

1. INTRODUÇÃO

Há diversas contradições entre aquilo que se diz publicamente sobre o que é o direito e aquilo que os juristas realmente pensam que o direito seja. Dificilmente seria possível ver um juiz dizer em público que não sabe ao certo o que é a justiça, ou que não pode descrever com certeza como se desenvolve o processo de interpretação das leis.

Se os juízes aparecessem em público dizendo que não podem garantir que suas sentenças serão justas, ou que não podem garantir que realizarão a interpretação correta da lei, porque o conceito de justiça é extremamente problemático no plano filosófico, ou porque não se sabe ao certo se é possível que exista uma interpretação correta das leis, talvez se instalasse o caos social.

Por isso o positivismo jurídico tem sido a teoria com maior aceitação nos meios judiciais, embora poucos juízes positivistas gostem de defender seu posicionamento em público, ou mesmo de serem chamados publicamente de positivistas.

Conforme foi amplamente discutido por Dworkin (2006) a grande aceitabilidade do positivismo jurídico nos meios judiciais se deve basicamente a duas teses epistemológicas fundamentais: a primeira é que, para um juiz positivista, sua sentença não precisa ser justa para valer juridicamente; a segunda é que para um juiz positivista, a interpretação correta da lei é aquela estabelecida pela prática jurisprudencial.

Sendo assim, convive-se no direito com dois mundos: para os leigos, afirma-se que os tribunais são Tribunais de Justiça; para os “sábios”, afirma-se que a realização da justiça por meio do direito é um ideal inalcançável.

Independentemente do que se pense sobre o que seja a justiça e a interpretação, um fato é que todos os dias pessoas são retiradas do seu convívio familiar e lançadas na prisão, porque alguns homens têm o poder de determinar isso, fundamentados em uma lei, que não se sabe se é ou não justa, e numa interpretação que não se sabe se é ou não correta.

Consoante bem observou Habermas (2003), isso é motivo suficiente para tratar a legitimidade como uma das questões fundamentais do sistema jurídico.

Porém, nem todos os filósofos do Direito atribuem tanta importância ao plano da legitimidade das normas, e muitos sequer o consideram como parte fundamental da prática jurídica. Para Kelsen (1999), por exemplo, uma vez satisfeitos certos pressupostos formais,

uma norma deve ser obedecida independentemente de ser justa, sendo possível, para ele, haver uma delimitação entre o direito e a moral.

A possibilidade de se fazer uma separação entre o direito e a moral tem sido defendida há muito tempo pelos positivistas jurídicos, visto que mesmo os chamados positivistas jurídicos inclusivos, ou seja, aqueles que reconhecem a existência de princípios morais no âmbito do direito, pensam ser possível delimitar essas esferas de relacionamento Dworkin (2006).

Por outro lado, é claro que o positivismo jurídico só é epistemologicamente sustentável se for pressuposto que durante o processo de interpretação o intérprete consiga fazer uma separação entre sua concepção particular de justiça, a finalidade subjacente à regra, e o significado formal objetivo desta.

Porém ainda que fosse possível aceitar a validade de alguma espécie de objetividade semântica capaz de impedir a redução teleológica das regras, o modelo que trabalha com o binômio regra/finalidade seria vítima da sua própria objetividade semântica, na medida em que tal modelo ignora que ínsito no aspecto semântico do próprio operador deôntico “deve” há um sentido deontológico, de caráter moral, que inevitavelmente suscita o problema acerca da legitimidade da regra e de sua finalidade.

Ou seja, todo aquele que afirma que algo “deve ser” está, ainda que inconscientemente, pressupondo uma concepção particular para os seguintes significados constantes do operador deôntico: lógico, institucional, axiológico e deontológico, o que ficará mais claro no capítulo 1.

E são justamente os significados axiológicos e deontológicos contidos na semântica do operador deôntico que representam os “portais hermenêuticos de entrada” para as considerações morais do intérprete.

Tendo por base as presentes considerações, fazendo-se uso do método dedutivo, no capítulo 1 serão descritos os significados do operador deôntico “deve” constante das regras jurídicas, de modo a destacar o aspecto deontológico cuja integração ao aspecto semântico das regras tem sido deveras desconsiderado pelos positivistas jurídicos. Ainda no capítulo 1 será mencionado que alguns dos positivistas jurídicos contemporâneos, por desconsiderarem a deontologia mencionada, acreditam que para preservar o positivismo jurídico bastaria isolar o aspecto semântico das regras da finalidade para a qual a regra foi criada.

No capítulo 2 será destacado uma das principais deficiências da teoria da norma desenvolvida por Kelsen, ou seja, sua ignorância acerca do fato de que os pressupostos que implicam o que ele chama de “relação de imputação” também são normativos. Em outros termos, não basta dizer que se um fato A é crime, então deve ser a consequência B para que seja possível ter uma teoria consistente da norma jurídica.

E isso ocorre porque o conceito de crime, por ser de caráter institucional, é constituído por critérios normativos, como os constantes da teoria do delito, os quais, de per si, são igualmente problemáticos, dado a necessidade de sua contextualização em face dos princípios constitucionais e de direitos humanos.

No capítulo 3 será exposto como um dos maiores filósofos do Direito, Frederick Schauer, professor de Harvard e Oxford, tratou da questão envolvendo a problemática da redução teleológica, ou seja, pretendeu isolar o aspecto semântico das regras da finalidade para a qual a regra foi criada, de modo a superar as críticas dos não positivistas.

No capítulo 4 é enfatizado que mesmo sendo admitido, *prima facie*, que as soluções propostas por Schauer são suficientes para impedir a redução teleológica das regras, o autor desconhece que no próprio aspecto semântico do operador deôntico das regras já está pressuposto um sentido deontológico problemático.

Nos capítulos 5 e 6 a autonomia semântica das regras suposta por Schauer é problematizada em face de considerações baseadas na filosofia da linguagem e da mente.

Enfim, o artigo conclui no sentido de que por mais que a questão da interpretação seja mais complexa do que imaginavam os antigos positivistas jurídicos, nada se ganha ao pretender separar o Direito da Moral. Ao contrário, o que se faz ao se negar a incindibilidade entre Direito e Moral é simplesmente deixar o caminho aberto para que os juízes decidam de acordo com seus próprios princípios, e não de acordo com os pressupostos vigentes no atual estágio de desenvolvimento moral da humanidade, positivados nos documentos de direitos humanos.

Logo, ao invés de se fechar os olhos para a realidade o que este artigo propõe é uma discussão sobre a necessidade de se voltar a inserir a teoria da Justiça e do Estado como integrantes da Teoria do Direito, e do próprio Direito positivo.

Em outros termos, que para se chegar a um Direito justo, deve-se procurar a justiça em meio à impureza, e não no contexto de uma Teoria pura.

2. OS SIGNIFICADOS DO OPERADOR DEONTOLÓGICO “DEVE” PRESENTE NAS NORMAS.

No plano formal um juízo normativo pode ser expresso por uma afirmação de que existe uma norma como, por exemplo, (X) deve fazer (Y). Contudo, o significado material do termo “deve” depende da justificação que se ofereça para se afirmar que uma conduta (Y) é devida. Por exemplo, da afirmação de que Frank tem estados de insatisfação por maçãs, decorre que ele deve comer maçãs caso queira preencher esses estados, sendo que, nesse caso, o termo “deve” está sendo usado em sentido lógico.

Por outro lado, se eu digo que na Índia não se deve matar vacas, porque há uma lei que foi escrita desse modo pelo parlamento indiano, estou usando o termo dever em sentido institucional, pois afirmo implicitamente que há uma instituição que criou essa regra.

Entretanto, se eu digo que não é correto matar vacas, estou utilizando o termo “dever” em sentido moral, desde que eu não sustente isso apenas em considerações lógicas ou institucionais.

Por outro lado, tendo vista que no âmbito jurídico não é raro encontrar confusões entre juízos deontológicos e axiológicos, importante destacar que aquele que afirma que é bom matar vacas para fazer churrasco, emite um juízo axiológico. Ou seja, juízos axiológicos se referem àquilo que é bom, enquanto que juízos deontológicos se referem àquilo que se deve fazer.

Sem adentrar naquelas discussões que pretendem reduzir aquilo que é devido àquilo que é bom, parte-se neste trabalho do pressuposto de que a justiça e a interpretação no direito têm como objeto principal de estudo aquilo que é devido, ou seja, baseiam-se em juízos deontológicos.

Nesse sentido, uma questão fundamental que se põe ao intérprete do direito é saber quais desses três significados do termo dever deveria predominar no processo de interpretação.

O sentido lógico tem importância meramente cognitiva num sentido estrito, ou seja, decorre da constatação de que um sujeito possui ou não uma necessidade. Por exemplo, todo aquele que possui câncer deve (sentido lógico) receber um tratamento. No entanto, a questão no Direito é saber se esse tratamento deve ser pago inteiramente pelo Estado.

É na análise do significado a ser atribuído a esse último dever que se evidencia a relação existente entre a justiça e a interpretação.

Pode ser que exista uma regra determinado que o Estado não tem a obrigação de, por exemplo, fornecer o medicamento x para certo paciente com câncer.

Por outro lado, é sabido que as regras jurídicas devem ser interpretadas conforme princípios gerais e inespecíficos presentes na Constituição, e não o contrário, a exemplo do princípio presente no artigo 170, que determina que todos os brasileiros possuem o direito a uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Ora, se todos os brasileiros possuem esse direito, mesmo um positivista jurídico exclusivo concordaria que nenhuma regra infraconstitucional pode alterar isso, de modo a excluir a justiça social do rol de direitos do cidadão.

O mesmo ocorre no caso do princípio que garante saúde a todos os cidadãos. Isso por si só já seria um argumento suficiente para que os intérpretes procurassem uma interpretação legal sempre adequada a esses princípios gerais, condicionando a literalidade do texto à sua justificação teleológica.

Ocorre que, consoante amplamente reconhecido pelos filósofos do direito, a exemplo de Habermas (2003) esses princípios possuem um conteúdo moral prévio à elaboração das Constituições, tendo sido incorporados nestas a partir do reconhecimento universal das declarações de direitos humanos.

Não há, com efeito, sistema político na atualidade que admita que suas leis são injustas e servem para oprimir os cidadãos. Tão pouco será possível ver um juiz dizendo que aplica regras mesmo quando estas são contrárias à justiça social.

Logo, a tese de que as regras devem ser aplicadas consoante os ditames da justiça social e da dignidade humana, por exemplo, é um consenso, ainda que os juízes possam divergir sobre o significado do termo justiça social.

No entanto, tendo em vista o conteúdo moral desses princípios, criou-se uma tese jurídica no sentido de que cabe ao legislador criar regras que consubstanciem esses princípios, sendo proibido ao juiz interpretar essas regras conforme os princípios constitucionais, sobretudo, quando estes possuem conteúdo moral.

A tese mais sofisticada sobre isso é a formulada por Frederick Schauer que defende que os juízes devem evitar ao máximo olhar para as justificações das regras.

Para o positivismo jurídico contemporâneo, portanto, não se trata mais de negar que as Constituições consubstanciam princípios morais, mais de evitar que os juízes possam interpretar esse conteúdo, sendo essa atribuição exclusiva do legislador.

Ante o exposto, se os contemporâneos positivistas jurídicos estiverem certos, ou seja, se os juízes não puderem interpretar as regras consoante princípios constitucionais de cunho moral, então não há qualquer relação entre justiça e interpretação no direito, sendo função dos juízes apenas observar a literalidade das regras, sem olhar para a sua justificação, ou discutir se a aplicação de determinada regra é justa ou injusta.

Por outro lado, se for impossível interpretar as leis sem olhar para os princípios constitucionais que lhe são subjacentes, então toda interpretação cria justiça ou injustiça.

Feitas essas considerações já é possível extrair as seguintes conclusões: se o juiz não pode interpretar as regras conforme os princípios constitucionais que lhe são subjacentes, então o único significado do termo dever que importa é o institucional. Nessa visão, se existir uma Lei Federal que diga que o Estado não deve fornecer medicamentos as pessoas doentes, porque num sistema capitalista cabe ao cidadão trabalhar para comprar medicamentos, ao invés de ficar pedindo ao Estado, então essa regra deve ser aplicada pelo juiz, pouco importando a opinião que este tenha no que se refere à adequação dessa regra a determinados princípios constitucionais.

De outra parte, caso a análise dos princípios subjacentes seja necessária, então as questões que surgem são as seguintes: é possível conhecer o significado de termos como justiça social?

Os juízes seriam capazes de explicitar o significado desses princípios num caso concreto?

3. A DESCONSIDERAÇÃO DE KELSEN NO QUE CONCERNE AO ELEMENTOS NORMATIVOS DOS PRESSUPOSTOS DA RELAÇÃO DE IMPUTAÇÃO.

Ao procurar uma fórmula geral para as proposições jurídicas Kelsen afirma: “Procurando uma fórmula geral, temos: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecida.” (KELSEN, 1999, p. 55).

Ou seja, a relação normativa chamada por Kelsen de imputação pressupõe a existência de determinados pressupostos que, segundo o autor austríaco, seriam estabelecidos pela ordem jurídica:

“O sentido da ligação, porém, é - como já vimos - diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser.” (KELSEN, 1999, p. 63).

O que Kelsen não explicou em sua teoria pura do direito, contudo, foram os critérios epistemológicos que determinam o que é o elemento A e quando A é, limitando-se a dizer que esses pressupostos são estabelecidos pela ordem jurídica.

Com o fim de explicar o que seria uma proposição jurídica Kelsen afirma:

Proposições jurídicas são, por exemplo, as seguintes: Se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena; se alguém não paga a sua dívida, deve proceder-se a uma execução forçada do seu patrimônio; se alguém é atacado de doença contagiosa, deve ser internado num estabelecimento adequado. (KELSEN, 1999, p. 54-55).

Percebe-se, portanto, que o conceito de imputação não diz nem o que é crime e nem o que é uma obrigação, ou seja, só pode ser aplicado quando o significado desses conceitos esteja plenamente definido.

É claro que essa grave deficiência da teoria de Kelsen não indica, com absoluta certeza, uma limitação intelectual do notável mestre austríaco. Ao contrário, Kelsen não estava preocupado em investigar os aspectos constitutivos do Direito, pois se assim o fizesse, teria que analisar questões atinentes à legitimidade da ordem jurídica, o que não era sua intenção, pelo menos não contexto de uma teoria pura do Direito.

Nesse sentido, a teoria pura do direito, ao contrário do que o nome sugere, não possui nenhuma pureza, pois se restringe a descrever o Direito como um subproduto do poder político.

Tal questão é de extrema relevância, pois o princípio da imputação como uma relação normativa entre pressuposto e consequência só pode ser aplicado se – e somente se – o pressuposto estiver plenamente definido.

Não obstante, a teoria pura não explica como o pressuposto é constituído; não explica qual a finalidade que se busca obter pela constituição do pressuposto e, muito menos, não explica se essas finalidades são justificáveis no contexto de uma teoria da justiça, considerando que Kelsen, dado o seu positivismo jurídico, não tinha interesse em resolver essas questões no contexto de uma teoria “pura” do Direito.

Essas são tarefas que foram deixadas para os teóricos contemporâneos do Direito, que considerando a complexidade das sociedades pós-digitais, precisam desenvolver um modelo de Direito orientado no sentido da realização de princípios de justiça, e que não seja cego para

os estudos contemporâneos realizados no âmbito da filosofia da linguagem, da filosofia da mente, e nem para a emergência de novas tecnologias como o sistema *Blockchain*.

4. O SENTIDO TELEOLÓGICO DA REGRA JURÍDICA E SUA ESTRUTURA DE ACORDO COM FREDERICK SCHAUER

Conforme Canotilho (1993) Já faz parte do senso jurídico comum a noção de que o sentido literal dos textos legais é apenas um dos muitos elementos que devem ser utilizados pelo intérprete durante o processo de construção da norma jurídica a ser aplicada num caso concreto¹, o que é uma das consequências da conhecida distinção doutrinária entre texto e norma.

Além disso, o sentido literal dos textos legais não determina e nem pode determinar o processo de construção da norma jurídica, uma vez que subjacente a toda norma jurídica há uma finalidade, ou seja, um elemento teleológico que lhe dá sentido.

Ao dissertar acerca da estrutura das regras, Schauer começa por destacar o aspecto da generalidade. (SCHAUER, 1991, p.23).

No entanto, quando se fala sobre o fato da norma jurídica ser geral, deve-se ter em conta que a generalidade, *in casu*, é uma generalidade prescritiva. Generalidade prescritiva significa que a escolha do antecedente e do conseqüente é feita em função da realização de alguma finalidade. (SCHAUER, 1991, p.26).

Utilizando-se o exemplo de Schauer é possível pensar numa situação na qual um cachorro chamado “angus” correu, pulou, comeu e latiu num restaurante, causando muitos aborrecimentos aos fregueses (SCHAUER, 1991, p.25). A partir dessa situação particular, escolhe-se um predicado factual conveniente como “entrada de cachorro no restaurante”, e o operador deôntico “proibido”, a fim de evitar que a situação causada por “angus” venha a se repetir.

Conforme se percebe, a generalização parte da hipótese de que o transtorno causado por “angus” aconteceu pelo fato dele ser um cachorro, o que nem sempre é verdade. Com efeito, da mesma forma que existem cachorros mal comportados, existem outros bem

¹ Há, por certo, uma diferença, não raro ignorada, entre a norma construída pelo sujeito no momento no qual ele mantém contato com o objeto da experiência, e a norma construída pelo juiz quando julga uma demanda, uma vez que este não teve o referido contato com o objeto.

treinados, bem como existem adultos bêbados que são capazes de causar mais transtornos do que um cachorro alegre como “angus”.

Isso demonstra que a hipótese que orienta a elaboração de uma regra nem sempre é verdadeira, o que implica considerar que, não raro, existirão casos nos quais a regra proibirá ações perfeitamente legítimas e incapazes de frustrar sua finalidade jurídica, o que aconteceria, no contexto do exemplo mencionado, com a proibição da entrada de “cães guia”. Igualmente, existirão situações muito mais perniciosas para a satisfação das finalidades subjacentes à regra, tal como a entrada de pessoas mal comportadas e barulhentas que, todavia, não se enquadrarão no referido predicado factual, embora claramente violem a finalidade da regra (STRUCHINER, 2005, p.152).

No primeiro caso, diz-se que a regra será sobreinclusiva, uma vez que sua dimensão semântica abrange casos inócuos para seus objetivos, como a proibição da entrada de “cães guia”. No segundo, afirma-se que a regra é subinclusiva, pois deixa de contemplar situações tão ou mais perniciosas para a frustração desses mesmos objetivos, tal como a entrada de adultos embriagados (STRUCHINER, 2005, p.153).

A partir dessa constatação a questão consiste em saber como os juízes devem se comportar ante os problemas de sobreinclusão e subinclusão.

Deveria o juiz corrigir esses casos, ou simplesmente aplicar a letra fria da lei? Para responder a essa indagação Schauer (1991) desenvolve quatro modelos distintos. O primeiro é chamado “particularista” que, em síntese, entende as regras jurídicas como “guias heurísticos transparentes que apenas auxiliam na busca do melhor resultado”, ou seja, “quando indicam resultados contrários àqueles aos quais se chegaria caso se fizesse uma análise que levasse em consideração todos os fatores relevantes, não é necessário aplicá-las” (STRUCHINER, 2005, p.160).

Em outras palavras, de acordo com o modelo particularista o que importa não são as propriedades de um fato selecionadas pelo legislador por meio da utilização de conceitos, mas a realização ou não das finalidades que orientaram o legislador a selecionar essas propriedades. Utilizando-se o exemplo didático já referido de Schauer (1991), é indiferente para o intérprete da norma saber se um cachorro entrará ou não no restaurante; o que importa é se esse cachorro fará ou não bagunça.

O modelo oposto ao “particularismo” é o “formalismo” que entende as regras jurídicas como opacas em relação a sua justificação (STRUCHINER, 2005, p.161).

Sendo o direito, na visão formalista, a totalidade dessas regras que fornecem razões peremptórias, excludentes ou protegidas, então o sistema jurídico como um todo é diferente de outras esferas normativas e exclui a possibilidade de acesso às razões que seriam perfeitamente plausíveis em outros âmbitos de tomada de decisões (STRUCHINER, 2005, p.162).

Esses dois modelos são considerados por Schauer (1991) como modelos extremos, existindo, no entanto, dois outros modelos alternativos. O primeiro modelo é o chamado “particularismo sensível às regras” que leva em conta não apenas as finalidades subjacentes à regra, mas também a finalidade de se buscar atingir finalidades por meio da criação de regras, ou seja, “as razões para a criação de regras” (STRUCHINER, 2005, p.169).

Com efeito, a criação de regras claras possui como uma de suas principais finalidades, sobretudo no âmbito do Direito penal e do Direito Tributário, assegurar aos cidadãos que estes não serão vítimas de arbitrariedades cometidas pelos agentes públicos, os quais deverão agir nos estritos limites da legalidade. Acredita-se, portanto, que num Estado de Direito os cidadãos devem saber exatamente quais são os comportamentos permitidos, ordenados e proibidos.

Enfim, Schauer (1991) propõe um quarto modelo de decisão chamado de positivismo presumido, no qual a regra apenas poderá ser corrigida consoante sua justificação em casos extremos:

No positivismo presumido, as regras jurídicas putativas identificadas pela regra de reconhecimento têm uma força presumida, mas não são necessariamente conclusivas. Elas elevam o limiar de força requerido para que sejam capazes de serem derrotadas, mas esse limiar é constante e a força da regra não varia em cada caso novo, conforme ocorre no particularismo sensível às regras[...]. Quando uma razão contrária ultrapassa o limiar necessário para que a regra seja derrotada, o que pode acontecer em certas ocasiões particularmente exigentes, então ela acaba cedendo. (STRUCHINER, 2005, p.271).

Muitos autores, a exemplo de Bayon (2009) consideram não existir uma diferença substancial entre o positivismo presumido e o particularismo sensível às regras. No entanto, Struchiner (2005) afirma que embora Schauer (1991) reconheça que tanto num caso quanto no outro seja necessário olhar por detrás da regra, ou seja, analisar sua justificação:

o que ocorre no positivismo presumido é uma olhadela, uma olhada de relance ou uma checagem preliminar das considerações subjacentes à regra, o que difere psicologicamente do olhar detido e prolongado do particularista e do particularista sensível às regras (STRUCHINER, 2005, p.173).

Todavia, embora se reconheça que dentre os modelos positivistas contemporâneos o proposto por Schauer seja o mais sofisticado, sobretudo, pela clareza analítica por meio da qual o professor de Oxford e Harvard expõe suas teses, cumpre indagar se tal modelo é possível.

Segundo Schauer, a adoção desse modelo é possível pelo menos naqueles casos nos quais a regra possua autonomia semântica frente a sua justificação (SCHAUER,1991,p.55).

5. O SENTIDO JUSTO DA NORMA JURÍDICA

É perfeitamente possível verificar que aquilo que Schauer designa como sendo a justificação da regra se refere à sua teleologia. Igualmente, percebe-se que o positivismo de Schauer impõe sérias restrições para que o intérprete possa interpretar a regra a partir dessa teleologia. A autonomia semântica das regras seria, portanto, o elemento responsável por seu caráter peremptório.

No entanto, em que pese Schauer pretenda reduzir o conflito entre o modelo positivista e não positivista do Direito ao conflito entre a aplicação da regra ou de sua justificação, certo é que, a partir da superação da crença numa suposta autonomia semântica das regras, um modelo não positivista do direito pretende ir mais longe.

Com efeito, uma coisa é conhecer e aplicar a finalidade da regra (causa teleológica); outra é saber se essa finalidade é justa (modelo pós-metafísico). Nesse sentido, um modelo não positivista e não metafísico do Direito não pode se contentar com a simples aplicação da finalidade da regra, devendo investigar suas condições de legitimidade.

Por certo, o jurista não positivista não é cego para a injustiça que o Estado pretende implantar por meio do Direito. Ele avalia não só a justificação da regra como suas condições de legitimidade.

Nesse sentido, pouco importa se esse jurista está inserido num Estado onde a maioria da população aceita a injustiça das regras legais, a exemplo do que ocorreu no Estado nazista.

A força insana das instituições não tem o condão de transformar a injustiça e a opressão num sistema jurídico.

Inclusive o positivista jurídico que contempla um sistema injusto como sendo um sistema jurídico pode ser comparado a um homem comum que contempla uma faia como sendo um olmo. Contudo, da mesma forma que um botânico sabe diferenciar uma faia de um

olmo, em que pese essas duas espécies de árvores sejam quase indistinguíveis, um jurista deve saber distinguir um sistema injusto de um sistema jurídico.

6. AS REGRAS POSSUEM AUTONOMIA SEMÂNTICA SUFICIENTE PARA EVITAR SUA REDUÇÃO TELEOLÓGICA?

Considerando-se que o termo “semântica” é considerado na filosofia da linguagem como sendo extremamente problemático Putnan (2011), o que dizer então da tese que pretende afastar o Direito da realização da justiça com base numa suposta autonomia semântica das regras jurídicas?

Ao tratar do significado, Putnan (2011) faz algumas observações que embora sejam voltadas para o contexto de sua filosofia da linguagem, podem ser utilizadas com o escopo de demonstrar que se existe realmente alguns casos nos quais alguém poderia cogitar acerca da autonomia semântica das regras, esses casos são tão raros no Direito que tornam referida tese completamente inútil para analisar as relações de sobreinclusão e subinclusão normativa descobertas por Schauer.

Com efeito, o primeiro problema dessa teoria é que se mesmo um termo simples como “coelho” pode ter vários sentidos conforme o uso que se faça desse termo num determinado contexto Putnan (2011), o que dizer então da expressão “evasão de divisas” contida num tipo penal?

O segundo problema é que a tese da autonomia semântica pressupõe um conceito de extensão² muito rígido para as regras jurídicas, sendo deveras inadequado na medida em que a linguagem jurídica não é uma linguagem artificial, mas uma linguagem natural cujo significado varia em decorrência dos múltiplos “jogos de linguagem” que perpassam a esfera social cada vez mais pluralista.

A inadequação da tese da autonomia semântica no Direito pode ser vislumbrada mediante a análise de um termo razoavelmente simples da linguagem jurídica, ou seja, o termo evasão de divisas. Ou seja, se a tese da autonomia semântica for verdadeira, então ao se deparar com o termo evasão de divisas, ou gestão temerária de instituição financeira, o intérprete deveria pressupor que, *ex ante*, haveria um conjunto de situações perfeitamente

² Extensão é escrita com “s” por se tratar de termo técnico vinculado à lógica e à filosofia da linguagem. Por todos Cf. RUSSEL, Bertrand. **Introdução à Filosofia da matemática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 149-160.

delimitado que por meio de uma relação de implicação lógica poderia ser facilmente relacionado com algum dos termos jurídicos mencionados.

E isso sem contar o fato de que os termos jurídicos são, em regra, constituídos por outras regras, as chamadas regras constitutivas, cuja análise ultrapassa os limites deste trabalho.

Porém, mesmo sem adentrar na problemática das regras constitutivas³, que são criadas mediante diversos atos de fala⁴, praticados no contexto de diversos “jogos de linguagem”⁵ a análise realizada por Putnam no que concerne a termos simples da linguagem cotidiana, reduzem ao absurdo a possibilidade de autonomia semântica dos termos integrantes das regras jurídicas, a exemplo dos termos evasão de divisas ou gestão temerária de instituição financeira, mesmo deixando de considerar que esses termos são exemplos do que o filósofo John Searle (2007) conceitua como se tratando de fatos institucionais, constituídos, muitas vezes, por meio de uma intrincada rede de regras constitutivas que, por sua vez, também deveriam ter sua autonomia semântica problematizada, de modo a tornar a tese de Schauer verdadeira.

Ou seja, a tese da autonomia semântica trata a extensão das regras jurídicas como se estas fizessem parte de um conjunto matemático. Contudo, Putnam adverte que mesmo a extensão de um termo simples como “árvore” não pode ser tratada como sendo um conjunto matemático:

(...) um “conjunto”, no sentido matemático, é um objeto “sim/não”; qualquer objeto dado ou pertence definitivamente a S ou definitivamente não pertence a S, se S é um conjunto. Mas palavras, na linguagem natural, não são, em geral, “sim/não”: Sendo cauteloso, existem coisas para as quais a descrição “árvore” é naturalmente verdadeira e coisas para as quais a descrição “árvore” é naturalmente falsa, mas existe uma grande quantidade de casos na fronteira. Pior, a linha entre os casos nítidos e os casos de fronteira é, ela própria, difusa (fuzzy) Assim a idealização envolvida na noção de extensão a idealização envolvida na suposição que existe uma coisa tal como o conjunto das coisas para as quais o termo “árvore” é verdadeiro – é

³ Sobre o conceito de regras constitutivas Cf. SEARLE, John. **Freedom and Neurobiology**: reflections on free will, language and political power. New York: Columbia University Press, 2007. Para uma aplicação no Direito brasileiro da teoria de Searle Cf. CARVALHO, Cristiano. **Ficções jurídicas no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2008. Outro autor de destaque que trabalha com o conceito de regras constitutivas é John Rawls. Cf. Rawls, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1971

⁴ Sobre o conceito de “atos de fala”, por todos, Cf. AUSTIN, John. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962.

⁵ O conceito de jogos de linguagem consagrado por Wittgenstein influenciou diversos trabalhos na área da filosofia da linguagem sendo digno de nota, dentre outros, os realizados por Peter Strawson. Cf. STRAWSON, Peter. **On Referring**. Disponível em: <http://www.sol.lu.se/common/courses/LINC04/VT2010/Strawson1950.pdf> acesso em 05/05/2008.

realmente muito rígida (PUTNAN, 2011).

Ora, se mesmo um termo simples como “árvore” não poderia ser entendido como se referindo a um conjunto matemático, o que dizer então de uma regra como a que proíbe a “gestão fraudulenta de instituição financeira”.

7. A TESE DA AUTONOMIA SEMÂNTICA CONFRONTADA COM A REDE DE SIGNIFICADO E COM O BACKGROUND

Ainda que os argumentos anteriores não fossem suficientes para afastar a implausibilidade da existência de uma autonomia semântica dos termos constitutivos das regras jurídicas, poder-se-ia afirmar ainda que além de pressupor uma extensão demasiada rígida para esses termos, a tese da autonomia semântica pressupõe ainda uma compreensão objetiva do significado que é muito problemática, visto que atribui um papel muito limitado à subjetividade do intérprete durante o processo de constituição significativa.

Em primeiro lugar, que o significado de um termo fixado durante o processo de interpretação depende tanto das capacidades cognitivas do intérprete e mesmo de suas emoções, em alguns casos, é de uma obviedade manifesta, sendo que afirmar isso como se fosse algo problemático em um trabalho científico, com pretensão de convencimento, poderia passar ao leitor a impressão de que o autor pretende “inventar novamente a roda”

Mas apenas a título exemplificativo, convém mencionar o termo “ato obsceno” previsto no artigo 233 do Código Penal, como se tratando da amostra de um termo cuja extensão é influenciada pelas emoções do intérprete. Igualmente, sabe-se que tanto as capacidades cognitivas do intérprete quanto suas emoções não se apresentam como um fator estático, mas que tem sua dinamicidade evidenciada não apenas durante todo o processo de aprendizado, mas também durante o processo de desenvolvimento de sua personalidade.

Em segundo lugar, consoante observou Searle (1995), o significado de uma sentença depende da intenção com que o intérprete utiliza a sentença num determinado contexto. Essa intenção, contudo, de acordo com o mesmo filósofo, não se apresentará de forma isolada no aparato cognitivo humano, pois toda intenção apenas existe em relação a uma rede de outros estados intencionais.

Por outro lado, só será possível falar, efetivamente, na existência de um significado, quando essa rede de estados intencionais for confrontada com um conjunto de capacidades não intencionais que são adquiridas pelo sujeito durante todo o referido processo de

aprendizado e desenvolvimento da personalidade que, *mutatis mutandis*, são respectivamente designadas por Searle (2007) e Bordieau⁶ pelos termos *Background* e *habitus*.

8. CONCLUSÃO

Se as funções proposicionais e proposições normativas não se referem a um conjunto matemático, então as regras jurídicas não possuem autonomia semântica a ponto de impedir que o intérprete analise os casos de sobreinclusão e subinclusão normativa, por meio de uma redução teleológica da norma.

Por outro lado, a constatação de que o aspecto deontico das proposições normativas possui um significado moral, que se encontra positivado em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, e que na constituição brasileira está consubstanciado em expressões como, por exemplo, “existência digna segundo os ditames da justiça social”, denota que a redução teleológica das normas, mais do que um elemento inafastável dos complexos processos cognitivos que constituem um ato de interpretação, é um dever imposto ao magistrado, visto que este deve interpretar as leis conforme à Constituição.

Contudo, falta à ciência do direito, e mesmo à filosofia do direito uma epistemologia do significado justo ou injusto das normas jurídicas, brevemente mencionado no capítulo 2., visto que tal epistemologia pressupõe uma teoria da justiça adequada à realidade jurídica contemporânea. Quando muito, o que se tem são considerações que não conseguem transpor os limites da causa teleológica.

Destarte, em não havendo sequer a preocupação por parte dos positivistas jurídicos em conceber a justiça como o ser do direito, a prática judicial, não raro, fica refém do subjetivismo irracional dos julgadores, que primeiro decidem segundo obscuros princípios morais, para em momento posterior subsumir artificialmente a norma irracionalmente criada ao texto.

No entanto, não se deve pensar que o problema da interpretação é o subjetivismo, visto que sem este não há interpretação. Não há, por óbvio, interpretação sem intérprete. Tão pouco o problema está na incindibilidade entre moral e direito, pois se não há interpretação sem intérprete, muito menos há intérprete que não seja dotado de valores morais.

⁶ Para uma leitura contemporânea do conceito de *habitus* em Bordieau Cf. SETTON, Maria da Graça Jacinto. **A teoria do *Habitus* em Pierre Bourdieu**: uma leitura contemporânea. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n20/n20a05.pdf> acesso em: 06/09/2018.

Logo, o trabalho a ser realizado pelos teóricos contemporâneos do Direito é desenvolver uma Teoria “impura” do Direito que seja capaz de lidar com diversas problemáticas, pois ainda que a Teoria “pura” tenha contribuído para configurar o sistema jurídico como o conhecemos hoje, a mesma está em crise e se mostrou incapaz de fornecer razões para a resolução de uma ampla gama de situações, em especial no que concerne à irracionalidade e à a-cientificidade das decisões judiciais.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt: Suhrkamp, 1978, p. 143 et seq.

AUSTIN, John. **How to do things with words**. Oxford: Clarendon Press, 1962.

BAYÓN, Juan Carlos. **Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas**. Disponível em: http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12726106447813728543435/cuaderno19/Doxa19_08.pdf acesso em 10/09/2009.

CARVALHO, Cristiano. **Ficções jurídicas no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: University Press, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PUTNAN, Hilary. **O significado de significado**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/64607792/Putnam-O-Significado-de-Significado> Acesso em 05/8/2011.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

RUSSEL, Bertrand. **Introdução à Filosofia da matemática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 149-160.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**: A Philosophical Examination of Ruled-Based Decision-Making and Law and in Life. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 25.

SEARLE, John. **Freedom and Neurobiology**: reflections on free will, language and political power. New York: Columbia University Press, 2007.

_____ **Intencionalidade**: um ensaio em filosofia da mente. Trad. Julio Fisher e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SETTON, Maria da Graça Jacinto. **A teoria do Habitus em Pierre Bourdieu**: uma leitura contemporânea. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n20/n20a05.pdf> acesso em 06/09/2018.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. – Rio de Janeiro : PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005.

STRAWSON. Peter. On Referring. Disponível em: <http://www.sol.lu.se/common/courses/LINC04/VT2010/Strawson1950.pdf> acesso em 05/05/2008.