os juízes, ao aplicarem as leis aos casos concretos, devem deduzir a conclusão sem criar nada de novo, mas apenas explicitar o que já estaria implícito nas premissas, sem utilizar-se de qualquer forma interpretativa.

Já a escola da jurisprudência dos conceitos coloca o ordenamento jurídico de forma interpretada cientificamente num sistema de regras. Não sendo possível promulgar leis gerais que prevejam todos os conflitos, segue-se que pa-

⁶ Escola que comenta as Pandectas (compilação das decisões de juriconsultos romanos convertidas em lei pelo Imperador Justiniano).

ra pessoas iguais deve-se atribuir coisas iguais. Dada essa impossibilidade de regulação de todos os conflitos, a concepção do direito natural ressurge como forma de preencher algumas lacunas da legislação, porém sem muita força.

A transição do naturalismo para o positivismo, no campo jurídico é marcada pelos estudos de Austin (1911–1960), considerado por muitos estudiosos como o precursor do positivismo jurídico.

Há, contudo, mais tarde, uma intensificação do sistema positivista que viria a influenciar na formação do direito contemporâneo, com clara marcação do papel central da lei, como manifestação da vontade geral na forma preconizada por Rousseau, com a Declaração de 1789⁷, como aponta Bittar (1989).

Essa Declaração preconiza ser a lei a expressão da vontade geral e teria sido construída ao longo da história, tal qual o cientificismo de Kelsen (1976), o qual afirma que a ordem jurídica, para um determinado Estado, é um sistema hierárquico de regras legais.

Kelsen ficou conhecido pela obra *Teoria Pura do Direito*, mas esta não é sua única obra; muito embora tenha sido a mais polêmica. Durante sua vida dedicou-se também ao estudo da justiça e aprofundou-se ainda em temas ligados à sociologia, psicanálise e à política.

A Reine Rechtslehre certamente foi a contribuição mais original de Kelsen para a filosofia do direito em nosso século⁸, mas não representa o Kelsen integral, que foi, entre outras coisas, estudioso do Direito positivo [...] em seus conteúdos, em altíssimo nível e, voltando a um plano mais teórico, também historiador do pensamento político-jurídico, antropólogo, sociólogo e, finalmente, filósofo político. [...] e é lamentável constatar que muitas vezes a Teoria Pura foi lida, sobretudo pelos detratores, como teses de filosofia política, com todas as instrumentalizações e os equívocos que disso poderiam derivar (GAVAZZI, 2000, p. 2-3).

Mas, não há como negar que o positivismo kelseneano procurou libertar o direito dos valores, pois o positivismo pretende ser uma teoria do direito positivo, como apresenta Goyard-Fabre (2002, XXVII): “a teoria positivista do direito descreve o direito independentemente de toda problemática de constituição: só lhe interessa o direito tal como ele é estabelecido”. O direito é, no positivismo, um fato e não um valor, abstraídas todas e quaisquer valorações, sem cono-

⁷ *Declaration Universelle des Droits de l'homme et du citoyen.*

⁸ O autor se refere ao Século XX.

tação emotiva.

De acordo com Kelsen (1976), o direito é puro em dois sentidos. Em primeiro lugar, é pura a sua concepção, por colocá-lo em uma dimensão *a priori* e transcendental. A *Weltanschauung*⁹ jurídica kelseneana, implica no estabelecimento do direito como possibilidade do vir a ser dos direitos postos pelo Estado; isto é, ao jurista cabe analisar a norma positivada e não o ideal, em reconstrução epistemológica realizada apenas por meio de categorias lógicas.

O direito para Kelsen (1976) é um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade. Essas normas se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente:

Recebem uma das outras a sua vigência e validade, dependendo todas de uma norma fundamental, que vem a ser o suporte lógico da integralidade do sistema. As normas jurídicas não são comandos ou imperativos, mas sim, enunciados lógicos que se situam no plano do dever ser (KELSEN, 1976, p. 48).

Não há comandos no sentido psicológico do termo, como se houvesse atrás de cada preceito, alguém a dar ordens. De acordo com Kelsen, não imperativo sem imperador. Uma vez colocada a norma fundamental, desta decorrem, logicamente, as normas derivadas. E, as normas que compõem o sistema devem guardar compatibilidade lógica entre si, e todas elas devem possuir compatibilidade lógica também com a norma fundamental. Essa compatibilidade se dá no nível de forma pura, a qual dará vigência e validade às normas intrasistemáticas, independentemente da análise do seu conteúdo interno.

Dessa forma, o positivismo sustenta as teorias da coerência, da completude e da interpretação do sistema jurídico. Pela teoria da coerência, duas normas contraditórias não podem coexistir e o sistema jurídico como um todo deve guardar coerência.

O princípio fundamental de Kelsen (1976) é a distinção que se deve efetuar entre o **ser** e o **dever ser**, que possui caráter irreduzível. Nesse sentido, todas as influências e interferências afastadas da teoria pura, importam em ciências do ser, uma vez que indagam sobre as conexões causais que se operam entre os fatos e/ou comportamentos regulados pelo direito.

Como a ciência jurídica é a ciência do dever ser, porquanto se destina a

⁹ NT – Visão de mundo ou cosmovisão.

descrever as normas que determinam o advento de uma conseqüência, toda vez que se verifica um fato genericamente previsto, resulta que a norma é indicativa de estrutura puramente hipotética, pois se limita a ligar um fato condicionante a uma conseqüência, que é a sanção, sem enunciar qualquer juízo a respeito do valor moral ou político dessa conexão.

Kelsen coloca da seguinte maneira: **Se A é, B tem de ser**; ao passo que a lei jurídica declara: **Se A é, B deve ser**, em que a cópula **deve ser** significa uma forma de conexão inconfundível com a do nexó existente entre causa e efeito.

Enquanto as ciências **do ser** estabelecem relação entre um fato e seu efeito e apontam para um nexó de causalidade, o direito, quando indica a relação entre um fato e seu efeito que **deve ser**, estabelece outro tipo de vínculo, qual seja, o nexó de imputabilidade.

Dessa forma, Kelsen (1976) colocará ao lado das ciências sociais causativas, as ciências sociais normativas. No mundo do dever ser, o princípio dominante é o da imputabilidade, em virtude do qual se atribui uma conseqüência em razão da prática de determinado ato. A norma jurídica não preceitua determinada conduta por considerá-la boa, mas estabelece uma sanção no caso de ser desrespeitada.

O direito, na concepção kelseneana (1976), passa a ter caráter eminentemente instrumental e técnico.

A regra jurídica é, nessa medida, para Kelsen, pura entidade lógica, de caráter hipotético, que serve para disciplinar os comportamentos possíveis, cujos conteúdos não são de natureza jurídica. O que segue é sempre uma sanção como conseqüência da quebra de uma regra jurídica. Daí poder se afirmar, com Kelsen (1976) que a ciência jurídica desenvolve-se no plano do dever ser lógico, em função de suas exigências operacionais. A conseqüência do logicismo normativo em Kelsen (1976, p. 48) é a identidade entre a vigência e a validade de uma regra de direito:

A vigência é o estado ou qualidade de uma norma que não foi revogada. Designa também o tempo durante o qual uma lei vigora. Havendo compatibilidade lógica entre norma vigente e as demais intrasistemáticas, e, guardadas a compatibilidade lógica entre esta mesma norma com a norma fundamental, independentemente de seu conteúdo interno, ela será imediatamente considerada válida.

A eficácia diz respeito à receptividade das normas por parte da sociedade, ou seja, quando há um comportamento coletivo de acordo com as normas de maneira que se assim não for feito, as regras são aplicadas ou cumpridas.

No campo do direito, o positivismo é uma expressão complexa que guarda dois sentidos: um sentido *lato* e outro mais específico, designado por *stricto sensu*, os quais serão detalhados em seguida. De qualquer forma, o caráter positivo caracteriza-se por rejeitar qualquer elemento metafísico em seu âmbito e restringe-se à evidência dos fatos e das leis.

3.2 O positivismo jurídico *lato sensu*

O estudo do direito importa em fixar uma classificação das teorias da doutrina jurídica sobre a sua ontologia, dando uma denominação específica para cada uma delas, tendo em vista o universo de referência, isto é, os elementos que compõem cada categoria.

Tendo como orientação o trabalho de Dimoulis (2006), o universo de referência é o direito ocidental moderno, que se expandiu no século XX pelos países de economia capitalista. Dessa maneira, classifica-se o direito positivo em *lato sensu* e *stricto sensu*. Essa classificação apresenta a diferenciação do positivismo jurídico *lato sensu* em relação ao direito natural e, o positivismo *stricto sensu*, como uma vertente que rejeita toda e qualquer forma de vinculação com fenômenos sociais, como a evolução política e interesses de grupos da sociedade a que serve.

O positivismo, como teoria do direito, possui algumas características que podem ser enunciadas de acordo com Hart (1994) e nominadas como teses do positivismo *lato sensu*. Para tanto, é necessário apontar que o direito positivo é o direito efetivamente aplicado e editado pelas diferentes fontes. Como condição de sua situação autônoma, separa-se da moral, do direito natural, do ideal e da política, constituindo-se num sistema lógico que se esgota em si mesmo, sem a necessidade de hierarquia de valores, como inserida no sistema naturalista.

Com base no empirismo, o positivismo jurídico *lato sensu* rejeita toda e qualquer metafísica, definindo o direito com base em elementos empíricos. As normas legais dependem apenas dos fatos sociais. Não há normas que não se-

jam colocadas pela racionalidade humana, levando-se em conta a conduta dos homens em sociedade.

Assim, o positivismo jurídico *lato sensu* é uma teoria monista do direito, distanciando como aponta Dimoulis (2006) do dualismo, que admite a existência de um direito natural ao lado do direito legislado. “Em virtude disso, o PJ¹⁰ *lato sensu* se define, de forma negativa, a partir da categoria e absoluta exclusão do direito natural da definição do direito e, conseqüentemente, do jusnaturalismo, como teoria do direito (DIMOULIS, 2006, p. 81)”.

O Positivismo *lato sensu* apresenta as seguintes características, de acordo com Dimoulis (2006): (i) as leis da natureza são imutáveis e de origem divina; (ii) o legislador político pode reconhecer por meio da observação e reflexão as leis naturais; (iii) as leis que regem a natureza humana tem vigência ao lado das regras do direito positivo, não podendo com estas conflitar.

O monismo, eixo do positivismo jurídico *stricto sensu* não repele a influência da moral na caracterização do direito moderno, aceitando a tese de que este é fruto de decisões humanas tomadas em determinados contextos históricos e momentos sociais.

Tanto o direito natural quanto o direito positivo são ordens. Entretanto, o direito positivo é uma ordem coercitiva, ao assumir como a moral que o direito natural é uma ordem não coercitiva, expressando ambas as teorias como comandos de “dever ser”, conformando-se à regra da necessidade no sentido causal a primeira, é à regra da normatividade no segundo.

A regra normativa é posta aqui no sentido relativo e formal, porque em relação à lei da natureza, o direito positivo é tido, em sentido *latu* como algo empírico, a partir da vontade humana que ocorre na esfera dos eventos concretos. Em comparação com o direito natural não surge com um valor. Mas, de outro lado, o direito positivo como norma, é, um “dever ser” e, portanto, um valor, mas do ponto de vista da conduta humana avaliada como lícita ou ilícita.

Para Hart (1994, p. 287):

As leis são comandos de seres humanos; não existe uma conexão necessária entre o direito e a moral, ou entre o direito como é e o direito como deveria ser; a análise ou o estudo dos significados dos conceitos jurídicos é um estudo importante, que deve distinguir-se das pesquisas históricas, das pesquisas sociológi-

¹⁰ O autor se refere ao Positivismo Jurídico

cas e da apreciação crítica do direito em termos de moral, finalidades sociais, funções, etc (HART: 1994, P. 287).

Mesmo para alguns pensadores da corrente jusnaturalista, o direito só é considerado como regra de conduta obrigatória para uma determinada sociedade, quando forem estabelecidas por um ato de vontade do legislador, observado o contexto histórico e social em que irá vigorar, rejeitando apenas os elementos metafísicos em seu âmbito.

O sistema jurídico é um sistema lógico fechado em que as decisões corretas só podem deduzir-se das regras jurídicas postas pelo Estado, por meios lógicos. É fechado por oferecer respostas aos casos concretos por meio de deduções feitas a partir de leis válidas, sem considerar situações éticas, culturais ou políticas, no dizer de Dimoulis (2006).

Kelsen (1976), por tratar o direito com profunda fundamentação filosófica, afasta-se do positivismo *lato sensu*, pois este (o positivismo jurídico *lato sensu*) admite sistemas jurídicos que não decorrem da vontade do legislador humano, por instâncias não estatais. Há, na obra de Kelsen, uma ligação com a idéia de norma fundamental, a qual é tida como hipótese lógico-transcendental e é dada pela distinção do **ser** e do **dever ser**.

A norma fundamental estabelece a validade do direito positivo e expressa o caráter hipotético e relativo do sistema normativo. Ela representa a formulação do pressuposto necessário para qualquer compreensão positivista do direito. A norma fundamental tem de estabelecer uma ordem significativa, compreensível e capaz de se prestar a uma interpretação racional.

Treves (1987, p. 334), afirma que:

Assim como a filosofia transcendental de Kant se erige contra a metafísica, a Teoria Pura do Direito se erige contra o direito natural, este sendo o correspondente exato, no domínio da realidade social, em geral, e do direito positivo em particular, da metafísica. [...] na medida que a Teoria Pura do Direito tentou, de maneira totalmente inédita, apresentar a filosofia de Kant como uma teoria do direito positivo ela foi, em um certo sentido, além do pensamento de Kant que, em sua doutrina do direito, abandona o método transcendental.

De acordo com Treves (1987), Kelsen pensa o direito como um pressuposto lógico transcendental capaz de fundamentar toda a ordem jurídica. A

*Grundnorm*¹¹ aparece então como uma fundamentação epistemológica da teoria do direito, razão pela qual não se pode reduzir o sistema normativo de Kelsen a um simples logicismo, em que as normas inferiores derivam da norma fundamental por um processo hipotético dedutivo. Ao contrário, a norma fundamental não se resume no seu aspecto lógico e suficiente para a criação do direito, mas que leva em conta o momento histórico e social quando de sua elaboração.

A pirâmide jurídica não é uma metáfora lógica. Oferece uma maquete epistemológica na qual, como no criticismo kantiano, as problemáticas da possibilidade e da validade estão ligadas [...]. A resposta é clara: é uma exigência *a priori* da razão humana que se delineia em toda ordem de direito: a universalidade transcendental identifica-se com a pura racionalidade (GOYARD-FABRE, 2002, p. 352).

De acordo com Miranda Afonso (1999), por ser um pressuposto lógico, a norma fundamental só pode ser expressa em termos condicionais: ao reconhecer a ordem jurídica como válida e eficaz; há que se pressupor uma norma fundamental que lhe confira fundamento.

Bobbio (1995) apresenta o positivismo como uma teoria, como um método e como ideologia. Como método de estudo, mantém uma postura neutra e desvinculada de qualquer valoração. O direito não é um conjunto de juízos de ideologia, mas um fato; possui valor como regra de conduta, com objetivo de regular a vida da sociedade.

A teoria pura do direito é a teoria do direito existente na realidade social, e sua eficácia é condição necessária da pressuposição de uma norma fundamental que validará todo ordenamento do direito. Essa validade é a razão pela qual uma norma jurídica sempre deriva de outra, até encontrar seu fundamento primeiro, ou nas palavras de Miranda Afonso (1999), uma norma sempre se funda em outra norma.

A norma fundamental tem a forma e o padrão básicos da regra jurídica. Por isso, a interpretação positivista pode desconsiderar qualquer material não assumir essa forma, mesmo que jurídico.

Uma lei só é válida se tiver por pressuposto uma outra norma posta por meio de atos legislativos, até encontrar a norma fundamental, numa operação, designada por Kelsen (1976), de silogística normativa, razão pela qual é conside-

¹¹ NT – Norma Fundamental.

rado um positivista em sentido estrito.

O sistema do positivismo jurídico rejeita a tentativa de deduzir, a partir da natureza ou da razão, normas substanciais que, estando além do direito positivo, podem servir de modelo. Ele examina os pressupostos hipotéticos de todo o direito que é positivo e, em condições meramente formais. A norma fundamental constitui o pressuposto final e base hipotética de qualquer ordem jurídica. Da mesma maneira que os princípios lógicos transcendentais da cognição não são leis empíricas, mas simplesmente as condições de toda a experiência, a própria norma fundamental não é uma regra jurídica positiva, um estatuto positivo, porque não foi elaborado, mas, pressuposto como condição de todas as normas jurídicas positivas.

Pode-se afirmar, dessa maneira, que do mesmo modo como não se pode conhecer o mundo empírico a partir dos princípios lógico transcendentais, mas, simplesmente por meio deles, o direito positivo também não pode ser derivado da norma fundamental, mas, apenas ser compreendido por meio dela.

Preocupados mais em criticar o positivismo kelseneano, não percebem os autores, que o positivismo jurídico *lato sensu* apresenta elementos dependentes da situação histórica, condições sociais, tradições, que se relacionam co poder político instituidor do direito. Nesse sentido, Dimoulis (2006, p. 84) acrescenta:

Assim sendo, pertencem ao Pj¹² *lato sensu* tanto os autores que reconhecem a primazia absoluta e incondicional da Constituição nacional (ou de algum texto normativo supranacional), como os autores que definem como direito todas as regras que, independentemente de sua origem e forma de criação, são estabelecidos por pessoas ou grupos que exercem o poder em determinado âmbito (comunidades carentes, igrejas, prisões, etc) e vinculam os membros das respectivas comunidades, independentemente de sua concordância com normas de direito estatal.

O conteúdo da norma fundamental depende do que vai ser positivado, dos atos empiricamente conhecidos que se pretendem subjetivamente como atos jurídicos. Para ser positiva, qualquer norma tem de coincidir de determinada forma com a conduta humana concreta que pretende regular. O legislador, quando estabelece a norma fundamental, tem a tendência a reconhecer como direito objetivo o maior número possível de atos empiricamente conhecidos que constituem a realidade histórico política. Com isso, pode-se afirmar, em sentido

¹² O autor se refere ao Positivismo Jurídico.

lato, que a norma fundamental significa a transformação de poder em direito.

Por ser uma definição genérica, o positivismo requer uma abordagem mais específica, como apresentado em seguida.

3.3 O Positivismo Jurídico *stricto sensu*

De forma estrita, o direito é tomado aqui como uma ordem coativa e de rigor técnico, de maneira que não cabe em seu âmbito qualquer discussão acerca de valores, como aponta Recanséns Siches (1979).

A questão axiológica não deve ser tratada no âmbito estrito do direito. E Kelsen (1976) não adota uma atitude positivista negadora do problema da estimativa jurídica, mas, como o objetivo é estudar o direito em sua estrutura formal, então isto deve ser feito a partir de um ponto de vista técnico e o momento axiológico tem um lugar especial que, no entanto, não é dentro do direito.

O positivismo em seu sentido estrito tem por objetivo estudar o conjunto das normas em vigor, não lhe cabendo o estudo de seus fundamentos.

A história do positivismo mostrou que a doutrina não se ateu a esse projeto científico. Introduziu parâmetros psicológicos, sociológicos ou historicistas; contraditoriamente, recorreu a critérios ideológicos ou axiológicos, o que falseia a cientificidade e a neutralidade [...] É precisamente nesse desvio que residem os equívocos insuperáveis de um pensamento teórico e que suas contradições internas tornaram manifestas (GOYARD-FABRE, 2002, p. 101).

Nesse sentido, o direito positivo só pode ser estudado como contraponto do direito natural, cujo eixo principal é traçado em seguida. Mas, essa negação não importa em negar valores, antes em destacar que o direito, a moral e a metafísica têm objetos diferentes.

O positivismo estuda o direito tal qual ele é e não como deveria ser, numa clara contraposição ao direito natural que sustenta a tese de que deve fazer parte do direito a sua valoração, com base em um direito ideal. Nessa medida, a norma é indicativa de estrutura puramente hipotética, que liga um fato condicionante a uma consequência, a penalidade, sem enunciar qualquer juízo a respeito do valor moral ou político dessa conexão.

As ciências do **ser**, quando estabelecem relação entre um fato e seu efeito, apontam para um nexo de causalidade, ao passo que o direito quando indica

a relação entre um fato e seu efeito que **deve ser** a penalidade, estabelece outro tipo de ligação, que é o nexó de imputabilidade.

Gomes (2008) aponta que, segundo Kelsen, a condição para descrever o fundamento de validade é a eficácia global do ordenamento que se pretende ver fundamentado.

Ao argumento de que a eficácia é o fundamento de validade de uma ordem jurídica ou de uma norma singular, Kelsen opõe que ela é simples “condição de validade” dessa ordem ou dessa norma. Embora não se possa identificar o direito com sua eficácia, não se pode tampouco afirmar que sua validade é dela completamente dependente (GOMES, 2008, p. 174).

No mundo do **dever ser**, o princípio dominante é o da imputabilidade, em virtude do qual se atribui uma consequência em razão da prática de determinado ato. A norma jurídica não preceitua determinada conduta por considerá-la boa, mas apenas estabelece uma sanção. O jurista apenas toma conhecimento de que dado fato se verificou e a ele atribui uma consequência, por simples referência normativa, subordinando a norma legal a esquemas qualificativos.

Os juristas brasileiros, seguindo a tradição positivista, colocam o direito como uma ordem coativa, no sentido de que estabelece a imposição de um ato de coação contra as situações sociais consideradas indesejáveis. Seguindo o pensamento de Bobbio (1995), as proposições jurídicas descrevem as normas por enunciados deônticos, isto é, afirmações de que alguma conduta deve ser, ou seja: **dado o fato p, deve ser o ato de coação q**.

A estrutura do enunciado referenciado possui o antecedente **p** conectado ao conseqüente **q**. Com isso, admite-se a definição do antecedente como descrição de comportamento humano e do conseqüente como sanção correspondente à generalidade das normas jurídicas. Desse modo, o direito é descrito como uma ordem coativa e as normas que não estabelecem coação somente podem ser vistas como dependentes das normas sancionatórias, ou seja, que prescrevem uma sanção.

Segue-se que alguma norma só é jurídica e legítima, como aponta Bobbio (1995), se estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental; e a norma é tida por fundamental quando sem ela é impossível pensar um complexo de outras normas.

Essa norma fundamental não é colocada por nenhuma autoridade, nem prescreve nenhum conteúdo específico, mas apenas obriga o pensador a tomar o conteúdo posto como primeiro de uma série; ou seja, tomada uma norma como primeira, todas as seguintes serão válidas, desde que legalmente estabelecidas em conformidade com a primeira. Uma vez colocada a norma fundamental, decorrem logicamente dela as normas derivadas. As normas que compõem o sistema devem guardar compatibilidade lógica, ou seja, não permitem contrariedade entre si, e todas elas devem possuir compatibilidade lógica com a norma fundamental, o que fortalece a vigência e a validade das normas intrasistemáticas, independentemente da análise do seu conteúdo interno.

O conceito de direito, no sentido estrito, não precisa ser pensado no formato de duas peças, mas, pode ser tomado como coerção e liberdade ao mesmo tempo, isento de qualquer valoração ética, de acordo com Kelsen (1976, p.232), pois é puro e não se encontra misturado com prescrições de virtude¹³.

Pode-se, ainda de acordo com Bobbio (1995), afirmar que o direito é uma ciência normativa, posto que estrutura os seus enunciados a partir da imputação, quer dizer; o antecedente, ou hipótese de incidência da norma jurídica, resulta da descrição de um recorte da realidade de uma definição normativa; não é derivação de nenhum outro conseqüente imputado.

O direito positivo, em sua classificação estrita, não se confunde com o processo que se dá na psique que determina a prática de um ato, nem tampouco se confunde com o conteúdo de ordem moral ou econômica que possa induzir o agente a fazer isto ou aquilo; ao jurista interessa apenas que dado fato se verificou e que a ele atribui-se uma conseqüência.

A regra jurídica, por conseguinte, é pura entidade lógica, de caráter hipotético, que serve para disciplinar os comportamentos possíveis, cujos conteúdos, a materialidade não é de natureza jurídica. O **deve ser** é sempre uma sanção como conseqüência não observância de uma regra jurídica. O direito, de forma estrita, desenvolve-se no plano do **dever ser** lógico, em função de exigências operacionais.

Kelsen (1976) estabelece identidade entre vigência e validade. A vigência é o estado ou qualidade de uma norma que não foi revogada; assim como o tempo durante o qual uma lei vigora. Quando há compatibilidade lógica entre

¹³ No original: [...] das Recht darf nicht als aus Zwei Stucken [...] Gedacht Werden [...].

norma vigente e as demais intrasistemáticas, e está respeitada a compatibilidade lógica entre esta norma e a norma fundamental, então esta é válida.

A eficácia para Kelsen (1976) diz respeito à receptividade das normas por parte do corpo social; isto é, significa que a população realmente se conduz de acordo com as normas ou que estas são efetivamente aplicadas e cumpridas. A eficácia é considerada secundária em relação à vigência. Como validade e vigência são qualidades do direito, a eficácia é vista como um atributo da conduta real dos homens, que envolve aspectos sociológicos e axiológicos e, por isso, é elemento da norma.

No campo do Direito, quando se pergunta qual o fundamento de validade de uma norma posta pelo legislador, a resposta é: porque esse ato é autorizado por uma norma da Constituição; e quando se pergunta qual seu fundamento de validade, então a resposta é: porque, como jurista, se pressupõe que se deve conduzir como historicamente prescreve a primeira Constituição. Kelsen afirma que a norma fundamental pode, mas não precisa, ser pressuposta. Entretanto, somente se ela é pressuposta, o sentido subjetivo dos atos de vontade dirigidos à conduta de outrem pode ser interpretado também como seu sentido objetivo, ou seja, como normas jurídicas ou morais obrigatórias. Nesse sentido ela é, como visto anteriormente, norma hipotética (GOMES, 2000, p. 168).

Como conseqüência, surge o imperativo categórico de Kelsen, ao lado do imperativo kantiano, que determina agir em conformidade com a ordem de competências, cuja validade vem de uma norma fundamental, sem referir-se a qualquer subjetivação metafísica.

3.4 O positivismo jurídico brasileiro

A revolução em 1889 que aboliu a era monárquica e estabeleceu a república no Brasil, procurou uma nova ordem de valores, substituindo a hereditariedade pela vontade popular, colocando a soberania nas mãos do povo, tendo como discurso a *Weltanshaung* evolucionista.

Enquanto a sociedade seguia os passos franceses na moda e na arquitetura, a economia ainda mantinha uma estrutura agrária e patriarcal. A cultura seguia os padrões ingleses e o positivismo se instalava no meio intelectual brasileiro, com nítidos traços de autoritarismo, chegando a filosofia individualista, racionalista e conservadora a se instalar no primeiro governo republicano, como

aponta Graham (1973).

Com a separação entre a igreja e o Estado, houve uma perda de força do direito canônico como referência para a legislação brasileira, mesmo sendo respeitado por força do catolicismo como religião oficial, percebendo-se nesse período uma dominação burocrática, sem que se estabelecesse uma modernização no meio político, permanecendo o tratamento da ordem pública com conotação patriarcal e permanência de focos de pobreza endêmica, que desestimulava a manifestação de grupos intermediários entre o governo e o povo. A esse respeito, Dimoulis (2006, p. 270) afirma:

Quando, nos últimos anos do século XIX se deu a Revolução Militar, a classe política estava acostumada à dominação: seu ápice em termos de participação foi atingido no começo dos anos 90, para depois sofrer um abrupto declínio com os novos moldes [...]. As elites governantes já não eram recrutadas dentre os velhos líderes da política local ou regional, mas entre militares, pessoal universitário, todos exatamente dentro da proposta ideológica da Escola Positivista.

O positivismo influenciou a teoria jurídica no Brasil, desde o final do século XIX, o qual Machado Neto (1978, p. 14) explicita como um período histórico onde surge a expressão brasileira evolucionismo, representando, em nosso meio, o influxo de uma relativa urbanização e modernização da vida social que, em pouco tempo, iria repercutir no plano mais visível da vida política, com a abolição da escravatura.

Os Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul sofreram maior influência do positivismo, produzindo efeitos sobre suas elites intelectuais, bem como sobre os círculos militares em geral. De forma mais nítida, essa influência é percebida pela inscrição da frase **Ordem e Progresso** na bandeira brasileira, que é uma nítida característica positivista.

Coube a Clóvis Beviláqua, em 1899, a tarefa de elaborar um projeto para a legislação civil, estatuto que rege a vida dos cidadãos comuns, tarefa da qual se desincumbiu sob forte influência positivista, repelindo o direito natural, de inspiração divina e característica imutável. Essa postura trouxe conseqüências para a compreensão dos problemas sociais, pregando a necessidade de segurança para a recém instalada república.

A preocupação com o fato socialmente existente em relação com o direito estatal traz dois resultados importantes na visão de Machado Neto (1978): pri-

meio de reconhecer empiricamente as regras postas pelo Estado como o único direito vigente; e, segundo, estabelecer um método com maior rigor lógico na interpretação desse direito positivo Estatal.

Na interpretação do direito, esse rigor lógico para a ciência jurídica passou a ser basicamente um método de proposições normativas do **dever ser**, posto pelo Estado. Analisando essa postura adotada pela comunidade jurídica brasileira, Falcão (1984) acentua que a dogmática jurídica, como ideologia jurídica dominante, é um método de conhecimento do dever ser formal, o qual relega a um segundo plano o conhecimento do ser social.

Com essa visão positivista, os cursos de direito, reprodutores desse saber, repassavam o conhecimento de uma doutrina do direito, tido como um sistema fechado, unidisciplinar, lógico e formal, que não questionava o conteúdo das normas. O direito seria reproduzido, durante muito tempo, num sentido reducionista. Essa situação perdurou até a década de 1980, quando as academias de formação jurídica passaram a ter nuances naturalistas.

Contudo, o retorno do naturalista, o qual coloca o direito inscrito no coração dos homens, de inspiração divina, não é suficiente para embasar uma verdadeira prática jurídica, diante de tamanha complexidade social do Brasil. A condição de desumana pobreza em que se encontra, ainda hoje, a maioria da população brasileira necessita de propostas concretas para as quais o direito, dentro desses parâmetros, não encontra resposta.

Apesar de inúmeras tentativas de superar o positivismo, notadamente por filósofos da escola marxista, esse objetivo conduziu a uma dicotomia incapaz de compreender o fenômeno jurídico em sua complexidade histórico social.

A teoria que não admite a validade de nenhuma outra ordem jurídica, que não a positiva, com anseio de uma fundamentação absoluta da ordem social conhecida, mesmo com todo seu poder de ascensão, no final do século XIX e início do século XX, nunca renunciou completamente os elementos naturalistas, mostrando, mesmo que de forma velada, nuances jusnaturalistas. No período em que se pensava que o positivismo havia derrotado de forma definitiva, nas décadas de 60 e 70 do século passado, as especulações jusnaturalistas, recrudescerem em parte como movimento de exaltação do eu, de forma acelerada, em razão da experiência avassaladora da II Grande Guerra mundial.

Percebe-se, com isso, que o positivismo jurídico parece florescer apenas

em tempos relativamente calmos e, em períodos de equilíbrio social, restando profundamente abalados no Brasil pós abertura política, nos anos 80 e 90 do século XX. A maioria dos valores até então tidos como certos forma questionados e com isso, intensificou-se o conflito entre grupos de interesses, mostrando que o indivíduo quando experimenta o seu interesse privado como uma possibilidade de agir, muito mais irá invocar na concretização das suas exigências.

Machado Neto (1978) afirma que o conhecimento jurídico brasileiro afastou-se do conteúdo do direito e a ciência jurídica passou a ser basicamente um método sobre as proposições normativas do **dever ser** posto pelo Estado. A prática jurídica no Brasil, embasada unicamente no positivismo, serviu a grupos de dominação e reduziu o direito à lei, de maneira a negar a possibilidade de lacunas no sistema jurídico, cuja existência é reconhecida pelo próprio sistema legal brasileiro, e resolvida por meio da interpretação, como se verá em no capítulo seguinte.

Capítulo 4
Aplicação da Lógica ao Direito

4. Aplicação da lógica ao direito

Apresentamos, nesse capítulo, alguns conceitos da lógica tradicional, uma vez que temos por objetivo investigar o direito tendo a lógica como ferramenta para a elaboração de seu discurso.

A maioria dos autores pesquisados para esta dissertação apresentam alguma variação para estabelecer, de forma clara, a definição de lógica. Dada esta dificuldade, fornecem uma definição e, depois, explicitam cada uma das palavras envolvidas na definição, para evitar algum tipo de círculo vicioso, mas manter aspectos de exatidão.

De acordo com a etimologia, *lógica* vem do grego *logos*, que quer dizer razão. Neste contexto, seria um estudo da razão como meio de se adquirir o progresso de nossos conhecimentos.

Aristóteles, na Antiguidade, foi um pioneiro em apresentar uma sistematização dos textos de lógica de maneira a explicitar os seus princípios; razão pela qual o desenvolvimento da lógica, motivado por essa concepção, é conhecido como lógica Aristotélica e que consiste em um instrumento propedêutico da racionalidade.

O objetivo da lógica é o estudo dos métodos e princípios usados para distinguir o raciocínio correto daquele considerado incorreto. O entendimento das inferências envolve a forma como os indivíduos processam informações em suas mentes e delas obtém uma conclusão.

Assim, por inferência, Feitosa e Paulovich (2005) entendem ser uma maneira racionalmente aceitável de se chegar a uma conclusão plausível, a partir de uma coleção de dados. Quando os dados são confiáveis e o processamento das informações sobre esses dados é realizado de forma coerente, então estamos diante de um argumento válido e correto.

Haack (2002) coloca a lógica como um instrumento para a investigação dos problemas filosóficos, de modo a discriminar os argumentos válidos daqueles inválidos, e fornece padrões formais para o alcance da verdade desses argumentos.

Quando aplicável ao direito, as regras utilizadas pelos tribunais, em suas decisões, não dizem como efetivamente será a decisão, mas como o tribunal deve decidir. Diante disso, não se recorre ao direito em busca de uma resposta so-

bre o que os juízes efetivamente farão, mas sim do que eles devem fazer. O significado da conformação de uma conduta que os tribunais aplicam é um comando no sentido de “deve”, ou seja, prescritivo; não uma descrição “é”, no sentido afirmativo. Isto mostra que o direito aplicado não é um sistema de teoremas ou um produto da cognição científica, mas um conjunto prescritivo que regula a conduta dos sujeitos num concatenamento intelectual que mostra a necessidade do uso de um aparato lógico.

Maritain (1977, p. 16) aponta que o estudo da lógica “[...] prende-se à razão como instrumento da ciência ou meio para se chegar à verdade”.

A razão, definida pelo senso comum como inteligência, tem no raciocínio seu ato de exteriorização e serve de meio para se chegar à ciência. Assim, raciocinar é realizar uma operação pela qual partimos de “coisas” que conhecemos (fatos ou proposições declarativas) e chegamos (deduzimos) “coisas” que ainda não conhecemos (pelo menos explicitamente). Por isso, as aplicações da lógica no campo jurídico são tão importantes.

Como apresentado por Blanché (1996), a lógica pode ser investigada em quatro tópicos: a *teoria dos modelos ou semântica*, que tem como objeto de investigação as relações entre os enunciados e os modelos que os verificam; a *teoria da demonstração* (ou da prova), que se dedica ao estudo sintático das provas, cuja preocupação maior é a avaliação das deduções lógicas; a *teoria da computabilidade*, que cuida da análise dos cálculos recursivos ou algorítmicos; e a *lógica filosófica*, que aplica os métodos lógicos ao exame de noções como necessidade, condicional, verdade ou crença, subjacente às classes anteriores, e, portanto, mais ampla. Outros autores apresentam outras ramificações, mas entendemos que essa é suficiente para os propósitos deste capítulo, que não é fazer um compêndio de lógica, mas entender alguns aspectos da interação entre a lógica e o direito.

As classificações da lógica são variadas e os vocábulos para designá-las costumam ser utilizados com sentidos diferentes, conforme o autor que se dedique a explicitá-los. Nessa Dissertação, abordaremos a lógica tradicional, também designada por lógica aristotélica, a semiótica, a lógica clássica de primeira ordem e a lógica deôntica, algumas vezes designada como lógica dos deveres.

Haack (2002), ao mostrar o caminho para o estudo do direito, apresenta a lógica tradicional como início do itinerário a ser desenvolvido, com vistas a se

alcançar proposições deônticas, as quais utilizam os operadores modais deônticos de permissão, proibição e obrigação, como veremos na Seção 4.4. Essa é uma lógica intencional, que exige formas específicas de semânticas e que são mais apropriadas para o direito.

4.1 A lógica jurídica no âmbito da lógica tradicional

Definida como a ciência das formas do pensamento, a *lógica tradicional* é entendida por alguns autores, dentre eles Feitosa e Paulovich (2005), como uma *lógica aristotélica*, a qual se restringe aos silogismos, ou mais especificamente, aos silogismos categóricos.

A conceituação de Blanché (1996), para silogismo, é uma das duas maneiras possíveis de raciocinar, eis que a outra é a indução, conforme proposto nos *Primeiros Analíticos* (I, 2). Nessa outra concepção, silogismo é tomado como sinônimo de dedução. Pode ser entendido como um discurso em que dados certos elementos, algo de diferente desses elementos resulta necessariamente, pela própria força destes elementos, explicitados pela dedução.

De acordo com Feitosa e Paulovich (2005), um *silogismo* é um argumento composto por duas premissas (enunciados categóricos), que têm um termo comum, chamada termo médio, e quando conjugados produzem um outro enunciado categórico que tem como sujeito um termo de uma das premissas e como predicado um termo da outra premissa.

Entendemos, por lógica tradicional, aquela que tem a primazia do estagirita na sua sistematização e que se ocupa do exame dos termos, das proposições (sentenças, enunciados e juízos) e da estrutura da argumentação. Ela analisa o raciocínio do ponto de vista de sua forma ou de sua disposição, colocando as regras que devem ser seguidas para que o raciocínio seja correto ou bem constituído. Está vinculada à linguagem natural e seria meio de avaliar a argumentação em todo e qualquer contexto.

Separamos da lógica tradicional a lógica contemporânea, manifesta depois de Frege (final do Século XIX), que faz uso fundamental de linguagens artificiais, usada para a fundamentação matemática e, devido a isso, passa a ser altamente matematizada.

Feitosa e Paulovich (2005) apresentam a lógica contemporânea clássica

como um cálculo de predicados de primeira ordem, que trata dos conectivos (ou operadores lógicos) de negação (\neg), conjunção (\wedge), disjunção (\vee), condicional (\rightarrow) e bicondicional (\leftrightarrow), dos quantificadores existencial (\exists) e universal (\forall), bem como sobre os predicados de igualdade (=).

Na lógica contemporânea é que reconhecemos os muitos sistemas formais de lógica proposicional, de lógica de primeira ordem e ordens superiores, teoria dos conjuntos e outros sistemas formais.

Também nesse ambiente formal, para o raciocínio, importa a relação formal existente entre as proposições e seus respectivos valores e a conclusão do raciocínio e seu valor.

De acordo com Feitosa e Paulovich (2005), a lógica clássica trata das estruturas formais do conhecimento ou do pensamento sem consideração do conteúdo, isto é, dos signos e formas expressionais do pensamento, por meio das deduções lógicas.

Haack (2002) afirma que em uma dedução lógica, a conclusão é obtida por uma sequência de fórmulas/proposições, cada uma delas sendo ou um axioma (lei) ou uma premissa ou consequência da aplicação de uma regra de inferência na(s) fórmula(s) anterior(es).

O conteúdo das premissas e da conclusão não tem relevância para a validade dos argumentos/deduções, posto que a validade é uma propriedade que depende da forma e não do conteúdo. Em decorrência dessa propriedade da lógica (relevância da forma para a análise lógica de um argumento), são utilizados os símbolos lógicos e temos então a lógica simbólica, a lógica da forma ou lógica formal.

A lógica tradicional e a lógica clássica de primeira ordem, introduzidas a partir dos trabalhos de Frege, são entendidas como sistemas Aristotélicos, pois esses sistemas assumem os três princípios básicos, denominados princípios aristotélicos: da *identidade*, da *não contradição* e do *terceiro excluído*.

O *princípio da identidade* pode ser formulado da seguinte maneira: *o que é é*; ou seja, existe necessariamente uma identidade total entre uma noção e todos os seus caracteres constitutivos, de forma a enunciar a impossibilidade da mente pensar em uma noção e não todos os seus caracteres constitutivos ao mesmo tempo. Nas palavras de Liard (1979), uma coisa é ela própria ou o conjunto de seus caracteres. Nas palavras de Grau (1995, p. 34-35), “todo conceito,

determinado e caracterizado por seu conteúdo correspondente é considerado concebido por nós como idêntico a si mesmo”.

Pelo *princípio da não-contradição*, uma coisa não pode ser e não ser a um só tempo. Quando uma noção é apresentada, com suas características, é impossível pensar que a sua negação é ela mesma. **A** não pode ser **B** e **não B** no mesmo momento. Em decorrência desse princípio, uma lei que faça a proibição da prática de um ato, sob certas condições, não pode permiti-lo simultaneamente, sob as mesmas circunstâncias.

Vinculado ao princípio anterior, um raciocínio somente pode ser válido ou não válido, não havendo uma variante correspondente a uma terceira opção.

De acordo com Liard (1979), o *princípio do terceiro excluído* enuncia a condição do pensamento da existência de apenas uma ou outra de duas noções contraditórias e, assim, não podem ambas coexistir. Necessariamente uma sentença ou é verdadeira ou falsa, sendo que uma terceira possibilidade fica peremptoriamente excluída, sob pena de erro lógico.

Esses três princípios, apresentados acima, são necessários para o raciocínio construir e estabelecer a noção de bivalência. No plano lógico, o que se busca são as fases que o intelecto necessita percorrer até elaborar um raciocínio e, por conseqüência, servir como *cânon* para a averiguação sobre a sua validade ou não validade.

Esses princípios encontram-se presentes em todas as demais variantes de lógica clássica. Por princípios, entendemos os pontos de partida de uma concepção, dos variados ramos do conhecimento que podem ser desenvolvidos pelo homem. Isso se aplica também ao direito, onde há uma valorização destacada dos princípios na compreensão e aplicação da norma jurídica.

Quando um argumento observa, com rigor, os princípios da identidade, do terceiro excluído e da não contradição e outras regras lógicas, em sendo as premissas verdadeiras, a conclusão também o será.

A linguagem natural ou artificial é contexto fundamental para a discussão de aspectos da lógica. Num argumento, segundo Haack (2002, p. 29), mesmo numa linguagem natural:

[...] reconhece-se que há pretensão de que algumas partes do discurso apoiem uma conclusão por meio de premissas. No discurso informal, nas línguas naturais, essa intenção pode ser assinalada ao se marcar a passagem de um enunciado a outro a-

través de expressões tais como “portanto”, “logo”; “segue-se que”, “porque” e assim por diante (HAACK, 2002, p. 29).

Entretanto, a linguagem natural permite muitos equívocos, na medida em que diferentes línguas possuem diferentes termos para expressar um mesmo conceito ou idéia. Assim, como o raciocínio feito em linguagem comum é de difícil avaliação devido à natureza vaga e ambígua das palavras e expressões usadas, recorreremos às fórmulas lógicas, geradas/construídas a partir de linguagens artificiais, em sistemas lógicos que permitem estabelecer, de maneira mais rigorosa, a validade de um argumento.

A formulação lógica do raciocínio é feita por meio de proposições (sentenças), ou por meio de um encadeamento de termos e/ou palavras, que expressem o conteúdo de um juízo, como verdadeiro ou falso.

Mesmo na análise da unidade linguística básica, a proposição (ou sentença, ou juízo, ou enunciado), a forma da expressão também pode ser relevante para a constituição e significação dessa proposição, para se determinar se ela é verdadeira ou falsa. Por exemplo, as tautologias são a sentenças proposicionais que são sempre verdadeiras, devido a sua forma.

Ao estudarmos a relação entre as premissas e a conclusão, as proposições ou enunciados é que assumirão um valor de verdade. Para a lógica, prescreta-se os processos de atribuição de valores lógicos aos enunciados envolvidos, e não a correção do pensamento; indaga-se sempre, no âmbito da lógica, se a conclusão deriva das premissas usadas. Deseja-se avaliar se as premissas fornecem bases ou evidências seguras para a conclusão, ou ainda, se a afirmação da verdade das premissas garante a afirmação de que a conclusão também é verdadeira. Para este estudo, no entanto, a correta formulação do pensamento não se mostra suficiente, carecendo de uma análise interpretativa da questão jurídica.

Diante disso, os símbolos lógicos ajudam a expor, com maior clareza, as estruturas das proposições e dos argumentos, cujas formas podem ser obscurecidas pela maleabilidade da linguagem natural.

Coppi (1968) enaltece essa contribuição da lógica, pois, com a ajuda do simbolismo, podemos explicar mecanicamente transições no raciocínio, as quais exigiriam, sem os símbolos, uma enorme quantidade de possibilidades para a justificação da validade e correção do argumento usado. Isso não significa que raciocinamos com símbolos ou na forma apresentada pela relação entre os sím-

bolos, mas que os símbolos facilitam e aceleram o entendimento de um raciocínio que faz uso de tais símbolos.

Uma atribuição e, talvez, ambição da lógica contemporânea seria a elaboração de alguma linguagem científica universal, que possibilitasse a eliminação de erros que possam ocorrer no discurso ao se fazer uso da linguagem natural.

Os sistemas lógicos usuais são, na verdade, abstrações criadas com o objetivo de descrever ou sistematizar, como aponta Haack (2002), fatos da experiência ou observação, e suas propriedades.

Assim, o ato de raciocinar consiste, nas palavras de Liard (1979), em tirar novas proposições de outras proposições em que já se achavam implicitamente contidas. O raciocínio é, desse modo, uma ferramenta, como frisado anteriormente, capaz de fornecer dados sobre a utilização ou não de certos enunciados, resultando em um sistema de proposições encadeadas umas às outras. Os encaideamentos ocorrem de acordo com determinadas leis, as quais derivam da própria natureza do pensamento:

Regulam todo exercício do pensamento, sejam quais forem seus diversos materiais; quer se trate de noções relativas às coisas físicas, de noções matemáticas, de noções simbólicas. Acham-se todas submetidas, pela mera circunstância de serem pensamentos, a certas leis fundamentais, universais e necessárias, que se denominam leis formais do pensamento (LIARD, 1979, p. 32).

As operações mentais acontecem em dois planos distintos: sensível e não sensível. As operações não sensíveis são aquelas que não são expressas por palavras ou gestos, permanecendo apenas no plano privado do indivíduo que raciocina. Já as operações sensíveis, são expressas por palavras ou gestos, exteriorizando-se.

Alguma idéia é uma primeira operação não sensível que podemos ter, também designada por conceito. Um conceito manifesta a maneira pela qual algo é apreendido pelo intelecto, lugar em que está a representação e a significação da coisa pensada pelo sujeito pensante. O termo não está oculto no pensamento, mas é a primeira operação sensível do espírito, que ao exteriorizá-la o faz por meio da linguagem. Assim podemos entender o conceito de proposição (sentença, enunciado) como a expressão verbal (ou escrita, ou gesticulada) da idéia, a qual ainda, para algumas situações, mas não todas, podem ser manifestas por meio de símbolos.

Uma segunda operação não sensível é o juízo, que representa o ato do ser pensante afirmar ou negar alguma coisa. O juízo apreende, num universo lógico, duas idéias e as aproxima, efetuando uma comparação, da qual poderá resultar um julgamento de conveniência ou inconveniência entre as duas idéias. Essa comparação é a essência do juízo, como apontado por Maritain (1977), o qual é verdadeiro ou falso.

Após a apreensão das idéias, o juízo formula o julgamento e, ao dar a conhecer, ao exteriorizar, por meio da linguagem, apresenta a terceira operação, que é a enunciação (a proposição). Essa terceira operação intelectual necessita das duas operações anteriores.

Da manipulação das proposições, como indicamos acima, surge o argumento que é designado por Aristóteles (1978) como o ato pelo qual o espírito adquire um novo conhecimento, a partir de um conjunto de informações. Assim, raciocinar é, de certa forma, inferir:

Se existissem regras para inferir, elas seriam regras para descobrir. Na realidade, o pensamento efetivo exige um constante jogo de imaginação e de pensamento. Prender-se a regras rígidas ou a métodos bem delineados equivale a bloquear o pensamento (SALMON, 1978, p. 28).

Os raciocínios matemáticos ou dedutivos acham-se submetidos às leis formais do pensamento e seus princípios. Contudo, ao longo do Século XX, aprendemos que podemos manter certos princípios formais do raciocínio dedutivo clássico em diversas situações, mas apresentamos também outras formas distintas de raciocínio, o que foi evidenciado pelo surgimento de inúmeras lógicas não-clássicas, que diferem da estrutura clássica de se determinar as proposições válidas do raciocínio.

Entre os muitos sistemas não clássicos encontramos aqueles que preservam os princípios aristotélicos, como as lógicas de ordem superior e as lógicas modais, que estendem a linguagem clássica com novos operadores modais, mantendo, entretanto, a parte clássica. Um particular sistema modal que interessa ao ambiente jurídico é a lógica deôntica que será apresentada em tópico próprio.

Considerando que dedução é a forma de raciocínio que ao partir de premissas obtém-se a conclusão, então no direito temos, conforme Montoro (1981), que um enunciado de **dever ser** (operador deôntico), contido na lei, é apresen-

tado como uma primeira premissa, ao passo que o caso concreto que enuncia a realidade é dado como uma segunda premissa e a decisão, ou conclusão, é extraída dessas duas proposições.

O discurso linguístico, exposto por meio de argumentos, precisa que este seja reconhecido como tal, que sejam identificadas as premissas e a conclusão.

Embora dissemos que argumento é uma relação entre sentenças, que vai das premissas para uma conclusão, o temos feito para o argumento dedutivo. No argumento dedutivo, quando as premissas são verdadeiras a conclusão tem que ser verdadeira. Mas há um outro tipo importante e usual de argumento que não é o dedutivo. Trata-se do argumento indutivo. Num argumento indutivo, quando as premissas são verdadeiras, podemos apenas dizer que a conclusão é provável, mas não certa.

Se o argumento tiver início em casos particulares suficientemente enumerados, que postula uma conclusão geral, então temos um raciocínio indutivo, mas se o argumento partir de leis universais, para a inferência de algum caso particular, então este é um argumento dedutivo.

O argumento indutivo é o usual nas ciências da natureza, que a partir da observação de muitos casos, gera uma lei universal tal como “metais dilatam quando aquecidos”.

Para argumentar na esfera do direito é necessário conhecer as referências específicas de um problema jurídico, que são as leis que compõem o sistema jurídico positivo. Na forma apresentada por Barros (19998), essa extração da proposição normativa a partir das normas jurídicas se dá por meio da leitura dessas leis e de uma reflexão lógica. No âmbito da lógica tradicional, a decisão jurídica apresenta-se sob a forma de uma conclusão de um silogismo e exprime a decisão como causalidade, o que forma nexos dedutivos.

Como a explicação do fenômeno jurídico não é uma questão de raciocínio puro, mas também de elemento interpretativo, a ligação dos fatos deve ser revelada pelos próprios fatos, pois a ciência jurídica determina, de acordo com princípios assentes e admitidos, os direitos dos homens na vida social. Dessa forma, a lógica clássica, e particularmente o silogismo clássico, revela-se insuficiente para representar a argumentação presente em um fenômeno jurídico.

Kelsen (1960) não admitia a existência de uma lógica própria para o conhecimento das normas jurídicas, apesar de reconhecer que há lógica no direito.

Para ele, o jurista é responsável por tornar lógico o conjunto de regras editadas pela autoridade competente.

Outros pensadores do direito, de tradição fenomenológica, no entanto, apresentam um ramo da lógica tradicional como sendo a lógica jurídica, dentre eles Vilanova (1977), que a coloca como a formalização da linguagem jurídica e separa aspectos das estruturas encobertas pelas relações sociais e pelos valores.

No entanto, a precisão e o rigor são tidos pela lógica como necessários para se apresentar aquilo que é verdadeiro e também essencial para a decisão jurídica, razão pela qual o direito se ampara na lógica, para não permitir soluções dúbias. Assim, o jurista é também um operador de um discurso dogmático ou um logicista, como apresenta Ferraz Júnior (1993), com nítida arguição de que a lógica tradicional encontra campo essencial de aplicação no ordenamento jurídico, embora esta não seja a única forma de operar o discurso jurídico.

O equilíbrio é posto por Kelsen (1976) na aplicação da lógica ao âmbito do direito, ao declarar que as normas legais requerem alguma referência de conteúdo às condutas humanas, o que implica na utilização de outros operadores, alguns deles agora adotados pela lógica contemporânea, mais claramente, por alguma lógica contemporânea.

Diante disso, reconhecemos que o direito utiliza muito dos princípios da lógica tradicional para a validade do argumento, no desenvolver de sua técnica argumentativa e, desse modo, ao utilizar a expressão lógica jurídica, nesta dissertação, a referência é a uma derivação da lógica tradicional, em que são assumidos os princípios e diretrizes aristotélicas na elaboração de argumentos e postulações no campo do direito, mas sem o requinte da formalização das lógicas contemporâneas, mas como uma semântica. Os operadores lógicos não são suficientes para a solução de questões de ordem prática. O direito deve ser interpretado dentro de um contexto histórico, utilizando os aparatos da lógica, em especial de alguma lógica contemporânea, para sua correta formalização.

4.2 A lógica jurídica no âmbito da semiótica

Com o trabalho de Boole (1814–1864), Peirce (1839–1914), Frege (1848–1925) e Russell (1872–1970), o aparato lógico passou a poder expressar relações e propriedades de argumentos essenciais para a matemática moderna, como

apresenta Haack (2002, p. 212):

Os pioneiros da lógica formal moderna foram motivados fundamentalmente pelo desejo de representar argumentos matemáticos de uma maneira rigorosa. Conseqüentemente, em razão da irrelevância de considerações sobre o tempo verbal para a (in) validade de argumentos matemáticos, eles foram capazes de ignorar em larga escala o fato de que, em argumentos informais sobre assuntos não matemáticos, o tempo é algumas vezes crucial.

Concebida como uma construção da mente, a lógica passou a validar a coerência do pensamento e entendida como uma linguagem, com critérios e padrões de funcionamento próprios, que representam ou expressam o pensamento. Seu objeto de estudo passou a ser, no período contemporâneo, o discurso e no viés matemático, fundamentalmente o discurso matemático.

As estruturas argumentativas e a capacidade lingüística abriram possibilidades também para a pesquisa indutiva, capaz de esclarecer por meio de quais estruturas lógicas a linguagem se processa.

Por outro lado, alguns autores contemporâneos consideram que a lógica está intimamente ligada à teoria geral dos sinais, chamada *semiótica*, a qual é voltada para a análise da estrutura lógica da linguagem. Trata-se de uma tendência que busca resolver os problemas sob o olhar da lingüística.

Peirce (1975), um dos precursores da semiótica, desenvolveu seus estudos apoiado no *semeion* Platônico e Aristotélico, num esquema triádico, com as características de uma filosofia científica da linguagem. A característica marcante dessa corrente é sua preocupação central com o signo, o conceito triádico de signo e a dinâmica do processo semiósico.

Deve-se a esse filósofo a consideração de que muitas proposições filosóficas e científicas não têm sentido e podem ser formuladas unicamente por causa de um conhecimento deficiente da nossa linguagem. É por isso que a análise lógica da estrutura do discurso científico e de suas proposições decorre do adequado emprego de seus termos.

Peirce (1975) apresenta a lógica no âmbito da semiótica como a ciência baseada na observação atenta de toda e qualquer experiência, capaz de fornecer noções para descrevê-las e ordená-las, a fim de construir um quadro capaz de representar todo universo da experiência, e com maior poder de generalização,

em substituição às categorias de Aristóteles. A lógica é denominada por Peirce “semiótica”, termo que considera as condições da experiência de uma inteligência ao pensar. Isso confere à lógica um contexto de experiência, que tem como objeto os signos, não como meras formas ideais, mas como pensamento manifesto fenomenologicamente.

O caminho para a filosofia, de acordo com Peirce (1975), deveria ser percorrido por meio da lógica da ciência, dentro do campo de uma teoria geral dos signos. A lógica como semiótica consiste, pois, numa ciência geral positiva, ou seja, constitui-se numa ciência da experiência, ciência fundada sobre o modelo diagramático verificável pela experiência.

O objeto da lógica, em Peirce (1975), é a mediação entre o sujeito e o objeto, ou em outras palavras, é a ciência da representação e do significado, com domínio do homem sobre suas ações futuras. Dominando a conduta, a lógica permite o conhecimento normativo dessa conduta de forma antecipada. Por meio da inferência dedutiva, a lógica necessita do conhecimento adquirido pela experiência para a explicação dos fatos por meio da formulação de novas hipóteses que introduzem idéias novas. Como a lógica vincula-se às leis que regem o pensamento dedutivo e esses pensamentos são possíveis graças aos signos, a lógica é então, na proposta Peirceana, a semiótica de forma ampliada, ou seja, com alguma semântica.

A amplitude da lógica como ramo da semiótica aparece de forma mais evidente quando o filósofo estabelece os três ramos do processo semiótico: a gramática especulativa; a lógica pura e a retórica. A gramática especulativa recorre à tradição dos modos de significação; ocupa-se das condições que devem estar presentes para que algo seja um signo. Constitui-se em uma ciência que procura construir conclusões verdadeiras tendo por objeto as próprias relações ideais por ela construída. A proposta peirceana é buscar uma compreensão do pensamento dentro de um quadro categorial que não derivasse apenas da proposição linguística, abrindo caminho para uma visão mais ampla da realidade fenomênica.

A lógica, com caráter essencialmente filosófico, é dependente da matemática para suas formalizações, mas cujo objeto é representar aquilo que a razão escolhe como bem e busca alcançar como objetivo (Peirce, 1976).

Peirce (1976) vai conferir à retórica o papel de articular e combinar os fe-

nômenos que povoam o universo total e irrestrito da experiência, por um ato de síntese efetuado por um sujeito num processo semiótico de terceiridade, ou seja, colocado em relação recíproca para um terceiro.

A lógica propriamente dita conserva a função tradicional e ocupa-se das condições de verdade; ao passo que a retórica trata dos sujeitos e, de forma mais concreta, de como um signo nasce de outro signo. Os signos, como parte dos procedimentos pelos quais é possível a construção dos argumentos semelhantes ou prováveis, são utilizáveis no direito e representam o real, possibilitando que se atue sobre ele no futuro, antecipando imaginariamente a conduta para que no futuro a lei se efetive.

Não existe um pensamento isolado ou sem motivo, raciocinamos em vista de uma ação futura. Ele (raciocínio) não se impõe compulsoriamente, mas é exercitado como determinante de uma conduta em vista de um objeto desejado.

O raciocínio, embora único, é composto das seguintes operações mentais: o termo, o juízo, a proposição e o argumento. O termo é a exteriorização da idéia que ocorre por meio da linguagem. Também designado como signo, é a menor parte do argumento expresso pela linguagem. O juízo nega ou afirma alguma coisa, efetuando uma operação de julgamento. A proposição é a exteriorização do julgamento, pois expressa o juízo por meio da linguagem, sendo designada por Maritain (1962, p. 110) como enunciado:

Dizer que a enunciação ou proposição significa o verdadeiro e o falso, é dizer que apresenta ao espírito um objeto ao qual é próprio ser verdadeiro ou falso, e ao qual o espírito pode dar ou recusar seu assentimento.

Para o argumento semiótico, não basta que uma proposição decorra de outra, tendo por fundamento um fato ou o acúmulo de experiências passadas, mas que tanto a premissa quanto a conclusão representam classes gerais de proposições de uma determinada forma, pela qual se articulam em uma necessária associação de idéias, fazendo com que necessariamente colocando-se **P**, induza-se **C**.

O saber jurídico, sob essa concepção, não pode ser reduzido ao conhecimento dos textos legais, mas deve ser também o conhecimento do contexto social em que foi produzido, uma vez que esses textos são produtos dessa mesma sociedade. Admitimos, contudo, nesta dissertação, a interpretação construtiva, a

qual considera o direito não como um sistema fechado, mas com um processo hermenêutico.

Para isso, ao estudar o direito, faz-se necessário a utilização do aparato de outros sistemas lógicos, como apresentados no item seguinte, pois as formas lógicas clássicas são insuficientes para a solução direta dos problemas de ordem prática do campo legal.

4.3 Propriedades semânticas dos sistemas jurídicos

A metateoria é uma ferramenta para a lógica de predicados, desenvolvida por Tarski (1928), denominada também como semântica científica, que se caracteriza como mecanismo auxiliar para esclarecimentos dos elementos constitutivos do conhecimento, e no nosso interesse peculiar do conhecimento jurídico.

A linguagem é o instrumento que permite o acesso às relações de representação e conhecimento da realidade aos processos inferenciais de argumentação e às diversas formas de comunicação jurídica.

A lógica é uma parte da arte do pensar; a linguagem, de acordo com o testemunho de todos os filósofos, é, evidentemente, um dos principais instrumentos úteis ao pensamento [...]. Um espírito que, sem estar previamente instruído sobre a justificação e o justo emprego das diversas classes de palavras, empreendesse o estudo dos métodos de filosofar, seria como aquele que quisesse chegar a ser observador em astronomia sem ter aprendido a acomodar a distância focal dos instrumentos de ótica para uma visão distinta (MILL, 1970, I, p. 1).

Por essa razão, a linguagem assume uma dimensão bastante significativa no âmbito do direito (KELSEN, 1975), uma vez que está em constante interligação com o mundo onde está inserido por meio dos argumentos jurídicos.

A linguagem lógica permite explicações científicas com mais rigor e precisão, mas dificulta o acesso às relações de representação e conhecimento da realidade social, mas a inferência produzida num contexto lingüístico com alguma formalização lógica pode ser bastante relevante para a área do direito.

Reale (1991) apresenta a linguagem como o veículo condutor das idéias e da comunicação, que pode ser apresentada na forma simbólica para fugir das imprecisões. O argumento apresenta a realidade humana sob o olhar de um *lo-*

gos racional, situado historicamente.

A pureza metodológica presente na ciência jurídica ocupa-se do **dever ser** que não pode ser reduzido ao querer; fenômeno psíquico que pertence à esfera do **ser**. O **dever ser** é o sentido de um ato, que preceitua, permite ou autoriza, uma conduta como aponta Kelsen (1976). O **dever ser** é um sincateorema, isto é, uma categoria sintática que não tem significado para si mesmo e precisa de outras categorias que as complementem. A proposição normativa é, no dizer de Vilanova (1977), categoria sintática que tem significação própria.

Para Kelsen, fora da linguagem não há comunicação. A linguagem é a exteriorização do pensamento humano e esta é reduzida a um sistema convencional de sinais, destinados a designarem conteúdos já processados por meio do raciocínio. A linguagem é concebida também como não redutível à lógica. Para haver acesso às relações de representação do conhecimento da realidade, aos processos inferenciais de argumentação e às diversas formas de comunicação e relacionamento social, é necessário o uso da linguagem.

Tarski (1928) estabelece que a inconsistência das linguagens semanticamente fechadas colocando o problema da verdade de uma dada linguagem na metalinguagem. A metalinguagem contém a linguagem objeto e considera os critérios por ele mesmo estabelecidos, sustentando que não existe um problema filosófico propriamente dito, acerca da natureza da verdade e essa noção é perfeitamente esclarecida na media em que se reconhece a equivalência entre a atribuição do predicado de verdade a uma sentença e a afirmação da própria sentença. A concepção do que é verdade em Tarski não pode ser considerada como uma teoria da verdade como correspondência, pois a verdade de uma sentença depende de algo no mundo.

Na perspectiva de Tarski (1928), à semântica cabe estabelecer as propriedades fundamentais dos conceitos que expressam relações entre as expressões de uma linguagem e os objetos que existem no mundo. A sintaxe, trata apenas das próprias expressões e das relações formais entre elas, em abstração das pessoas que as utilizam e dos objetos que pretendem designar. Nesse sentido, a lógica contemporânea apresenta-se com uma multiplicidade de sistemas formais conceitualizados linguística e matematicamente. Uma lógica é concebida como uma linguagem composta de sintaxe e semântica. Aquela inclui tudo o que pode ser tratado como uma combinação de símbolos, sem considerar quaisquer con-

teúdos que esses símbolos possam ter, ou seja, sem considerar o que os símbolos representam. A linguagem não se restringe à linguagem, sendo constituída de regras de inferências realizadas sobre sequenciais de símbolos de certas categorias como fórmulas e sentenças. A semântica de uma linguagem lógica é baseada na noção de interpretação.

O positivismo, ao estabelecer especificações metodológicas para caracterizar o conhecimento como rigoroso, colocou a linguagem humana como uma propriedade lógico-inferencial, inserindo-a no contexto das ciências formais, com operadores da lógica deôntica, apresentados no item 3.4. A linguagem humana constitui-se de um conjunto de propriedades metateóricas que envolve aspectos cognitivos formais, culturais e sociais, aproximando-se da comunicação e da hermenêutica, tratados no capítulo 4 do presente estudo.

4.4 A lógica deôntica

No início do Século XX, vários matemáticos e também filósofos passaram a buscar soluções para algumas questões lógicas, baseados em princípios não aristotélicos, o que possibilitou a obtenção de semânticas distintas das usuais bivalentes ou *Booleanas*, criando, assim, novos sistemas lógicos.

Entre esses sistemas, destacamos os estudos da lógica contemporânea que investigam conceitos e formas para o discurso jurídico que não se encontram no âmbito da lógica tradicional, dentre elas a lógica deôntica, fundada por Von Wright (1881-1973), que trabalha com os operadores de **obrigatório (O)**, **proibido (Q)** e **permitido (P)**.

A lógica deôntica complementa a lógica clássica, uma vez que segue os mesmos princípios e as mesmas regras de inferências da clássica e utiliza operadores que possibilitam uma maior capacidade de expressão linguística, ao admitir uma sintaxe em que os sistemas da lógica clássica se mostram insuficientes. A descrição é de comandos comportamentais, que não admitem contradições no interior do sistema, sob pena de este entrar em colapso.

Assim, a lógica deôntica é a lógica das normas e pode ser vista, de acordo com Gomes (2008), como um sistema intencional que exige formas específicas de semânticas dos mundos possíveis, como aponta Wright:

Os modais deônticos (O, V e P) podem ser considerados inter-definíveis, quer dizer, é possível se referir formalmente a qualquer norma jurídica fazendo uso de qualquer um desses modais (WRIGHT, 1979, p. 87).

Os modais deônticos não podem ser auferidos por valores de verdade ou falsidades, que são característicos das proposições teóricas ou descritivas. Nesta lógica, não há a expressão, “o que é obrigatório é verdadeiro”, tampouco a frase “o que é verdadeiro é permitido”, uma vez que há nítida separação do que se tem como necessidade de fato e necessidade normativa.

A **lógica deôntica** se ocupa das propriedades formais dos operadores de obrigatoriedade, de permissão, de proibição e de indiferença, bem como de questões correlatas.

Seja L o operador modal que representa **é necessário que...** e seja a expressão **é possível que...** simbolizada por M. Se Q significa que $2 + 2 = 4$, então LQ e MQ devem ser lidas como **é necessário que $2+2 = 4$** e **é possível que $2+2 = 4$** ¹⁴, respectivamente. Se a frase LQ for verdadeira, então Q deve ser verdadeira em todos os mundos possíveis (GOMES, 2008, p. 2).

Nos sistemas jurídicos, os enunciados também possuem o operador de negação, pois ao obrigar determinada conduta **p** (i.e., **Op**), tem-se o mesmo que proibir a conduta $\sim p$ (i.e., **Q $\sim p$**); permitir o comportamento **q** (i.e., **Pq**) equivale a não obrigar o mesmo comportamento, ou seja, $\sim Oq$.

As sentenças normativas são apresentadas sempre a partir de dois pontos de vista: um prescritivo e outro descritivo, os quais dependem da interpretação que elas recebem. Para a lógica deôntica, poderão ser interpretada como: a conduta **A** deve ser obrigatória ou a conduta **A** é permitida.

Nos sistemas jurídicos, a proposição legal é composta por uma hipótese descritiva e do conseqüente que é uma proposição prescritiva, a qual é capaz de identificar a estrutura interna desse primeiro membro da proposição jurídica. Ao articular-se em forma lógica de implicação, da hipótese ou antecedente, em sentido formal, para o conseqüente.

A estrutura da norma jurídica apresenta uma regra que determina as relações deônticas de direitos e deveres, e uma regra secundária que apresenta a consequência de não ser observada a conduta devida. Kelsen (1976) diferencia a proposição normativa e a proposição jurídica, ao apresentar a segunda como a

¹⁴ Grifamos.

linguagem que serve de suporte para a linguagem lógica que vem a ser a proposição normativa.

Quando os operadores deônticos têm uma acepção moral, obtém-se uma lógica relacionada com a ética. Quando estes operadores possuem conteúdo jurídico, como por exemplo, obrigatório; quer dizer obrigatório do ponto de vista legal, a lógica resultante dessa operação mental é uma lógica deôntica de natureza jurídica, ou simplesmente, uma lógica legal.

A lógica deôntica é uma forma de lógica vinculada à moral que agrega os princípios do direito, tais como proibições e obrigações, onde o antecedente não pode ser considerado como causa do seu conseqüente. A ligação entre estes polos é por um conectivo diferenciado: o **dever ser**.

A lógica deôntica guarda estreita relação com a lógica modal, que trabalha com os operadores: (i) aléticos: *necessário, possível, contingente e o impossível*; (ii) epistêmicos: *de verificação, falsidade e não decidibilidade*; (iii) deônticos: *de obrigatoriedade, permissão e proibição, ou as modalidades de existência e o vazio*.

Segundo Gomes (2008, p. 3):

A lógica deôntica deve capturar as idéias básicas relativas à obrigações e permissões. Sabidamente, nem sempre as obrigações são cumpridas, de modo que sistemas normativos, de alguma forma, têm de admitir um princípio de precariedade. Logo, não pode haver, na forma lógica deôntica a afirmação: o que é obrigatório é verdadeiro, ou o que é verdadeiro é permitido.

As expressões imperativas não têm a característica de verdade ou falsidade, pois não apresentam a descrição de um estado de coisas, mas sim um comando para um comportamento que pode ser obedecido ou não, ainda de acordo com Gomes (2008). E, para a interpretação jurídica busca a verdade e legitimidade do direito; ela busca a coação, a obrigação e o que não significa necessariamente a verdade.

Nesse sentido é que a lógica deôntica encontra aplicação no âmbito do direito, para propor outras perspectivas que vão além do verdadeiro e do falso. O direito, como mundo do **dever ser**, estabelece comportamentos ideais para a sociedade e, o antecedente apresentado numa peça processual não pode ser considerado como causa do conseqüente, pois a ligação entre eles é feita pelo composto **dever ser**, que é o conectivo que serve de ligação numa relação im-

putativa, entre o antecedente e o conseqüente.

A proposição jurídica que descreve o contido na lei é um enunciado que estabelece entre o antecedente e o conseqüente uma conexão do tipo deôntico. Como comando, o sistema jurídico elaborado pelo positivismo tem que dar aos que estão sujeitos às suas prescrições, o impulso para que a ação ou mesmo a omissão aconteça.

E Bobbio (1995, p. 186) acentua:

Todo o direito de uma sociedade não é mais que um conjunto de imperativos; tão estritamente ligados entre si que a desobediência a uns constitui freqüentemente o pressuposto daquilo que por outros é comandado.

A proposição jurídica, segundo Kelsen (1976), pode ser verdadeira se houver descrição fiel da norma pelo jurista e será falsa se essa descrição não for levada a efeito com rigor. O direito positivo desconsidera, no seu interior, as contradições que dependem dos critérios de pertinência, isto é, as proposições normativas que compõe o seu objeto são de estrutura deôntica. Portanto, as estruturas do direito positivo revelam o que estas têm de encoberto por meio da interpretação desses conteúdos.

Capítulo 5
A interpretação jurídica

5. A interpretação jurídica

O alcance que a interpretação das leis, tratados e regras jurídicas assumem é dado por uma operação que acontece na mente do jurista, operação esta de natureza eminentemente lógica. Ela, (a interpretação), é neste estudo, um método para subsidiar a prática jurídica.

A interpretação, no século passado, foi compreendida como um mecanismo de explicitação do conteúdo trazido na lei pela vontade do legislador. Posteriormente, a interpretação passou a ser uma forma de mostrar o sentido da regra, com uma visão sistemática do direito.

Juntamente com a religião, o mito e a linguagem, a lei representou a forma pela qual a sociedade se identificava e procurava manter essa identidade por meio da objetivação de sua essência real. Isto, de acordo com Martins e Poker (2010), é prioritário na investigação da legitimidade do processo hermenêutico jurídico, uma vez que a leitura (no sentido interpretativo) que os juízes fazem das leis reflete outros temas como tradição, autoridade e valores.

Ao se buscar decisões que atendessem a um ideal de justiça, tendo em vista a defasagem entre o sistema legal e inúmeros casos que careciam de soluções que fossem consideradas legítimas pela sociedade, houve, por parte dos juristas do século XX, uma tendência à argumentação construtiva.

Na dialeticidade entre a existência concreta e as diversas formas de representação, há a construção de um sistema definido, que varia conforme o contexto histórico da sociedade da qual origina, com forma de regulação. E a legislação é instrumento de regulamentação social, devendo ser sempre entendida no contexto das necessidades objetivas que a gerou, pois o exercício hermenêutico não tem nenhuma utilidade se não for subsidiado por um sistema de normas, segundo Martins e Poker (2010).

Assim como a linguagem e a religião, representando a identidade coletiva do agrupamento social, a lei não é apenas a representação abstrata das normas de conduta da comunidade que representa, mas é, ela própria a sociedade em seu aspecto legal. Dessa forma, a lei deve ser compreendida no contexto de um pensamento racional já formulado, expresso num sistema de símbolos vinculado à experiência e por ela contido, até a expressão de sua força ordenadora, mediante a categoria objetiva da lei. E, Gadamer (2002) esclarece que a hermenêu-

tica jurídica objetiva sanar certas deficiências e casos excepcionais ao sistema da dogmática jurídica.

A linguagem é fundamental para o direito, pois é por meio dela se exprime o válido ou o não válido e sem o seu domínio o sistema jurídico poderia apresentar demasiadas obscuridades e poderia sua aplicação não alcançar o fim social a que se propõe.

A norma jurídica sempre necessita de interpretação. A clareza de um texto legal é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação; podem surgir (MAXIMILIANO, 1994, p.1).

Uma mesma expressão pode parecer clara numa análise superficial e, revelar-se obscura ao ser examinada em suas relações com outros elementos correlacionados ao direito.

As leis são formuladas em termos gerais, abstratos, sem contudo prever todas as questões sobre as quais vai incidir, por isso é necessário buscar o sentido e alcance das expressões nelas contidas. Esse entendimento não é aceito pelos positivistas da corrente kelseneana, como anota Martins e Poker (2010), pois para esta corrente do direito, aquilo que se aceita como definição da justificação ou é convencional ou é uma questão de aceitação de uma proposta feita por meio da argumentação jurídica.

A sensibilidade do juiz na interpretação das especificidades de cada caso concreto que tem diante de si é fundamental para que no exercício interpretativo ele possa encontrar a norma adequada a ser aplicada a fim de garantir justiça naquela situação específica. A sua imparcialidade e independência são essenciais para o bom funcionamento da justiça, não podendo, contudo, prescindir de examinar o contexto social e político em que ela é exercida (MARTINS e POKER: 2010, p. 173).

A lei só se caracteriza completamente como norma legal relacionada à vivência moral humana, na medida em que se distingue da experiência que lhe deu origem, no momento em que se torna lei escrita. Martins e Poker (2010) completam que, o aplicador da lei ao examinar o caso concreto tem sempre diante de si a existência de uma sociedade pluralista, com diferentes visões de mundo.

5.1 Semântica e/ou Interpretação

Interpretar significa partir do signo para o objeto significado, ou, nas palavras de Bobbio (1995), é buscar o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada. Como a linguagem, tanto escrita como falada é um complexo de signos, os quais podem ser substituídos por outros signos, é que ela necessita de interpretação.

A interpretação é uma atividade muito complexa que pode ser concebida de diversos modos. Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois pólos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se neste sentido respectivamente de interpretação **segundo a letra** e interpretação **segundo o espírito**¹⁵ (BOBBIO, 1995, p.213).

Como a relação entre significante e significado é em larga escala convencional, o intérprete pode reconstruir fielmente o que pretendia o autor dos signos a serem interpretados, ou dar-lhes uma roupagem de acordo com o seu tempo histórico.

Um dos campos em que a interpretação mais se faz presente é o direito, posto que o texto da lei nem sempre diz, em sua comunicação externa, o que a sociedade anseia, o que parece sugerir uma investigação sobre o que a linguagem produz na mente daquele que a descreve.

O século XX foi marcado pela reviravolta científica que passou a ver os problemas referentes ao conhecimento como sendo problemas relacionados à linguagem. Percebeu-se que a matemática, uma ciência em que as linguagens jogam papel proeminente na investigação científica, seria rigorosa e formalizada, o que possibilitaria explicações mais precisas.

No entanto, uma linguagem apenas simbólica, com o rigor das regras lógicas não é capaz de traduzir todo pensamento jurídico produzido na atualidade. Por isso, muitos pensadores passaram a defender a tese de que o direito não se esgota nas leis, mas que deve ser visto como a expressão da vontade do povo legislada para uma determinada sociedade, num contexto histórico e num pro-

¹⁵ Grifo do autor.

cessamento lógico, com a incumbência de cumprir a sua função social.

Tarski (1901-1983) ao investigar as relações que se estabelecem entre as linguagens formais e o conjunto de objetos sobre os quais essas linguagens podem ser interpretadas, introduziu um novo campo de investigação lógica, com ênfase sobre a semântica associada, denominada Teoria dos Modelos, de forma que as proposições verdadeiras sejam formuladas sobre tais elementos teóricos.

Depois de resultados alcançados por Godel¹⁶, a semântica lógica adquiriu importância sempre mais central, já que é possível demonstrar que, se um cálculo admite um modelo, então esse cálculo é coerente. E assim consegue-se ter prova de coerência de tipo semântico (REALE, 1991, p. 971-972).

O conhecimento jurídico não poderia ficar restrito ao conhecimento das regras legais, mas, estender-se para o conhecimento da sociedade produtora desse mesmo sistema. A interpretação passa a ser o momento de reflexão sobre a sociedade, com vista a sair do texto e buscar sua finalidade social, por meio de uma descrição científica dessa mesma sociedade.

Esse movimento científico no campo do direito é resultado de reflexões de autores como Roscoe Pound (1870–1964), François Gény (1861–1969), Leon Duguit (1859–1928), Von Jhering (1859–1928) e Eugen Ehrlich (1862–1922). No Brasil, Clóvis Beviláqua (1859–1944), Pontes de Miranda (1892–1979) e Carlos Maximiliano (1873–1960), desenvolvem o pensamento de que o sistema jurídico deve ser instrumento de justiça social, e não um mero regulador da vida em sociedade.

O direito positivo é legitimado por parâmetros de justiça social, com nuances de uma interpretação mais flexível, de maneira a adequar o sentido normativo às aspirações sociais, porém sem alterações no texto das leis vigentes.

A relação entre lógica e semântica, construída pela inferência, em sua forma dedutiva, é baseada em regras; contudo, a sua forma discursiva é baseada em noções como a de relevância, segundo Campos (2009). A interpretação para o positivismo jurídico cabe, nesse sentido, à jurisprudência, que consiste em uma atividade criativa do direito.

Bastos (2002) apresenta, contudo, uma diferença clara entre interpretação e hermenêutica. A hermenêutica busca investigar a origem, alcance e validade das regras jurídicas, de forma abstrata, ao passo que a interpretação con-

¹⁶ A autora se refere a Kurt Godel (1906–1978).

siste em estudar o caso sobre o qual a regra vai ser aplicada, de forma concreta.

Assim como as tintas não dizem onde, como ou em que extensão deverão ser aplicadas na tela, o mesmo ocorre com os enunciados quando enfrenta-se um caso concreto. Por isso, não é possível negar, da mesma forma, o caráter evidentemente artístico da atividade desenvolvida pelo intérprete (BASTOS, 2002, p. 17).

A interpretação não pode perder de vista a realidade social, pois o direito sozinho não garante a realização do ideal de justiça. E Gadamer (1983) esclarece que a interpretação é um meio de se alcançar o justo. A interpretação deve levar em conta a busca pelo bem comum. Assim, interpretar é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a realidade social.

Interpretar não significa desconsiderar a rigidez do positivismo, a pretexto de assegurar o bem comum e atenuar as injustiças sociais, isto porque o objetivo da legislação é exatamente estabelecer um ordenamento que possibilite a realização do justo.

A função interpretativa é de natureza lógica e prática, que pesquisa os elementos racionais com apoio e conexão com outras normas e com o sistema como um todo. A interpretação que mais se desenvolveu no interior da teoria do direito positivo é a interpretação jurisprudencial. Esta consiste em procurar a vontade do legislador nos signos contidos nos textos legislativos e expressa por meio destes signos.

Para a interpretação jurisprudencial, o positivismo busca o sentido do texto, no ambiente léxico, e vislumbra externar os motivos que levaram o legislador à elaboração da lei, na correlação dessa lei que está sendo interpretada, com outras leis e ainda, identificar o sentido do texto no referencial histórico. Martins e Poker (2010) apontam para o que Habermas considera a assumpção de uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental, procurando adequar os meios aos fins, prevalecendo a universalidade e não os valores, pois as normas, ao lado dos princípios, possuem uma força de justificação maior, uma obrigatoriedade geral, como mostram Martins e Poker (2010, p. 171):

Argumentos baseados em valores têm em conta não o que é correto, mas o que é bom para uma comunidade, e a fundamentação por valores de um argumento ou discurso, isto é, a fundamentação axiológica diz respeito ao que é melhor para uma comunidade e não para todas. Já um discurso jurídico, cuja fundamentação deontológica leva em conta não o que é bom para

determinado grupo ou comunidade, mas a correção normativa que pressupõe a possibilidade de se fundamentar em termos racionais, isto é, em termos universais, uma certa ação: trata-se de uma fundamentação que requer análise, esforço interpretativo. A interpretação é um ato de atribuição de sentido (MARTINS e POKER: 2010: p. 171).

Como o positivismo admite a existência de lacunas no sistema jurídico, os teóricos desta corrente filosófica admitem também a interpretação integrativa através da jurisprudência. A abstração e universalização das regras jurídicas apontam para problemas de aplicação, pois o sentido não é algo que se mostra claro no texto, mas este é atribuído pela argumentação jurídica que é próprio de cada caso concreto em que a lei vai ser aplicada.

A interpretação jurisprudencial explícita, por meios lógicos e racionais, o conteúdo das normas vigentes. Dessa maneira, a jurisprudência é momento de interpretação do direito e a sua tarefa consiste, nas palavras de Bobbio (1995, p.213), “no remontar dos signos contidos nos textos legislativos a vontade do legislador expressa através de tais signos”.

5.2 A proposta de Hans Kelsen

Em suas obras, Kelsen não se preocupa com a questão da interpretação. Essa é a razão pela qual é acusado de tratar de forma estática e pouco evolutiva a interpretação, como assevera Bobbio (1995). Entretanto, o positivismo não se apresenta como uma teoria contrária à interpretação, mas, aponta que esta deva ser feita de forma textual, admitindo ultrapassar o texto legal num sentido integrativo, desde que não contrarie a legislação.

Kelsen afirma que o intérprete exerce sua competência de concretização da norma superior e, para tanto, deve respeitar a “moldura” ou “quadro” (Rahmen) criado por essa norma. Isso significa que a norma oferece ao aplicador um leque de alternativas, cabendo a ele (e somente a ele) decidir qual será efetivamente adotada (DIMOULIS, 2006, p.210).

Ao intérprete cabe exercer sua função segundo os limites da lei, respeitando a “moldura” ou “quadro” criado por essa norma. A própria norma oferece na aplicação um leque de alternativas, cabendo a ele (intérprete) e somente a ele decidir qual será escolhido. Esta é a diferença entre Habermas e os juristas da corrente positivista. A comunidade jurídica deve ser levada em consideração, o

juiz não decide mais sozinho, não se admitindo mais o solipcismo jurídico.

Para Kelsen, o jurista deve servir-se de meios apresentados pelo legislador para interpretação do sistema normativo que são: (i) a interpretação gramatical que é a forma usada para definição do significado dos termos usados pelo legislativo, por meio de um processo lingüístico; (ii) a interpretação lógica, que procura identificar qual a finalidade pretendida pelo legislador ao por a norma em vigor; (iii) a interpretação sistemática que busca identificar a coerência da norma dentro do sistema legal vigente.

Ao tratar da interpretação, Kelsen apresenta o caráter cognitivo do direito, uma vez que o aplicador da lei, ao fazê-lo, busca alternativas no sistema normativo, realizando uma escolha dentre as leis vigentes. Há, nesse momento, uma manifestação de vontade do jurista e não uma singular operação lógico-dedutiva.

Kelsen (2000), no entanto, deixa de apontar quais os métodos que devem ser utilizados na interpretação, razão pela qual é acusado de niilista. Ele nega qualquer prescrição acerca da interpretação, pois isso a tornaria incompatível com a pureza preconizada por ele.

A esse respeito Dimoulis (2006) manifesta preocupação, pois, constatar que alguém que tem o domínio de uma situação e ao mesmo tempo não pode influenciar o curso dos acontecimentos, não significa que não possa julgar o ocorrido.

Bobbio (1995) aponta ainda, que o positivismo de Kelsen admite o meio de interpretação que busca em documentos históricos a perquirição sobre a vontade do legislador e a interpretação que se utiliza de meios indicados pelo próprio sistema jurídico para efetuar uma integração com outras leis vigentes. E, isto ocorre utilizando-se da analogia, de tipo silogístico, que busca em premissas dadas a consequência semelhante.

Ao evidenciar a diferença entre o raciocínio por analogia presente no positivismo, e no silogismo, Bobbio (1995, p. 218-219) apresenta o primeiro com quatro termos, com semelhanças relevantes e o segundo três termos.

Ao utilizar o raciocínio por analogia na interpretação jurídica, o positivismo jurídico nada mais fez do que continuar uma longuíssima tradição precedente. O que introduziu de novo é uma certa justificação da legitimidade do raciocínio analógico e, assim, o conceito de vontade presumida do legislador. Ao esten-

der, em via analógica, uma certa norma a um caso por esta não previsto, o intérprete aplica a vontade do legislador, visto que este não previu tal caso, mas se o tivesse previsto o teria regulado de tal modo (BOBBIO, 1995, p. 218-219).

O raciocínio por analogia caracteriza-se pela afirmação de semelhança e não de identidade. O que o positivismo, contudo, não aceita é uma interpretação fora da estrutura fornecida pelo ordenamento jurídico.

Os críticos do positivismo jurídico encontram razão na negligência acerca dos métodos para interpretação, chegando a ser abordado tal método como formal, retórico e estéril. Ao pretender retirar qualquer elemento sociológico ou metafísico do direito, o positivismo jurídico retira também o método para a interpretação, relegando-a a um mero exercício acadêmico, nas palavras de Dimoulis (2006).

Referindo-se à teoria da interpretação em Kelsen, Ferraz Júnior (1977) observa que a proposição jurídica que descreve uma determinada situação e, se o julgador verificou que determinado indivíduo infringiu aquela regra estabelecida, aplicando a pena prevista, está atribuindo sentido à proposição normativa.

No século XIX, há um afastamento da interpretação jurídica do estudo da linguagem, sendo que o direito é visto dentro de seu ordenamento específico, com ênfase especial ao “dever ser” social, em detrimento do ser. A hermenêutica vista então como método de interpretação, será utilizada pela filosofia jurídica, que a tem como termo próprio.

Ferraz Júnior (1994) retoma o conceito de sistema para o meio jurídico, colocando a hermenêutica como a inclusão da norma a ser interpretada em relação à totalidade do sistema. Por sistema o autor conceitua como: [...] a soma de suas partes, como no modelo tecnicista e mecânico, tal qual o funcionamento de um relógio, submetido a um sistema lógico (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p.265).

No entanto, o autor apresenta, no âmbito do positivismo, a questão da verdade, posto que a lei, por vezes, não é clara, indagando se a verdade jurídica estaria no encadeamento de premissas segundo o rigor lógico, na qual a premissa maior corresponderia à norma, a premissa menor ao fato, gerando uma conclusão válida por si mesma, ou se estaria em outro fator, como os valores éticos e morais ou ainda na noção de sobrevivência. Em resposta, Ferraz Júnior (1994, p. 314) sintetiza:

Em meados do século XIX ocorre uma polêmica. De um lado, aqueles que defendiam uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, a partir da qual, com o auxílio de análises lingüísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei. De outro lado, foram aparecendo aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade, até que, já no final do século XIX e início do século XX, uma forte oposição do conceptualismo desemboca na chamada escola “Libre Recherche Scientifique”¹⁷ e da Freirechtsbewegung¹⁸, que exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos. Desenvolvem-se, nesse período, métodos voltados para a busca do fim imanente do direito (método teológico) ou de seus valores fundantes (método axiológico) ou de suas condicionantes sociais (método sociológico) ou de seus processos de transformação (axiológico-evolutivo), ou de sua gênese (método histórico).

Ao silenciar quanto aos métodos para a interpretação, Kelsen apresenta coerência com o conjunto de sua obra e com o positivismo filosófico, pois o positivismo pretende uma aplicação do direito de caráter cognitivo, de maneira que o intérprete deva encontrar dentro da própria lei a ser interpretada, uma alternativa, mas com coerência lógica, eis que, para interpretar é necessário conhecer o sentido da lei, adotando uma postura cognitiva, que não é específica de Kelsen, mas que se encontra presente no positivismo em geral.

5.3 A Interpretação no âmbito do Positivismo

Próxima das interpretações de textos sagrados, a hermenêutica, também designada como forma interpretativa, surge em razão das controvérsias dos textos teológicos e se desenvolve entre os filósofos e estudiosos do direito.

A crise das ciências na metade do século XX é algumas vezes considerada mais de significado do que propriamente de cientificidade. Deslumbrado com a prosperidade que o positivismo apresentava, o homem afastou-se dos autênticos problemas sociais. Husserl (1859–1938) aponta que os homens, ao exigirem soluções dos problemas humanos colocam em dúvida a racionalidade

¹⁷ NT – Escola livre de pesquisa científica

¹⁸ NT – Movimento do direito livre

científica, por afastar-se do mundo da vida¹⁹, uma vez que toda objetividade não é absoluta e a subjetividade presente no mundo da vida necessita ser compreendida e, para isso, faz-se necessário ser interpretada.

A retomada da hermenêutica, depois da II Guerra Mundial, procurou questionar se os direitos humanos teriam sido esquecidos diante das autonomias dos diferentes Estados. As exceções dos regimes totalitaristas irão alterar a interpretação do direito depois de 1945.

O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário (PERELMAN, 1998, p.91).

Nesse sentido, no mundo em que a instrumentalização do direito se faz preponderante, e é marcado por uma concepção tópica do raciocínio jurídico, esse novo período irá se caracterizar pela construção de um direito como técnica de solução de problemas, de natureza arbitrária e não axiológica. Dentro de uma ordem funcional, todo aquele que vive em uma sociedade regulada por normas; é um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo do processo hermenêutico.

Com a pureza metodológica proposta, que procura o significado concreto das normas, Kelsen propõe a mudança da racionalidade material para a racionalidade formal, numa visão procedimentalista onde o direito regula sua própria criação e dessubstanciação do direito.

Procurando assegurar a autonomia do direito frente às invasivas interferências de outras ciências sociais, Kelsen busca na “razão pura” de Kant a base de sustentação epistêmica, num processo de depuração científica do direito, diferenciando o “dever ser lógico” de um “dever ser” axiológico. O direito positivo é um sistema que se isola dos demais sistemas sociais, embora a regulação da conduta se dê pela conversão da realidade fenomênica em elementos normativos. De qualquer modo, a interpretação do sistema jurídico no âmbito positivis-

¹⁹ A noção de mundo da vida em Husserl recupera e valoriza, as vivências subjetivas, pré-teóricas, sensíveis e necessárias à construção de uma filosofia que busque ampliar o conceito de razão e de *logos*.

ta acaba por acentuar, na medida em que elimina o sentido ilocucionário do mandamento jurídico, a importância da institucionalização do Estado e da ameaça de sanções.

O positivismo mostra a inacessibilidade dos problemas de valor a critérios racionais, não negando, contudo, os valores como integrantes da experiência jurídica, ao mesmo tempo em que reconhece a presença destes na prática profissional dos juristas. Como a interpretação é feita pelo órgão encarregado de aplicar o direito, esta é denominada de interpretação autêntica, ou seja, vincula o legislador ao preenchimento das lacunas que foi objeto de severas críticas, formuladas por aqueles que refutam o pressuposto de um sistema jurídico fechado em axiomas rigorosos, negando a redução científica da experiência jurídica a formas e estruturas.

Mas, como o sistema jurídico deve ser visto como um ordenamento material, aberto a diferentes conexões com o mundo da vida, as modernas teorias da argumentação, na proposta *habermasiana* não conflita com a coerência interna do sistema de idéias de Kelsen, posto que a compreensão é uma dimensão intrínseca do homem, que faz desdobrar novas experiências, por meio da interpretação de experiências anteriores. O sujeito, ao interpretar, abre a possibilidade de captar de modo genuíno o conhecimento. Mas, para isso, Gadamer (1900/2002) estabelece que a interpretação implica em não deixar que pré-disponibilidade, pré-evidências e pré-cognições de caso ou opiniões comuns interfiram no processo de compreensão, sendo preciso que a compreensão se dê pelas próprias coisas, garantindo a cientificidade do conhecimento.

Reale (1991) aponta que a interpretação deve ser despida de arbitrariedades e limitações dos hábitos mentais, mantendo o olhar firme sobre o objeto ou fenômeno a ser interpretado, de maneira a superar todos os juízos de valores, mas que possa estabelecer um projeto provido de sentido, o qual deve ser revisito continuamente, com base no que decorre da penetração para além daquilo que se está para interpretar.

A interpretação não é uma tarefa que pode ser feita de maneira apresada, mas que exige que as hipóteses interpretativas sejam submetidas às provas e evidências. Por isso Gadamer (1976) aconselha aquele que pretende compreender um texto, para a disposição de estar pronto para que ele (texto) lhe diga alguma coisa, permitindo a alteridade. Isto não importa, no entanto, em neutra-

lidade objetiva, mas, numa tomada de consciência das próprias pressuposições. Para isso, os participantes do processo argumentativo carecem de buscar sempre a verdade, de forma livre e imparcial, tendo como instrumental a força do melhor argumento. E este não é separado da contingência dos participantes do processo de produção, reprodução e recepção da norma aplicada.

O intérprete, desde a perspectiva gadameriana, está sempre vinculado a um dado horizonte hermenêutico, que é o campo de visão, ou o âmbito de acesso ao mundo disponível a ele de acordo com o seu ponto de vista, ou seja, de acordo com a sua situação hermenêutica. Horizonte hermenêutico “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto” (MARTINS e POKER: 2010, p. 182).

Para Gadamer (2002) a interpretação para ser boa e aproximar-se do ideal de justiça é aquela que se mostra adequada dentro do contexto transmitido pela tradição. Dessa forma:

Compreender e interpretar acontece onde se põe algo de tal modo que não é possível aboli-los. Interpretar consiste em “concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação”. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica (MARTINS e POKER: 2010, P. 185).

As pressuposições não importam em silenciar o texto objeto de interpretação, mas, em compreender com consciência metodológica, verificando e alicerçando a compreensão sobre o objeto interpretado.

O cientista não vê todas as conseqüências da teoria que criou, não as vê porque não pode vê-las porque faltam-lhe aqueles pedaços de palavras que permitiriam a sua extração; assim, não vê o desenvolvimento histórico da sua teoria (REALE, 1991, p. 632).

Com isso, podemos afirmar que a interpretação de normas jurídicas, por serem complexas, admite uma diversidade de olhares e de explicações e de enfoques, o que propicia uma pluralidade de explicações. Contudo, não desejamos dizer que comporta uma diversidade de verdades, mas que confere validade a um enunciado quando houver adequação a um conjunto de critérios antes determinados e aceitos pela comunidade em que vai se aplicar a interpretação, onde a regra legal será aplicada.

5.4 A interpretação construtiva

Na reflexão interpretativa, o destaque é para o significado ontológico positivo do fenômeno que se pretende interpretar, e este ato há que ser subsidiado por um sistema normativo.

O sistema jurídico encontra-se sempre referenciado a valores, na medida em que defende comportamentos que procuram atingir fins mais elevados. Pensar o direito ou o que devemos entender como direito é pensar qual o campo de incidência e qual a sua interpretação.

O positivismo conduziu a uma visão do direito como objeto do conhecimento científico, na forma de um “dever ser” esvaziado de qualquer conteúdo. A percepção positivista tomou juridicidade e contingência como características do direito moderno, e tornou possível a formação da moderna ciência jurídica despida de toda contingência.

Ao eliminar a contingência, a interpretação jurídica tornou-se um problema, sendo tratada com formalismo procedimental redutivo, caminhando para a indeterminação e conduzindo aqueles que se dedicavam ao estudo do direito na busca do fundamento do direito para além de sua positividade. O problema da interpretação em Kelsen foi deixado de lado, para posteriormente tornar-se o centro da própria concepção do direito.

Ao interpretar, buscando o significado de alguma coisa em função das razões que o orientam, ou em outras palavras, compreendendo o significado da experiência, procura-se compreender e operar uma mediação entre o presente e o passado; desenvolvendo uma série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige a nós, tal qual posto por Gadamer (1983).

A jurisprudência é o resultado da tarefa de atualização, apropriação e aplicação do sentido da lei, na busca orientada para a ação do aplicador da lei ao caso concreto.

Quando Gadamer descreve a tarefa daquele que dispõe do entendimento ético de tal modo que ele precise perceber, pela situação concreta, que ela exige que ele tenha de reconhecer as exigências concretas que decorrem da própria situação, então isso somente deve ser entendido, após a perda do ethos, no sentido da desoneração de validade. Para cumprir essa tarefa, devemos examinar adequadamente todos os sinais característicos da situação (MARTINS e POKER: 2010: P. 190).

Quando compreendemos um texto, quer seja ele jurídico ou não, apreendemos o sentido, o significado e a perspectiva daquilo que nos foi transmitido; ou em outros termos, apreendemos o valor intrínseco dos argumentos apresentados.

Aquele que se propõe a compreender um texto faz sempre um projeto. Antecipa um sentido do conjunto, uma vez que aparece um primeiro sentido no texto. Este primeiro sentido se manifesta, por sua vez, porque lemos o texto com certas expectativas sobre um determinado sentido. A compreensão do texto consiste na elaboração de tal projeto, sempre sujeito a revisão com resultado de um aprofundamento do sentido (GADAMER, 1983, p.65).

No lugar de pretender dominar o fenômeno jurídico, procura-se antes compreendê-lo, apontando para a importância do contexto histórico do qual fazem parte o sujeito e o objeto a serem interpretados, respeitada a dialética e os valores que sustentam o processo interpretativo.

Uma mudança de paradigma nessa área foi introduzida por Habermas (1989), para quem o diálogo e a ação comunicativa estão inscritos na linguagem e conduzem ao entendimento que é objetivo da linguagem humana.

Esse argumento indica como Habermas, para considerar o direito e sua hermenêutica contextualizados, faz uso de um recurso metafísico garantidor de um saber *ab ovo*, condição para o diálogo: no diálogo existente no mundo da vida (MARTINS e poker: 2010: p. 191).

A comunicação e a lógica de consenso em Habermas (1989) são as formas em que a legislação vai encontrar legitimidade. A legislação é um sistema que ao ser colocado em debate, em um confronto público de argumentos privados, poderá, pelo consenso, aproximar-se do necessário ao interesse geral.

A aplicação do direito positivo reclama uma participação da publicização das idéias particulares e da crítica. O debate constitui-se em um processo de esclarecimento da lei e do poder institucionalizador, operacionalizando, a partir do debate, uma prática argumentativa. Ao utilizar-se de uma expressão lingüística, o sujeito verbaliza o conteúdo de seu raciocínio e manifesta explicitamente sua intenção ao ouvinte. O conteúdo do proferimento daquele que discursa é a descrição de um estado de coisas cujo conjunto compõe aquilo que entendemos por mundo. O mundo pode, então, ser definido como o conjunto de entidades

sobre às quais são feitas afirmações verdadeiras.

Nesse momento, Habermas (1989) aponta a hermenêutica como o único caminho em direção à discussão racional, onde o processo de investigação é organizado pelos sujeitos participantes, por meio do conhecimento, no contexto objetivo do ato que se pretende conhecer, em conexão empírico-analítica, apresentando a interpretação neutra e descontextualizada como sendo impossível de ser realizada no processo hermenêutico.

Para Habermas (1989) não há ausência de valores nesse ato, uma vez que a hermenêutica produz a compreensão histórica, vinculando o saber técnico à dimensão social. Ao desprezar a compreensão, o positivismo apóia a observação como método de análise das ciências, reduzindo a linguagem a comportamento, o que o filósofo propõe rever por meio de uma análise histórica da sociedade.

Ao estabelecer que as instituições lingüísticas são experiências coletivas do consenso, numa dialeticidade interativa, há uma clara indicação de que o diálogo pressupõe entendimento e receptividade do outro, estabelecendo um sentido lingüístico. Só há discurso, para Habermas (1989), quando o significado de uma pretensão força os participantes do diálogo a suporem que um acordo motivado de forma racional possa ser alcançado; ou seja, quando a argumentação é conduzida de forma aberta e contínua pelo tempo que for necessário.

A ação comunicativa se torna uma maneira de combater a dominação social por mecanismos reguladores da vida social, dentre eles as normas legais que, uma vez editadas não mais podem ser desrespeitadas sem que o transgressor sofra punições.

Na sociedade contemporânea, o direito representa o modo de pensar de um grupo de dominação, que serve à conservação e perpetuação desse mesmo pensamento privado, com características de publicização, para o aumento da produção e manutenção das forças produtivas sob domínio. Nesse ponto, o pensamento habermasiano apresenta o consenso como sendo a base de um agir médio lingüístico, que pode legitimar o direito que é coercitivo.

Legitimidade em Habermas (1989) significa crença de que o direito estabelecido é digno de ser respeitado. E, essa legitimação se refere à possibilidade que os juízes têm de aplicar a penalidade quando existe um conflito de interesses, tendo por base o sistema legal vigente. Ao aplicar a lei, o Juiz interpreta o

consenso da sociedade, que por meio do direito positivado diz como quer conservar-se. Essa legitimação normativa apresenta uma reconstrução histórica da lógica do desenvolvimento, expressa por meio dos argumentos demonstrativos do entendimento do grupo social.

Quando alguém diz algo dentro do contexto jurídico, ele se refere também a algo no mundo social e no mundo subjetivo do falante, como resultado de suas vivências pessoais. Nesse sentido, “quem observa ou opina que **p**, ou quem tem a intenção de **p**, assume uma atitude objetivamente em face de algo no mundo” (HABERMAS, 1989, p.42).

Ao interpretar, o jurista faz um exercício construtivo, buscando tornar a prática jurídica a melhor possível, criando um direito novo, na forma de relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é devidamente compreendido. A interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, procurando torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero dos quais se imagina que pertençam.

O direito tem na aplicação seu momento especial. Esta é uma ação comunicativa que utiliza a linguagem como meio para se expressar, num processo triádico em que o proferimento do discurso jurídico expressa a intenção do escritor sobre algo no mundo e que o leitor assume como uma atitude performativa.

Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é, em certa medida, uma tentativa de dizer algo de maneira particular e especial. Os juristas, ao interpretarem, dizem o que o direito positivo é, o que significa dizer que este não depende de convenções especiais, mas, de interpretações refinadas e concretas, ou nas palavras de Dworkin (1999), nenhuma máquina eletrônica pode elaborar, a partir dos argumentos dados, um programa capaz de fornecer um veredicto aceito por todos, ainda que todas as leis e decisões passadas fossem colocadas à disposição de um programa computacional.

A interpretação construtiva mostra um caminho melhor em relação ao passado e compete aos filósofos comprometidos com o direito, a tarefa de colocar essa ambição do direito positivo em prática, numa visão diferenciada do nihilismo que nega a possibilidade de qualquer interpretação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de Kelsen implica em um posicionamento formalista da vida do direito. A predominância da forma, com a justificativa do apriorismo transcendental de origem kantiana, traduz em perigosas possibilidades de violação à liberdade e outros valores humanos. Na ausência da análise do conteúdo, estabelecendo-se a equiparação entre os conceitos de validade e vigência, o normativismo kelseniano permite a penetração dos mais variados conteúdos subministrados pela política e pela economia dos grupos que estão no poder.

O normativismo, tomado em seu sentido *strictu*, possibilita a perda de dimensão essencial para a caracterização do direito e de sua vida, a facticidade, transformando-se em verdadeira abstração. O problema da justiça social que parece ter ficado de lado no positivismo jurídico, em sua concepção estrita, foi preservado, no entanto, pela filosofia e pela política, como uma questão ética e é elemento do sistema jurídico que se auto-regula, obediente a um sistema operacional único e hierarquizado.

A limitação do direito para reduzir os complexos problemas sociais é decorrente da limitação do próprio Estado, que reduz o direito a um sistema binário fechado, admitindo apenas a licitude e ilicitude do fenômeno, embora as decisões provoquem reflexos em outros sistemas estatais.

A dimensão ontológica do homem supõe um conteúdo, uma matéria que surgirá na interpretação construtiva. Não se pode perder de vista que o normativismo guarda dois momentos: um momento lógico e um momento histórico, enquanto determinação refletida da realidade sócio-cultural em que o direito está positivado e é uma forma lógica dialética.

Como apresentado no decorrer do estudo, o direito requer uma prática interpretativa para interromper o paradoxo provocado pelo rigor lógico em sua aplicação que o distanciou da sociedade, colocando o intérprete como um conector do texto legal com o contexto social, em que está inserido quando de sua aplicação.

A semântica deve construir o direito dentro de seu próprio contexto comunicativo, uma vez que o direito positivo é referido e limitado por duas instâncias: uma que o separa do naturalismo e da justiça como valor e ou-

tra de caráter sociológico para a qual a efetividade normativa está no agir social. O direito positivo de Kelsen guarda sua pureza de método quando exige uma linguagem rigorosa para interpretar os dados do mundo. A teoria positivista estabelece os parâmetros interpretativos; o direito descreve sua própria prática interpretativa com novas possibilidades evolutivas.

O direito, em sua vida, deve abrir-se em *Einstellung*²⁰, não podendo repousar estrita e exclusivamente no elemento formal do jurídico. A especificidade dos fatos, no interior da circunstância histórica, econômica, política, antropológica e sociológica não pode ser esquecida. É necessário abrir-se para os diversos fenômenos presentes na realidade e para a interpretação conforme as exigências do próprio direito. No entrelaçamento entre as diferentes instâncias normativas é que se constrói um novo direito, realizando sua função de estabilizador das questões sociais por meio do agir comunicativo.

A norma é apenas um dos momentos na dialeticidade do direito, exatamente aquele que estabelece o elemento da garantia e da segurança. A positividade do direito deve possuir como modelo a dimensão lógico-racional, além de filtrar as considerações genéricas e teóricas na visão fática do acontecimento, operando-se, nessa medida, uma interpretação construtiva. A realidade deve estabelecer o contorno e o relevo para a aplicação da norma posta pelo Estado. O sistema jurídico, como aparato estatal tem a função de congregar e impor interesses sociais por meio da convicção argumentativa.

A utilização de regras lógicas não implica numa negação de valores e Habermas enfatiza que o centralismo do Estado não importa em impedimento para a comunicação social. O Estado de direito só é interpretado dentro de sistemas jurídicos concretos como apontam Martins e Poker (2010, p. 176): “Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos.

Não há interpretação sem referência a juízos de valor. Numa decisão judicial, o juiz tem de fundamentar sua decisão, estabelecendo uma relação entre a norma aplicada ao caso e o contexto de sua decisão, ou seja, o

²⁰ TN – Atitude.

mundo da vida é categoria básica no processo interpretativo.

Destaca, ainda, que a interpretação do direito é o mediador da realidade sócio-econômica privada e o direito positivado. As questões sociais serão resolvidas justamente no âmbito de um direito interpretado, de forma a preservar a concepção do que é bom, por via comunicativa, de forma a construir soluções para as questões sociais.

REFERÊNCIAS:

AYER, Alfredo Jules. **El positivismo lógico**. México: Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 9-34.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma teológica**. Tradução de A. Correia. Vol 11. Porto Alegre: Est. Sulina. UCS. 2 ed. 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

BLANCHÉ, Jacques Dubucs. **La logique et son Historie**. Tradução de Antonio Pinto Ribeiro e Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70 Ltda, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Universitária, 1989.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CAMPOS, Jorge. **A relevância da pragmática na pragmática da relevância**. Cadernos do Programa de Mestrado. Porto Alegre: PUC, 1984.

CARNAP, Rudolf. **La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje**. Tradução de L. Aldama, V. Frisch, Ruiz Harrel. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

COPPI, Irving. **Introduction to logic**. Tradução de Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico – político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÃO, José de Arruda. **Os cursos jurídicos e a formação do Estado**. Brasília: Ed. Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1984.

FEITOSA, Hércules de Araújo; PAULOVICH, L. **Um Prelúdio à Lógica**. São Paulo: Editora UNESP, 2005

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio de. **Direito, retórica e comunicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FLECK, Fernando Pio de Almeida. **A concepção científica do mundo – O Círculo**

de Viena. ***Cadernos de História e Filosofia da Ciência***, v. 10. São Paulo: USP, 1986.

GADAMER, Hans George. **A razão na época da ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hasns Georg. **Hermeneutik I: Warrheit und Methode: Grundzuge einer pliholophischen Hermeneutik**. 4^a ed. Tubinges, 1974. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4^a ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer, Petrópolis: Vozes, 2002.

GAVAZZI, Giacomo. **A democracia. Estudo introdutório**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GRÁCIO, Maria Cláudia Cabrini. **Sobre a indução**. Faculdade de Filosofia e Ciências. disponível em <http://www.unicamp.br>, acesso em 14/05/2009.

GRAHAM, Richard. **A Grã-bretanha e a modernização do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1973.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GOMES, Nelson Gonçalves. **Um panorama da lógica deôntica**. Kriterion: Revista de Filosofia, vol. 49, n.117. Belo Horizonte, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Tradução de Cezar Augusto Mortari, Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidade Y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso**. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Tradução de A Ribeiro Mendes. 2^a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KALMOWSKI, George. **Concepto, Fundamento y concreción del Derecho**. Bueno Aires: Abeledo Perrot, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado (1945)**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LIARD, Louis. **Lógica**. Tradução de Godofredo Rangel. 9 ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

LOSANO, Mário G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 1. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Teoria pura e teoria geral do direito**. São Paulo: Revista Brasileira de Filosofia, n. 164, 1978.

MARITAIN, Jacques. **Elementos de Filosofia II: a ordem dos conceitos, lógica menor**. Tradução de Ilza das Neves. 8ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1977.

MARTINS, Clélia Aparecida e POKER, J. G (orgs). **Reconhecimento, direito e discursividade**. Marília: Oficina Universitária - UNESP, 2010 (prelo).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MILL, John Stuart. **A system of logic**. 8 th. Ed. London: Mc Millan, 1970.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, ano IV, n. 8, 1999.

MORTARI, Cezar. **Introdução à Lógica**. Tradução de Jair Minori Scalzitti. 1ª ed. São Paulo:UNESP, 2001.

MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1981.

NEURATH, Otto. Físicalismo: A Filosofia no Círculo de Viena. Tradução de Nelson Gonçalves Gomes. **Revista Philosophia**, n. 08, jan/jun, 2003. p. 121-126.

OTT, Hugo. **Martin Heidegger: A Political Life**. New York: Fontana Press, 1992.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, Ed. Universidade de São Paulo, 1975.

RECANSÉS SICHES, Luis. **Tratado general de sociologia**. México: Porrúa, 1979.

RAWLS, Jonh. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Lisboa: Presença, 1993.

REALE, Geovanni. **História da filosofia: do romantismo até nossos dias**. São Paulo: Paulus, 1991.

RULLY, Antonio Júnior. **A cegueira do positivismo**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1978.

SANTOS, Luis H. **Rudolf Carnap - vida e obra**. In: Mariconda, P. R. (Org.). Tradução de L. J. Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. VI – XXII.

TARSKI, Aldred. **The Concept of truth in formalised languagens**. Oxford Universit, 1928.

TASSINARI, Ricardo. **Lógica contemporânea, filosofia da ciência e idealismo absoluto**. Faculdade de Filosofia Ciências e Letras. UNESP. Marília, disponível em <http://www.unesp.br>, acesso em 01 de junho de 2008.

TREVES, Renato. **Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas**. São Paulo: Manoele, 1987.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**. São Paulo: Atlas, 1987.

WARTOFSKY, Robert Stvens. The legacy of the Vienna Circle: modern reappraisals. Tradução de Marcos Barbosa de Oliveira. São Paulo: **Cadernos de História e Filosofia da Ciência da USP**, II (4): 1996, 43-60.

WITTGEINSTEIN, Ludovic. **Tractatus lógico - philosophicus**. Tradução de Ogden e Pears (Routledge and Kegan Paul). São Paulo: Nova Cultural, 1961.

WRIGHT, Henrik Von. **Norm and action - a logical enquiry**. Tradução espanhola. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 1979.