

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Nuria López Cabaleiro Suárez

Teoria da Decisão
Estrutura e Dinâmica das Bases Filosóficas da Interpretação
Jurídica

MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

SÃO PAULO

2013

Nuria López Cabaleiro Suárez

Teoria da Decisão

**Estrutura e Dinâmica das Bases Filosóficas da Interpretação
Jurídica**

MESTRADO EM FILOSOFIA DO DIREITO

**Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em
Filosofia do Direito sob a
orientação do Prof. Dr. Livre
Docente Márcio Pugliesi.**

BANCA EXAMINADORA:

Pesquisa realizada com financiamento do CNPq.

RESUMO

Esta dissertação parte da dicotomia apontada por Thomas Kuhn que coloca o direito entre o desenvolvimento interno de sua ciência (atendimento ao critério da norma jurídica positiva, autorreferência) e o atendimento às exigências sociais (vontade de Constituição, direitos fundamentais, teoria da justiça, ou seja, heterorreferências). Para tanto, analisa em um histórico as bases filosóficas das teses de maior repercussão sobre interpretação jurídica para buscar uma solução paradigmática em consonância com a recente filosofia da ciência e com os modelos de sujeito posteriores a reviravolta linguístico-pragmática. Conclui pela adoção do sujeito como matriz filosófica da teoria da decisão jurídica e apresenta a dinâmica de tal teoria a partir da teoria dos jogos.

Palavras-chave: Teoria da decisão; Sistemas; Sujeito.

ABSTRACT

This dissertation has its start point in the dichotomy pointed by Thomas Kuhn that places law always between the internal development of its own science (attending to the legal norm, auto reference) and attending social demands (will of Constitution; fundamental rights, theory of justice, in other words, hetero references). For this purpose, analyses in a historical the philosophical grounds of the thesis on legal interpretation with higher impact, to search for a paradigmatic solution, in line with the recent philosophy of science and with the models of subject after the linguistic-pragmatic turn. Concludes for the adoption of the subject as the philosophical center of decision theory e presents its dynamic from the viewpoint of game theory.

Key-words: Decision theory; Systems; Subject.

RESUMEN

Esta disertación parte de la dicotomía observada por Thomas Kuhn que pone el derecho entre el desarrollo interno de su ciencia (atendimiento al criterio de la norma jurídica positiva, auto referencia) y el atendimento a las exigencias sociales (voluntad de Constitución; derechos fundamentales; teoría de la justicia, o sea, hetero referencias). Para eso, analiza en un histórico las bases filosóficas de las tesis de más repercusión sobre interpretación jurídica a buscar una solución paradigmática de acuerdo con la reciente filosofía de la ciencia y con los modelos de sujeto posteriores a la vuelta lingüístico pragmática. Concluye por la adopción del sujeto como matriz filosófica de la teoría de la decisión jurídica y presenta la dinámica de esta teoría desde la teoría de los juegos.

Palabras-clave: Teoría de la decisión; Sistemas; Sujeto.

“Esse paradoxal orgulho de me ter dirigido o olhar, de me ter querido num verso seu, e ao mesmo tempo me ter desgraçado, porque a partir de então não pude mais sonhar com ser vago e feliz. A vida tinha sido, e havia comprovadamente de continuar a ser, um rol de violências sobre as quais ergueríamos infindáveis noites de insônia.”

MÃE, Valter Hugo. *A máquina de fazer espanhóis*. São Paulo: Cosacnaify, 2010, p. 97.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, não apenas pelo apoio, mas principalmente pelo incentivo imprescindível e a liberdade que sempre me deram para que eu decidisse pelo que me faz feliz. Nenhuma de minhas pesquisas existiria sem eles.

À minha irmã, melhor amiga, e filósofa por natureza, Naila, pela companhia que alegra todos os meus dias.

Ao matemático dos fractais e dos sistemas dinâmicos complexos, pelo incentivo no início desta pesquisa. No final da história, havia já uma tese sobre o direito como um sistema dinâmico complexo, muito mais ampla do que poderíamos ter previsto, o que tornou meu trabalho imensamente mais fácil. Ela reunia também algo de teoria dos jogos, então nenhum daquele trabalho foi perdido.

Ao meu orientador, Professor Doutor Márcio Pugliesi, por ter pensado na tese acima e elaborado sua Conjectura, mas também pela orientação sempre atenta e cuidadosa.

Ao Professor Doutor Antonio Romera Valverde, pela generosidade de suas críticas, sempre gentis e precisas, que foram verdadeiras lições, sem as quais esta dissertação não seria a mesma.

Ao Professor Doutor Luiz Sergio Fernandes de Souza, também pela revisão crítica desta dissertação, que muito me alegrou, mas principalmente pelas primeiras linhas nesta área de pesquisa.

A Professora Doutora Luciana Temer, pelos primeiros incentivos na pesquisa acadêmica, por não ter me deixado desistir, e por fazer parte disso até hoje.

Aos colegas do GEDAIS – Grupo de Estudo em Direito, Análise, Informação e Sistemas, PUC-SP/CNPq, por me ensinarem a importância da pesquisa em grupo.

Ao Luciano Del Monaco, Renato Traldi Dias, Fernando Rister e Fábio Garcia pela amizade e parceria em pesquisas, artigos, capítulos, congressos.

Ao Rodolfo Machado e ao Felipe Bucci, pela amizade e por todo o apoio, desde a graduação.

Ao Luiz Felipe Panelli, pela amizade com a qual sempre pude contar.

Ao Octaviano Arruda, pela amizade, mesmo distante; pelas referências bibliográficas, sempre excelentes; e pelos bons conselhos de veterano, mesmo que já tenhamos passado há muito da graduação.

A Natália Molina e a Tâmita Benatti, amigas queridas, pela torcida incondicional.

Ao Luiz Tavares, pelo apoio imprescindível.

Todos eles certamente se reconhecerão em várias passagens desta dissertação.

Verão reproduzidos pensamentos, passagens de exposições, respostas a discussões sobre direito e filosofia. Este trabalho tem muito de todos vocês.

SUMÁRIO

Introdução.....	01
Capítulo 1 - As bases filosóficas da interpretação jurídica	17
1.1 Racionalidade.....	17
1.2 O método cartesiano e o modelo de incidência das normas jurídicas.....	21
1.3 O princípio da razão suficiente e a lógica jurídica.....	29
1.3.1 A Razão como fundamento último.....	29
1.3.2 A Razão e o melhor dos mundos (Leibniz).....	31
1.3.3 Lógica deôntica: a razão suficiente no direito.....	34
1.3.4 As disputas Frege-Hilbert, Kelsen-Klug.....	39
1.4 Há Kant por todo lado.....	42
Capítulo 2 – A necessidade de inclusão dos direitos fundamentais (abertura objetiva)	49
2.1 A reviravolta do positivismo jurídico no pós-guerra.....	49
2.2 Quando a <i>resposta certa</i> é a resposta errada: o caso Eichmann.....	52
2.3 A inclusão de heterorreferências na interpretação jurídica.....	65
2.3.1 A vontade de Constituição (Konrad Hesse).....	66
2.3.2 Os direitos fundamentais (Robert Alexy).....	68
2.3.3 A Teoria da Justiça adotada pelo direito positivo (Ronald Dworkin)	70
Capítulo 3 – A tentativa de manutenção da racionalidade positivista com a nova abertura objetiva	
3.1 A tentativa de construção de um algoritmo para a interpretação jurídica.....	73
3.2 A insuficiência do método nos moldes modernos.....	80
3.3 As teorias da justificação como método <i>possível</i>	83
Capítulo 4 – Filosofia nova, Direito antigo	
4.1 A manutenção das bases filosóficas e da teorias da ciência moderna.....	87
4.1.1 Corte epistemológico.....	90
4.1.2 Relação sujeito (observador/ intérprete) e objeto (normas e fatos).....	93
4.1.3 Causalidade.....	95
4.2 A complexidade no Direito.....	98

4.3 Questões em aberto (para uma teoria sistêmica).....	100
4.3.1 Ordem, desordem e evolução.....	100
4.3.2 Sujeito – obstáculo ou matriz?.....	102
Capítulo 5 – Constituição do sujeito.....	104
5.1 A metafísica é uma consequência de estar mal disposto.....	104
5.2 A caminho da filosofia linguístico-pragmática.....	109
5.2.1 A teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.....	109
5.2.2 A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller.....	113
5.3 O sujeito heideggeriano na hermenêutica jurídica: o modelo de Lenio Streck.....	116
5.4 O sujeito como atmosfera semântica de Márcio Pugliesi.....	123
Capítulo 6 – A dinâmica da interpretação jurídica	
6.1 Microdinâmica: interpretação pelo sujeito - por uma teoria da decisão.....	129
6.2 A lógica dos fenômenos coletivos.....	133
6.3 Macrodinâmica – os jogos institucionais.....	134
Conclusões.....	146
Referências bibliográficas.....	150

INTRODUÇÃO

O físico e historiador da ciência Thomas Kuhn analisou o desenvolvimento de paradigmas na ciência, mormente em seu *A Estrutura das Revoluções Científicas* ([1962], 1996). Em resposta às críticas quanto a multiplicidade de significados que podem ser atribuídos ao termo *paradigma* em sua obra, Kuhn esclareceu que “*um paradigma é o que os membros de uma comunidade científica, e só eles, partilham. Reciprocamente, é a respectiva possessão de um paradigma comum que constitui uma comunidade científica, formada, por sua vez, por um grupo de homens diferentes noutros aspectos*” (Kuhn, 1989, p. 355).

A Estrutura das Revoluções Científicas (Kuhn, 1996) faz duas referências pertinentes ao Direito. A primeira questiona que partes das ciências sociais teriam adquirido um paradigma¹. Isso porque a aquisição de um paradigma por um campo da ciência significa o alcance maturidade científica, constantemente posta em xeque fora dos limites das ciências naturais. A segunda, que como ciência [social] aplicada o Direito tem como *razão de ser* o atendimento a uma necessidade social (Kuhn, *The structure of scientific revolutions* 1996, 19) – e que esse atendimento urge e prevalece, muitas vezes, sobre o atendimento ao rigor científico interno à Ciência².

¹ “(...) and it remains an open question what parts of social science have yet acquired such paradigms at all” (Kuhn, *The structure of scientific revolutions* 1996, 15). Em tradução livre: “E permanece uma questão aberta quais partes da ciência social já teriam adquirido quaisquer desses paradigmas”.

² “*In the sciences (though not in fields like medicine, technology, and law, of which the principal raison d’être is an external social need), the formation of specialized journals, the foundation of specialists’ societies, and the claim for a special place in the curriculum have usually been associated with a group’s first reception of a single paradigm*” (Kuhn, *The structure of scientific revolutions* 1996, 19). Ou ainda: “(...) like an accepted judicial decision in the common law, it is an object for further articulation and specification under new or more stringent conditions” (Kuhn, *The structure of scientific revolutions* 1996, 23). Em tradução livre, respectivamente: “Nas ciências, (ainda que não em campos como medicina, tecnologia, e direito, em que a principal razão de ser é uma necessidade social externa), a formação de periódicos especializados, a fundação de sociedades de especialistas, e o intuito de um lugar especial no *curriculum*, usualmente, têm sido associados com a primeira recepção

De fato, muitas das teses que buscaram rigor científico *interno* à Ciência do Direito, tomando emprestado paradigmas e métodos de outras áreas da Ciência, depararam-se, em algum momento com a *necessidade social* a qual o Direito deve atender (porque existe para atender- é sua *raison de être*). As principais teses sobre a Teoria do Direito lidaram de formas distintas com essa questão. Retirando ou incluindo a razão de ser do Direito em suas teses, a observação de Kuhn acerca do Direito tem sido confirmada nos últimos cinquenta anos: o rigor científico, exigente de atendimentos a referenciais internos à própria ciência (autorreferências) depara-se sempre com contraprovas impostas pela falta de atendimento às *necessidades sociais* (heterorreferências, para manter a classificação).

Desde o final do século XIX até as teses mais recentes há a preocupação no Direito de encontrar um método para a interpretação das normas jurídicas e sua consequente aplicação. A preocupação com o método, longe do preciosismo, era (e talvez ainda seja) uma necessidade social a ser atendida, sob o clamor da substituição do arbítrio pela *razão* compartilhada pelos indivíduos, que assim, submetem-se à coerção do Direito e têm preservada sua liberdade individual. Por isso, a interpretação das normas jurídicas correspondente à vontade da Constituição como base para o *novo* Constitucionalismo (Barroso, 2009), nada tem de novo. O referencial de Hesse [1959] - *a vontade de Constituição* – utilizado em boa parte das teses de interpretação jurídica como referencial de validade da norma jurídica é uma (re)utilização de antigas expressões germânicas que datam do processo de formação do Estado, como a *Razão dos Povos*, de Windscheid [1878], a *Vontade da Nação*, de Puchta [1854] ou ainda o *Espírito do Povo*, de Savigny [1814]. É importante notar que a razão da aplicação da norma jurídica deveria ser desde a

por um grupo de um paradigma.” Ou ainda: “(...) como uma decisão judicial aceita na *common law*, é um objeto para maiores articulações e especificações sob condições novas ou mais rigorosas”.

vontade de formação (e de manutenção) de um Estado burguês, em que se preservam a previsibilidade do resultado da norma jurídica (segurança jurídica). O Estado e a aplicação da coerção (pelo Direito) são justificados pela *razão* proveniente do *consenso* originado do consentimento dado pela liberdade individual dos membros da sociedade. E fosse apenas essa a questão, o mais próximo que se pudesse chegar de um método rigoroso para a interpretação jurídica (como solução dada pela prestação jurisdicional), tanto melhor.

Contudo, as demandas sociais no século XX – e fortemente no período pós-guerra – exigiam mais do que uma *resposta certa* a ser dada. O Direito é insuficiente, para dizer o mínimo, quando a sua *resposta certa* é a resposta errada para a sociedade, porque então ele perde sua razão de ser, no sentido que lhe atribuiu Kuhn (1996, p. 19). Ele existe para algo além de encontrar uma resposta que satisfaça suas próprias premissas, o Direito existe enquanto houver necessidade social de sua existência e existe para atender a essa necessidade de controle social. As teses que seguiram o pós-guerra abriram o objeto da interpretação jurídica (a norma jurídica) para incluir nele a *justiça*, os *direitos fundamentais*, e os princípios Constitucionais, que contemplam os dois referenciais anteriores, explícita ou implicitamente.

A abertura objetiva, no entanto, não alterou a necessidade de manutenção de um método para uma resposta certa – e estão aqui os trabalhos de Dworkin (1978) e Alexy (2008) para demonstrá-lo.

A interpretação jurídica vive precisamente a dicotomia apontada por Kuhn em 1962: está entre atender às exigências sociais e atender às exigências de um método próprio, que lhe encaminhe a uma ou algumas resposta(s) certa(s). Como atender simultaneamente aos referenciais internos do sistema jurídico-positivo (que

serão chamados aqui de *autorreferências*) e aos referenciais externos desse sistema, como, por exemplo, o atendimento de expectativas sociais (que serão chamados de *heterorreferência*)? Qual a solução para essa dicotomia? E, qual a estrutura e dinâmica dessa solução?

A filosofia tem papel central na investigação dessa questão, que só pode ser vista como *impasse* graças às bases filosóficas adotadas pela interpretação jurídica no início do século XX. Tal relação será demonstrada nos três capítulos iniciais. Contudo, a filosofia e, por via reflexa, a filosofia da ciência passaram por uma reviravolta em meados do século XX, a reviravolta linguístico-pragmática. A alteração das bases filosóficas tem sido paulatinamente adotada pelas teses de interpretação jurídica. Os três capítulos finais, como espelhos dos primeiros, demonstrarão a relação entre as novas bases filosóficas e a saída para o *impasse* entre as autorreferências e as heterorreferências, bem como sua estrutura e sua dinâmica.

Ora, a interpretação jurídica é tema vasto e antiguíssimo, mas recentemente o estudo desse tema tem girado sobre método de interpretação, seja para a obtenção de uma resposta certa, seja para a obtenção de uma resposta possível.

Mais que uma impressão de que este tem sido o principal tema discutido no Direito, pode-se contar com alguns dados disponíveis sobre a pesquisa recente no país. Os números a seguir são referentes aos autores citados nas pesquisas apresentadas no Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito) no ano de 2012 (plataforma Indexa Direito) e incluem trabalhos de todas as áreas específicas do Direito (CONPEDI 2012). A indicação do número de trabalhos em que determinado autor foi citado indica os reflexos de seu tema de trabalho, é dizer, indica os temas de pesquisa dos trabalhos apresentados

no Congresso. Apesar do restrito espaço amostral, cabe ressaltar a atualidade dos dados, que são do último Congresso do CONPEDI; a sua abrangência geográfica, que alcança todo o território nacional, o que afasta a análise dos regionalismos; bem como a grande quantidade de trabalhos apresentados nesse evento como resultado de pesquisas.

Autor citado	Número de trabalhos em que foi citado	Posição na “lista” de autores mais citados ³
Norberto Bobbio	359	01
José Afonso da Silva	303	02
Luís Roberto Barroso	257	04
Lenio Luis Streck	252	05
Ingo Wolfgang Sarlet	249	06
Canotilho	247	07
Robert Alexy	235	08
Kelsen	226	09
Comparato	207	10
Ronald Dworkin	206	11
Boaventura	190	12
Miguel Reale	159	16
Jorge Miranda	136	19
Konrad Hesse	133	22
Hans Gadamer	127	24
Kant	127	25
Daniel Sarmento	123	28
Tercio Sampaio Ferraz	114	31
Luhmann	109	36
Heidegger	108	37
Luis Alberto Warat	97	48

³ Aqui estão listados apenas os autores que tratam de temas relativos ao objeto desta dissertação, omitindo-se autores com objetos de pesquisa diversos e que também constam da lista original do CONPEDI. Por isso, não constam os lugares “3”, “13”, “14” etc. Quis-se expor, dessa forma, a repercussão e a adesão às principais linhas de pesquisa sobre *interpretação jurídica*.

Humberto Ávila	94	53
Ana Paula Barcellos	93	54
Celso Bastos	93	55
André Ramos Tavares	87	65
Ferreira Filho	81	72
Karl Larenz	81	73
Peter Häberle	80	75
John Rawls	79	78
Virgílio Afonso da Silva	79	79
Leonel Severo Rocha	78	81
Marcelo Neves	73	86
Ernildo Stein	69	94
Claus Canaris	68	98
Chaim Perelman	66	100

Mesmo com os dados que incluem todas as áreas específicas do Direito, dentre os cem autores mais citados, 36% referem-se ao tema da interpretação – e mais especificamente, da metodologia na interpretação. É um número bastante significativo, e que demonstra o enfrentamento do tema em grande parte das pesquisas em Direito no país.

Nota-se ademais as diretrizes de pesquisa discutidas. Dentre os trinta e seis autores apontados José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Lenio Streck, Canotilho, Jorge Miranda, Daniel Sarmento, Ana Paula Barcellos, Celso Bastos, André Ramos Tavares, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Peter Häberle e Virgílio Afonso da Silva, portanto, doze deles, o que corresponde a um terço dos autores, têm suas pesquisas fortemente vinculadas ao Direito Constitucional, disciplina que tem se ocupado do tema da interpretação jurídica, que há algumas décadas era exclusivo da Teoria Geral do Direito, na linha de pesquisa de Norberto Bobbio,

Kelsen, Comparato, Boaventura de Souza Santos, Miguel Reale, e Tercio Sampaio Ferraz, por exemplo.

Destaca-se, na sequência, a presença de pesquisas que relacionam a validade da interpretação jurídica à observância (aplicação ou otimização) dos direitos fundamentais, como em Barroso, Sarlet, Alexy, Miranda, Sarmento, Ávila, Barcellos, Bastos, Tavares e Virgílio Afonso da Sliva.

Todos esses trabalhos têm em comum a investigação da questão: como se deve interpretar as normas jurídicas? Para solucioná-la, utilizam-se, no entanto de fundamentos filosóficos distintos. Como se pode observar do quadro acima, os trabalhos estão polarizados em duas linhas filosóficas centrais: uma a contemplar Kant, Kelsen, Rawls, Dworkin, Alexy (filosofia da consciência), outra a contemplar Heidegger, Gadamer, Warat, Streck, Ernildo Stein (filosofia da linguagem). De forma que é possível classificar os demais trabalhos sob o critério de sua origem filosófica. E, apesar da maioria deles filiar-se à tradição kantiana, são relevantes os pontos levantados – e as questões que estão aptos a resolver – os trabalhos filiados à tradição heideggeriana.

Há também desdobramentos importantes quanto à pesquisas sobre *complexidade e sistema* – no quadro representados por Canaris, Luhmann, e Neves.

O cenário apresentado justifica o recorte deste trabalho em razão de sua relevância no Direito e indica a possibilidade de uma abordagem diferente para seu estudo: o da interpretação jurídica como teoria da decisão.

Para tanto, serão percorridas seis etapas. A primeira (capítulo 1) investiga as bases filosóficas das principais teses sobre interpretação jurídica. Dá destaque à compreensão do porquê de uma metodologia. Encontra no “racionalismo” (com

todas as aspas que a generalização no rótulo merece) a necessidade de fundar a interpretação jurídica na razão, esta substituta da autoridade em crise do processo de transição à formação dos Estados Nacionais. A razão surge como base filosófica justificadora do poder de coerção estatal e encontra em seu cerne a questão da liberdade.

Para tal análise, utilizou-se *O discurso do método* (1979); *Meditações*; e *O Homem* (2009), de Descartes e a *Busca da Verdade* (2004), de Malebranche. A seleção dos textos demonstra a concepção mecanicista do homem cartesiano estendida para a razão e a necessidade de um método para guiá-la. Tanto esses textos, como outros textos-chave da filosofia utilizados (apesar das citações serem feitas pela ABNT 10520, evitando-se as notas de rodapé) serão dispostos em notas de rodapé. A intenção, até a conclusão da dissertação, é expor os textos originais com sua respectiva tradução para o português, de forma que o leitor possa interpretar (e comparar) as análises feitas aqui com os textos originais.

O segundo ponto relevante na filosofia para a necessidade do método na interpretação jurídica – em especial para a lógica deontica (pré e pós-*viragem* linguística) – é o Princípio da Razão Suficiente. Para tanto, utilizou-se os trabalhos de Schopenhauer (1903) e Leibniz (1969); e, na lógica, Frege, Carnap (1975), e von Wright (1951), como precursor da lógica deontica cujos desdobramentos ficaram aqui representados por Lourival Vilanova (2010) e Paulo de Barros Carvalho (2011).

Por fim, como terceiro ponto da tradição filosófica a ser demonstrado nessa primeira parte da dissertação, procurou-se demonstrar os desdobramentos da filosofia kantiana na interpretação jurídica (os que se pôde encontrar, evidentemente, sem pretensão de formar um rol exaustivo). Há utilizações mais

evidentes, como a necessidade de um fechamento lógico no sistema, questão representada no Direito pela Norma Fundamental de Kelsen. Há utilizações como as apontadas por Alexy que refletem a dicotomia entre regras e princípios desde a *Metafísica dos Costumes*. Há Kant como modelo para o sujeito de conhecimento (das normas e dos fatos). E há ainda Kant como modelo para os fenômenos coletivos. Há Kant por todo lado.

Com essa primeira parte, resta demonstrada que as mais diversas teses sobre a interpretação jurídica compartilham das mesmas bases filosóficas, e que se pode mesmo encontrar uma estrutura em comum entre elas. Sob esta estrutura, o intérprete tem como modelo o sujeito transcendental kantiano; o objeto, seja ele a norma jurídica ou o fato da vida ao qual ela se aplica, é dado, à maneira positivista; o modelo de incidência da norma (dinâmica da aplicação da norma) é o cartesiano, privilegiando a previsibilidade do resultado e a segurança jurídica; e há necessidade de justificação racional – e muitas vezes, exclusivamente racional.

A primeira alteração feita nessa estrutura foi a necessidade de abertura objetiva da norma jurídica, que ganhou força no pós-guerra, precisamente com vistas à garantia de direitos fundamentais. A abertura objetiva da norma jurídica significa que a validade da norma positivada depende da observância de direitos fundamentais. Assim, a norma positivada (objetiva, para o positivismo normativo) é aberta para a inclusão desses direitos. Essa necessidade ainda é objeto de grande parte dos trabalhos do quadro acima, como já se mencionou. Ela traz dois pontos interessantes, a serem analisados no Capítulo II: a insuficiência da interpretação heterorreferente (que tem o referencial de validade na própria norma positiva) e, conseqüentemente, o juízo feito acerca do resultado da interpretação para considerá-la válida ou não. Optou-se por tratar de ambos os temas no emblemático

caso do julgamento de Eichmann, a partir do relato e da análise de Hannah Arendt. As atrocidades cometidas pelo réu deixam patente a insuficiência das normas positivas violadoras de direitos fundamentais. Quando de seu julgamento, as normas jurídicas positivas autorizavam a violação, que juízo poderia guiar nossa razão? Para essa análise utilizou-se como obras centrais *Eichmann em Jerusalém, um relato sobre a banalidade do mal* (Arendt, 1999) e *Thinking and Moral Considerations* (Arendt, 1971), ambas de Arendt, bem como uma recente crítica acerca da utilização feita por ela do juízo estético kantiano (para validade da interpretação da norma jurídica), a saber, os estudos de Menke *La reflexión en lo estético y su significado ético - una crítica a la solución kantiana* [A reflexão no estético e seu significado ético] (2004) e *The "aporias of Human Rights" and the "One Human Right": regarding the coherence of Hannah Arendt's argument* [As "aporias dos Direitos Humanos" e o "Único Direito Humano: sobre a coerência dos argumentos de Hannah Arendt"] (2007).

Com a positivação dos direitos fundamentais em grande parte dos ordenamentos jurídicos, a discussão entre *jusnaturalistas* e *juspositivistas* foi diluída pelo utilitarismo, já que a discussão quanto a origem dos direitos fundamentais passou a segundo plano, frente a certeza de sua existência no ordenamento jurídico trazida pela positivação. As atenções estavam então voltadas para os métodos possíveis para garantir a eficácia dessas normas. Surgiram diversos critérios para a validade da interpretação jurídica – critérios que serão designados *heterorreferências*, ou seja, cujo referencial encontra-se fora da norma jurídica positivada (apesar do texto legal muitas vezes contemplar algum critério, seu significado está *fora* do ordenamento jurídico). Essas heterorreferências despontaram na literatura quase sempre com seus próprios métodos de aplicação.

Ainda no segundo Capítulo há a exposição de cinco heterorreferências importantes – e por importantes quer-se dizer de maior repercussão, o que também pode ser justificado pelo quadro acima. São elas a vontade da Constituição, de Konrad Hesse; os direitos fundamentais, de Robert Alexy; e a teoria da Justiça adotada pelo direito positivo, de Ronald Dworkin.

O terceiro capítulo analisa os métodos que os autores dos critérios heterorreferentes acima trouxeram como solução para a interpretação jurídica, bem como as críticas quanto à dificuldade de aplicação desses métodos e ao *sincretismo metodológico* (Silva, 2007) – termo que tem sido mal compreendido, mas que indica a utilização inconsciente de teorias com fundamentos filosóficos distintos e muitas vezes inconciliáveis. A confusão metodológica é tamanha que são crescentes as críticas dos próprios autores das propostas metodológicas quanto à insuficiência da metodologia na interpretação jurídica e mesmo quanto à sua utilidade. Por essa razão, muitos trabalhos indicam que, diante da insuficiência ou da impossibilidade do estabelecimento de um método para a interpretação a única metodologia possível, é a *justificação* da interpretação feita. Levantam o dever constitucional de motivação das decisões judiciais e trazem como novidade a velha retórica e todos os seus problemas reavivados pelas análises linguísticas. Este é o impasse atual – e pode-se remeter novamente ao quadro apresentado no início deste tópico.

O capítulo quarto parte da pressuposição que o impasse metodológico decorre das bases filosóficas sobre as quais estavam as teses de interpretação jurídica. Pode-se observar que a despeito das grandes alterações nas expectativas sociais da sociedade em que viveram Descartes, Leibniz ou Kant para as expectativas da sociedade contemporânea, exigindo respostas diferentes à interpretação da norma jurídica, as exigências metodológicas não se alteraram. Por

isso, esse capítulo apresenta pontos relevantes de alteração na filosofia da ciência, como a questão do corte epistemológico, a relação sujeito-objeto, e a relação de causalidade. Tais questões mostraram-se aptas, em outros campos de pesquisa, a lidar com o tema da complexidade, da imprevisibilidade, das diversas variáveis possíveis no conhecimento das coisas e nas tomadas de decisão. Serão utilizados como trabalhos centrais para a questão do corte epistemológico, da relação sujeito-objeto e da relação de causalidade, basicamente os trabalhos de Edgar Morin, Boaventura de Souza Santos, Mandelbrot e Prigogine. Restará demonstrado que foi a teoria da ciência formulada para as *hard sciences* as que se aproximaram mais das *soft sciences*, perfazendo o caminho oposto do ansiado pela teoria do Direito positivo normativa de então.

É bem verdade que houve tentativas importantes de explicar a interpretação jurídica dentro de uma sociedade complexa. Tomou-se como base a teoria sistêmica de Niklas Luhmann, nos aspectos referentes à interpretação jurídica. Apesar de essas teorias terem levantado aspectos relevantes sobre o sistema social (e do Direito), restaram algumas questões em aberto, das quais se apontam três, que pareceram (à autora) ser as três críticas mais duras às análises sistêmicas. A primeira diz respeito à manutenção/ evolução do sistema social e ao papel do direito então. A segunda crítica refere-se especialmente ao trabalho de Luhmann, que concebeu um sistema cognitivamente aberto, mas funcionalmente fechado. Isso significa que embora no sistema jurídico se conheça do que é “extrajurídico” (moral ou econômico, por exemplo), o sistema só funciona, só opera dentro do código binário direito/ não direito. Isso tem consequências com a questão anterior, da manutenção sistêmica engendrada pela aplicação da interpretação das normas jurídicas, mas vai além e implica um corte epistemológico difícil de alcançar diante

das novas premissas filosóficas propostas. E, a terceira questão levantada, também trazida por Luhmann, refere-se ao *obstáculo humanístico* – para essas teses, o sujeito não pode ser o cerne de uma ciência, diante de sua instabilidade. O sujeito é então considerado um obstáculo às ciências humanas, que Luhmann, por exemplo, prefere basear na função comunicativa das relações sociais.

Em sentido oposto ao da proposta luhmanniana, o quinto Capítulo volta-se ao sujeito⁴. Não por insistência – mas pela consideração de que a virada linguístico-pragmática implicou alterações significativas na estrutura apresentada nos primeiros três capítulos. Em linhas gerais, o sujeito rompe com os recortes epistemológicos porque não conhece em código; ele tem uma singularidade em sua constituição, que não permite determinar os fatos ou as normas como *dados* – mas sim como construções linguísticas únicas. Importará trabalhar em linhas gerais com a filosofia pós metafísica (Habermas) e, mais especificamente, com a reviravolta linguístico-pragmática (Oliveira, 2006). Voltando mais uma vez ao quadro, constata-se a presença de Heidegger e de Gadamer, bem como de estudos a seu respeito, como nos casos de Ernildo Stein e Lenio Streck. Também Wittgenstein é citado com frequência pelos juristas, *e.g.*, (Ávila, 2009), mesmo que nem sempre isso esteja bem refletido na aplicação à interpretação jurídica. Não é tarefa fácil manejar essas teses a fim de aplicá-las ao Direito. As expectativas quanto aos resultados dessa aplicação do lado de cá dessa ciência aplicada, também não são fáceis de atender. Algumas teorias declararam expressamente sua posição filosófica pela linguagem e

⁴ Baseia-se na distinção utilizada por Foucault entre indivíduo e sujeito, razão pela qual adotou-se o termo *sujeito* para tratar da recente formulação filosófica: “*Também no que concerne ao significado atribuído por Foucault aos termos ‘indivíduo’ e ‘sujeito’, cabe denotar uma diferenciação entre os mesmos. (...) Pode-se então dizer que o termo ‘sujeito’ serviria para designar o indivíduo preso a uma identidade que reconhece como sua, assim constituído a partir dos processos de subjetivação. (...) quando houver referência aos processos de objetivação e subjetivação, será sempre em relação ao indivíduo. E, além disso, o termo sujeito expressará o resultado da constituição do indivíduo ante os mecanismos de subjetivação presentes na atualidade*” (Fonseca, 2011, pp. 29 -30).

caminharam rumo a ela. Das mais relevantes, constam no capítulo a teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale (1968); e a teoria estruturante do Direito, de Friedrich Müller (1984). Procurar-se-á demonstrar sua alocação *rumo à filosofia da linguagem*, não porque careçam de adesão a essas teses, mas em razão dos resultados de sua aplicação na interpretação jurídica, que não alteraram pontos relevantes da estrutura demonstrada nos capítulos anteriores acerca da interpretação jurídica moderna.

Por isso, apresentou-se em separado tanto a Crítica de Lenio Streck (2011), que consiste em uma aplicação vertical das filosofias de Heidegger e Gadamer à interpretação jurídica; como a Conjectura Sistêmica, de Pugliesi (2009), que tem uma formulação própria de sujeito, concebido como uma atmosfera semântica, posterior à viragem linguístico-pragmática. O importante em ambas as teses é a demonstração da alteração feita pela Filosofia na compreensão da interpretação jurídica - mesmo que seja para alcançar resultados *negativos* (no sentido de impossibilidade de investigação). É o que ocorre para determinar a impossibilidade de fracionar em um método a aplicação da norma jurídica. Tanto o círculo hermenêutico heideggeriano utilizado por Streck, como a interação entre as atmosferas de Pugliesi na sociedade tornam impossível o sonho positivo normativista de sentenças proferidas por juízes Hércules⁵, e encerram muitas das investigações levadas a cabo atualmente, como demonstra o quadro.

Mas resultados negativos não apenas ainda são resultados (*negative results are still results!*) como também são positivos por abrirem novas possibilidades de

⁵ Em referência ao juiz inventado por Dworkin, com aptidão sobre-humana, aprendizado, paciência e perspicácia, que aceita as principais regras legais e regulatórias incontroversas de sua jurisdição (Dworkin, 1978, pp.105-106). Ele é tido como um modelo ideal de juiz, pois conhece todos os fatos e todas as normas em questão para encontrar a resposta (sentença) certa a ser dada.

investigação, talvez mais frutíferas, e com novas perspectivas. O sexto e último capítulo dedica-se a novas possibilidades de pesquisa na interpretação jurídica. Ele parte integralmente da Conjectura Sistêmica de Pugliesi para trabalhar a interpretação jurídica como *Teoria da Decisão*. Sua primeira parte chama-se *microdinâmica* porque foca na interpretação da norma jurídica (e de seu contexto) por uma atmosfera semântica. Posteriormente, como transição para a *macrodinâmica* desse sistema, trabalha a questão dos fenômenos coletivos. Ao tratar de um sistema complexo, sua macrodinâmica não será a soma de seus elementos. Por fim, a macrodinâmica apresentará os jogos institucionais, como opções por determinados *significados pragmáticos* das normas jurídicas (ponto em que se refaz com Habermas) tomadas por indivíduos específicos a quem caiba decidir. A decisão é tomada como parte de determinada estratégia para a obtenção de resultados desejados pelos indivíduos a quem cabe traçar objetivos institucionais, no sentido de que a determinação de *significados pragmáticos* das normas jurídicas é simbolização de poder (Bourdieu, 2005) que se efetivará ou não de acordo com a força de seu vetor (Foucault, 2007) dentro da rede social (sistema em rede). A interação estratégica entre esses sujeitos pode ser analisada academicamente a partir da teoria dos jogos (Pugliesi, 2009).

As conclusões darão um passo atrás para analisar a Teoria da Decisão como novo paradigma para a interpretação jurídica, em razão de sua alteração estrutural, comparativamente ao cenário demonstrado nesse trabalho acerca da base filosófica, estrutura e dinâmica das principais teses expostas desde o final do século XIX sob o paradigma da racionalidade das ciências modernas.

Evidentemente, não é tarefa fácil romper com as ideias que informam nossa própria constituição enquanto sujeitos. E mesmo uma pesquisa sobre as bases

filosóficas racionalistas da interpretação jurídica não pôde se furtar a apresentar dados para justificar suas escolhas e dispô-los em um tópico dedicado as *opções metodológicas*. A autora supõe que sua formação acadêmica não seja tão diversa da formação dos demais pesquisadores que tenham sido elencados nos dados expostos (CONPEDI, 2012), de forma que suas escolhas pessoais são, naturalmente, também as deles. Adverte, portanto, que os dados apresentados podem, por um lado, ser uma (conveniente) coincidência. Mas que, de outro, se estamos todos concordes sobre os filósofos e juristas de nossa formação, então os dados podem ser mais significativos que a planilha. E, ao final, a autora prefere pensar que se justifica e a suas escolhas para a validação de sua pesquisa pelos Professores aos quais submete seus resultados e pela comunidade acadêmica, mais que em razão de velhos hábitos racionalistas.

CAPÍTULO 1 – AS BASES FILOSÓFICAS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

1.1 Racionalidade

O Direito é instrumento de controle social, de poder, e por essa razão seu exercício prescinde de fundamentação hábil a justificá-lo. Este é o ponto de partida desta pesquisa. O Direito na Modernidade tem a *razão* como centro de gravidade. O exercício do poder conferido pelo Direito deve ter sua razão de ser, explícita aos que se sujeitam a ele. E dessa forma, a racionalidade pauta todo o Direito Moderno – da razão na vontade do povo, na vontade do legislador, na lei, ou no sistema jurídico, também este articulado racionalmente.

A *razão* surge como ponto central para as bases filosóficas do Estado e de seu poder de coerção pelo Direito precisamente na época de transição para a formação dos Estados Nacionais europeus, em que a fragmentação de poder e as crises institucionais exigiram mais do que a escolástica poderia oferecer. Foi Maquiavel a tratar de forma positiva as discórdias civis que atingiam a Itália nos anos que circundavam o de 1494, ano da crise institucional, que culminou com a queda dos Medicis entre novembro e dezembro, e a conseqüente disputa pelo poder nessa Itália *impotente para se unificar* (Valverde, 1999). O ponto importante na análise de Maquiavel, conforme Valverde, é o fato de as *discórdias*, ou seja, os conflitos, não terem sido apontados como algo negativo – mesmo para a Itália em crise institucional. Ao contrário, o conflito segundo ele produz instituições civis melhores e leis para proteger a liberdade dos indivíduos. Assim, ele *redimensiona o problema da liberdade cívica* (Valverde, 1999, pp. 343-344), de forma a compreendê-la como resultado do processo de conflitos sociais, que necessita produzir melhores instituições civis e leis para resguardar a liberdade dos

contendores. Essa análise antecipa verdadeiramente o papel do Estado Moderno de guardião das liberdades individuais, de detentor do monopólio da resolução dos conflitos.

Da mesma forma que Maquiavel frente à Itália de 1494, Hegel diante da Alemanha pré-unificação trabalha sob a questão da *liberdade*. Para ele, o povo alemão deve realizar a ideia da *liberdade como uma imposição a partir da consciência de si, da autoconsciência enquanto determinação de sua unidade cultural* (Trotta, 2009, p. 15). A vontade livre é, para Hegel, o ponto de partida do domínio do Direito, *de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo* (Hegel, 2009, p.12).

É precisamente essa correlação feita por Hegel entre o Estado e o Direito como *consciência particular de si universalizada, racional em si e para si* (Hegel, 2009, p. 217) e encontrada nas bases das concepções modernas de Direito⁶. Cada indivíduo em ato de vontade livre adquirido em sua consciência de si reconhece os próprios direitos e deseja o Estado, que é portanto, desejado pela universalidade das consciências particulares (e racionais), e por isso ele é soberano perante os indivíduos, garantindo-lhes àqueles direitos (Hegel, 2009, pp. 217 e 225).

Trata-se, portanto da fundação do Estado pela soma das razões individuais, que o reconhecem e o desejam instituído, garantidor de sua própria liberdade e dos

⁶ “[257] O Estado é a realidade em ato da Ideia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe. [258] O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever” (Hegel, 2009, pp. 216 - 217).

direitos que entendem como seus. Hegel diz que formam a Constituição de um Estado *a razão desenvolvida e realizada no particular e são, por conseguinte, a base segura do Estado bem como da confiança e dos sentimentos cívicos dos indivíduos, são os pilares da liberdade pública, pois, por elas, é racional e real a liberdade particular e nelas se encontram reunidas a liberdade e a necessidade* (Hegel, 2009, p. 229).

A exigência da *razão* inicia-se com a *sistematização dos argumentos prudenciais* (Souza, 2005, p. 51) e chega ao século XVIII ao *primado da lei como expressão última da racionalidade* (Souza, 2005, p. 52), no intuito de garantir segurança e certeza à burguesia incipiente (Souza, 2005, p. 59). Dessa feita, desde Maquiavel até (bem, até hoje, mas fiquemos com a formulação de) Hegel a razão justifica a existência do Estado pela proteção das liberdades de cada indivíduo, e de tal forma que o exercício dos poderes de Estado, mormente pelo Direito, deva (poder) ser justificado racionalmente. Mas de Maquiavel a Hegel a *razão* foi também ponto central na Filosofia, como em uma via de mão dupla, da sociedade para a academia, e vice-versa.

O *racionalismo* como rótulo (e todo rótulo) reduz em complexidade o trabalho dos filósofos que agrupamos, *a posteriori*, como tais. Ademais, o *racionalismo* não denota uma gama de novos temas na filosofia. Os filósofos tidos como racionalistas trabalharam novas respostas para questões já revistadas pela filosofia na Idade Média e no Renascimento e *estão unidos por crer que o intelecto e a razão humana são ferramentas poderosas em nossa habilidade de conhecer a natureza última da mente e da matéria* (Gennaro e Huenemann, 1999, p. XV).

Assim, o rótulo do *racionalismo* é útil para demarcar um movimento na história da filosofia, fortemente atrelado à modernidade, que produziu as respostas a partir do *sujeito*, que é capaz de conhecer a partir de sua própria *razão*. A partir de então, pode-se falar em um *sujeito de conhecimento* (Pugliesi, 2013, p. 69). A capacidade de conhecimento do sujeito será descrita em diversos modelos pela filosofia a partir do século XVII e dará, cada vez mais, ênfase ao sujeito, de forma que a isso se pôde (também) definir a própria modernidade por esse *lento processo de dessacralização* em que a lógica se refere ao sujeito (Dupuy, 2001, p. 12).

Inseridos nesse contexto e dentro do que – com as escusas acima - chamou-se *racionalismo* estão inúmeras teses filosóficas que influenciaram a interpretação jurídica, ainda que muitas vezes, negando a *interpretação jurídica* ao afastar a subjetividade. Ora, se o Direito é instrumento de controle social e seu exercício (exercício de poder) está fundado desde a transição para a Modernidade no primado da *razão do sujeito de conhecimento*, cabe a demonstração dessa base filosófica nas teses de interpretação jurídica mais recentes e/ou mais bem aceitas/reproduzidas.

Para evitar as generalizações, os pontos a seguir buscarão demonstrar a aplicação de teses filosóficas específicas em teses (também específicas) de teoria do direito, da norma jurídica, ou ainda da interpretação jurídica. Tal demonstração é relevante porque prova a manutenção do sujeito de conhecimento em diferentes modelos de racionalidade – ainda nos dias de hoje. E, por sua vez, isso é relevante, porque a sociedade em que hoje se aplicam tais teses está há muito distante do contexto histórico-social em que suas bases filosóficas foram concebidas.

1.2 O método cartesiano e o modelo de incidência das normas jurídicas

Descartes como “fundador do racionalismo” pode ser compreendido como uma *etiqueta de confecção recente*, útil à compreensão (Laporte, 1945, p. 469). Gaukroger comenta que tal *etiqueta* possa ter se originado na historiografia da filosofia do século XIX, resultante de investimentos filosóficos feitos por terceiros (Gaukroger, 1999, p. 23), a exemplo de Malebranche, que deu um *cunho mais epistemológico às doutrinas cartesianas do que fizera o próprio Descartes, desempenhando um papel importante no direcionamento da filosofia para a epistemologia no fim do século XVII e durante o século XVIII* (Gaukroger, 1999, p. 26).

Ao final do século XVII o trabalho de Descartes sofria proibições por parte do Estado. Foi incluído no Índice de Livros Proibidos em 1663; Luís XIV reiterou a proibição do ensino da filosofia cartesiana em 1685, e, ainda segundo Gaukroger, houve grande oposição a Descartes nas Universidades até o século XVIII, com a exclusão dos cartesianos da Académie de Sciences (Gaukroger, 1999, pp. 23-24). Havia em tais proibições tal cunho político que *os philosophes do Iluminismo francês tomaram Descartes como herói*, sendo que d’Alambert chegou a declarar que Descartes era *‘um dos líderes dos conspiradores que tiveram a coragem de erguer a bandeira da oposição a um poder arbitrário e despótico, e alguém que, ao preparar uma revolução brilhante, lançou as bases de um governo mais justo e mais satisfatório do que já se vira ser estabelecido até então’* (Gaukroger, 1999, p. 24).

A filosofia cartesiana, ainda que trouxesse *Deus* expresso, forneceu uma explicação naturalista da cognição percepção humana (Gaukroger, 1999, p. 28), que leva à *certeza* pela *reflexão autofornecida* (Pugliesi, 2013, p. 89) e que, nas palavras de Louis Liard, consiste em um *método geral, aplicável à todos os*

campos de pesquisa, e do saber, um corpo inteiro de filosofia racional que abrange as ciências matemáticas, as ciências da natureza e a metafísica (Descartes, 1960, p. 02).

Descartes descreve o corpo como uma estátua ou máquina de terra, que contém todas as peças necessárias para todas as funções que possam ser imaginadas como procedentes da matéria e que só dependem da disposição dos órgãos⁷ (Descartes, 2009, p. 251). Ele o distingue da *alma* – que é racional e tem sua sede no cérebro, que por sua vez, está ligado aos nervos pelos poros e terá diversos sentimentos⁸ (Descartes, 1960, p. 297). No cérebro está localizada a *sede da imaginação e do senso comum, que devem ser tomadas como ideias, isto é, como as formas ou imagens que a alma racional considerará imediatamente, quando, ao estar unida a essa máquina, ela imagina ou sentir algum objeto* (Descartes, 2009, pp. 363 e 365).

A impressão de alguma ideia surgida em determinada parte do cérebro traça figuras referentes às das coisas. Essa figura melhora quanto mais for reiterada,

⁷ “Suponho que o corpo não seja outra coisa senão uma estátua ou máquina de terra, que Deus forma intencionalmente para torna-lo o mais possível semelhante a nós. De modo que ele não apenas lhe dá externamente a cor e a figura de todos os nossos membros, como também coloca dentro dela todas as peças que são necessárias para fazer que ela ande, coma, respire e, enfim, imite todas as nossas funções que possam ser imaginadas como procedentes da matéria e que só dependem da disposição dos órgãos.” Do original: /“*le fuppole que le Corps n’eft autre chofe qu’vne ftatuë ou machine de terre, que Dieu forme tout exprés, pour la rendre la plus femblable à nous qu’il eft poffible: em forte que, non feulement il luy donne au dehors la couleurs & la figure de tous nos membres, mais auffi qu’il met au dedans toutes les pieces qui font requifes pour faire qu’elle marche, qu’elle mange, qu’elle respire, & enfin qu’elle imite toutes celles de nos fonctions qui peuuent eftre imaginées proceder de la matiere, & ne dependre que de la difpofition des organes*” (Descartes, 2009, p. 250).

⁸ “Quando Deus unir uma alma racional a essa máquina, sobre o que eu pretendo discorrer mais adiante [N. do T: Descartes não chegou a tratar desse assunto, conforme promete em várias passagens], ele lhe dará sua sede principal no cérebro e a fará de tal natureza que, de acordo com as diversas maneiras pelas quais serão abertas as entradas dos poros que estão na superfície interna desse cérebro por intermédio dos nervos, ela terá diversos sentimentos.” Do original: /“*Or ie vous diray que, quando Dieu vnira vne Ame Raifonnable à cette machine, ainfi que ie pretens vous dire cy apres, il luy donnera fon fiege principal dans le cerueau, & la fera de telle nature; que, felon les diuerfes façons que les entrées des pores qui font em la fuperficie interieure de ce cerueau ferint ouuertes par l’entremife des nerfs, elle aura diuers fentimens*” (Descartes, 2009, p. 296).

quanto mais prolongado e mais forte for seu impacto sobre o cérebro, de forma que elas não mais se apagam com facilidade, podendo se formar de novo depois, sem que seja necessária a presença dos objetos aos quais se referem – e nisso consiste a memória (Descartes, 2009, pp. 365 e 367)⁹.

Para Descartes todas as funções humanas são decorrência natural da disposição dos órgãos, *assim como os movimentos de um relógio ou outro autômato decorrem da disposição de seus contrapesos e suas rodas* (Descartes, 2009, p. 415)¹⁰. Inclusive o *conhecer* é também produto da disposição natural dos órgãos humanos. No entanto, é um produto distinto. Descartes se pergunta como saber se o que ele, enquanto homem, conhece é *verdadeiro* e não uma ilusão:

E enfim, considerando que todos os mesmos pensamentos que temos quando despertos nos podem também ocorrer quando dormimos, sem que haja nenhum, nesse caso, que seja verdadeiro, resolvi fazer de conta que todas as coisas que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais verdadeiras que as ilusões de meus sonhos. Mas, logo em seguida, adverti que, enquanto eu queria assim pensar que tudo era falso, cumpria necessariamente que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade: *eu penso, logo existo*, era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos céticos não seriam capazes de a abalar, julguei que podia aceita-la, sem escrúpulo, como o primeiro princípio da Filosofia que procurava. (Descartes, 1979, pp. 22-23)

E responde, compreendendo que mesmo para questionar se o conhecimento não seria ilusório, é necessário *pensar*. O pensamento (do sujeito) demonstra sua

⁹ “Isso faz que essas figuras não se apaguem tão facilmente, mas elas aí se conservam de tal modo que por seu intermédio as ideias que estiveram outrora sobre essa glândula podem aí se formar de novo muito tempo depois, sem que seja necessária a presença dos objetos aos quais elas se referem. É nisso que consiste a *memória*.” Do original: “*Ce qui est cause que ces figures ne s’effacent pas non plus si aifement, mais qu’elles s’y conferuent em telle forte, que par leur moyen les idées qui ont esté autrefois fur cette glande, s’y peuuent former derechef long-temps apres, fans que la preference des objets aufquels eles se rapportent y soit requife. Et c’est em quoy confifte la Memoire*” (Descartes, 2009, pp. 364 e 366).

¹⁰ Do original: “le defire, dis-ie, que vous confideriez que ces fontions fuiuents toutes naturellemet, em cette Machine, de la feule difposition de fes organes, ne plus ne moins que font les mouuemens d’vne horloge, ou autre automate, de celle de fes contrepoids & de fes roües; em forte qu’il ne faut point à leur occafion conceuoir em elle aucune autre Ame vegetatiue, ny fenfitiue, ny aucun autre principe de mouuement & de vie, que fon fang & fes efprits, agitez par la chaleur du feu qui brûle continuellement dans fon couer, & qui n’est point d’autre nature que tout les feux qui font dans les corps inanimez” (Descartes, 2009, p. 414).

própria existência (Descartes, 2009, p. 38). É a forte conexão entre a existência do sujeito e a razão, que é compreendida como a demonstração da existência mesma do sujeito.

O sujeito cartesiano *conhece* das coisas como verdadeiras e sabe não estar enganado porque a faculdade de pensar é dada por Deus – e Deus é perfeito e não tem intenção de enganá-lo (Meditação IV). A fundamentação última do sistema cartesiano está na existência e na perfeição de Deus. Leituras posteriores de Descartes (suas *Meditações* foram publicadas em 1641) deram interpretações diversas ao sistema cartesiano, ou mesmo levantaram objeções pontuais a esse respeito. Talvez a leitura mais conhecida de Descartes seja a de Malebranche (1638-1715), especialmente entre os filósofos anglo-saxões (Schmaltz, 2009).

Malebranche deu um passo no caminho da dessacralização do sistema cartesiano, aproximando-o do estereótipo da Filosofia Moderna. Segundo Smith e Alquié (Malebranche, 2004, p. 16) Malebranche aceita o método, a física, a ontologia dualista, o conhecimento do espírito, a ideia ou noção de Deus e a prova ontológica; enquanto adota parcialmente – com contribuições – o julgamento natural, a natureza das ideias, as causas ocasionais e a simplicidade das vias. E discorda quanto a ordem do universo, da moral, do conhecimento dos desígnios divinos e da graça divina.

Para Malebranche, a razão consiste na busca interior por Deus, pelo que lhe foi atribuída forte influência agostiniana. Não obstante, deve-se ressaltar que ele estabelece um autofornecimento da razão: Malebranche faz com que o sujeito de Descartes não mais receba o conhecimento de Deus, mas que o procure dentro de si mesmo (a Deus e a verdade). Assim, não existiriam duas razões – uma de Deus,

outra do sujeito – mas apenas uma. Dessa forma, mais cartesiano que Descartes, Malebranche recusa a autoridade divina e busca a verdade dentro de si.

Além disso, há outra distinção importante para a Filosofia do Direito. Enquanto Descartes considera o julgamento moral da mesma forma que o conhecimento da verdade, Malebranche distingue-os em dois atos: o primeiro é a vontade no consentimento à verdade, e outro distinto, no consentimento ao bem (Malebranche, 2004, p. 18). Tal qual como Descartes, ele também apresenta um método para evitar o erro. Em Malebranche o erro está no uso precipitado do juízo. Deve-se permitir que a vontade examine livremente a questão de acordo com que o entendimento apresentar e só então permitir o exame do juízo – o assentimento precipitado é a fonte dos erros (Malebranche, 2004, p.19).

O bom uso da razão em Descartes também exige que o homem siga o método (1979, p.04), que se propõe a guiar a razão à verdade, já que os sentidos podem nos enganar, mas devem ter *algum* fundo de verdade, o método é importante para assegurar que os sentidos não se equivoquem (Descartes, 1979, p. 28). Assim, ele sugere quatro etapas como método analítico:

O primeiro era o de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal; isto é, de evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e de nada incluir em meus juízos que não se apresentasse tão clara e tão distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida. O segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las. O terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir (Descartes, 1979, p. 13).

Como apontado por Gaukroger, a explicação naturalista da cognição foi sendo abandonada a medida que a dicotomia corpo-mente foi realocada na *doutrina do 'véu da percepção'* e nota nisso uma ironia, frente a duas importantes ocorrências

do século XX: a questão da interpretação com os trabalhos de Frege, Wittgeinstein e Husserl e a inteligência artificial, a partir das ‘máquinas de Turing’, que retomaram o cunho *naturalista* utilizado por Descartes a partir de novas possibilidades de pesquisa (Gaukroger, 1999, p. 28). Também Pugliesi concebe o sujeito cartesiano, *esse sujeito desengajado, que distingue entre fatores externos e internos* como modelo para a inteligência artificial, ademais de servir como modelo para a *certeza nutrida pela reflexão autofornecida* (Pugliesi, 2013, p. 89).

Muito antes de (poder) servir como modelo para inteligência artificial, a *certeza nutrida pela reflexão autofornecida* implicou outros desdobramentos importantes. O sujeito de moldes cartesianos (incluindo as leituras posteriores, como as de Malebranche) prova sua própria existência através da constatação de seu *pensamento*. Ele é apto a conhecer das coisas por diversos meios – sensoriais, experimentais etc – mas sabe da veracidade do que conhece ao empregar bem (metodicamente) sua razão. Pela razão é possível chegar à verdade. *A existência de uma verdade que pode ser obtida através do emprego racional de um método* é base filosófica de ampla gama de teses atuais na Filosofia do Direito.

A filosofia cartesiana está presente no principal modelo de incidência das normas jurídicas, conforme a tese de Clarice von Oertzen de Araújo (2011). Ela analisa uma assimetria entre os fundamentos apresentados por Pontes de Miranda em escritos de sociologia e de teoria geral de direito, haja vista que nos primeiros ele compreende os fatos sociais como uma rede de processos e relações, o que pôde ser lido por Araújo como coerente com teorias mais recentes da ciência (física) e da semiótica (Araújo, 2011, p. 108), mas nos segundos, ele adere à filosofia cartesiana. Por essa razão, há, segundo ela, um descompasso entre o avanço da visão sociológica de Pontes de Miranda e o retrocesso do fundamento de sua teoria geral

do direito. De forma que a proposta de seu trabalho é investigar a continuidade da primeira, aplicada ao direito, sob a perspectiva das teorias mais recentes da física e da semiótica de Peirce (Araújo, 2011, p. 108). Araújo demonstra que Pontes de Miranda pode ser considerado um jurista moderno, primeiramente, em razão de sua *preocupação com a elaboração de um método que conduzisse a ciência positiva do Direito* e de sua *eleição do modelo mecanicista* (Araújo, 2011, p. 88).

Pontes de Miranda (1892-1979) concebe o mundo jurídico inserido no mundo social, de forma similar às teses estruturalistas da sociologia de seu tempo. Para ele, as leis gerais da sociologia descrevem o mundo social (descritivas), enquanto o mundo jurídico é resultado da incidência das leis jurídicas, que criam os fatos jurídicos. Assim, um fato do mundo é *juridicizado* pela incidência de uma norma jurídica e passa a ser um fato jurídico (pertencente ao mundo jurídico).

Há uma relação de causalidade forte nesse modelo. Se ocorre o fato (fato do mundo) descrito pela norma, então há necessariamente sua incidência, transformando-o em fato jurídico (mundo jurídico). Ou seja, a *juridicização é automática e infalível* (Araújo, 2011, p. 115). De maneira que *os efeitos emanados da incidência e constituição dos fatos jurídicos são tratados como a sua eficácia e são determinados pela implicação lógica que encadeia as proposições que se articulam sob a forma de regras jurídicas gerais* (Araújo, 2011, p. 101).

É certo também que seria injusto deixar a cargo de Pontes de Miranda esse modelo de incidência, embora ele seja um excelente exemplo a ser dado, em razão de sua posição já clássica e de sua relevância no Direito. Ele descreve, no início do século XX, o modelo de *subsunção* dos fatos às normas jurídicas. É o modelo mais simples. É o modelo utilizado até hoje na maioria dos casos (pois bem, houve a necessidade de considerar exceções, as quais chegaremos no Capítulo 2 deste

trabalho). Por essa razão, não é ele o responsável pelo modelo em si, embora haja contribuído por arrastá-lo século XX adentro.

E século XX adentro, por vezes tornou-se difícil conceber alguém como o sujeito cartesiano, que conhece das coisas como *dados* e que, empregando a própria razão *juridiciza* os fatos conhecidos (dados), tornando-os, necessariamente, fatos jurídicos, como se fossem uma máquina de subsunção. Ironicamente, tem-se atribuído a dificuldade ora à complexidade dos fatos do mundo, ora à insuficiência do positivismo legal. Ao mesmo tempo em que mesmo para fins acadêmicos têm se presumido a manutenção do sujeito – ainda que ele surja já de forma caricata e propositadamente absurda. Esse sujeito cartesiano, que de tudo conhece por sua razão enquanto dados, e que no ideário processualista está apto a transferir tanto quanto possível a “verdade real” à “verdade formal” para *juridicizar* os dados que tem em mãos e chegar à resposta certa. Esse sujeito é (ainda) pressuposto. Diz Dworkin:

Nós talvez façamos bem em considerar como um juiz filosófico possa desenvolver, em casos apropriados, teorias sobre o que os propósitos legislativos e os princípios legais requerem. Nós devemos concluir que ele construiria essas teorias da mesma forma que um árbitro filosófico construiria o personagem de um jogo. Eu inventei para esse propósito, um advogado com aptidão sobre-humana, aprendizado, paciência e perspicácia, a quem devo chamar Hércules. Admito que Hércules é um juiz em algum órgão jurisdicional americano. Admito que ele aceita as principais regras legais constitutivas e regulatórias incontestadas de sua jurisdição. Isto é, ele aceita que estatutos têm o poder geral de criar e extinguir direitos, e que juízes tem o dever geral de seguir decisões anteriores de sua corte ou cortes mais altas, que sejam racionais, como os advogados dizem, que estendem ao caso em questão¹¹ (Dworkin, Taking Rights Seriously 1978, 105-106).

¹¹ Tradução livre de: “We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. We shall find that he would constructo these theories in the same manner as a philosophical referee would constructo the character of a game. I have invented, for this purpose, a lawyer of a superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction. I assume that he accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of the law in his jurisdiction. He accepts, that is, that statutes have the general power to create and extinguish legal rights, and that judges have the general duty to follow earlier decisions of their court or higher courts whose rationale, as lawyers say, extends to the case at bar.” (Dworkin, Taking Rights Seriously 1978, 105-106)

Embora a ironia de considerar tal sujeito como um Hércules, ele é pressuposto por toda obra de Dworkin, e realiza as operações de subsunção no modelo exemplificado por Pontes de Miranda nos “casos simples” e realiza um outro método, do qual trataremos posteriormente, idealizado por Dworkin, chegando sempre a uma resposta certa – automática e infalível.

1.3 O princípio da razão suficiente e a lógica jurídica

1.3.1 A razão como fundamento último

A certeza produzida pela autorreflexão encontra seu expoente no desenvolvimento do chamado *princípio da razão suficiente*, que em linhas gerais, consiste na afirmação de que *tudo que tem uma causa deve ter uma razão para a causa. Necessariamente, toda verdade ou ao menos toda proposição contingente verdadeira tem uma explicação. Todo evento tem uma causa* (Pruss, 2006, p. 03)¹².

O tema foi objeto estudo de Schopenhauer em *The fourfold root of the Principle of Sufficient Reason* (A raiz quádrupla do Princípio da Razão Suficiente), de 1813¹³. Na realidade, os filósofos fundamentais trataram o que então se designa

¹² “*The Principle of Sufficient Reason (PSR) claims we can. Everything that is the case must have a reason why it is the case. Necessarily, every true or at least every contingente true proposition has na explanation. Every event has a cause.*”

¹³ A síntese da conclusão da tese de Schopenhauer: “*Now, the Principle of Sufficient Reason is nevertheless a priori in all its forms: that is, it has its root in our intellect, therefore it must not be applied to the totality of existent things, the Universe, including that intellect in which it presentes itself. For a world like this, which presents itself in virtue of a priori forms, is juts on that account mere phenomenon; (...). Should others, however, see this in a different light and opine that a reason in general is anything but a conception, derived from the four kinds of reasons, which expresses what they all have in commom, we might revive the controversy of the Realists and Nominalists, and then I should side with the later*” (Schopenhauer, 1903, pp.186-189). Em tradução livre: “Então, o Princípio da Razão Suficiente é, contudo, *a priori* em todas as suas formas: ou seja, que tem suas raízes em nosso intelecto, entretanto não deve ser aplicado à totalidade de coisas existentes, o Universo, incluindo que o intelecto em que ele se apresenta. Para um mundo como este, que se apresenta em virtude de formas *a priori*, são em relação a eles apenas meros fenômenos; (...) Os demais deveriam

princípio da razão suficiente como uma verdade auto evidente (Schopenhauer, 1903), a exemplo de Aristóteles, que demonstrou que definir uma coisa não é o mesmo que provar sua existência (Schopenhauer, 1903, pp. 12-13).

Schopenhauer considerou o princípio da razão suficiente como fundamento de toda ciência, compreendendo como *ciência um sistema de noções, isto é, uma totalidade conectada, em oposição ao mero agregado desconexo de noções* (Schopenhauer, 1903, p. 04). Essa conexão entre a totalidade faz presumir que tudo tem o seu *porquê* e é este *porquê* a mãe de toda ciência¹⁴.

Ora, já Descartes utilizou parcialmente desse princípio, pois para ele, tudo tem uma razão de ser, exceto Deus, que criou o mundo de forma livre e indiferente – e que, portanto, não tem uma razão para tê-lo feito (ou tê-lo feito desta maneira). Mas foi Spinoza quem aderiu completamente ao princípio da razão suficiente ao compreender que *um conceito contém implícito todos os seus predicados essenciais, de forma que eles se desenvolvem para fora dele explicitamente para fins de mero julgamento analítico: a soma total de seus seres é a sua definição*. Neste sentido, ele pode ser visto como sucessor de Descartes, rumo à adesão completa ao princípio da razão suficiente, pois *a relação entre o conceito e os julgamentos fundados nele e suscetíveis de serem desenvolvidos analiticamente [Descartes] é precisamente o que Spinoza chama de Deus e o mundo, ou melhor, entre a única substância e seus inúmeros acidentes* (Schopenhauer, 1903, p. 14). Para Schopenhauer, Spinoza e Descartes cometem o mesmo equívoco de substituir

ver nisso uma luz diferente e opinar que uma razão em geral é tudo menos uma concepção, e é derivada de quatro tipos de razão, que expressam o que elas têm em comum, talvez revivamos a controvérsia entre Realistas e Nominalistas, e então eu devo ficar ao lado destes últimos”.

¹⁴ “Now, as it is this very assumption a priori that all things must have their reason, which authorizes us everywhere to search for why, we may safely call this why the mother of all Science” (Schopenhauer, 1903, p. 04).

uma causa externa por uma razão de conhecimento interna, um conceito dado (Schopenhauer, 1903, p. 15).

Ele encontra em Hume a primeira grande objeção à razão suficiente, ao questionar *de onde essa lei da causalidade retira sua autoridade*, chega a conclusão de que *essa causalidade não é nada além da sucessão empiricamente perceptível de coisas e estados no Tempo, a que o hábito nos familiarizou* (Schopenhauer, 1903, p. 24). Hume rompe com a autonomia da razão ao relacionar a existência do próprio princípio da razão suficiente à percepção empírica; afinal a razão não deve ser tão suficiente, pois não.

1.3.2 A razão e o melhor dos mundos (Leibniz)

Apesar das críticas, houve um desenvolvimento expressivo para demonstrar a existência e a aplicação do princípio da razão suficiente, máxime nas obras de Leibniz. Ele compreende que existem verdades primitivas, que são conhecidas pela intuição (deixando, assim, Hume de lado por ora). Essas verdades foram classificadas por ele em duas espécies: as *verdades de razão*, também chamadas *verdades necessárias*; e as *verdades contingentes*, também chamadas *verdades de fato* (Leibniz, 1969, pp. 155-156).

As verdades de fato (ou contingentes) são verdades *a posteriori* e nos são fornecidas pela *percepção imediata da existência*. Elas são imediatas também porque não há intermediação entre o sujeito e o objeto. As verdades de razão (ou verdades necessárias) são verdades *a priori*. Nenhuma das duas espécies de verdades primitivas podem ser provadas (Leibniz, 1969, p. 156).

As verdades de razão Leibniz também denominou *idênticas* porque elas são proposições que repetem a mesma coisa, sem acrescentar (como “A é A, B é B”). Algumas verdades de razão (idênticas) são afirmativas, mas outras têm identidade negativa – *ou do princípio da contradição, ou díspares*:

O princípio da contradição é, em geral, *uma proposição que é ou verdadeira ou falsa*, que contém dois enunciados verdadeiros: uma, que *a verdadeira e a falsa não podem ser compatíveis em uma mesma proposição*, ou que *uma proposição não pode ser verdadeira e falsa ao mesmo tempo*; a outra, que a oposição, ou a negação da verdade e da falsidade não são compatíveis, ou que não há um meio-termo entre a verdade e a falsidade, ou que não pode haver uma proposição nem verdadeira, nem falsa (Leibniz, 1969, pp. 154-155).¹⁵

O princípio da não-contradição estabelece uma distinção importante: as verdades necessárias são articuladas por identidades e cujos opostos são articulados por contradições; enquanto as verdades contingentes, se forem verdadeiras, devem ter uma razão anterior na qual ela está contida e esta regressão poderá ser feita até o infinito. De forma que o predicado estará sempre contido no sujeito, logo, se verdadeira uma proposição contingente, ela poderá regredir a proposições verdadeiras anteriores até o infinito.

Como Leibniz, Kant trabalha com a distinção entre proposição necessária e contingente (empírica, para Kant), mas também com a classificação entre juízos

¹⁵ “Les vérités primitives qu’on sait par intuition sont de deux sortes comme les dérivatives. Elles sont du nombre des vérités de *raison*, ou des vérités de *fait*. Les vérités de raison sont nécessaires et celles de fait sont contingentes. Les vérités primitives de raison sont celles que j’appelle d’un nom general *identiques*, parce qu’il semble qu’elles ne font que répéter la même chose, sans nous rien apprendre. Elles son affirmatives ou negatives; les *affirmatives* sont comme les suivantes. *Chaque chose est ce qu’elle est*. Et dans autant d’exemples qu’on voudra A est A, B est B. *Je serai ce que je serai*. *J’ai écrit ce que j’ai écrit*. Et *rien* em vers comme em prose, *c’est être rien* ou peu de chose. Le *Rectangle équilatéral, cette figure est um rectangle*. Les copulatives, les disjonctives et autres propositions sont encore susceptibles de cet identicisme, et je compte même parmi les affirmatives: *Non-A est non-A*. Et cette hypothétique: *Si A est non-B, il s’ensuit que A est non-B*. Item, *si non-A est B C, il s’ensuit que non-A est B C*. (...) Je viens maintenant aux identiques *negatives* qui sont ou du *principe de contradiction*, ou de *disparates*. Le principe de contradiction est, em general, *um proposition est ou vraie ou fausse*, ce qui renferme deux énonciations vraies: l’une, que *le vrai et le faux ne sont point compatibles dans une même proposition*, ou qu’une *proposition ne saurait être vraie et fausse à la fois*; l’autre, que l’opposé, ou la négation du vrai et du faux ne sont pas compatibles, ou qu’il n’y a point de milieu entre le vrai et le faux, ou bien *il ne se peut pa qu’une proposition soit ni vraie ni fausse*.” (Leibniz, 1969, pp.154- 155)

analíticos e sintéticos. Pode-se definir os juízos analíticos como as proposições cuja veracidade é dada apenas em virtude do significado de seus termos constituintes, é dizer, são analíticas porque o juízo necessita apenas analisar os termos da proposição para conhecer sua veracidade/ falsidade. Enquanto os juízos sintéticos não podem ser considerados verdadeiros ou falsos apenas com a análise dos termos de sua proposição.

Essa distinção é importante porque os juízos analíticos apenas esclarecem os conceitos, enquanto os juízos sintéticos acrescem conhecimento sobre a realidade não linguística. Não obstante, Kant, ao afirmar que os juízos matemáticos são necessários e sintéticos *preparou o caminho para a generalização deste ponto de vista para todos os juízos* (Russell, 1968, p. 25).

De toda forma, a partir de seu sistema, Leibniz pôde analisar as proposições de forma lógica, segundo o princípio da razão suficiente. Para tanto, ele apontou uma dificuldade com a linguagem, considerando-a *cheia de inumeráveis equívocos* (*On the Universal Science: Characteristic* (undated); G VII, 205 (S, 18). Por isso ele propôs que se usassem símbolos, ao invés das palavras, pretendendo a uma lógica universal. Seriam símbolos primitivos, que combinados, poderiam substituir a linguagem complexa e derivada com mais precisão.

Ele escreveu também sobre Filosofia do Direito, e seguiu bastante coerente a seu sistema filosófico. O Leibniz jusfilósofo entendia que a *opinião comum dos doutores, baseada na razão, devia se sobrepôr a outras motivações, tais como a do antigo direito dos romanos, na decisão das controvérsias* (Peres, 2010, p. 95). Ademais, da preocupação com a linguagem na interpretação da lei. Para ele, os pontos importantes a serem observados são: 1) o significado do termo; 2) a

derivação do termo; 3) justaposição, quando substantivos são unidos, por exemplo, os termos *vis* (força) e *potestas* (poder); 4) epítetos, quando adjetivos são unidos; 5) opostos; 6) construção ou declinação (Peres, 2010, pp. 94-95).

1.3.3 Lógica deôntica: a razão suficiente no direito

George H. von Wright em seu *On the logic of norms and actions* (1981, pp. 3-4) disse que dentre todos os fundadores da lógica deôntica, nenhum antecipou essa ideia tão expressamente como Leibniz em *Elementa juris naturalis* (1672) ao escrever: “*Omnes ergo Modalium complicationes, transpositiones, oppositiones ab Aristotele et Interpretatibus demonstrate, ad haec mostra Iuris Modalia non inutiliter transferri possunt*”. Ele considera esse o preciso momento de nascimento da lógica deôntica, pois é nesse trabalho que Leibniz utiliza as categorias deônticas, a saber, o obrigatório (*debitum*), o permitido (*licitum*), o proibido (*illicitum*) e o facultativo (*indifferentum*), e pensa em suas relações com as modalidades aléticas.

George von Wright funda, a partir de Leibniz, seu trabalho inaugural *Deontic Logic* (1951) cujo escopo é o estudo de proposições (e funções-verdade de proposições) sobre o obrigatório, permitido, proibido e outras propriedades deônticas (derivativas) de atos (e funções-performance de atos), a fim de saber se estas proposições são logicamente verdadeiras ou não (Wright, 1951, p. 04).

Para von Wright, algumas proposições podem ser logicamente verdadeiras independentemente da natureza de conceitos deônticos, de forma que sua veracidade pode ser provada por meio de uma tabela-verdade; apesar de existirem também proposições cuja veracidade não pode ser provada inteiramente pela lógica proposicional. A questão que von Wright se propõe em seu artigo inaugural é a de

saber qual é o critério necessário e suficiente para um complexo molecular de proposições de $\neg P$ e/ ou $\neg O$ serem satisfeitas a fim de expressarem proposições logicamente verdadeiras? (Wright, 1951, pp. 5-6). Para tanto, ele estabelece alguns princípios basilares. O primeiro deles é o Princípio da Distribuição Deontica: “Se um ato é de disjunção de outros dois atos, então a proposição que é permitida pela disjunção é a disjunção da proposição que o primeiro ato é permitido e a proposição que o segundo ato é permitido” (Wright, 1951, p. 07). Quanto às disjunções, a lógica deontica é similar às funções-verdade, portanto.

Não obstante, existem fundamentalmente dois princípios que distinguem a lógica deontica. O Princípio da Permissão, que von Wright define como *qualquer ato dado é ele mesmo permitido ou sua negação é permitida* (Wright, 1951, p. 09)¹⁶. E o Princípio da Contingência Deontica: *um ato tautológico não é necessariamente obrigatório, e um ato contraditório não é necessariamente proibido* (Wright, 1951, p. 11).

Assim, as modalidades deontica não têm relações com as coisas de fato, apenas garantindo a veracidade ou a falsidade lógica (coerência interna), o que é uma questão difícil para os filósofos morais¹⁷. E não apenas para os filósofos morais

¹⁶ “Thus, on the point at issue, the deontic modalities appear to resemble the alethic and the epistemic modalities rather than the existential ones. The restriction on the logic independence of the deontic units, which we are forced to accept, can be laid down as a Principle of Permission: Any given act is either itself permitted or its negation is permitted. There are alternative formulations of the principle. We might also have said: If the negation of an act is forbidden, then the act itself is permitted. And this again is equivalent to saying: If an act is obligatory, then it is permitted” (Wright, 1951, p. 09). Em tradução livre: “Assim, no ponto em questão, as modalidades deonticas parecem se assemelhar mais às modalidades aléticas e epistêmicas que às existenciais. A restrição na independência lógica das unidades deonticas, que somos forçados a aceitar, pode ser demonstrado como Princípio da Permissão: Qualquer ato dado é permitido ou sua negação é permitida. Existem formulações alternativas deste princípio. Nós também poderíamos ter dito: Se a negação de um ato é proibida, então o ato mesmo é permitido. E isso ainda é equivalente a dizer: Se um ato é obrigatório, então é permitido.”

¹⁷ “There is thus an important sense in which the deontic modalities unlike the alethic, epistemic, and existential ones have no logical connexions with matters of fact (truth and falsehood). This is a point about deontic categories which has often been stressed by moral philosophers” (Wright, 1951, p.15).

de então, hoje facilmente essa questão aparece como problemática, mas à época isso pôde surgir como uma grande vantagem para as ciências. Tanto que Carnap a trata como um *pseudoproblema da filosofia* (Carnap, 1975), já que a cognição enquanto conteúdo experiencial não satisfaz a condição especial de consistência dos problemas matemáticos. Diz Carnap:

Esta diferença entre o objetivo da cognição e o problema matemático descansa sobre a diferença essencial de que no caso do problema matemático, as leis segundo as quais se deve derivar a solução a partir dos dados já se encontra determinada antes que se coloque o problema; por outro lado, no caso do objetivo da cognição, essas leis (a saber, as regularidades que valem entre os objetos reais, em outras palavras, as leis naturais no mais amplo sentido) seguem-se dos próprios dados, do material da cognição. Esta é a razão pela qual, caso variem os dados em um ponto dado, as próprias leis derivadas sofrerão mudanças correspondentes, de tal maneira que não exista nenhuma inconsistência entre o material alterado e as leis mudadas. (Carnap, 1975, p. 154)

Carnap parte do pressuposto que os sujeitos (transcendentalmente) conhecem da mesma forma e chegam aos mesmos resultados (dados empíricos) ao, por exemplo, observar uma montanha. Como em um chiste ruim, mas felizmente, com um propósito, Carnap coloca dois geógrafos-filósofos em uma montanha africana. Eles se deslocam até lá para saber se ela existe. Ambos veem a montanha: *então diz o realista: ‘esta montanha que nós dois descobrimos, não só tem as propriedades geográficas afirmadas, mas é também, além disso, real’; e diz o ‘fenomenalista’ (uma subvariedade do realismo): ‘a montanha que descobri funda-se em algo real que não podemos conhecer em si mesmo’; o idealista por outro lado diz: ‘ao contrário, a montanha em si não é real, somente nossas (ou no caso da linha solipsista do idealismo: ‘somente minhas’) percepções e processos conscientes são reais.* (Carnap, 1975, p. 168). Para Carnap esse é um pseudoproblema da filosofia, pois em sua visão, ambos os geógrafos-filósofos conheceram a montanha como um

Em tradução livre: “Há assim um sentido importante no qual modalidades deônticas, diferente das modalidades aléticas, epistêmicas e existenciais, não têm conexões lógicas com matérias de fato (verdade e falsidade). Este é um ponto sobre as categorias deônticas que muito tem estressado os filósofos morais”.

dado empírico. Se esses dados variarem, as leis que os regem variarão; ao contrário das leis matemáticas, cujas leis são pré-existentes aos seus dados.

Sob essas premissas, Lourival Vilanova (2010) procurou estabelecer as estruturas lógicas do direito positivo. Para ele, a *realidade social é constituída, de uma multiplicidade inter-relacionada de fatos, sobre os quais o conhecimento humano se debruça para formular proposições, enunciados, que possam fazer um entendimento sobre sua experiência* (Vilanova, 2010, p. 56). A ideia central de sua teoria é formular proposições e enunciados sobre a realidade social para então poder trabalhar a consistência lógica entre essas proposições.

Atualmente, o desdobramento da obra de Vilanova de maior repercussão é o de Barros Carvalho. Ele adere e localiza-se posteriormente à virada linguístico-pragmática (da qual se ocupa o capítulo 5), precisamente porque compreende que os *dados da realidade* não são dados, e talvez nem sejam realidade. São construções linguísticas do sujeito. E assim, diferencia o texto legal da norma jurídica. Para ele, o texto legal é o ponto de partida do intérprete para a construção da norma jurídica. O texto funciona como um suporte fático para a construção dos enunciados com os quais se deve trabalhar a fim de obter uma resposta jurídica logicamente consistente, nos termos de Lourival Vilanova. Carvalho utiliza a lógica deontica (aqui apresentada no trabalho de von Wright) aplicada ao método de incidência das normas jurídicas (aqui apresentada no trabalho de Araújo, em reflexo da metodologia cartesiana)¹⁸.

¹⁸ “Tenho insistido na tese de que normas são as significações construídas a partir dos suportes físicos dos enunciados prescritivos. No sentido amplo, a cada enunciado corresponderá uma significação, mesmo porque não seria gramaticalmente correto falar-se em enunciado (nem frase) sem o sentido que a ele atribuímos. Penso que seja suficiente mencionar ‘suporte físico de enunciado prescritivo’ para referir-me à fórmula digital, ao texto no seu âmbito estreito, à base material gravada no documento legislado. As normas são da ordem das significações. Porém, em acepção restrita,

Carvalho constrói o caminho mencionado acima no que designa de quatro subsistemas para o conhecimento do sistema normativo: *a) o conjunto de enunciados, tomados no plano da expressão* [aplicação da filosofia da linguagem]; *b) o conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos* [transformação em enunciados]; *c) o domínio articulado de significações normativas* [aplicação da lógica deôntica]; *e d) os vínculos de coordenação e de subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas* [aplicação da lógica deôntica e da metodologia cartesiana como modelo de incidência das normas jurídicas] (Carvalho, 2011, p. 186).

Assim, a proposta é que se reduza a norma jurídica ao *mínimo irredutível da mensagem deôntica*, pois toda mensagem tem um mínimo de estrutura formal (Carvalho, 2011, p. 192). A fórmula básica da incidência jurídica (aquela nos moldes cartesianos) pode ser compreendida como uma *composição sintática constante: um juízo condicional, em que se associa uma consequência à realização de um acontecimento fático previsto no antecedente* (Carvalho, 2011, p. 193).

Algumas das questões relevantes trazidas pela aplicação da lógica deôntica no Direito são, na realidade, questões fundamentais sobre o *conhecimento* e sobre axiomatização enfrentadas há muito na matemática (certamente não apenas na matemática, por ser uma questão com desdobramentos evidentes na teoria da ciência, mas ficaremos com ela).

aquelas que se articularem na forma lógica dos juízos hipotéticos-condicionais: Se ocorrer o fato F, instalar-se-á a relação R entre dois ou mais sujeitos de direito (S' e S'').” (Carvalho, 2011, p. 185)

1.3.4 As disputas Frege-Hilbert, Kelsen-Klug

Segundo relato de Blanchette (2012), em junho de 1899, durante a inauguração do novo monumento Gauss-Weber, em Göttingen, Hilbert discursou sobre os fundamentos da geometria e o papel dos axiomas na matemática (o que, claro, tem muitas outras implicações além das que apresentaremos com o objetivo de pontuar os problemas da axiomatização na interpretação jurídica). Assim:

Dado um conjunto A_x de sentenças e dada a teoria B (para construir a interpretação geométrica de A_x , de acordo com a qual os elementos de A_x expressam teoremas de B). Presumindo a consistência de B, essa interpretação satisfaz n na relação RA_x definida por A_x . Sua existência demonstra a satisfação de A_x e conseqüentemente a consistência de A_x para B. Tanto a satisfação de RA_x e a consistência de A_x , no sentido em discussão, são inteiramente independentes dos significados geométricos, como 'linha' ou 'ponto', dos termos que figuram no trabalho de Hilbert como *empty place-holders*, suscetíveis a múltiplas interpretações. (Blanchette 2012)

O que Hilbert desejava provar é a independência das relações de seus significados geométricos, ou seja, que essas relações existem e funcionam fora da geometria, de forma que elas pudessem servir também à álgebra – satisfazendo n e sendo logicamente consistentes. Esse trabalho foi publicado em 1900 como *Fundamentos da Geometria [Grundlagen der Geometrie]* e a partir do qual Frege iniciou suas críticas à Hilbert por correspondência com ele. As críticas de Frege foram publicadas em dois artigos, publicados nos anos de 1903 e 1906, ambos pouco criativamente intitulados *Sobre os fundamentos da Geometria [Über die Grundlagen der Geometrie]*.

Essa disputa tem seu centro nas opções filosóficas que eles fizeram para o desenvolvimento de suas pesquisas. Frege partiu da definição de *número*, supondo que existem axiomas, "obviedades", que devem ser considerados corretos, e justificou-se com a *intuição* kantiana. Enquanto Hilbert partia de uma série de

axiomas advindos da geometria e tentava provar sua independência de lá (Resnik, 1974, pp. 387-388).

Mas como surgiram as “obviedades” de Frege? Os termos mais primitivos? Resnik cita a passagem do próprio Frege¹⁹, que diz que esses sentidos primeiros devem ser *elucidados*, mas não necessariamente definidos (Resnik, 1974, p. 390). Frege possuía um conceito dos limites (e da função) dos axiomas e ao ler o artigo de Hilbert, encontrou o termo axioma com distintos significados – ora como “*atos fundamentais de nossa intuição*”, ora como *definição da “ideia expressa pela palavra ‘entre’*”, ou como *expressão de congruência*. Resnik conta que Frege escreveu uma carta em tom paternal a Hilbert (e comenta que isso deve tê-lo irritado muitíssimo, mas que ele teve a paciência de responder de volta) alertando para a confusão com o método axiomático. A resposta de Hilbert explicava *que a definição dos primitivos advinha do total de axiomas e que cada um deles contribuía com uma propriedade do termo que definia e que ademais, seus axiomas não apenas determinam qualquer conceito singular como esta é a sua grande vantagem matemática* (Resnik, 1974, p. 391).

A disputa Frege-Hilbert teve como vencedores os três artigos então publicados e a correspondência entre eles, já que a questão da axiomatização na matemática ainda perde-se de vista. No Direito, as coisas podem ser mais simples.

¹⁹ Em tradução livre do artigo de Resnik: “[Elucidação] é usada para possibilitar que os cientistas se entendam e para comunicar ciência. Deve ser contada como parte da propedêutica. Ela não tem lugar no sistema da ciência; ela não é baseada em nenhuma inferência. Qualquer um que deseje pesquisar por si mesmo e por sua conta não precisa dela. O objetivo da elucidação é um objetivo prático, e se ele é atingido, deve-se dar por satisfeito. Para fazê-lo, devemos contar com boa vontade, compreensões obtidas a meio caminho e sugestões; já que sem o uso de metáforas nós talvez não chegássemos a lugar nenhum. Mas deve-se exigir do elucidador que ele saiba definitivamente o que ele quer dizer, que ele sempre concorde consigo mesmo, e que ele esteja sempre pronto, em caso de possibilidade de aparecimento de um mal-entendido (ainda que ele encontre boa vontade) de tornar sua elucidação mais completa e perfeita.

Já que um empreendimento coletivo na ciência não é possível sem a mútua compreensão dos pesquisadores, nós devemos crer que tal compreensão pode ser alcançada pela elucidação, ainda que teoricamente o contrário não seja excludente” (Resnik, 1974, p. 390).

A aplicação da Razão Suficiente nos termos de Leibniz e posteriormente de von Wright, na interpretação das normas jurídicas, por meio da aplicação de postulados da lógica foi debatida, também por correspondência, mas dessa vez entre Kelsen e Ulrich Klug (Kelsen, 1984).

Nessa correspondência, Kelsen volta atrás em sua posição da segunda edição de sua *Teoria Pura* para, a partir da compreensão da interpretação das normas jurídicas como um ato de vontade, nega a possibilidade da aplicação da lógica e de seus postulados – e expressamente do axioma da não contradição e da regra da dedução - às normas jurídicas (Kelsen, 1984, p. 103). Há uma passagem muito significativa nessa correspondência, na qual Klug indaga Kelsen sobre a possibilidade do uso de computadores para a formalização (e aplicação) das normas jurídicas. Ao que Kelsen responde:

Com respeito ao emprego, por V. referido, de computadores na aplicação do Direito, gostaria de assinalar que a construção destes computadores parte evidentemente da suposição de que os princípios da Lógica da afirmação são aplicáveis a normas jurídicas positivas. Esta suposição não tem fundamento. Mas, ainda que se prescindisse disso, não fornece o computador a norma jurídica individual que obriga a parte, mas diz tão-somente qual o órgão competente para o estabelecimento dessa norma, e que norma individual corresponde à norma geral a ser aplicada. Quando esse órgão, por qualquer motivo, não estabelece através de seu ato de vontade – cujo significado a norma representa – a norma indicada pelo computador, essa norma não vale; e sua *validade* obrigatória para a parte não pode ser obtida por via de uma operação mental lógica ou mesmo por uma operação de computador (Kelsen, 1984, p. 91).

Como a interpretação jurídica é um ato de vontade para a seleção de um dos significados possíveis dentro da moldura estabelecida pela norma jurídica não é possível até-la a apenas uma resposta correta atribuída por uma operação lógica (o que nos traz uma leitura comparativa interessante frente ao juiz Hércules de Dworkin). Essa posição de Kelsen ganha força com a filosofia da linguagem, por ressaltar a *escolha de um significado pelo sujeito*.

Teorias como a de Barros Carvalho mantêm a metodologia para a interpretação jurídica sob os postulados da lógica deôntica a fim de provar que *um* determinado significado escolhido para determinado caso é logicamente válido ainda que possam existir outros significados possíveis. Para tanto, tem se servido de trabalhos de semiótica, como os de Sanders Peirce, mantendo a lógica e a multiplicidade de significados que podem ser validamente atribuídos a um texto legal.

1.4 Há Kant por todo lado

Se as leituras posteriores feitas da obra de Descartes no contexto do Esclarecimento levaram o foco à *razão*, esta se torna protagonista absoluta com a formulação do sujeito transcendental kantiano.

São tantas as utilizações de Kant na filosofia do direito e na interpretação jurídica, em particular, que este tópico não poderia nunca ter pretensão de fixar uma lista; mas, trará os exemplos de maior relevância. Na realidade, o pensamento de Kant está de tal forma difundido que é ainda hoje uma ferramenta importante para a compreensão de fenômenos sociais e do direito, ainda que se note (e adiante se notará) a insuficiência desse modelo para lidar com questões relativas a *complexidade*.

Não obstante, a questão da *razão* permanece tão central que o tema da decisão jurídica confunde-se com o da *razão* na decisão jurídica, sendo impossível conceber um sem o outro. O protagonismo da razão em Kant tem seu expoente na *razão pura*, que conhece independente de toda a experiência e a qual o sujeito pode

aceder buscando apenas dentro de si mesmo. Assim, a crítica da razão pura é uma crítica

da faculdade da razão como tal, em relação a todos os conhecimentos a que esta possa aspirar *independentemente de toda experiência* e, por conseguinte, a decisão sobre a possibilidade ou impossibilidade de uma metafísica em si, bem como a determinação tanto das fontes como dos limites da mesma; mas tudo isso a partir de princípios (p. 16, A XII)²⁰.

(...) em lugar disso, eu me ocupo apenas com a própria razão e seu pensar puro; e para conhecer isso em detalhe não preciso procurar ao longe e em torno de mim, pois o encontro dentro de mim mesmo; (...) (p. 17; A XIV)²¹.

Logo, é ela que fornece o caminho seguro para as ciências. A passagem abaixo menciona que se a razão, depois de muitos preparativos e disposições, paralisa quando está perto de seu objetivo, ou ainda quando tem de voltar atrás e mudar de rumo é porque ainda o estudo ainda não se desenvolveu ao nível de uma ciência. No mesmo sentido, a citação de Thomas Kuhn na abertura desta dissertação (introdução), que relaciona a fixação de um paradigma ao nível de desenvolvimento científico. Diz Kant:

É possível decidir sem demora, pelo resultado, se a elaboração dos conhecimentos concernentes à razão segue ou não o caminho seguro de uma ciência. Se depois de muitos preparativos e disposições ela se paralisa quando está na iminência de chegar à meta, ou se, para atingi-la, se vê forçada repetidamente a voltar atrás e mudar de rumo; ou ainda, se não é possível pôr de acordo os diversos colaboradores sobre o modo como se há de buscar o objetivo comum: em todos esses casos pode-se estar certo de que um tal estudo ainda está longe de haver tomado o curso seguro de uma ciência, sendo ao contrário um mero andar às apalpadelas; e a descoberta deste caminho, se for possível, já é um serviço à razão, embora fosse

²⁰ Do original: “*Ich verstehe aber hierunter nicht eine Kritik der Bücher und Systeme, sondern die des Vernunftvermögens überhaupt, in Ansehung aller Erkenntnisse, zu denen sie, unabhängig von aller Erfahrung, streben mag, mithin die Entscheidung der Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Metaphysik überhaupt und die Bestimmung so wohl der Quellen, als des Umfanges und der Grenzen derselben alles aber aus Prinzipien*” (Kant, 1998, p. 13, A XII).

²¹ Do original: “*(...) daß dieses mein Vermögen gänzlich übersteige, an dessen Statt ich es lediglich mit der Vernunft selbst und ihrem reinen Denken zu tun habe, nach derem ausführlicher Kenntnis ich nicht weit um mich suchen darf, weil ich sie in mir selbst antreffe, um wovon mir auch schon die gemeine Logik ein Beispiel gibt, daß sich alle ihre einfache Handlungen völlig und systematisch aufzählen lassen; nur daß hier. Frage aufgeworfen wird, wie viel ich mit derselben, wenn mir aller Stoff und Beistand der Erfahrung genommen wird, etwa auszurichten hoffen dürfe*” (Kant, 1998, p. 15, A XIV).

preciso abandonar como vãs muitas coisas contidas no alvo a que antes se visava sem reflexão (p. 23; B VII)²².

Ademais, há a questão da universalidade e atemporalidade dos juízos, que podem ser encontrados nas teses de interpretação jurídica apresentadas nos capítulos 2 e 3, relativos a busca por heterorreferências para a interpretação na vontade de constituição; nos direitos fundamentais; e na teoria da justiça adotada pelo direito positivo. Todas essas construções funcionam em suas respectivas teses de origem como universais aptos a conferir um ponto fixo de validade para a interpretação da norma jurídica.

Ainda há a ideia de que se pode extrair os *dados* da natureza. Também as teses dos capítulos 2 e 3 partem desse pressuposto, de que as normas são *dadas* e devem ser aplicadas ao caso concreto, compreendido como algo dado e *comprovado* pelas provas obtidas durante o processo judicial. A alteração desse pressuposto é discutida apenas no capítulo 4, no tocante a filosofia da ciência, e, do capítulo 5 em diante, em razão da reviravolta linguístico-pragmática. Conforme se pode analisar em:

Perceberam eles que a razão não compreende senão aquilo que ela mesma produz segundo um projeto seu; que os princípios dos seus juízos devem reger-se por leis invariáveis; que a razão deve constringer a natureza a responder às suas perguntas, e não se deixar conduzir simplesmente por ela, como se, por assim dizer, se encontrasse atrelada à natureza; pois do contrário, quando feitas ao acaso, e sem plano previamente traçado, as observações não se encadeiam em lei necessária; quando é isto, precisamente o que a razão procura e necessita (p. 26-27; B XIII)²³.

²² Do original: “Wenn sie nach viel gemachten Anstalten und Zurüstungen, so bald es zum Zweck kommt, in Stecken gerät, oder, um diesen zu erreichen, öfters wieder zurückgehen und einen andern Weg einschlagen muß; imgleichen wenn es nicht möglich ist, die verschiedenen Mitarbeiter in der Art, wie die gemeinschaftliche Absicht erfolgt werden sol, einhellig zu machen: so kann man immer überzeugt sein, daß ein solches Studium bei weitem noch nicht den sicheren Gang einer Wissenschaft eingeschlagen, sondern ein bloßes Herumtappen sei, und es ist schon ein Verdienst um die Vernunft, diesen Weg wo möglich ausfindig zu machen, solte auch manches als vergeblich aufgegeben werden müssen, was in dem ohne Überlegung vorher genommenen Zwecke enthalten was” (Kant, 1998, p. 20, BVII).

²³ Do original: “Sie begriffen, daß die Vernunft nur das einsieht, was sie selbst nach ihrem Entwurfe hervorbringt, daß sie mit Prinzipien ihren Urteile nach beständigen Gesetzen vorgehen und die

Ora, este permanente não pode ser uma intuição em mim. Pois todos os princípios determinantes da minha existência que podem ser encontrados em mim são representações e, como tais, requerem eles mesmos um permanente distinto deles, em relação ao qual as suas mudanças – e, por conseguinte, a minha existência no tempo, no qual mudam – possa ser determinado (p. 42, B XL)²⁴.

Cabe ainda ressaltar a caracterização da razão pura como unidade autossuficiente, onde nenhum princípio pode ser examinado fora de sua relação com os demais. E quanto a essa relação, teria de ressaltar que, de certa forma, ela é base filosófica mesmo das concepções mais recentes sobre a complexidade, como se poderá analisar em detalhe no capítulo 4 e ainda no 6.

Pois, por um lado, no conhecimento *a priori* nada se pode atribuir aos objetos salvo aquilo que o sujeito pensante tira de si mesmo; e, por outro, no que diz respeito aos princípios do conhecimento, a razão pura é uma unidade totalmente à parte e autossuficiente, na qual, como num corpo organizado, cada membro existe em função de todos os outros, e todos em função de cada um, e onde nenhum princípio pode ser encarado com segurança em *uma* relação, sem examiná-lo ao mesmo tempo, no seu relacionamento *total* para com o uso puro da razão em seu conjunto (p. 32-33; B XXIII)²⁵.

Foi também a crítica kantiana que considerou o objeto em dois sentidos, como fenômeno e como coisa mesma, sendo que os fenômenos podem ser objetos da experiência, e os únicos passíveis de serem conhecidos. Tal concepção serviu de base (e leia-se, de base) para o reconhecimento do significado ontológico positivo no círculo hermenêutico heideggeriano/ gadameriano. Ou seja, repercute ainda, na

Natur nötigen müsse, auf ihre Fragen zu antworten, nicht aber sich von ihr allein gleichsam am Leitbände gängeln lassen müsse; denn sonst hängen zufällige, nach keinem vorher entworfenen Plane gemachte Beobachtungen gar nicht in einem notwendigen Gesetze zusammen, welches doch die Vernunft such und bedarf” (Kant, 1998, p. 23, BXIII).

²⁴ Do original: “Dieses Beharrliche aber kann nicht eine Anschauung in mir sein. Denn alle Bestimmungsgründe meines Daseins, die in mir angetroffen werden können sind Vorstellungen, und bedürfen, als solche, selbst ein von ihnen unterschiedenes Beharrliches, worauf in Beziehung der Wechsel derselben, mithin mein Dasein in der Zeit, darin sie wechseln, bestimmt werden könne” (Kant, 1998, p. 38, B XL).

²⁵ Do original: “(...) weil, was das erste betrifft, in der Erkenntnis *a priori* den Objekten nicht beigelegt werden kann, als was da denkende Subjekt aus sich selbst hernimmt, und, was das zweite anlangt, sie in Ansehung der Erkenntnisprinzipien eine ganz abgesonderte für sich bestehende Einheit ist in welcher ein jedes Glied, wie in einem organisierten Körper, um aller anderen und alle um eines willen dasind, um kein Prinzip mit Sicherheit in einer Beziehung genommen werden kann, ohne es zugleich in der durchgängigen Beziehung zum ganzen reinen Vernunftgebrauch untersucht zu haben” (Kant, 1998, pp. 28-29, XXIII).

teoria da linguagem, cujo modelo lhe faz oposição. Esse ponto específico é discutido no capítulo 5, pois em razão dele, mesmo a adoção da filosofia heideggeriana por uma tese de interpretação jurídica mantém a ideia de que o texto legal contém um significado ontológico a ser desvelado e, por conseguinte, afasta a possibilidade de discricionariedade na interpretação jurídica.

Mas se a Crítica não errou nos ensinando a tomar o objeto em *dois sentidos*, isto é, como fenômeno e como coisa em si; se, ademais, a dedução dos conceitos do entendimento é exata e, por conseguinte, também o princípio de causalidade se aplica somente às coisas tomadas no primeiro sentido, ou seja, enquanto são objetos da experiência, ao passo que, no segundo sentido, estas mesmas coisas não lhe estão sujeitas; neste caso, uma e a mesma vontade é pensada, na ordem dos fenômenos (das ações visíveis), como necessariamente sujeita às leis da natureza e, sob esse aspecto, como *não livre*; e, por outro lado, enquanto pertencente a uma coisa em si, é pensada como não sujeita àquela lei natural e, por conseguinte, como *livre*, e isso sem incorrer em contradição. (p.35; B XXVII)²⁶.

Ora tal não ocorreria se a Crítica não nos tivesse instruído previamente sobre a nossa inevitável ignorância das coisas em si mesmas, restringindo assim aos meros fenômenos tudo o que podemos *conhecer* teoreticamente (p. 36; B XXIX)²⁷.

Ademais, e como se não bastasse tamanha repercussão, há também influências mais pontuais, que se passa a demonstrar. De acordo com a teoria do escalonamento de Kelsen, uma norma jurídica retira sua validade de norma jurídica superior, entrando assim em um loop, em que uma norma dependerá de outra no sistema, que não terá fim. Para o fechamento sistêmico, Kelsen utiliza-se, analogamente, do conceito de lógica transcendental de Kant (Kant, 2007, p.49), para quem a intuição, bem como os pensamentos, podem ser puros, cuja fonte é o sujeito mesmo, ou empíricos, cuja fonte é a experiência. A lógica geral trata de ambas as

²⁶ Do original: “Wenn aber die Kritik nicht geirrt hat, da sie das Objekt in zweierlei Bedeutung nehmen lehrt, nämlich als Erscheinung, oder als Ding an sich selbst; wenn die Deduktion ihrer Verstandesbegriffe richtig ist, mithin auch der Grundsatz der Kausalität nur auf Dinge im ersten Sinne genommen, nämlich so fern sie Gegenstände der Erfahrung sind, get, eben dieselbe aber nach der zweiten Bedeutung ihm nicht unterworfen sind: so wird eben derselbe Wille in der Erscheinung” (Kant, 1998, p.31, XXVII).

²⁷ Do original: “(...) wenn nicht Kritik uns zuvor von unserer unvermeidlichen Unwissenheit in Ansehung der Dinge an sich selbst belehrt, und alles, was wir theoretisch erkennen können, auf bloße Erscheinungen eingeschränkt hätte” (Kant, 1998, p.32, BXXIX).

categorias, preocupando-se apenas com a forma da relação dos pensamentos entre si, ao passo que a lógica transcendental ocupa-se somente da forma dos pensamentos apriorísticos e das relações entre eles (Kant, 2007, p.49).

O conceito de condição lógico-transcendental respondeu com precisão à questão de Kelsen sobre a sua norma primeira, designada por ele de *norma fundamental* (*Grundnorm*). Essa norma não está positivada, nem poderia, pois carece de norma superior a delegar competência a quem lhe estabeleça. Tampouco tem um conteúdo ao qual se poderia referir como *jurídico*. Não é mais que uma condição lógica para a existência do ordenamento jurídico válido – e é, dentro das categorias kantianas, transcendental porque conhecimento *a priori*.

A norma fundamental kelseniana existe para “*fundamentar a validade objetiva das normas postas por atos de vontade humanos, (...) para interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo*” (Kelsen, 2006, pp. 225-226). Por conferir validade objetiva a todas as outras normas do ordenamento jurídico, é ela a responsável por conferir unidade ao sistema kelseniano (Kelsen, 2006, p. 217).

Também Alexy (2008), ao tratar da teoria da argumentação, chama atenção para as bases filosóficas na *Metafísica dos Costumes* de Kant. Figueroa, em sua linha, remonta à classificação dos deveres por Kant em deveres perfeitos e imperfeitos estabelecendo a correlação entre eles e a definição de princípios e regras: “*Segundo Kant, os deveres jurídicos são perfeitos, porque determinam obrigações estritas (hoje diríamos que se expressam por meio de regras), enquanto os deveres éticos são imperfeitos porque determinam obrigações amplas (hoje diríamos que se expressam por meio de princípios) que comportam certo grau de discricção (latitudo).*” (Figueroa 2012, 34)

A primeira menção em Kant a uma definição de dever perfeito está em uma nota de rodapé da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, em que Kant comenta: “*De resto, entendo aqui por dever perfeito aquele que não permite exceção alguma em favor da inclinação, e então não tenho apenas deveres perfeitos exteriores, mais também interiores (...)*” (Kant, 2009, pp.62-63).

É um dever estrito [*strenge Pflicht*] é um *dever cujas aplicações revelam precisão e são bem determinadas. Os deveres de direito são deveres estritos. Enquanto um dever lato [*weitere Pflicht*] é um *dever cujas aplicações carecem de precisão encerrando um aspecto de valoração pessoal indeterminável. Os deveres de virtude são deveres latos* (Kant, 2003, p. 29). Logo, deve referir-se às regras jurídicas na concepção que lhe toma Dworkin, cuja aplicação segue a regra do *tudo-ou-nada*, é dizer, que não permite exceções, ou aplica-se inteiramente ou não se aplica (Dworkin, *Taking Rights Seriously* 1978).*

CAPÍTULO 2 - A NECESSIDADE DE INCLUSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (ABERTURA OBJETIVA)

2.1 A reviravolta do positivismo jurídico no pós-guerra

Apesar da positivação de determinados direitos fundamentais, de cunho liberal, na primeira metade do século XX, aos exemplos clássicos das Cartas do México e de Weimar, foi com no pós-guerra da segunda metade do século que essa necessidade se fez premente. A inaptidão do positivismo jurídico para lidar com as questões morais que os Estados autoritários impuseram às suas populações deu causa ao seu próprio declínio e fez ressurgir questões quanto a amplitude da titularidade de direitos e quanto a importância de reaproximação entre Direito e Moral. O grande legado do pós-guerra talvez tenha sido o direito a ter direitos, nos termos de Hannah Arendt, de tal forma que *o pós-guerra significou o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético a orientar a ordem internacional contemporânea* (Piovesan, 2002, pp. 131-132). E não apenas buscou-se a reconstrução dos direitos humanos, para efetivá-los em âmbito internacional, como também mudou-se a compreensão do que deveria ser o ordenamento jurídico e nesse sentido, buscou-se a inclusão no sistema jurídico de princípios que pudessem assegurar uma paz permanente (Lewandowski, 1984, p. 81).

Mario Losano (2010, p. 240) conta que o primeiro jurista alemão a propor essa “retomada” foi Radbruch, que defendeu em 1947 um retorno ao jusnaturalismo, no artigo *Die Erneuerung des Rechts*, “Die Wandlung”, e observa que nos anos posteriores os juristas alemães aderiram à sua proposta, filiando-se, no entanto à correntes jusnaturalistas católicas neotomistas, ao contrário dele que filiava-se no jusnaturalismo fundado nos ideais iluministas. A “retomada”, todavia, não era

absoluta: mesmo Radbruch permitia-se continuar a usar as categorias já aceitas antes, ou seja pensar por ordenamentos concretos (Losano, 2010, p. 241).

A garantia a direitos fundamentais deveria ser incorporada ao sistema jurídico, sem no entanto, que se abrisse mão das categorias formais positivistas – ambas as necessidades deveriam estar conjugadas no que seria a superação das teses jusnaturalistas e juspositivistas.

Dessa forma, algumas exigências históricas de ambas as teses se fizeram presentes: a reaproximação com a Moral não deveria pender de categorias metafísicas e a possibilidade reconhecida de interpretação da norma jurídica não deveria significar voluntarismo por parte do intérprete, como argumenta Barroso, sustentando que a partir de então, o pós-positivismo passou a *atribuir normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; reabilitou a razão prática e a argumentação jurídica; (...)* (Barroso, 2009, p. 54).

Tornava-se muito difícil enquadrar os valores nesse sistema positivo e pensar em uma metodologia adequada para solucionar questões delicadas de direitos fundamentais. Isso porque os valores advindos do jusnaturalismo encontram os fundamentos filosóficos mais diversos (como se deu na Alemanha com Radbruch), definem-se das mais diversas formas, mas sempre sem um conteúdo bem delimitado. O método subsuntivo positivista não estava apto a lidar com a amplitude terminológica trazida pelos termos vagos e que se fazem necessários concretos para a efetivação desejada dos direitos fundamentais.

Além disso, reconheceu-se que os valores que estavam sendo, progressivamente, inseridos no ordenamento jurídico, também não eram valores absolutos no tempo: eram valores exigidos por cada sociedade em seu contexto

histórico, o que poderia servir para limitação de sua interpretação e dava, sem sombra de dúvidas, razão à afirmação de Kuhn quanto ao desenvolvimento do Direito.

A importância do reconhecimento de um valor exigido pela sociedade é saber de sua validade no ordenamento jurídico. Depois dos horrores da guerra, já não bastava a validade formal como retirada de fundamento de uma norma jurídica superior, conforme a teoria do escalonamento kelseniana. As normas jurídicas violadoras de direitos fundamentais nos Estados autoritários do século XX trataram-se, muitas vezes, como no caso Alemão, de normas validamente *postas*. Fazia-se necessário, assim, algo mais como critério de validade de uma norma jurídica: ela deveria ser além de formal, materialmente válida, é dizer, conforme os valores exigidos pela sociedade, conforme destaca Larenz, ressaltando que os princípios são parte do direito positivo, mas que não apenas isso há que considerar sua validade histórico-social: *[Os princípios de um Direito positivo] estão subtraídos ao fluxo do tempo. Sua vigência não é a necessariamente temporal de um Direito positivo, mas a ideal – e eu utilizo para tanto a expressão validade – de proposições verdadeiras de concepção certa. Deste tipo de validade nos ocupamos quando afirmamos que são princípios do Direito justo* (Larenz, 2001, pp. 197-198).

Ademais, a questão referente aos conceitos vagos, já presente nas Escolas da Jurisprudência dos Conceitos e dos Interesses, retorna com a problemática agravada. Como definir, ainda que para o caso concreto, uma solução que seja a realizadora de determinado conceito, se não se consegue muito bem defini-lo?

Canotilho, ao tratar do tema, cita o jurista alemão J. Isensee, que caracterizou o sistema jurídico aberto com o que chamou de “camaleão normativo”, pretendendo

explicar com a analogia que as normas de conteúdo indeterminado eram, na verdade, sugestões de conteúdo, de forma que pudessem ser moduladas por interpretações político-constitucionais (Canotilho, 2004, p. 101).

O sistema jurídico aberto, nesse sentido conferido pelo jurista alemão, permitiria a otimização dos direitos fundamentais ao possibilitar sua proteção o quanto possível por diretivas políticas – é dizer, por políticas públicas concretas, saindo assim da mera declaração.

2.2 Quando a *resposta certa* é a resposta errada: o caso Eichmann

Ao falecer em 1975, Hannah Arendt deixa um legado em aberto: sua teoria do Julgamento; ou da capacidade de julgar. Trata-se de reflexões feitas nos dois primeiros volumes de *Thinking and Willing*, séries de palestras sobre filosofia política em Kant na *New School for Social Research*, no outono de 1970, um artigo intitulado *Thinking and Moral Considerations* que redigiu simultaneamente a *The Life of the Mind*, e dois artigos incluídos em *Between Past and Future* em que julgamento e opinião são relacionados a cultura e gosto (*The Crisis in Culture*) e em relação à questão da verdade (*Truth and Politics*) (d'Entreves, 2008).

Dedicada à filosofia e à ciência política, especialmente nos temas referentes aos regimes totalitários, como em *The Origins of Totalitarianism* [1951] e em *The Human Condition* [1958], em 1961, a convite da revista *The New Yorker*, assiste ao julgamento do oficial nazista Eichmann e prepara um relato publicado por essa revista nos meses de fevereiro e março de 1963. Em maio desse mesmo ano, publica o relato completo sob o título *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality*

of evil. Foi o julgamento de Eichmann que levou Arendt a trabalhar verticalmente a questão da capacidade de julgar nas obras previamente indicadas.

Otto Adolf Eichmann fora então oficial da SS e fugiu para Buenos Aires ao final da guerra, onde foi capturado no subúrbio, na noite de 11 de maio de 1960. Ele foi levado à julgamento pela Corte Distrital de Jerusalém em 11 de abril do ano seguinte, sob acusações de crime contra o povo judeu, crimes contra a humanidade, e crimes de guerra. A Lei de Punição dos Nazistas e Colaboradores dos Nazistas, de 1950, previa para cada um desses crimes a pena de morte (Arendt, 1999, p. 32).

Já Arendt nasceu em família judia e teve de deixar a Alemanha em 1933, durante a ascensão de Hitler. Viveu em Praga e Genebra, e logo se mudou para Paris, onde trabalhou em várias organizações para refugiados judeus, até 1941, ano em que imigrou para os Estados Unidos, onde teve uma intensa vida acadêmica em várias Universidades locais, concentrando suas atividades docentes na New School of Social Research de Nova York (d'Entreves, 2008). Nesse contexto, o convite feito pela revista *The New Yorker* certamente presumia que Arendt assumiria determinadas posições em relação ao julgamento de Eichmann, haja vista que ela própria havia sofrido com o regime nazista. Por isso, seu relato causou surpresa – e muita polêmica. Ao focar na pessoa do acusado, Arendt depara-se com alguém que agiu sem julgar os próprios atos, que se justificava a todo tempo por clichês impensados, que ao final do regime nazista sentia-se vazio por não ter ordens para obedecer. Muitos compreenderam a posição de Arendt como uma desoneração pelos crimes que Eichmann havia cometido contra o povo judeu.

Em posfácio ao seu *Eichmann em Jerusalém*, justifica o recorte ressaltando que seu relato consiste na pessoa de Eichmann enquanto indivíduo. Assim, talvez

longe das expectativas do *The New Yorker*, Arendt colocou-se como observadora não de um algoz (o que de fato Eichmann tinha sido), mas de um indivíduo, “*um homem de carne e osso com uma história individual, com um conjunto sempre único de qualidades, peculiaridades, padrões de comportamento e circunstâncias*” (Arendt, 1999, p. 309).

Arendt quis compreender como algo tão terrível como os crimes praticados durante o regime nazista na Alemanha pôde ter ocorrido – e ter sido praticado por homens como Eichmann, que segundo ela: “*atuou na proeminente guerra criminosa e esteve sob o regime Nazista; ele não teve a menor dificuldade em aceitar todo um conjunto de regras inteiramente diferentes*” (Arendt, 1971, p. 01).

Eichmann não era particularmente perverso, doente, nem tinha uma convicção ideológica que baseasse suas ações. No entanto, como disse Arendt, ele não teve dificuldade em aceitar todo um novo conjunto de regras advindas do Terceiro Reich. Durante o interrogatório da polícia, Eichmann chegou a justificar sua conduta sob os princípios morais de Kant, referindo-se ao Imperativo Categórico, confessando que a partir do momento em que se encarregara da Solução Final deixara de viver sob esses princípios. Para Eichmann (no que Arendt designou *uso doméstico de Kant*²⁸) não havia leitura de sua própria vontade para além da letra da

²⁸ “A primeira indicação de que Eichmann tinha uma vaga noção de que havia mais coisas envolvidas nessa história toda do que a questão do soldado que cumpre ordens claramente criminosas em natureza e intenção apareceu no interrogatório da polícia, quando ele declarou, de repente, com grande ênfase, que tinha vivido toda a sua vida de acordo com os princípios morais de Kant, e particularmente segundo a definição kantiana do dever. Isso era aparentemente ultrajante, e também incompreensível, uma vez que a filosofia moral de Kant está intimamente ligada à faculdade de juízo do homem, o que elimina a obediência cega. O oficial interrogador não forçou esse ponto, mas o juiz Raveh, fosse por curiosidade, fosse por indignação pelo fato de Eichmann ter a ousadia de invocar o nome de Kant em relação a seus crimes, resolveu interrogar o acusado. E para a surpresa de todos, Eichmann deu uma definição quase correta do imperativo categórico: ‘O que eu quis dizer com minha menção a Kant foi que o princípio de minha vontade deve ser sempre tal que possa se transformar no princípio de leis gerais’ (o que não é o caso com roubo e assassinato, por exemplo, porque não é concebível que o ladrão e o assassino desejem viver num sistema legal que dê a outros o direito de roubá-los ou mata-los). Depois de mais perguntas, acrescentou que lera a *Crítica da razão pura*, de

lei (uso da sua capacidade de julgar). Ele substituiu a *sua vontade* pela ordem do Reich – havia ali a ausência da capacidade de julgar.

A ausência de pensamento em Eichmann surpreendeu Arendt. Persistia nele uma *curiosa e autêntica inabilidade de pensar* que originou o mal. Essa incapacidade significava *uma perda de contato consigo mesmo, a ausência de um diálogo interno que é capaz de balizar o pensamento em favor da humanidade. A banalidade do mal é a ausência de pensamento* (Lima, 2008, p. 132). Como tantos outros que agiram em nome do Terceiro Reich, Eichmann cometeu crimes ‘legais’ (porque permitidos pelo ordenamento jurídico vigente), sem questionar a mudança de parâmetros certo/ errado com o advento do novo regime, sem ter uma convicção que lhe guiasse. Eichmann estava então sendo julgado em um Tribunal em Jerusalém, por crimes que não eram caracterizados como tal à época de sua execução. O que se estava a exigir era, em realidade, que indivíduos como Eichmann tivessem discernido o certo do errado mesmo quando tudo a sua volta lhes dissessem o contrário (Arendt, 1999, p. 318).

Kant. E explicou que, a partir do momento em que fora encarregado de efetivar a Solução Final, deixara de viver segundo os princípios kantianos, que sabia disso e que se consolava com a ideia de que não era mais ‘senhor de seus próprios atos’, de que era incapaz de ‘mudar qualquer coisa’. O que não referiu à corte foi que ‘nesse período de crime legalizado pelo Estado’, como ele mesmo disse, descartara a fórmula kantiana como algo não mais aplicável. Ele distorcera seu teor para: aja como se o princípio de suas ações fosse o mesmo do legislador ou da legislação local – ou, na formulação de Hans Frank para o ‘imperativo categórico do Terceiro Reich’, que Eichmann deve ter conhecido: ‘Aja de tal modo que o Führer, se souber da sua atitude, a aprove’ (*Die Technik des Staates*, 1942, pp.15-6). Kant, sem dúvida, jamais pretendeu dizer nada desse tipo; ao contrário, para ele todo homem é um legislador no momento em que começa a agir: usando essa ‘razão prática’ o homem encontra os princípios que poderiam e deveriam ser os princípios da lei. Mas é verdade que a distorção inconsciente de Eichmann está de acordo com aquilo que ele próprio chamou de versão de Kant ‘para uso doméstico do homem comum’. No uso doméstico, tudo o que resta do espírito é a exigência de que o homem faça mais que obedecer à lei, que vá além do mero chamado da obediência e identifique que sua própria vontade com o princípio que está por trás da lei – a fonte de onde brotou a lei. Na filosofia de Kant, essa é a razão prática; no uso doméstico que Eichmann faz dele, seria a da vontade do Führer.” (Arendt, 1999, pp. 153-154)

Naquele inédito contexto, como aponta Bach (2006, p. 26), havia uma clara inadequação entre o que Kant chamou de razão [*Vernunft*], isto é, os parâmetros legais levavam a solução não adequada ao entendimento, intelecto [*Verstand*], dos fatos que estavam sob julgamento. Para ele, a ausência de um critério de adequação entre o que se julga e a faculdade de entendimento com a qual se julga no caso decorreu de uma circunstância histórica, que não pôde fornecer *a intuição correspondente ou a chave esquematizadora para sua inteligibilidade* (Bach, 2006, p. 26).

Portanto, a construção teórica de Arendt apega-se às categorias kantianas para demonstrar que os atos monstruosos cometidos por Eichmann assim o foram sem que ele tivesse uma motivação para tanto. Ele havia agido com absoluta *ausência da capacidade de julgar*. Nessas circunstâncias, a questão que se colocou foi a de ser possível condenar um indivíduo que assim age. É dizer, se as circunstâncias históricas não lhe puderam oferecer uma intuição correspondente para um critério que desse solução ao caso que se lhe apresentava, ainda assim, é possível exigir uma conduta diversa? Arendt conclui que sim. Em sua leitura, conclui que o pensamento e o juízo não são necessários, haja vista que podem estar ausentes, mas são possibilidades do indivíduo, que pode ou não fazer uso delas (Chaves, 2009). De forma que é possível condenar o indivíduo, em última instância, por não haver feito uso de sua capacidade de julgar.

Mas, quais os parâmetros para essa capacidade de julgar? A questão fundamental em relação a capacidade de julgar em Hannah Arendt reside em saber como é possível julgar fora dos parâmetros legais, sem que haja uma moral transcendental, sem algo que se possa afirmar como absolutamente certo ou errado, como um imperativo ético.

Augusto Bach (2006, p. 28) aponta um antagonismo na refutação de Arendt de um imperativo ético de julgar, de um parâmetro transcendental, e na sua concomitante busca por um parâmetro último que possa fundamentar e validar um julgamento. Não seria essa também uma busca por um fundamento transcendental? A singularidade do caso que Arendt relatava – e a forma como os parâmetros juspositivistas de julgamento não davam solução *satisfatória* ao caso exigiram mais da análise das ações concretas, dos fatos provados, dos testemunhos, das confissões. Para o julgamento de Eichmann o transcendental não bastava. A força das circunstâncias em que Arendt se encontrava possibilitou uma interessante análise da filosofia kantiana – forçando-a do transcendental para o particular.

Arendt lê na *Crítica do juízo* um modo de pensamento que *consistia em ser capaz de “pensar no lugar de todas as demais pessoas”*, de forma que ainda que o indivíduo esteja só ao tomar sua decisão, ele a fundamente em um acordo potencial com *outros* – e esse acordo potencial valida o juízo, porque liberta das limitações individuais, que não alcançarão, dessa forma, o espaço público (Arendt, p. 274-275). Peres (s.d., p. 01) aponta que na posição de Arendt também está o § 40 da *Crítica da Faculdade de Julgar*, onde aparece a figura do *sensus communis*, utilizada para que juízos individuais errôneos não sejam tomados como juízos objetivos²⁹.

²⁹ Diz Kant: “Por *sensus communis*, porém, tem que se entender a ideia de um sentido comum (*gemeinschaftlichen*), isto é de uma faculdade de julgamento, que na sua reflexão considera em pensamento *a priori* o modo de representação de todo o outro, como que para ater o seu juízo à inteira razão humana e assim escapar à ilusão que – a partir de condições privadas subjectivas, as quase facilmente poderiam ser tomadas por objectivas – teria influência prejudicial sobre o juízo. Ora, isso acontece pelo facto que atemos o nosso juízo a outros juízos não tanto efectivos e quanto muito antes meramente possíveis e transpomo-nos para o lugar do outro, na medida em que simplesmente abstraímos das limitações que acidentalmente aderem ao nosso próprio julgamento: o que é por sua vez produzido pelo facto que na medida do possível se elimina aquilo que (a) no estado de representação é matéria, isto é sensação, e presta-se atenção puramente as peculiaridades formais da sua representação ou do seu estado de representação. Ora, esta operação da reflexão talvez pareça ser demasiadamente artificial para atribuí-la a faculdade a que chamamos sentido *comum*; ela todavia só se parece assim se a expressarmos em fórmulas abstractas; em si nada é mais natural do que abstrair do atractivo e da comoção se se procura um juízo que deve servir de regra universal”.

Além disso, deixando em segundo plano às críticas quanto a (falta) de rigor na análise arendtiana de Kant, defende a utilização do juízo estético para pensar o juízo político (Peres, s.d., p. 07-08), já que é possível afirmar que a segunda *Crítica* lida primordialmente com a determinação dos nossos conceitos práticos *a priori*, é onde Kant procura demonstrar a pureza da origem dos conceitos morais.

A questão dos parâmetros de julgamento em Arendt foi respondida por uma ética da responsabilidade, que é construída na interação intersubjetiva, no cuidado com o outro, no estabelecimento de quem se é no espaço público (Chaves, 2009). Essa postura no espaço público advém da vontade (e, mais especificamente, da liberdade contida na vontade), e precisamente porque há liberdade no decidir pode haver responsabilização sobre a decisão. Peres (s.d., p. 02) ressalta que às vezes se faz uma apropriação de Arendt ao equiparar o *gosto* ao *senso comunitário* para determinar o que seria essa capacidade de julgar em contextos como o de Eichmann. O que Arendt faz é uma comparação, ela apresenta o juízo estético precisamente para tratar do *senso comunitário* que deve haver na capacidade de julgar e assim tentar (ora, tentar) fugir do transcendental.

É precisamente desse *sentimento* que trata Arendt ao se referir aos indivíduos que decidiram não colaborar com as ordens advindas do regime nazista. Longe da metafísica, do transcendental, da religião... o fundamento último da capacidade de julgar (pois não) reside ainda em Kant, por meio de sua *Crítica da Faculdade do Juízo*, de seu conceito de *sensus communis*. É por meio do *gosto*, vinculado ao sentimento, que podemos decidir diante de uma alteração tão patente de valores como as introduzidas pela ascensão de Hitler ao poder. Portanto, pode-se afirmar que é dessa forma que Arendt fundamenta-se na *Crítica da Faculdade do Juízo* de Kant para ultrapassar a noção (também kantiana) de uma ética transcendental.

A relevância dessa conclusão transborda o caso emblemático de Eichmann. Em primeiro lugar, ela mostra que a resposta *certa* no direito, ou seja, conforme a autorreferência sistêmica, o direito positivo, pode estar *errada*. A questão consiste em compreender *como* sabemos que uma resposta em direito é certa ou errada, e como esse juízo se estende a todas as pessoas. Conseqüentemente, em segundo lugar, aponta a necessidade de inclusão de novos referenciais para determinar se uma interpretação jurídica está correta ou não (é ou não válida). Trata-se de referenciais externos ao sistema jurídico-positivo, como por exemplo, os direitos humanos ou fundamentais, e são, portanto, heterorreferências. Arendt provém uma compreensão quanto a essas heterorreferências que se aplica a todos os casos de interpretação jurídica e não apenas a excepcionalidade do julgamento de Eichmann.

É de se notar a saída encontrada por Arendt em Kant para esquivar-se da transcendentalidade do próprio Kant. Arendt, leitora de Kant, ainda hoje é tema de análises, que em geral, questionam a utilização feita por ela do juízo estético. Christoph Menke menciona Arendt nos desdobramentos de seus estudos sobre Kant, em análise específica da relação estabelecida por Kant entre o gosto estético e o juízo moral – precisamente a relação utilizada por Arendt em sua *capacidade de julgar*. Menke aponta que Kant relaciona o gosto estético e a atitude moral por meio de duas premissas que estão fortemente relacionadas. O gosto estético e a consciência ética se dão por suas próprias leis – e é esta a autonomia ressaltada por Kant, marcando padrões normativos irreduzíveis entre si. Mas, por outro lado, Kant apresenta o belo como símbolo do bem moral, seguindo uma relação que remonta mesmo a Platão. Por um lado, esta tradição filosófica está determinada pela *essência (ou substância) e fenômeno*, isto é, o juízo estético nesse contexto é o julgar o conteúdo moral da ação (Menke, 2004, p. 140). No entanto, quando Kant

aproxima o *belo* do *bom*, não pode determiná-la pela essência do fenômeno, pois para ele há autonomia entre o gosto estético e a consciência ética. Para Menke, *Kant inverte a compreensão tradicional do belo como símbolo do bom, é simples analogia, e por isso um acordo ‘apenas em razão da forma de reflexão e não em razão do conteúdo’* (Menke, 2004, p. 140).

É importante para compreender o argumento de Menke, seguir a análise que ele faz dos dois significados do termo *símbolo* que ele distingue em Kant. No primeiro, *o bom não aparece no belo, mas entre eles há uma relação de ‘semelhança’* (Menke, 2004, p. 141). E no segundo significado, *o proceder do juízo refere-se ao simbolizado apenas na forma da reflexão e não pelo conteúdo* (Menke, 2004, p. 141). Por isso, não se trata de uma relação *sobre* o estético, mas sim uma relação *no* estético (Menke, 2004, p. 142).

Ademais, Menke também distingue três significados da reflexão estética em Kant, para melhor analisar os desdobramentos feitos deles. No primeiro significado, Kant diferencia o gosto estético do gosto dos sentidos, porque este último expressa um *juízo privado*, enquanto aquele expressa *supostos juízos de valor universal (público)*. O gosto estético supõe que os demais compartilhem da sensação de prazer percebida (ato de reflexão). Por isso também, ele explica o gosto como *uma espécie de sensus communis* (2004, p. 142-143).

Um segundo significado atribuído por Kant, na leitura de Menke, faz distinção entre o juízo determinante, em que a *intuição subsume conceitos dados*, e o juízo reflexionante, ainda que possa operar de diversas formas, não determina o objeto – é antes um jogo, ou um desenvolvimento entre as faculdades determinantes (2004, pp.143-144).

O terceiro significado indica *de que maneira chegamos a ser conscientes de uma recíproca e subjetiva concordância das faculdades de se conhecer entre si no juízo do gosto* (2004, p. 144), o que ele ressalta, já estava implícito no segundo significado, que se refere a uma autorreflexão, que nada mais é do que um jogo entre as faculdades (2004, p.144).

Para Menke, os desdobramentos de Kant que trataram da relação entre juízo ético e juízo estético, tomaram este último na sua exigência de universalidade – mesmo Arendt, que buscava fugir ao transcendental, não pôde alcançá-lo, ao buscar *um direito humano* a garantir em meio às atrocidades da guerra. Menke diz (2004, p. 145):

A recepção kantiana (e eu estou pensando, por exemplo, em Hannah Arendt e Jean-François Lyotard), com frequência têm entendido esta explicação de forma que é no primeiro aspecto da reflexão estética, é dizer, na sua exigência de universalidade, onde Kant vê o significado ético do estético. Brevemente tentarei mostrar por que, ao meu entender, isto não é pertinente e que em seu lugar, Kant fundamenta suas reflexões sobre a relação entre o belo e o bom na reflexão estética em seu segundo significado, é dizer, fundamenta-se no desenvolvimento em forma de jogo das faculdades do conhecimento.

Isto é, a relação teria sido estabelecida por Kant no seu desenvolvimento como jogo das faculdades do conhecimento, pois, ao contrário da exigência de universalidade (do primeiro significado), mantém a autonomia do juízo estético, já que a autorreflexão consiste em *voltar-se a referir a si mesmo de maneira específica* (Menke, 2004, p. 145).

Assim, a utilização por Arendt do primeiro significado do juízo estético não possibilita a fuga que ela pretendia da moral transcendental. Menke adere à crítica de Adorno de que *“a crítica a moral está voltada contra a transposição da lógica dedutiva à conduta dos homens; sua adstringência converte-se então em*

instrumento contra a liberdade” (Menke, 2004, p. 145). Ao depender da alteridade, o *impulso moral primário* pode ser atrofiado.

Por outra lado, o que Menke propõe é que tal pretensão (de fuga do transcendental) pode ser atingida com a utilização do segundo significado do juízo estético (a forma de jogo das faculdades do conhecimento) porque esse jogo se mantém entre as faculdades do indivíduo, o que tornaria possível a preservação da autonomia e do impulso moral primário.

A crítica que Arendt faz aos Direitos Humanos, no entanto, é ainda hoje muito atual. A primeira observação feita por ela refere-se ao que ela mesma chama de *falta de realidade* na declaração de direitos humanos, já que não necessariamente a eles corresponde alguma capacidade de efetivação desses direitos (Menke, 2007, p. 741-742). Arendt assistiu às declarações pós-guerra de direitos humanos, bem como a positivação desses direitos na grande parte dos países. Ao mesmo tempo, foi analisando os horrores de guerra que Arendt conclui que a efetivação de quaisquer desses direitos depende de um direito primeiro – o direito a ter direitos. Pois, qualquer garantia assim o é, pois está pendente de efetivação. A perda do *status* de cidadão (e então, claro ela refere-se à guerra) abre caminho às monstruosidades cometidas contra indivíduos que simplesmente, não tem direito a ter direitos – *paradoxalmente, eles “perdem” seus direitos humanos* (Menke, 2007, p. 743).

Por essa razão, ela defende que em realidade não existem *direitos humanos*, mas antes deve existir *um direito humano*, que é o direito de pertencer a alguma comunidade organizada (que lhe garanta os demais direitos). Nesse sentido, Menke ressalta a preocupação de Arendt:

O que estes não-membros precisam é o ou *um direito de ter direitos*. Os direitos aos quais não-membros devem ter direito são aqueles dos membros de uma comunidade política – isto é, as várias definições das diferentes

compreensões de direito à igualdade. O direito a ter esses direitos, no entanto, não pode ser da mesma ordem: não é o direito dos membros, mas o direito a ser membro: o direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada (Menke, 2007, p. 748).

À adoção (e mesmo a positivação) das declarações de direitos humanos seguiu-se a preocupação pelo “o/ um direito humano”, a exemplo da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1961), mas mesmo estas precisam ser adotadas por algum Estado para ser efetivada – e nisto reside o paradoxo dos direitos humanos. Assim chamados porque seriam atribuídos à condição *humana*, é dizer, porque teriam um estatuto natural, em realidade eles são atribuídos à condição política do indivíduo, de pertencer ou não a uma comunidade que possa tornar reais determinadas garantias. Por essa razão, Menke sustenta que esses direitos, na esfera jurídica, são outorgados, aproximando-se, portanto, de direitos como o de propriedade (Menke, 2007, p. 754-755).

O direito a pertencer a uma comunidade política não estaria baseado, segundo Arendt, em um atributo natural, último, mas na experiência do significado da existência político-linguística dos seres humanos, de forma que não se pode conceber esse direito fora ou longe dessa existência (Menke, 2007, p. 754).

Menke compreende a *naturalização dos direitos humanos* como elemento da *crise dos direitos humanos*, decorrente, inclusive, dos efeitos de políticas totalitárias. Ele sustenta que essa crise deve ser pensada por meio da reformulação de todos os elementos dos direitos humanos – e não com a manutenção proposta por Arendt:

Os dois movimentos de Arendt (mais ou menos implícitos) de apontar o conceito de dignidade da pessoa humana mostra a direção que deve ser tomada ao invés de pensar em ‘um direito humano’ a ter direitos além da aporia dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana como conceito só oferece um caminho para sair da crise dos direitos humanos se, primeiro, introduzir um conceito inteiramente diferente de direito: um conceito que

fundamente os direitos subjetivos na experiência do que é a coisa certa para os seres humanos (Menke, 2007, p. 755-756).

Dessa forma, Menke estabelece a necessidade de reconstrução do conceito de direitos humanos a partir da *experiência do que é a coisa certa para os seres humanos* – e volta, novamente, para um conceito universal de saber o que é a coisa certa para os seres humanos.

Diante da busca por uma metodologia na interpretação jurídica validada pela referência dos direitos humanos, o diálogo entre Arendt e Menke oferece algumas perspectivas interessantes. O julgamento de Eichmann é um caso exemplar da insuficiência da interpretação jurídica na metade do século XX e da necessidade (para além da simples abertura objetiva) da inclusão de referentes exteriores ao sistema jurídico positivo para validar a interpretação jurídica. São os direitos humanos, aqui analisados, mas também os direitos fundamentais, de Alexy; ou a expectativa social de Luhmann; para citar alguns. Não obstante, a inclusão dessa nova referência não afastou a importância positivista dada à metodologia. Por isso, a interpretação jurídica passou a versar sobre métodos que levem ao julgamento certo.

Arendt descreve a nossa capacidade de julgar como um juízo estético (Kant), que deve estar fundado em um *sensu communis*, é dizer, o julgamento, enquanto produto da interpretação, deve estar fundado na responsabilidade com o outro. Assim, pretendia fugir de uma construção transcendental, mas acaba por construir um núcleo universal a ser observado nos juízos morais. Em crítica à Arendt, Menke analisa os significados de juízo estético em Kant, para optar por um deles como o único possível para a relação com o juízo moral. Ao invés do juízo universal utilizado por Arendt, Menke compreende que o juízo moral pode estar relacionado com o

procedimento do juízo estético, enquanto jogo entre as faculdades do conhecimento, sem que haja uma determinação precisa do objeto (moral) – precisamente o que é buscado pela interpretação jurídica e pelas teorias de direitos humanos.

No que concerne aos direitos humanos, Arendt avança no estudo da questão ao retirar o fundamento desses direitos do “natural” e realocá-los como condição política do indivíduo que pertence a uma comunidade política organizada, capaz de efetivar tais direitos. Por isso defende que os direitos humanos são, em realidade, apenas *um* direito: o direito de pertencer a uma comunidade política organizada, o direito a ter direitos. Dessa forma, apresenta a aporia dos direitos humanos, que só podem ser fruídos na experiência do significado da existência político-linguística dos seres humanos. Menke, por sua vez, em crítica a Arendt, reforça o paradoxo e alerta para a necessidade de reconstrução dos elementos dos direitos humanos com base na experiência do que é a coisa certa para os seres humanos. Retorna assim, ao transcendental. Ao invés de sair, reforça a aporia de Arendt. O diálogo Arendt-Menke aponta negativamente para a busca de uma metodologia que pode não ser possível – e sob as categorias kantianas certamente não é, como demonstrado por Menke; bem como para a referência nos direitos humanos, que são uma necessidade, mas cuja construção para além do transcendental – e rumo à efetivação – ainda está longe.

2.3 A inclusão de heterorreferências na interpretação jurídica

Mantidas a estrutura e as bases filosófica da interpretação jurídica, fez-se, contudo, necessária a abertura da norma jurídica, que o positivismo normativo havia relegado à literalidade do texto legal, aos referencias externos ao sistema jurídico

positivo normativo, e que portanto, são designados *heterorreferências* na interpretação jurídica.

As três principais (porque mais utilizadas, mais difundidas) heterorreferências são a vontade de Constituição, de Konrad Hesse; os direitos fundamentais, de Robert Alexy; e a teoria da Justiça adotada pelo direito positivo, de Ronald Dworkin.

2.3.1 A vontade de Constituição (Konrad Hesse)

O conceito de *força normativa da Constituição* é hoje considerado marco teórico referencial para a nova interpretação constitucional (Barroso, 2009, p. 57), pois é a partir dele que se altera o paradigma da aplicabilidade da norma constitucional, em razão do reconhecimento de sua imperatividade e das tensões que mantém com a realidade fática. Desenvolvido inicialmente por Konrad Hesse [1959], realoca o papel da Constituição da mera folha de papel a que lhe haviam relegado no século anterior teóricos como Lassalle e Jellinek para afirmar sua *força normativa* dominante na vida do Estado (Hesse, 1991, pp. 11-12). Assim, a norma constitucional tem *pretensão de eficácia (Geltungsanspruch)* na realidade social (Hesse, 1991, pp. 14-15), que se realizará sempre que seu conteúdo apontar para a mesma direção das “tendências dominantes de seu tempo”, de forma que sua aplicação seja uma necessidade (Hesse, 1991, p. 18). Ademais, no que diferir de tais tendências, a Constituição poderá ainda ter força normativa se transformada em *força ativa* – é dizer, a norma constitucional será realizada porque estão presentes não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) (Hesse, 1991, p. 29).

A tese de Hesse faz exsurgir a importância da interpretação da norma constitucional para que se possa determinar a *vontade de Constituição* contida no texto normativo. O modelo hermenêutico-concretizador, do próprio Hesse, determina que a interpretação deve ser feita segundo o princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*), de forma a correlacionar o texto constitucional com os fatos concretos da vida, devendo prevalecer a interpretação que realizar a norma de forma excelente dentro dos referidos fatos (Hesse, 1991, p. 23). O que ele propõe é uma interpretação construtiva da norma constitucional, para que ela seja realizada o máximo possível dentro de sua *finalidade (telos)* (Hesse, 1991, p. 23). Posteriormente, seguiram-se outras formulações metodológicas, como o método normativo estruturante, de Friedrich Müller e a hermenêutica da práxis jurídica ou da decisão racionalizada, de Martin Kriele.

Consequências relevantes seguiram-se a partir dos métodos hermenêuticos. Paulo Bonavides (2008, p. 201), por exemplo, considera Hesse o “constitucionalista da juridicidade do Estado social”, por atribuir ao seu método hermenêutico a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais de segunda geração, de prestações positivas do Estado. Não tardou até essa construção encontrar limites fáticos para além da finalidade (*telos*) expressa pela vontade da Constituição. Surgiram as teorias das “reservas” das possibilidades do Estado em arcar com tais prestações. O descompasso entre a interpretação da finalidade almejada pela Constituição e as possibilidades de sua efetivação por políticas públicas denominou-se *décalage regulativa do normativismo*.

Para sua solução, o constitucionalista português Gomes Canotilho retoma o “campo de forças” de Hesse e reabilita a força normativa da Constituição, afirmando que o Direito deve ser uma *centralidade diretora* dentre os vários instrumentos de

direção existentes no Estado para se obterem determinados fins. Reconhece, em síntese, os demais vetores, levantados nas teorias das reservas, mas os orienta na mesma direção que a *vontade da Constituição*.

Ademais das questões decorrentes do campo de força no qual se encontra a Constituição, a própria limitação hermenêutica pela finalidade da *vontade da Constituição* prevista por Hesse encontra seus desdobramentos hoje em questões trazidas pelo neoconstitucionalismo, a exemplo da compreensão da concretização da norma constitucional não como *metodologia*, mas como finalidade da atividade interpretativa, em razão do que admite o sincretismo metodológico e a derrotabilidade das normas constitucionais em função da *vontade de Constituição*.

2.3.2 Os direitos fundamentais (Robert Alexy)

Alexy, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais [1986] estabelece uma conexão entre questões semânticas e questões relativas à validade ao apontar que *cada teoria, para dizer que algo é válido, tem que ter algo a partir do qual essa afirmação seja possível, e, para tanto, o mais adequado é a norma em seu conceito semântico* (Alexy, 2008, pp. 60-62). É dizer, o conceito semântico da norma jurídica é critério de validade para sua interpretação. Assim, os conceitos semânticos de regras e princípios são *razões* para normas jurídicas (Alexy, 2008, p. 107).

Para a aplicação da norma jurídica são necessários argumentos axiológicos (que não decorrem do texto normativo) e normativos, mas eles não devem se confundir no conceito de *norma* – apesar de serem relevantes, não estão incluídos no conceito de norma (Alexy, 2008, p. 82). Assim, Alexy opta pela manutenção do conceito positivista de norma jurídica, em oposição a teorias da norma como a de

Friedrich Müller (Alexy, 2008, pp. 76-82), mas admite a utilização de elementos axiológicos na interpretação jurídica.

É relevante a distinção entre argumentos axiológicos e argumentos normativos por toda teoria de Alexy, e especialmente nessa questão em que um argumento extranormativo pode inclusive servir de critério para a validade da norma – mas não se confunde com ela. Diz Alexy que *um critério para algo é coisa diversa de um elemento de algo* (Alexy, 2008, p. 84).

Mantém-se o sujeito de conhecimento, tal como o modelo kantiano. Mantém-se a norma jurídica, tal como a definira o positivismo. Mas, há o reconhecimento de elementos extranormativos na interpretação da norma jurídica. Em razão da inclusão de tais elementos na interpretação da norma jurídica, a teoria passou por objeções quanto à discricionariedade, ao intuicionismo, que essa inclusão acarretaria. Todavia, Alexy refuta ao que denominou de “objeções filosóficas” afirmando que uma teoria valorativa menos vulnerável é obtida quando se pressupõe que as valorações (bem como os critérios de validade) possíveis não são uma questão de evidência, mas sim de fundamentação (Alexy, 2008, p. 157).

A norma de direito fundamental, como as demais normas, não se confunde com as razões que a sustentam, mas em sua aplicação, deve ser otimizada, segundo determinados critérios, que também de cunho positivista, chegam a indicar fórmulas de aplicação para a obtenção de uma resposta, conforme se demonstrará no item 3.1 (*A tentativa de construção de um algoritmo para a interpretação jurídica*).

2.3.3 A Teoria da Justiça adotada pelo direito positivo (Ronald Dworkin)

A crítica de Dworkin também é derivada de uma tradição liberal, mas retoma a “antiga ideia dos direitos humanos individuais”, ainda que esta ideia não pressuponha uma entidade metafísica (como a vontade coletiva ou o espírito nacional). Para Dworkin, seu trabalho é *parasitário da ideia dominante do utilitarismo, que é a ideia do objetivo coletivo da comunidade como um todo* (Dworkin, 1978, p. X). Ele próprio compreende Bentham e Mill como as bases filosóficas de seu trabalho, ambas as opções filosóficas aptas a lidar com a *razão de ser* do Direito – e (deve-se dizer) determiná-la sob essa racionalidade (utilitarista).

Ademais, Dworkin mantém a subsunção como metodologia adotada para a maioria dos casos, que seriam casos mais simples, que não ofereceriam dificuldades hermenêuticas, para então tratar especificamente dos *casos difíceis*, ou seja, dos casos que não podem ser solucionados pelo método subsuntivo, que envolvem a *antiga ideia de direitos humanos individuais* a ser compatibilizada com o direito positivo. Assim, há manutenção (e não o rompimento) com a estrutura hermenêutica positivista. A teoria de Dworkin propõe-se ao problema específico – e residual - de compatibilização dos direitos humanos individuais com a interpretação subsuntiva vigente e que não pretendia alterar (ainda que os desdobramentos de sua tese tenham conduzido à constatação da insuficiência da subsunção em todos os casos e não apenas nos *casos difíceis*).

Sua tese defende – em ampliação objetiva do conceito de *norma*, diferenciando-se de Alexy nesse aspecto- precisamente que indivíduos têm direitos legais ainda que não estejam assegurados por uma regra expressa, por decisões explícitas ou mesmo pela prática. A hipótese da existência de um direito diante da

ausência de uma referência positiva interna (uma autorreferência) é considerada por Dworkin um *caso difícil*.

Na hipótese em que o indivíduo é titular de um direito que não está assegurado por nenhum texto legal, por nenhuma decisão explícita ou pela prática, a certeza da titularidade reside na *necessidade social, razão de ser* do Direito, são questões de moralidade ou de política. O caso é difícil porque estão ausentes os referenciais metodológicos para a solução do caso. O enfrentamento de Dworkin com essa questão não o fez renunciar à manutenção da necessidade de uma metodologia detalhada, que conduzisse a uma resposta (cientificamente) correta. Isto é, o argumento de Dworkin, apesar de reconhecer a ampliação objetiva do conceito de norma jurídica, supõe que há uma única resposta certa para perguntas complexas de direito e moralidade política (Dworkin, 1978, p. 279).

Ele determina um método que esteja apto a determinar uma resposta verdadeira (válida, cientificamente) na solução de *casos difíceis*. Críticas, como as de Hart, apontaram que não existe apenas uma resposta certa em questões de política e moralidade, mas sim algumas respostas certas. Outras críticas ainda afirmaram que não havia nenhuma resposta certa, mas apenas respostas. Dworkin responde a ambas as críticas no apêndice da edição de 1978 (de *Taking Rights Seriously*) com um exemplo. Ele supõe que a um dos filósofos que o interrompem, sustentando não haver resposta certa, seja proposto ir à Faculdade de Direito e ao final da Faculdade, ele tenha de ocupar o lugar de um juiz, decidindo casos durante todo o dia. Pode não haver, filosoficamente, uma resposta certa, diz Dworkin, mas você ainda precisa decidir. A necessidade de prestação de tutela jurisdicional é uma *necessidade social* premente, que a posição adotada por Dworkin reconhece e para qual propõe um método que lhe permita reduzir a discricionariedade.

A validade (científica) da resposta certa de Dworkin é verificada pelo referencial dado pela *Teoria do Direito que melhor justifica o Direito positivo*. Para ele *uma proposição legal pode ser tida como verdadeira se é mais consistente com a Teoria do Direito que melhor justifica o direito posto que a proposição contrária de Direito. E pode ser refutada como falsa se menos consistente com a Teoria do Direito que a proposição contrária* (Dworkin, 1978, p. 283).

Além disso, para o desenvolvimento de sua teoria, Dworkin pressupõe dois sujeitos-intérpretes que conhecem igualmente os fatos e as normas jurídicas e, sendo igualmente razoáveis, chegam a respostas diferentes em um mesmo *caso difícil*. Essa questão guarda implícito um problema da ciência contemporânea comum às demais áreas do conhecimento, descrito por Edgar Morin como um dos paradigmas de complexidade. Trata-se da relação entre o observador/ intérprete e o objeto observado/ interpretado, da introdução do observador/ intérprete em toda observação, da necessidade de introduzir o sujeito humano – situado e datado cultural, sociológica, historicamente (Morin, 2010, p. 333). Assim, os dois sujeitos, que não são iguais, como fora pressuposto, poderão ter posições diversas sobre o que seria a *Teoria de Direito adotada pelo direito positivo*.

De toda forma, é relevante apontar a (i) ampliação do conceito de norma jurídica, conferindo ao sujeito a titularidade de direitos não expressos no ordenamento positivo; (ii) a afirmação da *resposta* como necessidade social; (iii) a resposta *certa* como manutenção dos reclames por uma metodologia capaz de tornar a interpretação mais objetiva; (iv) o referencial para validade da resposta na filosofia do Direito; e (v) a manutenção do sujeito de conhecimento, que conhece igualmente dos fatos e das normas, e é sempre igualmente razoável.

CAPÍTULO 3 – A TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO DA RACIONALIDADE MODERNA COM A NOVA ABERTURA OBJETIVA (DO CONCEITO DE NORMA)

3.1 A tentativa de construção de um algoritmo para a interpretação jurídica

Se Hannah Arendt foi buscar nas categorias kantianas a compreensão sobre como interpretamos as normas jurídicas, incluindo nelas heterorreferências, para julgá-las certas ou erradas, outros, buscaram procedimentos para essa interpretação, cujo escopo era quase algorítmico. Ora, um algoritmo *é qualquer procedimento bem definido para solucionar determinada classe de problemas* (ISCID - Internacional Society for Complexity, 2012). Assim, buscou-se um procedimento tão detalhado que fosse apto a elidir a discricionariedade do intérprete, fazendo com que as heterorreferências não implicassem em perda do ideário de segurança jurídica trazido pela racionalidade moderna.

A busca de procedimentos algorítmicos de decisão não é exclusividade dos estudos acerca da decisão jurídica. Kuhn dá notícia de que por algum tempo nas teorias científicas, em geral, buscou-se por tais procedimentos, tendo produzido bons resultados. Não obstante, *“esses resultados pressupõem que os critérios individuais de escolha se podem enunciar sem ambiguidade e também que, se houver mais que um [critério de escolha] uma função de peso apropriada estaria à disposição para a respectiva aplicação”* (Kuhn, 1989, p. 390).

Foi precisamente o que fez Robert Alexy³⁰: estabeleceu critérios de escolha para a decisão jurídica e, como são em número maior que um, estabeleceu também

³⁰ Dentre as muitas obras acerca da interpretação jurídica que trataram da decisão de forma

uma função de peso apropriada para determinar qual critério deve ser otimizado no caso concreto. Ele retoma expressamente Frege (e com ele as implicações da discussão Frege-Hilbert, do item 1.3.4) para afirmar que apesar de nem toda atividade requerer a precisão da lógica matemática, *“uma a pede, em todo caso: aquela, na qual se trata de examinar a concisão de uma cadeia de conclusões de modo mais seguro e de declarar cada pressuposto, que desapercivelmente quer introduzir-se furtivamente, para que este possa ser investigado em sua origem”* (Alexy, 2010, p. 17).

O primeiro passo no algoritmo de Alexy é o estabelecimento de uma norma universal que possa servir como premissa (maior, no silogismo). Para ele este é o passo mais importante na construção de um procedimento para a decisão jurídica pois, expostos os fundamentos, evita-se que casos idênticos recebam sentenças distintas, já que devem observar a mesma norma universal:

O fundamento para isso consiste nisto, que sentenças sobre aquilo que está ordenado, proibido ou permitido devem apoiar-se em uma regra universal. O princípio da universalidade, com isso formulado, que corresponde ao princípio da justiça formal, exclui que em dois casos, cujos aspectos relevantes para a decisão podem ser descritos de modo igual completamente, sejam pronunciadas sentenças distintas. Ele impede arbítrio na relação entre os fundamentos e a sentença e transforma, com isso, os fundamentos primeiro em fundamentos. Com isso, ele é condição para a realização de uma série de objetivos desejáveis, como a certeza jurídica, a justiça e a consistência e o controle racional de decisões (Alexy, 2010, p. 21).

A reconstrução da decisão jurídica sob o crivo da lógica ocorre a partir da seguinte estrutura de justificação interna (Alexy, 2010, p.22):

$$\begin{aligned} (IR. 1) \quad & . (1)(x)(Tx \rightarrow ORx) \\ & . (2)Ta \end{aligned}$$

procedimental em maior ou menor grau, optou-se pela análise de Robert Alexy por ser o procedimento mais detalhado e também por ser um procedimento prescritivo de *como decidir* um caso concreto. Existem outros, menos impositivos e detalhados, como a *ponderação* de Dworkin (1978); o *logos* do razoável de Luís Recaséns; ou ainda, em contribuições nacionais, como as de Virgílio Afonso da Silva (2007; 2009) e de Humberto Ávila (2009).

(3) ORa (1), (2)

Em que:

- “ x ” é uma variável individual sobre o âmbito das pessoas, das atuações ou dos outros objetos, sobre a qual é falado no discurso jurídico;
- “ T ” é um predicado, que reúne os pressupostos do tipo de uma norma como qualidade de um indivíduo de um dos tipos mencionados;
- “ R ” é um predicado que faz o correspondente ao que deve ser;
- “ a ” é o nome ou a descrição de uma pessoa ou atuação;
- “ O ” é um operador deôntico.

Dessa forma a linha (1) descreve a norma jurídica, sendo que um indivíduo T contém a variável x sobre o qual se trata o discurso jurídico tal que realiza a descrição da norma jurídica (dever ser). Logo, T está juridicamente qualificado pela norma jurídica que prevê os pressupostos que ele contém, ou em outras palavras, a conduta que ele realizou, o que é descrito na linha (2). As linhas (1) e (2) são articuladas por um operador deôntico O , resultando na sentença.

Até este ponto, pode-se observar que Alexy utiliza o modelo mais simples de incidência das normas jurídicas, como descrito no item 1.2 (*o método cartesiano e o modelo de incidência das normas jurídicas*), em que há correspondência absoluta entre as linhas (1), (2), que são articuladas para obtenção da resposta certa. As variáveis são tidas como *dados*. E, *“os pontos à esquerda, antes das linhas, declaram que essas premissas não são derivadas de nenhuma outras premissas da dedução”* (2010, p.22).

Dessa forma, ele retoma a incidência automática e infalível, que confere segurança jurídica à interpretação da norma jurídica, ao mesmo tempo em que acredita livrar-se da discricionariedade ao lidar com *dados*, bem como ao refutar a existência de premissas na construção lógica da interpretação jurídica. Tal postura remete à posição de Frege na disputa entre ele e Hilbert, descrita no item 1.3.4, quanto a possibilidade de utilizar como axiomas proposições “evidentes”. Essa questão, ainda em aberto na filosofia matemática (bem, na filosofia *ponto*, que esta é uma questão em que não se distinguem bem ambos os campos), tem repercussões importantes no direito. A principal delas foi demonstrada a partir da disputa entre Kelsen e Klug acerca da possibilidade de *programar* uma resposta jurídica correta. Evidentemente, a *reconstrução* lógica da decisão jurídica consiste na *construção* de dados para elaboração das linhas e de sua axiomatização. Alexy não reconhece tal construção, afastando-se da filosofia da linguagem, da qual se tratará mais adiante, chegando mesmo a negar sua utilidade na interpretação da norma jurídica ao dizer que “*a teoria do círculo hermenêutico não pode, com isso, solucionar o problema da interpretação correta de uma norma jurídica, porque ela não contém critérios substanciais para a correção de uma interpretação*” (2010, p. 65).

Logo, ele admite como obstáculos na determinação de tais axiomas os chamados *espaços semânticos*, que consistem em termos ambíguos, vagos, ou em aberturas valorativas. Contudo, os espaços semânticos podem ceder lugar a termos específicos. Diz Alexy que “*a ambiguidade é, em regra, eliminada pelo contexto. No caso da vagueza e da abertura valorativa, contudo, não é possível uma decisão somente em virtude de comprovações sobre o uso do idioma*” (2010, pp. 24-25). O significado pode ser fixado, por exemplo, a partir de regras de emprego do termo.

Nos casos de maior dificuldade de solução, em que há conflitos entre normas jurídicas, Alexy apresenta sua maior contribuição ao estudo da interpretação jurídica, estabelecendo funções de pesos (às normas) como critérios de solução para os conflitos, precisamente como ocorreu em outros campos do conhecimento, como descreveu Kuhn (1989, p. 390).

Para tanto, ele classifica as normas em *princípios* e *regras*, conforme a densidade normativa de cada um. Os princípios *são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, são mandamentos de otimização* (2008, p.90). Enquanto as regras *são normas que são sempre satisfeitas ou não são satisfeitas, (...) contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível* (2008, p. 91). Assim, no conflito entre regras, apenas uma pode prevalecer, sob os critérios tradicionais de *lei posterior derroga lei anterior* e *lei especial derroga lei geral*.

Quanto aos conflitos entre princípios, a questão de qual deve prevalecer pode ser resolvida atribuindo pesos aos princípios, de sorte que o princípio com maior peso prevaleça. Cabe ressaltar, que para livrar o intérprete da discricionariedade ao decidir o conflito, Alexy estabelece que a atribuição de pesos aos princípios deve ser feita *em abstrato*, fora do contexto no qual será aplicada. Se, abstratamente, os princípios têm o mesmo peso, devem-se estabelecer relações de precedências condicionadas, é dizer, fixar condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro (2008, pp. 95-97). Assim, uma colisão entre princípios ($P1$; $P2$) de mesmo peso *em abstrato* poderá ser solucionada no caso concreto, sob condições C , devendo indicar a precedência de um deles (P):

$$(1) P1 \mathbf{P} P2$$

- (2) $P2 \mathbf{P} P1$
 (3) $(P1 \mathbf{P} P2) C$
 (4) $(P2 \mathbf{P} P1) C$

A lei sobre as relações de precedências condicionadas foi enunciada por Alexy da seguinte maneira: *“Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: $(P1 \mathbf{P} P2) C$, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$ ”* (2008, p.99).

As relações de precedências condicionadas devem ser explícitas e fundamentadas, para que possam ser racionalmente controladas. Na fundamentação podem ser utilizados todos os argumentos possíveis, a exemplo dos cânones de interpretação tradicional; dos precedentes das Cortes; dos argumentos empíricos (2008, pp. 165-166).

Para complementar as leis acima, de colisão e sopesamento, Alexy elaborou uma fórmula para atribuir peso aos princípios – a “fórmula do peso”. Esclarece que *“a fórmula do peso salienta que o peso concreto de um princípio é um peso relativo, já que determina que esse peso concreto é o quociente entre a intensidade da intervenção nesse princípio e a importância do princípio colidente”* (2008, p. 604). A fórmula do peso é descrita abaixo:

$$GP_{ij}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA}{WP_jC \cdot GP_jA}$$

Tal que o peso (G) dos Princípios (Pi; Pj) sob determinada Condição é igual a intervenção de um princípio (Pi) nessas condições (C) e também em abstrato (A), em razão da importância do princípio colidente e de seu peso em abstrato. Ele

sugere que se atribua os seguintes aos princípios: 2^0 ; 2^1 ; ou 2^2 . O número deve ser atribuído conforme o grau de intensidade de intervenção do princípio e do grau de importância como leve, mediano e alto. Se a um princípio é atribuído o valor 2^2 , logo, 4, então ele tem um alto grau de intervenção por um motivo pouco relevante. Se lhe é atribuído um valor mediano 2, significa uma intervenção alta por um motivo mediano; ou uma intervenção mediana em um motivo pouco relevante. Restando aos demais casos, de baixa intervenção, a atribuição de um valor baixo, 1. Assim, *“em todos os casos nos quais P_i tem precedência em relação a P_j , o valor de P_i é maior que 1”* (2008, pp.605-606).

Os algoritmos esboçados por Alexy ganham em relevância quando a decisão jurídica envolve conflito entre direitos fundamentais, pois, como eles têm em abstrato valores iguais, eles se cancelam na fórmula do peso, e dessa forma, a precedência é decidida a partir do peso de sua intervenção no caso concreto. A fórmula tem como escopo fundamentar a aplicação das normas e possibilitar o controle racional das decisões jurídicas.

Alexy é muito claro quanto as bases filosóficas que adota: o sujeito transcendental kantiano (2010, pp. 101-126); Frege, como se demonstrou acima, e von Wright, no tocante ao desenvolvimento da lógica. Ele utiliza tais bases para solucionar os casos de interpretação jurídica, mormente os relativos a conflitos entre direitos fundamentais, mantendo as preocupações da racionalidade moderna.

Como se demonstrará adiante, a decisão jurídica envolve mais variáveis do que se poderia *computar*. Já Kuhn advertia que *“a maior parte dos filósofos da ciência deveriam, por conseguinte, olhar agora para o gênero de algoritmo que se*

tem procurado tradicionalmente como um ideal absolutamente inatingível” (1989, p. 390).

3.2 A insuficiência do método nos moldes modernos

Como se pode demonstrar, a necessidade de inclusão de heterorreferências, como os direitos fundamentais, a vontade de Constituição, ou uma determinada teoria da justiça, como critério de validade para interpretação das normas jurídicas não absteve as investigações por um método de interpretação capaz de lidar com as novas referências e ao mesmo tempo manter as preocupações de segurança jurídica, infalibilidade da incidência da norma e quanto possível, elisão de discricionariedade. A partir do exemplo de Alexy, pode-se constatar que as bases filosóficas em Kant, Frege e von Wright não foram abaladas pela necessidade social de uma resposta conforme às heterorreferências.

A busca por um algoritmo nas demais ciências fez Kuhn observar que esse é um ideal inatingível (1989, p. 390), pois os fenômenos são por demais complexos para terem suas variáveis previstas em um algoritmo, ademais do fato de existirem variáveis imprevisíveis a atuar, o que de pronto inviabiliza o empreendimento. Em uma grande parte dos campos de estudo, a aproximação obtida com a construção de algoritmos é bastante precisa e, portanto, muito útil. Isso ocorre não apenas nas *hard sciences* (e já se tratará desse paradigma adiante), mas em questões de comportamentos humanos – eleitorais, de consumo, de negócios nas bolsas de valores, por exemplo, o que fez essa nova “etapa” ser considerada por alguns grupos de estudo como “a era de ouro das ciências sociais” (Abraham, Friedman e

Viotti, 2007). Mas, e quanto ao caso específico da interpretação jurídica? Podemos obter um algoritmo para ela?

A tese de Alexy, apesar de bastante recente (de 1976, sobre a argumentação jurídica; e de 1984, especificamente sobre a questão dos direitos fundamentais), teve grande repercussão e muitos desdobramentos, inclusive no Brasil. Neles, questionou-se a suficiência do método de Alexy, já que não há nenhum critério para a aplicação de critérios. Ao mesmo tempo, também por influência direta da obra de Alexy, passou-se a compreender que os direitos fundamentais têm eficácia imediata (e refere-se aqui, em especial, a obra de Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2009). Assim, a uma só vez surge a necessidade de aplicar diretamente os direitos fundamentais ao caso concreto, mesmo que sem mediação de leis ordinárias, e a necessidade de meta-critérios para realizar tais operações.

Nesse sentido, desponta a contribuição de Humberto Ávila (2009) à tese de Alexy, que consiste na criação de uma nova categoria, designada de *postulados* e que funciona como meta-critério de aplicação de outros princípios ou regras. Mas o que é afinal, um *postulado normativo*, para Ávila? O postulado normativo estrutura a aplicação do dever de promover um fim, prescreve modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos, não para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação (2009, p. 129). O que a teoria ainda não elaborou é *como* deve se dar essa estruturação. É dizer, adentra-se uma questão em loop, que sempre estará a exigir um novo meta-critério para sua aplicação. A estrutura proposta pelos teóricos da argumentação, dentre outras coisas, também não contempla um fechamento.

No contexto do impasse acadêmico de sempre necessitar-se de critérios para a aplicação dos critérios na interpretação jurídica surgiu uma crítica relevante, de Virgílio Afonso da Silva (2007) em um artigo intitulado *Sincretismo metodológico*. Mesmo com seu trabalho fortemente vinculado à obra de Alexy, ele questiona se é mesmo possível o estabelecimento de um método para a interpretação jurídica. Em primeiro lugar, recorda que cada método de interpretação jurídica deriva de uma específica matriz filosófica (e que grata lembrança!). Logo, há que se atentar para a coerência da aplicação de tal matriz às questões de interpretação jurídica, razão pela qual ele utilizou a expressão *sincretismo metodológico*, apontando que não se deve utilizar parcialmente de vários métodos, indiscriminadamente, em razão de seus distintos fundamentos filosóficos. Ao constatar que tampouco ele tem um método completo como seria desejável (para ele), entende que se deve, ainda assim aceitar que há *algum método*, mesmo que imperfeito, para que a interpretação jurídica não seja atirada ao *anything goes* [algo como “qualquer coisa serve”], em referência à expressão de Feyerabend em seu *Contra o método* (Feyerabend, 2011).

Por estar sobre uma matriz filosófica kantiana, em que é possível a referência de cognição transcendente às singularidades dos sujeitos-intérpretes e ao momento de aplicação da norma jurídica, o que em tese viabiliza que todos conheçam dos fatos e das normas da mesma forma, apenas o grau de detalhamento do método é obstáculo para um método ideal de interpretação jurídica.

Logo, na impossibilidade de obtenção de um método ideal e para não renunciar a todos os métodos, surge a utilização da *justificação* da decisão como método possível para o controle racional da decisão jurídica.

3.3 A justificação da decisão como método *possível*

A necessidade de justificação das decisões judiciais é um raro no qual concordam a grande parte dos teóricos da interpretação jurídica, ainda que cada um o faça por um motivo distinto.

Primeiramente, deve-se fazer uma distinção importante, ressaltada por Atienza, entre o contexto da descoberta (aqui melhor dizendo, da tomada de decisão) e o contexto de justificação: “*assim, uma coisa é o procedimento mediante o qual se chega a estabelecer uma determinada premissa ou conclusão, e outra é o procedimento consistente em justificar tal premissa*” (1995, p. 125).

Algumas, como a *teoria da argumentação* de Alexy, acima exposta, busca por um método para a decisão e, portanto, *anterior* a ela, localizando-se no contexto da descoberta. Recorde-se, por exemplo, que ele propõe a atribuição de pesos aos princípios em abstrato, a fim de afastar a discricionariedade do intérprete ao decidir o caso concreto. Também as teses do *realismo legal norte-americano* estão no contexto da descoberta, pois têm como foco a decisão judicial. Compreendem, no entanto, em sentido oposto ao de Alexy, que são tantas as variáveis, inclusive do intérprete, nesse momento, que não é possível o estabelecimento de um método racional de *tomada de decisão*. Contudo, há uma segunda espécie de teses. Essas buscam um método para a *justificação* da decisão, localizando-se, portanto, no momento *posterior* ao decisório.

A importância da justificação é consenso inclusive para os que, como Alexy, pretendem encontrar um método com critérios *para a decisão* e, portanto, anterior a ela. Como se demonstrou anteriormente, nos pontos que se entende que o método não pôde elidir a “subjetividade” (por exemplo, a atribuição de pesos aos princípios),

resta a justificação das escolhas feitas como método possível apto ao controle racional.

O *realismo legal norte-americano* resiste como exceção dentre as teses de interpretação jurídica ao não atribuir relevância à justificação da decisão, pois entende que se o momento da decisão não pode ser controlado, é válida a interpretação que o juiz ou a Corte competente fizer da norma jurídica. Atienza aponta que esse é um erro dos realistas: confundir o momento da decisão com o da justificação, pois, ainda que não se possa controlar a tomada de decisão, *“isso não anula a necessidade de justificar a decisão, nem tampouco faz dessa tarefa impossível”* (1995, p. 126). Ou seja, mesmo admitindo que o processo decisório não pode ser controlado, que não se pode forjar um algoritmo para decidir, ainda assim a justificação do que foi decidido é possível e necessária. Atienza (1995) lidera assim, a linha de teóricos da argumentação segundo a qual não é possível prescrever um algoritmo para decidir, mas que é necessária a justificação do que se decide, principalmente em um Estado Constitucional.

A princípio apontou-se que cada tese, embora consinta com a importância da justificação, acolhe motivos diversos para fazê-lo. O papel da justificação no Estado Constitucional é um desses motivos, senão o motivo central. Ora, a decisão judicial poderia sustentar-se sobre a autoridade de quem a profere, a exemplo de noções como *“a Constituição diz que o Supremo diz que ela é”*. Aarnio resume essa ideia na seguinte afirmação: *“a decisão é a correta, pois é a interpretação da Corte sobre a validade da lei”* (1986, p.06). Ele observa que apesar da “ideologia da autoridade” não ser tão desenvolvida em seu país, a Finlândia, ela pode, de alguma forma, ser encontrada nas fundamentações, na forma de citação de precedentes judiciais, por

exemplo. No entanto, a autoridade não é suficiente, pois há exigência social por razões de decidir, isto é, por um controle público das decisões judiciais:

(...) quem decide não pode mais confiar na mera autoridade formal. Na sociedade moderna, as pessoas não pedem apenas por decisões oficiais, elas pedem por razões. Isso também se aplica a administração da justiça. A responsabilidade do juiz tem se tornado mais e mais a responsabilidade de justificar decisões. (...) A responsabilidade de dar justificações nesse sentido é especificamente a responsabilidade de maximizar o controle público da decisão. A esse respeito, a apresentação da justificação é sempre também um meio de assegurar a certeza legal sob uma base racional na sociedade (1986, p.06)³¹

Ademais, Aarnio observa que em geral não se questionam as leis em abstrato, mas por muitas vezes as decisões concretas são descreditadas pela população (1986, p.07). Logo, a justificação tem também o papel de *convencer* a população quanto a justiça da decisão e, dessa forma, conferir credibilidade às instituições judiciárias (à administração da justiça).

A argumentação utilizada em trabalhos como os de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca (2005), consistentes em releituras da retórica aristotélica, com a finalidade de obter a adesão do auditório persiste em termos mitigados. Isto é, a adesão ao *discurso* da justificação é insuficiente se os resultados da decisão são rechaçados pelo auditório (público). *Laudas e laudas* não substituem a justiça da decisão.

Assim sendo, Aarnio compreende como uma das funções da interpretação jurídica *assegurar o apoio da maioria na racionalidade da justificação em uma comunidade legal* (1986, p. 227). Segundo ele, a *aceitação racional como um*

³¹ Em tradução livre de: "(...) *the decision maker cannot trust anymore on a mere formal authority. In a modern society people do not ask only for authoritative decisions but they ask for reasons. This also applies to the administration of justice. The responsibility of the judge has become more and more the responsibility for justifying decisions. (...) The responsibility for giving justification in this sense is specifically a responsibility to maximize the public control of the decision. In this respect, the presentation of justification is always also a means of ensuring legal certainty on a rational basis in society*" (1986, p. 06).

princípio regulativo para a dogmática legal tem o mesmo papel que a verdade nas ciências empíricas. Da mesma forma que as investigações empíricas tentam aproximar a verdade, o objetivo da dogmática legal é maximizar a aceitação racional (1986, p. 227).

Quanto a questão da maximização da aceitação racional, da adesão da maioria, e conceitos análogos conferindo legitimidade à interpretação jurídica e, conseqüentemente, às instituições judiciárias, reservam-se as críticas para o tópico acerca do *consenso habermasiano*. Por ora, ressalta-se a importância que tal aceitação tem no âmbito da justificação da decisão jurídica. Ao exemplo de Neil MacCormick (1992), que precisamente em razão da aceitação é favorável a justificações consequencialistas, ou, como ele denomina, justificações segundo o critério do *purpose-rationality* [da racionalidade com propósito] (1992, p. 203-204). Dessarte, entende que não se deve subestimar a extensão do escopo da racionalidade legal e conclui que a *“racionalidade na lei e nos processos judiciais é a primeira virtude; mas existem outras além dessa. Sem sabedoria, compaixão e senso de justiça, a mera racionalidade talvez nos dê razão para fazer coisas verdadeiramente irrazoáveis”* (1992, p.205).

CAPÍTULO 4 – FILOSOFIA NOVA, DIREITO ANTIGO

4.1 A manutenção das bases filosóficas e da teoria da ciência moderna

Do que se demonstrou até então, a *racionalidade* procurada com insistência pelos métodos da interpretação jurídica foi engendrada em um momento muito particular. Partiu-se de Maquiavel e de seu redimensionamento da liberdade cívica no contexto da Itália pré-unificação, que compreende o conflito político como espaço para a necessidade de melhores instituições que preservem as liberdades individuais. Ele antecipa, assim, o papel do Estado Moderno dessas liberdades e de detentor do monopólio da resolução dos conflitos. O contexto de formação do Estado Nacional ocorreria na Alemanha de Hegel, que nesse mesmo sentido, compreende o Estado desejado pela universalidade das consciências particulares (e racionais) para proteção de suas liberdades individuais. Politicamente, o papel do Estado nesses termos manteve-se no cerne da teoria do direito e mais especificamente da interpretação jurídica. Há, nesse aspecto, a compreensão de que as liberdades individuais são garantidas pelo Estado e *contra a própria atuação do Estado*, e, por essa razão, a necessidade inafastável de justificação da atuação estatal e a constante preocupação com a aplicação de métodos de decisão judicial antidiscrecionários que se encontra presente ainda hoje tem naquele contexto histórico suas raízes.

Compreendido o *porquê* da inafastabilidade de justificação da atuação estatal, passou-se a demonstrar o caminho apto à busca por respostas *objetivas*, no sentido de *antidiscricionárias* aos conflitos solucionados por decisões jurídicas. Remontou-se mais do que a Descartes propriamente, a leituras e (re)leituras dele, que tiveram um papel relevante no contexto do Iluminismo, máxime no que concerne a liberdade do indivíduo. Tal caminho da razão, que já se mostrava incipiente, consolidou-se

com o sujeito transcendental kantiano e as perspectivas de sua razão pura. A partir dessa matriz filosófica, analisou-se o impacto nas teses de interpretação jurídica do primado da razão, com a razão suficiente leibniziana; a lógica deôntica de von Wright; e a possibilidade de axiomatização e programação de uma resposta certa nas disputas Frege-Hilbert e Kelsen-Klug. O programa da ciência (das *hard sciences*) foi perseguido pelas teses de interpretação jurídica. A *resposta certa* para o direito significou (e significa ainda, para alguns teóricos, como já demonstrado) menos uma *verdade* e mais uma expectativa de preservação das liberdades individuais.

Contudo, as bases filosóficas da ciência moderna foram profundamente alteradas em meados do século XX, sem que isso repercutisse, necessariamente, na teoria da interpretação jurídica. A absorção (e aplicação) das novas bases filosóficas pelo direito tem sido feita paulatinamente: filosofia nova, direito antigo.

Sobre a transição de bases filosóficas, Edgar Morin distingue *racionalidade/razão* de *racionalismo*. Este último é para ele “*uma visão do mundo afirmando a concordância perfeita entre o racional (coerência) e a realidade do universo; exclui, portanto, do real o irracional e o arracional; [e] uma ética afirmando que as ações e as sociedades humanas podem e devem ser racionais em seu princípio, sua conduta, sua finalidade*” (Morin, 2010, p. 157). A ideia de concordância perfeita entre o racional e a realidade foi possibilitada pelo bom uso da razão, de Descartes, ou ainda pela aptidão da razão do sujeito transcendental kantiano. O fluxo contínuo entre o desenvolvimento da ciência e novos modelos de sujeitos desconstruiu tal possibilidade de concordância perfeita, como se demonstrará na sequência. Por isso fez-se necessária a distinção de Morin entre *racionalidade/razão* e *racionalismo*, haja vista que os primeiros seguem como ponto central da filosofia da ciência. Ele

denomina razão “*um método de conhecimento baseado no cálculo e na lógica (na origem, ratio significa cálculo), empregado para resolver problemas postos ao espírito, em função dos dados que caracterizam uma situação do fenômeno*” e racionalidade “*o estabelecimento de adequação entre uma coerência lógica (descritiva, explicativa) e uma realidade empírica*” (Morin, 2010, p. 157). De forma que o cálculo e a lógica podem conferir *coerência* a resolução de problemas, sem que isso implique (e não implicará) em uma relação de correspondência entre a tese e o fenômeno.

A percepção científica da falta de correspondência entre os modelos científicos e os fenômenos que eles pretendem descrever trouxe a lume a questão da complexidade dos fenômenos, sejam eles naturais ou sociais. Morin aponta que as ciências físicas observaram a irrupção da desordem, do acaso, e da aleatoriedade na termodinâmica, na microfísica e na teoria do universo; enquanto antropologia sofreu com a antinomia lógica de ter de encontrar um ponto de vista universal fazendo, o antropólogo, parte de uma sociedade particular, questão aliás, que repercutiu na problemática da relação sujeito/ intérprete – objeto, que será analisada adiante (Morin, 2010, pp. 165-166).

Dessa feita, o reconhecimento da complexidade forçou a construção de uma *razão aberta* ao acaso, às desordens. Ela não rejeita e, ao contrário, dialoga com o “irracional” da modernidade (Morin, 2010, p.168). Por isso ela não opera com oposições absolutas, com as descrições em preto-e-branco, mas com a complementaridade, com a coexistência dos paradoxos, com a comunicação entre termos considerados antinômicos (Morin, 2010, p.168). A razão aberta à complexidade trabalha com toda a diversidade dos fenômenos, todas as gradações

de cinza entre os absolutos, todas as imperfeições, no que antes parecia homogêneo.

O paradigma da complexidade ganhou impulso a partir do desenvolvimento de ferramentas matemáticas aptas a lidar com tais imperfeições. Refere-se aqui ao desenvolvimento da geometria fractal, por exemplo, que foi descrita por Benoit Mandelbrot da seguinte forma: *“desenvolvi uma geometria que lida especificamente com a rugosidade: o instrumento matemático com o qual a genuína irregularidade (...) pode ser compreendida agora e, com o tempo, administrada. A chave é apontar a regularidade dentro do irregular, o padrão no que não tem forma”* (Mandelbrot e Hudson, 2008, p. 125).

Por conseguinte, trata-se de uma matriz filosófica que engloba a complexidade tentando compreendê-la, sem tentar forjar uma homogeneidade e uma atemporalidade inexistentes. Dentre todos os aspectos que se podem levantar nessa virada da filosofia da ciência, optou-se pela divisão da abordagem em três tópicos que traduzem uma estrutura básica, também presente no paradigma anterior, para facilitar a comparação entre eles. Diferem, portanto na abordagem em relação ao corte epistemológico nas teorias científicas; na relação entre sujeito (observador/ intérprete) e objeto; e, por fim, na relação de causalidade, que remonta ao tema central da *razão suficiente* para relativizá-la, incluindo o acaso.

4.1.1 Corte epistemológico

O corte epistemológico foi, durante a modernidade, signo de possibilidade de desenvolvimento das diversas áreas do saber que, fragmentadas, puderam se dedicar a especialização acerca de seus objetos. Foi assim também no direito, ao

exemplo expoente da *teoria pura do direito* (Kelsen, 2006), que apesar de reconhecer a existência de outras variáveis no direito, mormente quanto a interpretação como ato de vontade do sujeito competente e a eficácia social da norma, foca o objeto de estudo da ciência do direito na norma jurídica positiva, deixando os demais aspectos para a sociologia do direito, a história do direito, a filosofia do direito. Sem contar a especialização dos ramos dentro do direito, cada qual pleiteando sua autonomia científica, com seu jargão próprio e institutos específicos, sem pretensão de conexão com os demais ramos do direito.

A despeito do desenvolvimento estanque das diversas áreas do saber, especializadas em seus objetos, elas encontraram problemas e conceitos semelhantes, e que estavam inter-relacionados. Foram os problemas *em comum* entre domínios diferentes que tornou possível “*como se propõe a fazer a teoria geral dos sistemas, procurar modelos que valham para vários tipos de sistemas sem que isso retire nada à particularidade dos elementos e das forças envolvidas em cada um*” (Forsé, 1993, p. 09). Ora, quando um sistema é complexo, nenhuma área sozinha é capaz de fazer a operação de integração entre todos os elementos, assegurando uma análise efetiva de todas as transações (Forsé 1993, 17).

Buscando uma resposta comum ao saber, a *teoria geral dos sistemas* ou *teoria do sistema geral* de Bertalanffy (2009) consiste no esforço teórico de maior repercussão, nesse primeiro momento, para lidar com a investigação de uma coerência na totalidade dos sistemas, por mais complexos que sejam. E isso implicou em uma reorientação fundamental do pensamento científico (Bertalanffy, 2009, p. 23). Nos dizeres de Morin, “(...) *a ambição da complexidade é prestar contas das articulações despedaçadas pelos cortes entre disciplinas, entre categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento*” (Morin, 2010, pp. 176-177).

Uma razão aberta à complexidade deve reestabelecer as articulações rompidas entre os diversos campos do conhecimento, e reconhecer a singularidade dos fenômenos, no tempo e no espaço (Morin, 2010, p.192).

A complexidade dos fenômenos sociais resta clara no caso da interpretação das normas jurídicas. A esse respeito, a observação de Aarnio feita anteriormente é bastante elucidativa: ele observa que em geral as pessoas não discordam de leis, normas em abstrato, mas que frequentemente questionam a justiça de decisões judiciais tomadas com base nessas leis (1986, p.07). Isso ocorre porque há mais do que normas envolvidas no caso concreto. A decisão judicial não tem como papel interpretar as normas jurídicas. Ela o faz, incidentalmente, no exercício voltado ao seu papel: solucionar os conflitos sociais. Retome-se aqui a observação já feita a respeito de Maquiavel. O Estado (e conseqüentemente o Estado-juiz) surge para garantir as liberdades individuais no conflito.

Tercio Sampaio Ferraz Jr, ao conceber o direito sobre a perspectiva do conflito, ou melhor, da resolução de conflitos, descreve um cenário complexo assumindo que *“os conflitos sociais ocorrem em situação de comunicação de agentes que, por pressuposto, são simultaneamente emissores e receptores de mensagens, conflitos aparecem então como interrupções na interação, ou porque quem transmite recusa-se a transmitir o que se espera, ou porque quem recebe recusa-se a receber, criando expectativas desiludidas”* (Ferraz Jr., 2013, pp. 288-289). O conflito envolve muito mais do que a norma jurídica positiva. Ele lida com toda a sorte de variáveis existentes na vida dos sujeitos em questão; por conseguinte, a decisão jurídica, ainda que pretenda furtar-se a lidar com tais variáveis extrajurídicas, que podem ser sociais, psicológicas, históricas, entre tantas outras, surtirá efeitos em relação a elas. De forma que o corte epistemológico em

uma teoria da decisão abrangente da complexidade deve compreender os diversos fatores relevantes para o conflito que visa solucionar.

4.1.2 Relação sujeito (observador/ intérprete) e objeto (normas e fatos)

A questão do sujeito é central na compreensão das matrizes filosóficas da interpretação jurídica, tanto assim que a alteração da composição do sujeito a partir da reviravolta linguístico-pragmática e seu impacto no direito serão analisados no Capítulo 5. Por enquanto, cabe focar na relação sujeito-objeto na filosofia da ciência em geral.

Se a concepção de um sujeito transcendental kantiano possibilitou a formulação de teses com pretensão a universalidade e a atemporalidade, descritivas do *real* no mundo, como explicar as diversas compreensões de fenômenos complexos? Como optar pela tese correta?

Nesse sentido, Feyerabend, a partir da segunda edição de seu *Contra o método*, utiliza o termo *relativismo* para explicar que “os cientistas (...) são escultores da realidade’. Isso soa como o programa forte da sociologia da ciência, exceto que os escultores são limitados pelas propriedades do material que utilizam. De maneira similar, indivíduos, grupos profissionais e culturas podem criar uma ampla variedade de ambientes ou ‘realidades” (2011, p.341). Ou seja, ao dizer que os escultores são limitados pelas propriedades do material que utilizam e assim também são os cientistas, Feyerabend quer apontar que a “realidade” é um construto de cada cientista, e que esse construto está limitado pela compreensão de cada um.

Logo, o conhecimento “*não é uma simples aproximação da ‘verdade’ ou da ‘realidade’*. É uma interação entre conhecedor e conhecido, dependendo isto de uma multiplicidade de fatores de natureza biológica, psicológica, cultural, linguística, etc.” (Bertalanffy, 2009, p. 17). O conhecimento é construído pelo sujeito, e não dado na realidade. E dessa forma, podem-se construir diversas explicações, a partir de formas distintas de conhecimento, sobre o mesmo fenômeno, e que serão mais ou menos úteis a sua compreensão, sem que se possa apontar a *uma única* forma de conhecimento válido (Santos, 2010, p. 328). Ademais, cabe abrir parênteses para recordar que a imposição de determinada forma de conhecimento como a correta ou a válida é uma forma de violência contra aqueles que estão alijados dessas formas de conhecimento, conforme se estabelece nas relações entre *saber* e *poder*, sobretudo nas obras de Bourdieu (2005) e Foucault (2009; 2007).

Em suma, a partir dessa nova perspectiva, em que o sujeito compreende o seu objeto de estudo a partir de suas possibilidades e limitado a elas, como na metáfora do escultor e da argila de Feyerabend, o ideal moderno de *objetividade* deve ser, no mínimo, reformulado. Ao descrever a participação do sujeito na observação científica, bem como na opção por uma tese paradigmática por determinada comunidade acadêmica, Thomas Kuhn sofreu críticas afirmando que sua posição privava as escolhas teóricas de objetividade. A resposta de Kuhn consiste na alteração necessária do significado de objetividade, no qual se deve incluir fatores dependentes da biografia e da personalidade do sujeito para que se possa compreender os valores em questão na escolha feita por ele, sem deixar de lado padrões de fato ou “realidade”. Para ele, a objetividade deve ser analisada em termos de critérios como precisão e consistência. A participação do “subjetivo” nas

tomadas de decisões na ciência não limita a objetividade, ao contrário, devem fazer parte de seu (novo) significado (Kuhn, 1989, p. 403).

A subjetividade e a objetividade não podem mais ser compreendidas como termos opostos, pois o *conhecimento* é precisamente uma construção do sujeito, dentro de suas possibilidades. Assim, depois dessa alteração substancial, resta à filosofia da ciência a mesma solução encontrada pelos teóricos da argumentação do capítulo anterior: a justificação das decisões tomadas. Kuhn entende que *“se pode sempre exigir aos cientistas que expliquem as respectivas escolhas, para exhibir as bases para os seus juízos”* (1989, p. 402). Boaventura de Sousa Santos descreve a justificação como presente nos autores que *“por via da introspecção ou da ascese intelectual, procuram tornar explícitos os seus pré-juízos, os seus valores, as suas opções ideológicas, em suma, os limites que a sua subjetividade estabelece à objetividade do conhecimento que produzem”* (Santos, 2010, p. 79) e entende que tal procedimento não visa abrir caminho a uma objetividade no sentido moderno, mas sim *“aumentar a eficácia da discussão moral e política que é o objetivo fundamental do estudo científico da sociedade”* (Santos, 2010, p. 81).

4.1.3 Causalidade

A relação de causalidade tal qual prevista na filosofia da ciência moderna teve dois exemplos centrais apresentados no primeiro capítulo, quais sejam o da racionalidade cartesiana e o da razão suficiente leibniziana. Ambos os exemplos reiteram a ideia central da relação de causalidade que estabelece que todo evento é resultado de outro, que lhe dá causa; ou, que toda proposição decorre de outra, da qual retira sua razão.

Assim, caso se tome os experimentos científicos em que, por hipótese, os elementos A e B dão causa ao produto C, e pudermos desfazer esse experimento, a partir do produto C, teremos novamente os elementos A e B, teremos ilustradas as duas características mais importantes da relação de causalidade da modernidade: a reversibilidade e a intemporalidade. Ou seja, na relação $A + B \leftrightarrow C$, sendo a relação de causalidade indicada pela dupla flecha, que é possível a reversão do produto às causas, pois se C é causado por A + B, então A + B dão causa a C. De forma que a relação é válida para qualquer tempo, é atemporal; e é também infalível, ou seja, há certeza quanto aos termos existentes dos dois lados da flecha da causalidade.

Não obstante, no estudo de fenômenos mais complexos, na teoria quântica, as medições impuseram uma referência ao observador, cujos efeitos corresponderam a uma quebra de simetria temporal e a redução da função de onda, ou seja, efeitos profundos na compreensão dos fenômenos quânticos em análise. *Ora, toda medição, prévia à criação dos conhecimentos, pressupõe a possibilidade de ser afetado pelo mundo, quer sejamos nós os afetados, quer sejam os nossos instrumentos* (Prigogine, 1996, p. 157). Nesse caso, o quadro dos paradoxos que tocou à teoria quântica solucionar importa apenas para a compreensão histórica da reviravolta que teve a relação de causalidade, cujos efeitos foram profundos porque não permitem quaisquer dos aspectos da causalidade moderna, presente (e válida) para os fenômenos da física clássica.

Ademais, a instabilidade dos fenômenos quânticos fixou o caráter estatístico (de probabilidade, de incerteza, e não de certeza e infalibilismo) da complexidade (Prigogine, 1996, pp.12-13). Prigogine ainda ressalta que a razão para a demora na inclusão da irreversibilidade e as probabilidades nas leis da natureza foi a falta de

arsenal matemático, que foi suprido, em grande parte pela geometria fractal de Mandelbrot (Prigogine, 1996, pp.39-40).

O rompimento com a relação de causalidade tal como era concebida estendeu-se para todas as áreas do conhecimento, haja vista que a ciência, como se pôde constatar nos tópicos anteriores, é um conhecimento argumentativo e, portanto, refuta *“a intemporalidade das verdades científicas e a distinção absoluta entre aparência e realidade – por achar que cada uma delas, a seu modo, tem uma vocação totalitária. O conhecimento (...) é tão temporal como as práticas e a cultura a que se vincula”* (Santos, 2010, 330). Logo, o fenômeno complexo é temporal, e portanto, irreversível, o que fica mais claro nas ciências humanas, em que os fatos não são *repetíveis*, é dizer, trazem consigo a singularidade da dupla dimensão espaço, tempo, em que se inserem.

Ademais, a complexidade é composta por diversas variáveis inter-relacionadas, em que a alteração em uma delas, afeta, mesmo que indiretamente as demais. A dupla flecha da causalidade é substituída por uma rede ou por um dos fractais de Mandelbrot, em que não há certeza quanto a ocorrência de determinado resultado, ao contrário da relação de causalidade, em que as ocorrências eram infalíveis. A complexidade lida com a incerteza, apenas com a probabilidade estatística de que determinado evento possa ocorrer. Prigogine descreve uma instabilidade dinâmica tão forte que as trajetórias de certeza são destruídas, independente da precisão dos dados que se tenha acerca do fenômeno (Prigogine, 1996, 40).

As teses de interpretação jurídica cujas matrizes estão profundamente relacionadas a relações fortes de causalidade, como nos modelos clássicos de

incidência da norma jurídica (*Se A, deve ser B*), bem como as que encontram suas raízes na razão suficiente, da qual derivou a lógica deôntica, são completamente atingidas pela superação da concepção das relações de causalidade forte. A nova matriz filosófica expõe que um fenômeno complexo como as relações sociais conflitivas que a decisão jurídica procura solucionar não tem os atributos de certeza, infalibilidade e intemporalidade. Cada conflito é singular no espaço, tempo e composto de tantas variáveis que só pode haver *possibilidade estatística* de que ele ocorra. Da mesma forma, a decisão jurídica é singular no espaço, tempo e composta de tantas variáveis que não se pode ter a seu cargo a *certeza* que o corolário da segurança jurídica moderna espera.

4.2 A complexidade no direito

A complexidade foi abordada no direito, com maior profundidade, pela teoria dos sistemas, cujo maior expoente encontra-se na obra de Niklas Luhmann, que teve importantes desdobramentos sobre diferentes objetos de pesquisa, nos exemplos de Günther Teubner; Raffaeli de Giorgi; Marcelo Neves; Juliana Neuerschwander; Douglas Price; Celso Campilongo, entre outros. Contudo, especificamente no que concerne a interpretação jurídica, há a manutenção da estrutura luhmanniana básica presente em *O Direito da Sociedade* (2006).

Para Luhmann, a complexidade social está estruturada em sistemas que funcionam por meio de relações de comunicação. Cada um desses sistemas (sub-sistemas do sistema social) tem seu próprio código binário funcional. O sistema jurídico, por exemplo, funciona por meio do código binário direito/ não-direito. De forma que cada sistema só opera seu próprio código, e por isso o sistema é fechado

operacionalmente. Não obstante, existem pontos de contato entre os sistemas, designados acoplamentos estruturais, que colocam um sistema em contato com o código de um sistema distinto. Em razão do fechamento operacional, o código distinto não é processado por outro sistema, mas é irritado por ele, possibilitando, a conversão do código e então, alteração sistêmica. Os acoplamentos estruturais permitem a condução de códigos distintos a um sistema para irritá-lo e a essa permeabilidade é dada o nome de abertura cognitiva. Assim, o sistema luhmanniano é operativamente fechado e cognitivamente aberto. O fato do sistema originar a si mesmo (note-se que mesmo as alterações são internas, a partir da conversão de códigos que o irritaram) é chamado *autopoietico* (do grego *auto* "próprio", *poiesis* "criação").

O foco do sistema são as relações de comunicação internas, cujo próprio código a distingue do meio (demais sistemas). Luhmann entende que a substituição do *sujeito* por relações é uma vantagem epistemológica. Advindo do estrutural-funcionalismo, ele compreende o foco no sujeito como um “preconceito humanista” que causa atraso ao desenvolvimento da sociologia (Villas Bôas Filho, 2009, p.38). Em razão de sua posição, Luhmann sofreu duras críticas, como as de Ignacio Izuzquiza em *A sociedade sem homens: Niklas Luhmann ou a teoria como escândalo* (1990). Tais críticas talvez sejam muito duras, pois a opção metodológica de Luhmann não elimina o sujeito completamente. Uma análise mais atenta aponta que o sujeito é transformado em uma unidade sintética de sistema psíquico-orgânico, como um amálgama, e alocado como ambiente da sociedade (e vice-versa).

Dessa feita, considerando que a teoria dos sistemas desenvolve-se precisamente para lidar com a complexidade sistêmica, podemos cotejar os

aspectos da nova matriz filosófica apresentada com os pontos básicos do sistema luhmanniano no que diz respeito a interpretação jurídica. O primeiro ponto refere-se ao corte epistemológico. O sistema luhmanniano reduz a complexidade ao limitar as operações sistêmicas ao código binário que lhe for próprio, por meio do fechamento operacional. Assim, o conflito jurídico pode ser irritado por outros sistemas (como o sistema moral ou o sistema econômico, por exemplo), mas só receberá coordenadas de direito/ não-direito, e frise-se que Luhmann considera correspondentes a esse código apenas as normas de direito positivo. A redução de complexidade é tamanha que inabilita o sistema jurídico para sua função de resolução de conflitos, haja vista que não são consideradas outras variáveis relevantes na disputa e que não funcionam por meio do código binário adequado. O segundo ponto é a relação sujeito-objeto, que está descartada diante da opção metodológica de Luhmann. E, por fim, o terceiro ponto é o da relação de causalidade, que em razão da operacionalidade do código binário é concebida nos moldes clássicos, como certa e infalível.

Diante dessas razões, apesar da obra de Luhmann ter importantes repercussões no Brasil e no exterior, e ter o mérito de elucidar e desenvolver com sucesso *outras* questões, no que tange a interpretação jurídica resta uma lacuna. Ao invés de lidar com a complexidade dos conflitos que o direito deve solucionar e da decisão que o faz, a teoria mantém os paradigmas clássicos, sem avançar nessa questão.

4.3 Questões em aberto (para uma teoria sistêmica)

4.3.1 Ordem, desordem e evolução

No sistema luhmanniano a única possibilidade de evolução sistêmica é a irritação de um sistema por outro, combinada com a conversão da informação (que o irritou) para o seu próprio código binário, para que então (e só então) essa informação possa exercer sua função. É basicamente esse árduo caminho rumo à mudança que deu origem à críticas quanto ao conservadorismo do sistema luhmanniano. No caso do direito, para que um conteúdo político, moral ou econômico chegue ao sistema jurídico, considerando que este só opera com o código direito/ não-direito e que considera-se “direito” como as normas de direito positivo, teremos, por conseguinte, que qualquer alteração extra-jurídica terá de ser convertida em lei para “funcionar” no direito.

Um sistema complexo, contudo, deve comportar muito mais que isso. Ora, como então conceber a evolução do sistema social e, conseqüentemente, do sistema jurídico? Primeiramente, pode-se concordar com a premissa, que *“se uma sociedade existe, não é para se dissolver”* (Forsé, 1993, 12). Logo, o princípio de entropia serve aqui como um princípio de alcance geral (Forsé, 1993, p. 08), inclusive para os sistemas sociais. Na formulação de Boltzmann, isso significa que os sistemas tendem para o seu estado mais provável, ou seja, o estado de desordem máxima por ele suportada (Forsé, 1993, p.08). Por essa razão, Forsé compreende que *“a estabilidade do sistema busca a maximização da sua entropia, e que qualquer outra situação é muito mais improvável”* (Forsé 1993, 12).

No que toca aos sistemas sociais, a evolução ocorre a partir do *conflito*. Diz Le Moigne que *“para evoluir, importa que a organização engendre conflitos, diferenças de potenciais entre normas, as quais alimentarão o motor informacional do Sistema Geral”* (Moigne, 1996, p. 312). É o conflito que desordena o sistema

social – e por isso, a forma com a qual o direito lida com ele é determinante para a evolução do sistema ou, mais comumente, a manutenção dele.

A forma com que uma determinada sociedade aceita que se interprete e solucione seus conflitos é determinante para sua evolução/ manutenção. E a esse aspecto é muito oportuno o comentário de Le Moigne sobre a *evolução criadora*, que inspira a conceber soluções inesperadas, fora das trajetórias já tidas como ótimas.

Diz ele:

A evolução é criadora e não apenas lógica. Ela é condição de uma criação, ou de uma concepção, de programas inesperados, que organizarão o desenho numa obra de arte, a composição numa sinfonia, a estrutura numa organização sem cessar renovada. O tempo torna-se, ou antes, volta a ser a condição da concepção evolutiva. É preciso tempo para conceber e reconceber a intricação dos programas pelos quais as intervenções dos sistemas assegurarão os seus projectos. A obsessão da preconcepção, do regulamento imanente, da única trajetória óptima, planeada antecipadamente tendo em vista um calendário, não nos é imposta pela ciência, mas por um modelo cultural que ignora a evolução criadora (Moigne, 1996, p. 310).

Ainda mais forte essa indicação nas ciências sociais, e no direito, como ciência social aplicada, em que se percebe com tanta facilidade o *acaso* – o imprevisível é uma oportunidade para a evolução criativa, para a busca de soluções novas, de trajetórias diferentes.

4.3.2 Sujeito – obstáculo ou matriz?

A opção de Luhmann pela transformação do sujeito em sistema e sua alocação dificultosa no sistema social não é uma opção isolada. Ela deu-se em no contexto da engenharia dos sistemas, no qual é o ‘elemento humano’ que se revela ser precisamente o componente falível. Assim *“este elemento ou tem de ser eliminado de todo e substituído pelos equipamentos dos computadores, pela maquinaria autorregulável e coisas semelhantes, ou tem de ser tornado tão digno de*

confiança quanto possível, isto é, mecanizado, conformista, controlado e padronizado” (Bertalanffy 2009, 29).

Pugliesi observa ainda a esse respeito que Luhmann erradica com a sua opção a ação social no sentido parsoniano, de forma a transformar o próprio sistema em um sujeito. Não obstante, *“a grande questão é que a língua não é um dado, mas um construído – o que implica a presença constante de seres capazes de produzir variedade”* (Pugliesi, 2008, p. 146). Dessa forma, a intenção de padronização, de homogeneidade que para os teóricos como Luhmann consistia em ideal, na realidade desnatura a construção do sistema, haja vista que se trata de um sistema comunicativo e que a língua é construída pela interação entre os sujeitos de determinada sociedade.

A composição de cada sistema social é portanto única, por ser formada pela interação singular entre sujeitos também singulares. Para Morin, a individualidade do sujeito não está apenas na singularidade físico-química, mas em sua condição egocêntrica,

no fato de que ele é único para ele computando para si. (...) O sujeito é o ser computante que se situa, para ele, no centro do universo, que ele ocupa de forma exclusiva: Eu, só, posso dizer eu para mim. Essa noção de sujeito, aliás, não é apenas de competência filosófica ou linguística, mas também matemática. Assim, Hilbert tinha imaginado um operador Σ que se exprimia sob a forma: Aquele que só e ao mesmo tempo um qualquer. Mas foi, sobretudo, a teoria dos jogos de von Neumann que me esclareceu, porque implica o jogador-ator egocêntrico. (Morin, 2010, pp. 323 - 324)

O projeto sistêmico, quando se refere a um sistema complexo tal qual a sociedade, não é absorvido por racionalidades estanques. Ele deve ser capaz, hipoteticamente, de fazer a *“operação de integração de todos os elementos (como se faz em matemáticas) [o] que asseguraria uma análise efectiva de todas as interações ou transações entre os indivíduos”* (Forsé, 1993, p. 17). Ou seja, ainda que se pense em um sistema *ideal*, ele só é possível a partir do *sujeito*.

CAPÍTULO 5 – CONSTITUIÇÃO DO SUJEITO

5.1 A metafísica é uma consequência de estar mal disposto

Diante do julgamento do “certo” e do “errado” Arendt (mesmo ela, aluna de Heidegger) foi buscar nas categorias kantianas do juízo estético a construção desses conceitos nos sujeitos. Como se apontou na análise de Arendt feita por Menke, os resultados voltam-se sempre à questão do transcendental e permanecem sem respostas. Como é possível que se compreenda de formas tão diversas uma mesma norma jurídica ou um mesmo juízo moral? Muitas das teorias do direito a partir da segunda metade do século XX seguiram buscando (e seguem ainda, pois como se vê da tabela apresentada em Opções Metodológicas, trata-se de trabalhos com ampla repercussão ainda hoje) uma metodologia capaz de prover uma resposta certa à interpretação jurídica. Há, dessa forma, uma tendência a buscar o transcendental nos juízos (sobre as normas jurídicas e os fatos referentes a elas), sob o corolário da segurança e da previsibilidade.

Contudo, desde a década de 1960, surgiram teorias do direito cujos pressupostos voltaram-se aos trabalhos da então nova hermenêutica filosófica. A viragem linguístico-pragmática na Filosofia repercutiu nas bases filosóficas da interpretação jurídica, oferecendo respostas às questões deixadas em aberto pelas teorias de cunho metafísico. E, assim, ao invés de se questionar quanto a universalidade dos juízos, passa-se a questionar quanto a diversidade da composição dos sujeitos e a atribuir a essa diversidade a impossibilidade de um juízo universal sobre qualquer coisa. Essa passagem da “virada” filosófica para o direito é bem ilustrada por um poema anterior aos trabalhos de Heidegger, Gadamer ou Wittgenstein. Em 1928, o heterônimo de Fernando Pessoa, Álvaro de Campos,

gozava, “num momento sensitivo e competente, a libertação de todas as especulações e a consciência de que a metafísica é um estar mal disposto”³². Trata-se do poema Tabacaria, que declama não haver mais metafísica no mundo senão chocolates, e da verdade com que a pequena os come, até que entra o Esteves sem-metafísica, que talvez tenha ido comprar tabacos, talvez tenha metido o troco na algibeira das calças, e ao lhe cumprimentar, traz-lhe um universo sem ideal nem esperança. O Esteves sem-metafísica de Álvaro de Campos é esse sujeito vazio. E nessa época, os sujeitos enchiam-se de metafísica.

Oitenta e dois anos depois, o escritor angolano Valter Hugo Mãe (Mãe, 2010) pôs Esteves em um asilo, com colegas extasiados ao saber que tinham ali um pedaço da filosofia literária. Ele conta que há época contava com vinte anos, e vinha do norte, de onde contava misérias. O trabalho em Lisboa com um tio prepotente sustentava a família, que morava longe. A única mágica que havia ali era a de por o dinheiro no banco, para ele aparecer em outro lugar, e sumir logo depois. A vida difícil que levava, madrugando para o trabalho, era a causa do semblante que chamou a atenção do poeta, quando entrou na Tabacaria do senhor Alves para

³² “(...) Tenho feito filosofias em segredo que nenhum Kant escreveu. (...) (Come chocolates, pequena;/ Come chocolates! / Olha que não há mais metafísica no mundo / senão chocolates./ Olha que as religiões todas não ensinam mais que a confeitaria./ Come, pequena suja, come!/ Pudessem eu comer chocolates com a mesma verdade com que comes! / Mas eu penso e, ao tirar o papel de prata, que é de folha de estanho, Deito tudo para o chão, como tenho deitado a vida.) (...) Mas um homem entrou na Tabacaria (para comprar tabaco?)/ E a realidade plausível cai / de repente em cima de mim./ Semiergo-me enérgico, convencido, humano,/ E vou tencionar escrever estes versos em que digo o contrário. Acendo um cigarro ao pensar em escrevê-los/ E saboreio no cigarro a libertação de todos os pensamentos./ Sigo o fumo como uma rota própria,/ **E gozo, num momento sensitivo e competente, / A libertação de todas as especulações/ E a consciência de que a metafísica é uma consequência de estar mal disposto.** / Depois deito-me para trás na cadeira/ E continuo fumando./ Enquanto o Destino me conceder, continuarei fumando. (Se eu casasse com a filha da minha lavadeira/ Talvez fosse feliz.)/ Visto isto, levanto-me da / cadeira. Vou à janela./ O homem saiu da Tabacaria (metendo troco na algibeira das calças?). / Ah, conheço-o; é o Esteves sem metafísica. / (O Dono da Tabacaria chegou à porta.) / Como por um instinto divino o Esteves voltou-se e viu-me. / Acenou-me adeus, gritei-lhe *Adeus ó Esteves!*, e o universo / Reconstruiu-se-me sem ideal nem esperança, e o Dono da Tabacaria sorriu.” (Álvaro de Campos, 15-1-1928)

comprar jornal para o tio. Ficou sabendo pelo dono da Tabacaria que o doutor Pessoa escrevera um poema sobre eles. E sempre que passava por ele ficava de perguntar do poema, que lhe roubara a intimidade tão desautorizadamente, mas não teve coragem. Sentiu-se em um paradoxo. Por um lado, haviam-lhe dirigido o olhar, colocado em evidência; por outro, verteu-o como um homem sem profundidade.

Não sabia se havia de protestar por me ter mentido ali vertido como um homem sem profundidade, ou se havia de o abraçar pela maravilha de dizer coisas assim, coisas tão interiores como se fossem de ser vistas. E eu tinha razão. Havia uma intimidade entre nós, uma ligação para sempre, que me haveria de colocar um pouco nas mãos daquele homem. Como se dominasse algo em mim, o orgulho talvez. Esse paradoxal orgulho de me ter dirigido o olhar, de me ter querido num verso seu, e ao mesmo tempo me ter desgraçado, porque a partir de então não pude mais sonhar com ser vago e feliz. A vida tinha sido, e havia comprovadamente de continuar a ser, um rol de violências sobre as quais ergueríamos infindáveis noites de insônia. O Fernando pessoa havia morrido e o poema ficou para sempre a fazer que éramos amigos, com aquele cumprimento no fim, como regozijando por me ver. Uma mentira qualquer, ou não, que em todas as vezes que nos vimos não lhe deu para me chamar ou agradar.” (Mãe 2010, 97)

O olhar de Fernando Pessoa naquele momento não viu o metafísico, mas o concreto, o chocolate, o troco, o tabaco. Sem a metafísica, não mais pode sonhar em ser vago e feliz. A vida se mostrou como um rol de violências sobre as quais ele ergueria infindáveis noites de insônia. O paradoxo do olhar de Fernando Pessoa é ver que ali no Esteves a falta de metafísica não lhe retira profundidade. Ao contrário, onde não há o transcendental, há diversas variáveis, experiências, vivências e tudo o que o Esteves pode absorver delas – e a partir delas compreender o mundo. A vida composta de violências e de insônias que são únicas em cada momento, para cada indivíduo. O paradoxo pós-metafísico é que a beleza das coisas deixa de estar na vagueza da transcendentalidade e passa a estar na crueza dos eventos singulares. Ao sair da Tabacaria, Esteves não tinha nenhuma metafísica, mas estava cheio.

Foi por este olhar que passou a filosofia e que tem sido lançado, pouco a pouco, ao direito. Esses modelos filosóficos pós-metafísicos são mais elegantes porque permitem lidar com as singularidades. E são úteis ao direito porque permitem lidar com uma de suas questões centrais: como interpretamos as normas jurídicas. Abrem caminho para respostas às questões de discricionariedade impostas pelo positivismo, que geraram toda sorte de método com o escopo de elidi-la; e às questões do julgamento moral, que permeiam os direitos humanos, que figuram hoje como fundamento de toda interpretação jurídica, ainda que sem saída das categorias kantianas.

Dos diversos filósofos que lidaram com essa questão, foi Heidegger o que maior influência teve sobre as teses de interpretação jurídica, ainda que de sua vasta obra, pouco seja efetivamente instrumentalizado para a interpretação jurídica. O ponto mais importante do pensamento heideggeriano para a interpretação jurídica é precisamente ser ela, como toda interpretação, fundada em um *ter prévio* do sujeito. É dizer que cada sujeito interpreta a partir de seus próprios pressupostos, que recorta e conduz em determinado ponto de vista o que vai ser conhecido, é dizer, o que terá seu *ser desvelado*.

Essa interpretação se funda cada vez em um *ter prévio*. Como apropriação-de-entendimento, a interpretação se move em um ser entendedor relativamente a uma já entendida totalidade-de-conjunção. A apropriação do entendido ainda encoberto desvenda o encoberto sob a condução de um ponto-de-vista que fixa aquilo em relação a que o entendido deve ser interpretado. A interpretação se funda cada vez num *ver-prévio* que “recorta” no *ter-prévio* aquilo que fica sujeito a uma determinada interpretação. (...) A interpretação nunca é uma apreensão sem-pressupostos de algo previamente dado [*eines Vorgegebenen*, de um já dado]. (Heidegger, 2012, pp.426 - 427)

Se cada indivíduo tem seus próprios pressupostos e é a partir deles que ele conhece as coisas, isso significa dizer que haverá diversos recortes singulares, isto

é, diversas interpretações. Assim, todo conhecer é interpretar, e toda interpretação se dá a partir dos pressupostos de cada sujeito. Sobre esse ponto central da reviravolta filosófica, Manfredo de Oliveira diz que *“não podemos escolher arbitrariamente o sentido histórico do nosso mundo e de nós mesmos, mas antes esse sentido se nos dá, nos interpela, nos desafia, nos chama. Nossa escolha consiste em acolher ou rejeitar o chamado. O ser emerge, assim, como a instância que possibilita nossa liberdade e nossa verdade”* (Oliveira, 2006,p. 220).

Para Heidegger, *“a interpretação nunca é uma apreensão sem-pressupostos de algo previamente dado [eines Vorgegebenen, de um já dado]”* (Heidegger, 2012, p.427), não se dá como um comércio entre o sujeito e o objeto, como na filosofia da consciência. O conhecer é interpretar, que de forma geral, é perceber a partir dos pressupostos, do ter prévio do sujeito, que consiste em compreender ser. Ele estabelece uma relação hermenêutica entre o homem e o ser, que é desvelado pela linguagem, ou seja, *é enunciado*:

Sobre a base desse *interpretar* no sentido mais amplo, o perceber se torna *determinar*. O percebido e determinado pode ser expresso em proposições e, como tal *enunciado*, retido e conservado. Esse reter percipiente de um enunciado sobre... é, ele mesmo, um modo do ser-no-mundo e não deve ser interpretado como um “processo” pelo qual um sujeito obtém representações de algo que, apropriadas dessa maneira, permanecem guardadas no “dentro”, em relação às quais se pode ocasionalmente pôr a questão sobre como “concordam” com a realidade. (...) Mas o conhecer não *cria* pela primeira vez um *“commercium”* do sujeito com um mundo e não *surge* também de uma ação do mundo sobre um sujeito. O conhecer é um *modus* do *Dasein* fundado no ser-no-mundo. Daí que o ser-no-mundo, como constituição-fundamental, reclame uma interpretação *prévia*.” (Heidegger, 2012, pp. 194 - 195)

Aqui também há um paradoxo – quando o sujeito desvela o sentido do ser pela linguagem, ao mesmo tempo, oculta-o pela linguagem, determinando-o no tempo. Em suma: a complexidade de conhecer as coisas inclui a singularidade dos sujeitos e a singularidade do momento. A interpretação de uma coisa é a interpretação *de determinado sujeito, a partir de seus próprios pressupostos em um determinado momento do tempo*.

Essa reviravolta filosófica altera profundamente as estruturas dos modelos de interpretação jurídica. Contudo, tal reestruturação tem ocorrido de forma paulatina desde a década de 60, o que se demonstrará a partir da revisão das bases filosóficas das teses de maior repercussão. As teses precursoras dessa aplicação enunciaram a filosofia da linguagem e tentaram solucionar a dicotomia entre auto e heterorreferências na interpretação jurídica com a possibilidade de construir a norma considerando ambas as referências. Não obstante, elas mantêm vestígios das bases filosóficas anteriores, razão pela qual foram consideradas nesta dissertação *a caminho da filosofia linguístico-pragmática*. São elas a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale e a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller. Uma instrumentalização mais profunda viria somente mais tarde. Aqui, apresentar-se-ão os trabalhos de Lenio Luiz Streck, por sua coerência com a filosofia de Heidegger, que demonstra o desenvolvimento das aplicações do novo paradigma filosófico no direito; e de Márcio Pugliesi, cuja conjectura aponta para superações de questões relevantes no modelo filosófico das teorias da linguagem e que abrem caminho para a compreensão da interpretação jurídica como teoria da decisão.

5.2 A caminho da filosofia linguístico-pragmática

5.2.1 A teoria tridimensional do direito de Miguel Reale

A teoria tridimensional do direito de Miguel Reale parte da análise de uma dicotomia existente a época entre jusnaturalistas e juspositivistas. Os primeiros fundamentam na transcendentalidade os valores jurídicos, enquanto os segundos fundamentam os valores jurídicos na experiência histórica. A superação dessa dicotomia, ainda fundada em Kant, deu-se por um elemento intermediário entre eles:

“essa ponte de conexão entre a realidade empírica e o ideal do direito seria o mundo da cultura ou da história, isto é, o complexo de bens espirituais e materiais constituído pela espécie humana através dos tempos” (Reale, 1968, 38). A fundamentação do direito, e conseqüentemente, da interpretação da norma jurídica, estaria no âmbito da cultura ou da história, o que faz descer do céu da transcendentalidade as categorias trabalhadas até então.

Mas de que maneira interagem essas dimensões? Para Reale, há uma tensão entre os fatos e os valores (ideais), e dela se compõem os conflitos. A norma jurídica deve integrar e renovar essas tensões fático-axiológicas e por isso, a construção da norma jurídica, voltada a solucionar esses conflitos, pode ser compreendida como uma realidade cultural. Essa concepção considera os fatos, os valores e as normas jurídicas como elementos incidíveis da experiência jurídica, correlacionados em uma unidade integrante (Reale, 1968, p.64). E há nisso o mérito inegável de negar a correspondência entre o sistema social e o sistema de normas positivas, que possibilitava as construções lógico-formais da teoria do direito (Reale, 1968, p.17). Dessa forma, apesar de fundar a ciência jurídica na normatividade, compreende que ser na integridade da estrutura tridimensional (fato-valor-norma) que são gerados os modelos e significados jurídicos, por meio da experiência (Reale, 1968, p. 27).

A ideia de *construção* da norma jurídica (e não apenas aplicação, como se a norma fosse *dada*) para resolução de conflitos só é possível a partir de uma leitura da filosofia da linguagem. De fato, Reale assume que “o conhecimento de algo não surge ex nihilo, como mera projeção subjetiva, mas representa um processo de interpretação da coisa que se lhe apresenta, havendo, pois um ato hermenêutico da coisa para a qual a consciência intencional se dirige” (Reale, 2000, pp.30-31). A

intencionalidade é tida como estrutura fundamental e fonte da natureza hermenêutica, que impede o conhecimento do ser e possibilita o conhecimento do sentido do ser. Nesse sentido, toma como pressuposto a distinção heideggeriana de realidade originária da coisa (*Sachfeld*) e dos objetos (*Gegenstandsgebiet*). E conclui que *“nesses termos, o estar do Dasein ‘no mundo’ corresponde a estar no ‘mundo da cultura’, o que implica o superamento da teoria lógico-abstrata do conhecimento situá-lo no plano histórico-cultural”* (Reale, 2000, p. 32). Portanto, há a alteração das bases filosóficas com a substituição do *“sujeito cognoscente abstrato, para situá-la em correspondência com um sujeito concreto, ‘espírito vivente, histórico por essência’”* (Reale, 2000, p. 32).

A compreensão do direito em suas três dimensões deve ser feita, nos termos de Reale, desde a elaboração da norma jurídica, cuja elaboração não é uma utilização livre e arbitrária do poder, por estar necessariamente condicionada a um complexo de fatos e valores, que tornam algumas soluções regulativas possíveis, ao invés de outras. Ou seja, para a manutenção no poder, nem todas as possibilidades de normas são possibilidades reais, pois mesmo o poder está também vinculado a fatos e valores. Depois de posta a norma no ordenamento jurídico, ela deve ser interpretada no caso concreto, como solução para a tensão que o conflito entre os fatos e os valores causou. Por isso, a sentença deve observar um processo análogo ao da integração normativa, no sentido de ser ela também uma experiência axiológica concreta.

A validade da interpretação jurídica no caso concreto está aqui atrelada a três fatores importantes (Reale, 1968, p.29). O primeiro é a *vigência* da norma, ou seja, a validade formal da norma jurídica dentro do ordenamento. O segundo é a *eficácia*, que consiste na correspondência entre o conteúdo e o social. O terceiro é o

fundamento, que deve conter valores aptos a legitimá-los na sociedade. Logo, temos que a vigência tem como referenciais normas postas no próprio ordenamento jurídico e é de alguma forma uma autorreferência do sistema; ao passo que a eficácia e o fundamento constituem heterorreferências, pois são referenciais de validade presentes na sociedade. Vê-se que há uma dificuldade de compatibilizar o sujeito da linguagem, de vivências, enunciado nos pressupostos da teoria tridimensional do direito com as heterorreferências utilizadas, posteriormente, quando da interpretação da norma jurídica. Isto é, se há uma ruptura (filosoficamente consciente, sem trocadilho) com o sujeito transcendental, já não é possível estabelecer uma correspondência entre o conteúdo da norma e o social, pois o conteúdo da norma dependerá do sujeito que a interpreta e “social” também será uma construção desse sujeito. É dizer, a relação de correspondência é uma relação construída por cada intérprete da norma. Da mesma forma, os fundamentos que contêm valores aptos à legitimação na sociedade também remetem a um modelo universalista dos valores, enquanto a teoria deveria lidar, a partir de seus pressupostos, com a relativização desses valores para cada interpretação singular.

Ao contrário, a teoria trabalha com uma objetividade desses valores, que pode ser obtida no plano da história a partir da busca por *constantes axiológicas* que são “*expressões de um valor-fonte (a pessoa humana) que condiciona todas as formas de convivência juridicamente ordenada (historicismo axiológico)*” (Reale, 1968, p.80). E chega a afirmar que é “*o valor da pessoa a condição transcendental de toda a experiência ético-jurídica (personalismo jurídico)*” (Reale, 1968, p.80). Assim, ele recoloca a *pessoa humana* no cerne da questão do fundamento último do direito – reabrindo, se é que algum dia foi encerrada, a questão aporética de Arendt sobre o direito a ter direitos (Menke, 2007).

5.2.2 A teoria estruturante do direito de Friedrich Müller

Também na década de 60, mais precisamente em 1966, Friedrich Müller publica *Normstruktur und Normativität* (Müller, 1966) [Estrutura da norma jurídica e normatividade] em que são lançadas as bases teóricas para seu principal trabalho, publicado dezoito anos mais tarde: a teoria estruturante do direito [Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 1984 (edição brasileira: Müller, *Teoria Estruturante do Direito*, 2012)].

A teoria estruturante do direito pode ser considerada um passo adiante no caminho da filosofia linguístico-pragmática, apesar da resistência de Müller em comprometer-se com essa aplicação. Ele refere-se expressamente a Heidegger e aos jogos de linguagem das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein (Müller, 2013, pp.190-191). Diante do corolário da “autonomia” do direito, ele esquiva-se com a ressalva de não ser necessária uma aplicação vertical da hermenêutica filosófica ao direito. Reconhece, contudo, que ela pode ser constatada no direito, que “*pode ser visto como sistema de comunicação, como mecanismo de intercâmbio de mensagens mais imperativas do que informativas*” (Müller, 2013, p.192). Inclusive nos “*contextos de dominação e do uso da violência, que sanciona em última instância a decisão jurídica, está vinculada à linguagem e com isso às suas condições gerais.*” (Müller, 2013, p.193).

Assim, Müller propõe trabalhar com conceitos análogos da hermenêutica filosófica (Müller, 2013, p.194). Então a pré-compreensão geral seria, no direito, a “*pré-compreensão específica jurídica e de teoria jurídica, cujos pontos referenciais são normas ‘vigentes’*”, o “caráter modelar” como marca essencial da “*atualidade*”

seria, no direito, o caráter modelar de uma validade com caráter vinculativo; e as referências feitas à vida e à práxis pela hermenêutica estão inseridas na normatividade, que a assegurada pelo uso da violência legitimada pelo Estado.

Dessa feita, a teoria gravita em torno da questão da normatividade, pois a pré-compreensão jurídica são as normas vigentes, o caráter modelar é o caráter vinculativo e a práxis está nela inserida. Por isso, a normatividade é “*o modelo do ordenamento materialmente configurado, mas que não adentra a esfera da realidade material*”, haja vista que “*a contingência e as condições da vida histórica real constituem o espaço de atuação da normatividade e fazem com que ela seja necessária*” (Müller, 2011, p.220). A normatividade surge na relação de interdependência existente entre o “direito” e a “realidade”, entre “norma” e “fato” (Müller, 2011, p.147), erigindo o momento da interpretação jurídica como o grande momento da teoria do direito, pois é nele que a normatividade surge.

Para esse momento central da teoria do direito, de convergência entre “norma” e “fato”, da interpretação jurídica Müller utiliza a hermenêutica filosófica para uma distinção importante: a entre o *texto legal* e a *norma jurídica*. Essa distinção, hodiernamente bastante aceita, estabelece que a norma jurídica não se “extraí” apenas do texto legal. E por essa razão, não pode ser obtida por procedimentos lógicos ou silogísticos, procedimentos estes que ainda hoje são amplamente defendidos para os *casos fáceis* ou *simples*, v.g. (Dworkin, 1978). Uma segunda ressalva que Müller faz na distinção entre norma e texto, também pouco compreendida é não se tratar de uma diferença ontológica. O que importa para determinar que Müller não segue tradições anteriores (de Savigny, p.ex.) que há muito distinguem a “lei” do “espírito da lei”; e que sua distinção está, portanto, fundada na (então, nova) hermenêutica filosófica:

O direito não é idêntico ao texto literal da disposição legal; contudo, a meta da teoria normativa estruturante aqui desenvolvida não é estabelecer uma diferença essencial e ontológica entre lei e direito, no sentido da distinção entre potência e ato, entre possibilidade e realidade, entre a 'lei' como uma entidade abstrata, a-histórica ou acima da história, e um 'direito' que, por sua vez é originalmente ontológico (Müller, 2011, 191).

Explícita a questão e a fundamentação filosófica da diferenciação entre texto e norma em Müller, resta compreender como se dá a construção da norma na teoria estruturante. Nela, as concepções gerais e os textos legais determinam escopos em um campo de problemas possíveis. Tais escopos são o âmbito normativo, é dizer o objetivo que a concretização deve alcançar. Por isso, é na concretização (no momento da interpretação jurídica) que a norma é construída (Müller, 2011, p. 223).

A interpretação da norma jurídica deve buscar uma solução adequada ao conflito e ter como ponto de partida o programa normativo e o âmbito normativo na normatividade estruturalmente diferenciada; ou seja, devem considerar esses elementos para construir uma solução adequada ao caso concreto. Cabe ressaltar nesse ponto que Müller refuta o texto legal como ponto de partida obrigatório (Müller, 2011, p. 200). Ele estabelece *que “as possibilidades de compreensão racional do texto normativo delimitam o âmbito dos resultados legítimos da concretização.”* (Müller, 2011, p. 203). Mesmo que a interpretação não possa ser extraída do texto legal, ela pode ser válida se não estiver em frontal contradição com o texto (Müller, 2011, pp. 203-205).

Ademais, há um aspecto interessante na construção da norma: para Müller ela não se dá no círculo hermenêutico, é dizer, o círculo hermenêutico não é forma de concretização (Müller, 2011, p. 200). Longe do círculo hermenêutico, a construção se dá dentro de possibilidades estruturantes: “dever ser”, “dado real”, programa normativo, e âmbito normativo (Müller, 2011, 200).

Portanto, a recusa inicial de Müller em adotar a hermenêutica filosófica diretamente na interpretação jurídica, consentindo apenas com aplicações *análogas* de alguns conceitos apenas indicava uma pré-indisposição, confirmada ao longo de sua teoria estruturante, que apesar de considerar a comunicação e a linguagem como pressupostos, não altera significativamente seu modelo de sujeito, não descreve o *iter* cognitivo da interpretação e nega o círculo hermenêutico.

Entretanto, os pressupostos aderentes à concepção do direito como linguagem, a menção aos trabalhos de Heidegger e Wittgenstein, e especialmente os resultados obtidos por Müller, quanto a construção hermenêutica da norma jurídica, que não depende sequer da literalidade do texto é amplamente aceita no direito (ao menos na academia, como indica a tabela apresentada nas opções metodológicas). Evidentemente, uma teoria que compreende a construção da norma jurídica, e retira o texto legal dos referenciais obrigatórios da interpretação jurídica concede maior poder aos que interpretam as normas.

5.3 Sujeito heideggeriano na hermenêutica jurídica: o modelo de Lenio Streck

O sujeito heideggeriano chega, finalmente, com profundidade na interpretação jurídica o modelo jurídico de Lenio Luiz Streck, designado inicialmente de “Nova Crítica do Direito”. Parte das possibilidades de compreensão heideggerianas, para quem a condição-de-ser-no-mundo está condicionada à compreensão que se tem dos fenômenos, e assim, substitui a epistemologia pela ontologia da compreensão (Streck, 2004, p. 207). Assim, ao interpretar uma norma jurídica, o sujeito manifesta seu modo de compreender o mundo, e nenhum *processo lógico-argumentativo pode*

'acontecer' sem a pré-compreensão (Streck, 2011, p.476). Para ele, *a compreensão ocorre em um nível estruturante (razão hermenêutica), em que o sentido se dá de forma antecipada, em face dos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos)* (Streck, 2011, p. 477). Logo, a relação de validade da interpretação jurídica é dada a partir da estrutura do compreender (nesse caso, no modelo do círculo hermenêutico heideggeriano) e *não por um elemento naturalista (a causalidade) introduzido como que a contrabando no interior do pensamento jurídico* (Streck, 2011, p. 478).

É nessa relação entre o sujeito cognoscente e o fenômeno cognoscível que Streck localiza a ruptura de paradigma no Direito. Para ele, a interpretação do Direito ainda está fortemente presa aos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), que se manifesta na interpretação das normas jurídicas (Streck, 2004, p. 218-219). Para Streck, a dogmática jurídica retoma, de certo modo, *o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal. (...)* *Esse processo subsuntivo ocorre mediante o uso dos assim denominados métodos de interpretação, objetificando os fenômenos* (Streck, 2004, p. 239).

Isto é, sempre que Kelsen, Hesse, Dworkin, Alexy e tantos outros trabalham no sentido de buscar os elementos constitutivos da norma jurídica, eles a “objetificam”, precisamente para descrever o que lhe compõe. Contudo, não se pode atingir os objetos de maneira direta, como pretendem tais autores, estamos sempre mediados pelo discurso. E isso não significa, para Streck, que pode haver uma livre disposição do discurso (no sentido de que *anything goes*), já que a hermenêutica oferece condições para construção de respostas corretas na interpretação jurídica (Streck, 2011, p. 218).

Portanto, o sentido do ser do ente emerge do processo interpretativo como manifestação do ser em uma síntese hermenêutica, como “*uma espécie de “termo médio” que ex-surge da facticidade e da temporalidade do Dasein, condição de possibilidade do intérprete ser-no-mundo*” (Streck, 2004, p.234).

Podemos dar como exemplo a interpretação jurídica pré e pós Constituição de 1988. Streck atribui à permanência dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência) a baixa efetividade das normas constitucionais, pois apesar de a nova Constituição trazer um novo modelo, ele ainda é compreendido a partir dos referidos paradigmas. Assim, o novo modelo ainda não foi *des-velado*, não emergiu enquanto novo modelo. O paradigma faz assim, parte dos elementos pré-interpretativos e que possibilitam a compreensão (do *enquanto hermenêutico*). E assim deve fazer parte do *enquanto hermenêutico*, isto é, que a possibilidade de compreensão deve se dar a partir dele, pelo que seriam desnecessários critérios constitucionais de interpretação (o que para ele, objetifica a Constituição, transformando seu ser em objeto de representação), visto que as normas constitucionais deveriam fazer parte do *enquanto hermenêutico*, sendo, portanto, possibilidade de compreensão das normas jurídicas (Streck, 2004, p.235).

Resulta que o ato de interpretar não é cindível: a partir do *enquanto hermenêutico*, é dizer, das condições presentes no intérprete e que lhe conferem a possibilidade de conhecer um fenômeno, o ser desse fenômeno emerge de uma síntese hermenêutica, a que Heidegger denominou *círculo hermenêutico*. Como síntese, não é possível cindi-la em momentos distintos, como tradicionalmente se faz na Filosofia do Direito – em momento decisório e momento de fundamentação (Streck, 2004, p. 210).

Não é possível falar em uma metodologia para *conhecer*, pois o conhecimento apenas é possível através da linguagem e ela não se submete à vontade do intérprete. Há uma situação linguística, que o sujeito não alcança controlar (Streck, 2004, p. 247). Diz Streck, que

pensar na interpretação jurídica como produto de método(s), é pensar que o conjunto normativo (ou o sistema jurídico e tudo o que o cerca) é, inicialmente, algo nu/ carente de sentido, que irá receber, da nossa compreensão subjetiva determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito (do conhecimento) a um objeto, quando com ele 'confrontado'... (Streck, 2004, p. 249).

A teoria da decisão compreendida sob a perspectiva do círculo hermenêutico heideggeriano fica prejudicada pela impossibilidade de cisão de etapas. Streck também refere-se a Gadamer, que denunciou essa impossibilidade, já que não se pode retirar do texto algo que está nele, numa reprodução de sentido (Streck, 2010, p.162).

Também os elementos constitutivos da norma jurídica, permissivos de uma análise estrutural, do que consta ou não na norma jurídica, e do que pode ou não servir como critério de sua validade torna-se de difícil análise. Como já exposto, a impossibilidade de cisão de etapas e a dificuldade de distinção de elementos referenciais no círculo hermenêutico não significa que pode haver uma livre disposição do discurso por parte do intérprete da norma jurídica.

Trata-se de um ponto relevante na aplicação da hermenêutica filosófica à interpretação jurídica e um ponto delicado na contribuição de Streck. Isso porque, é possível (frise-se o *possível*) entender que a pré-compreensão (singular) e o círculo hermenêutico favoreceriam uma posição relativista da interpretação jurídica, o que aproximaria essa leitura heideggeriana das teses brasileiras relativistas da argumentação do neoconstitucionalismo. E ressalta-se ser um movimento nacional,

mormente porque as teses da argumentação norte-americanas e europeias, como expostas (Capítulos 2 e 3), buscam precisamente esquivar-se do relativismo, apontando métodos de cisão da interpretação ou da fundamentação da interpretação das normas jurídicas. Contudo, a utilização no Brasil dos trabalhos estrangeiros, em especial os de Ronald Dworkin e Robert Alexy, tem sido feita muitas vezes longe dos contornos estabelecidos por seus autores, razão de críticas veementes como as de Virgílio Afonso da Silva (Silva, 2007). O imbróglio agrava-se quando as versões nacionais da teoria da argumentação, cujas raízes estariam em leituras de Dworkin, Alexy e Hesse (Capítulos 2 e 3) utilizam-se da fundamentação heideggeriana de Streck para confirmar seus resultados relativistas (Streck, 2011).

Há ainda, uma segunda utilização da hermenêutica filosófica pela teoria da argumentação, da qual podemos tomar como exemplo, o trabalho de Margarida Lacombe, que ao partir da concepção de Tércio Sampaio Ferraz Jr., quanto à inegabilidade dos pontos de partida e à decidibilidade dos conflitos entende que se deve buscar uma interpretação mais adequada para cada caso, que oriente a dogmática jurídica e a *defenda da pecha da arbitrariedade*, o que pode ser obtido com a tópica e a retórica (2011, p. 250-251).

Assim, ela compreende que as escolhas não são processadas por fórmulas capazes de oferecer uma única resposta possível, mas toda escolha é feita em função de valores. Assim, retoma a importância da argumentação, a fim de que prevaleça o argumento mais forte, ainda que o seja apenas em um dado momento, referindo-se à situação hermenêutica de Gadamer, abrangente de todo um ambiente cultural do qual participam intérprete e objeto interpretado (2011, pp. 253-255). Ela conclui pela aproximação entre hermenêutica, tópica e argumentação. A primeira, como método; a segunda como *“mola propulsora e centro de gravidade que garante*

esse movimento; a argumentação como organização do pensamento, enquanto o *discurso* corresponde à exteriorização do raciocínio, e a *intepretação* à fixação da *compreensão*” (2011, p. 258).

Entretanto, a aplicação da hermenêutica filosófica por Streck tem uma ressalva fundamental: a adesão aos *textos* legais, que não podem ser ignorados, absolutamente contrariados (interpretação *contra legem*) ou inventados, nas palavras do próprio Streck:

Eis a especificidade do direito: textos são importantes; textos nos importam; não há norma sem texto; mas nem eles são ‘plenipotenciários’, carregando seu próprio sentido (o mito do dado, fantasia de texto que se interpreta por si mesmo e se extrai por si mesmo, nas palavras de Simon Blackburn) nem são desimportantes, a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmatista-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa). (Streck, 2011, p. 219)

Assim, não apenas ele revela-se avesso ao relativismo quanto à interpretação jurídica, como estabelece pontos específicos que devem ser observados para uma teoria da decisão jurídica pós-positivista que chegue a respostas certas em direito (Streck, 2011, p. 510-511). Ele compreende que o Estado Democrático de Direito é prospectivo, apto a reconstruir a sociedade. E a Constituição, nesse contexto, exerce um papel importante, de autonomia, pois serve como “blindagem” contra outros fatores econômicos, por exemplo, que a engendram. Por isso, as normas constitucionais podem ser aplicadas sem *interpositivo legislatoris*.

Essa aplicação, contudo, não deve ser discricionária. Para tanto, adota a cooriginariedade entre Direito e Moral, de Jürgen Habermas, e entende que “*o direito recebe conteúdos morais (apenas) quando de sua elaboração legislativa (...). [E] a partir da feitura da lei, a decisão judicial passa a ser racionalizada na lei, que quer dizer, ‘sob o comando da Constituição’ e não ‘sob o comando das injunções pessoais-morais-políticas do juiz ou dos tribunais*” (Streck, 2011, p. 510).

Logo, a discricionariedade deve ser evitada pelo controle procedimental e também por um controle de validade *como “sentido filtrado principiologicamente”*, ou seja, ele inclui os *princípios* como referenciais de validade da interpretação jurídica. Além disso, deve haver um controle da interpretação a partir da autoridade da tradição, da obrigação da integridade, da coerência, da igualdade, da isonomia. E conclui que *“é exatamente por isso que é possível sustentar respostas adequadas à Constituição, portanto, apostar em uma teoria da decisão e não apenas em uma teoria da legislação. Múltiplas respostas dizem respeito ao relativismo, e estas estão umbilicalmente relacionadas com o positivismo”* (Streck, 2011, p. 511).

Ele refuta a ideia de imparcialidade pura do juiz e que o uso de estratégias argumentativas, na realidade, tem o papel de isentar aos intérpretes do impacto de suas decisões. Apoiar-se em Dworkin neste ponto para defender que os intérpretes (e, mais especificamente, os juízes) sejam encorajados a expor os reais motivos de suas decisões, políticos e morais, que fundamentem com sinceridade, a fim de permitir ao público participar da decisão. É nesses termos que Streck entende o antidiscricionarismo de sua teoria, precisamente nos termos do reconhecimento por Heidegger (2012, pp. 591-637) e, posteriormente, Gadamer (1994, p.265), de que o círculo hermenêutico possui um significado ontológico positivo, ou seja, que as coisas revelam o seu *ser* ao sujeito cognoscente, e, portanto, que a interpretação deve fugir à arbitrariedade e às limitações decorrentes de hábitos mentais inconscientes, para poder submeter-se a elas e aproximar-se de seu *ser*.

Toda verdade, de acordo com seu essencial modo-de-ser conforme-ao-Dasein, é relativa ao ser do Dasein. Essa relatividade significa que toda verdade é “subjativa”? Se “subjativo” é interpretado como “submetido ao arbítrio do sujeito”, certamente que não. Pois o descobrir, de conformidade com seu sentido mais-próprio, retira a enunciação do arbítrio “subjativo” e

põe o *Dasein* descobridor diante do ente ele mesmo (Heidegger, 2012, p. 627).³³

O que, no que concerne à interpretação jurídica, leva a teses antidiscricionárias, mantendo a preocupação da Modernidade com segurança de uma resposta jurídica certa, mesmo após a reviravolta linguístico-pragmática.

5.4 O sujeito como atmosfera semântica de Márcio Pugliesi

As alterações sistêmicas do capitalismo tardio para manutenção de sua estrutura tornou necessário o estabelecimento de um referencial supra social de *trocas*. A transcendência dá lugar às recompensas da produção e circulação de mercadorias (Pugliesi, 2008, p. 100). Esse sujeito é intercambiável e foco das relações sociais, permeadas de processos ideológicos (Pugliesi, 2008, p.91).

Nesse contexto, a *Conjectura Sistêmica* desenvolvida por ele concebe o sujeito como uma atmosfera semântica, como materialidade que absconde todos os significados apreendidos por ele até então. É a partir e nos limites desse conjunto semântico que o sujeito compreende a si mesmo e ao mundo. E a si no mundo. Assim, com o que ele compreende, age – e *aprende* com o que pode compreender dos resultados de suas ações, refazendo sua atmosfera semântica (conjunto semântico), ou seja, refazendo a si mesmo e a suas ações. O reflexo das recomposições da atmosfera semântica nas ações do sujeito faz com que ele não possa ser reduzido simplesmente a uma consciência ou ao seu discurso.

³³ Do original: “Alle Wahrheit ist gemäß derem wesenhaften daseinmäbigen Seinsart relativa uf das Sein des Daseins. Bedeutet diese Relativität soviel wie: alle Wahrheit ist „subjektiv“? Wenn man „subjektiv“ interpretiert als „in das Belieben des Subjekts gestellt“, dann gewiß nicht. Denn das Entdecken entzieht seinem eigensten Sinne nach das Aussagen dem „subjektiven“ Belieben und bringt das entdeckende Dasein vor das Seiende selbst” (Heidegger, 2012, p. 626).

O sujeito age, a partir das regras do jogo e de seu conhecimento das circunstâncias, corrige sua ação e busca conferir os efeitos da atuação sobre o sistema (subconjunto do mundo, entendido como sua atmosfera semântica e a respectiva poluição) e o meio, a totalidade das aspecções possíveis a ele, e então, por assim dizer, retroage, isto é, alimenta seu próprio cabedal de informações e refaz, quando possível, a decisão preliminarmente assumida, recompondo sua teoria. (Pugliesi, 2009, 185-p.186)

Diante de uma situação qualquer, esse sujeito a compreende e se localiza nela com o conjunto semântico que possui, como pode, pensa nas opções de ação e decide pela que lhe pareça mais útil (ou menos inútil). A cada novo instante, fazem-se necessárias novas decisões, novas ações, nova recomposição, portanto, do sujeito. A sociedade nessa conjectura é composta, então, de sujeitos interagindo uns com os outros. E é possível imaginá-los interagindo (conectados) em um sistema complexo em rede, em que uma ação afeta todas as demais (possibilidades de) ações de forma não linear. Ou no outro sentido, ao concluir que uma ação afeta todas as demais (possibilidades de) ações de forma não linear, concluir-se-á que estão todos conectados em um sistema complexo em rede. O que afasta a Conjectura *sistêmica* da formulação dos sistemas autopoieticos, focados nas funções das relações comunicativas. Ao contrário, essa formulação trabalha com as decisões tomadas pelos sujeitos do sistema. Mesmo as abstrações como o Estado ou as instituições, são compreendidas como microssistemas compostos por sujeitos que decidem. Ou seja, *“indivíduos concretos, capazes de ação e decisão, localizam-se na abstração designada sociedade e a fazem funcionar: o problema não é lógico – é funcional. Funcionários constituem o Governo; decisões humanas, de indivíduos concretos fazem mover os aparelhos de Estado”* (Pugliesi, 2008, p.122).

As decisões, em uma perspectiva macro sistêmica, transitam entre duas dimensões: Cultura e Civilização. A dimensão da Cultura foi nomeada com base no termo alemão *Kultur* que *“era utilizado pelos povos de língua alemã, pelo final do*

século XVIII e início do XIX, para significar os aspectos espirituais de dada comunidade” e a dimensão da Civilização foi nomeada com base no francês *Civilisation* que “indicava, principalmente as realizações materiais de um povo” (Pugliesi, 2008, p.153). A intenção é explicitar que a *Kultur* compõe também os elementos a partir dos quais o sujeito decide e que suas decisões concretizam os projetos da *Kultur*. Um exemplo são as normas jurídicas, produzidas “a partir da prospecção de situações a regular, homens concretos desempenhando funções de governo elaboram, sujeitos a toda permeabilidade do campo da civilidade, as regras que nortearão, nos limites daquela particular cultura, as ações nas situações da civilidade” (Pugliesi, 2008, p. 339-340). As sentenças judiciais devem fazer com que os textos legais materializem-se na civilidade, ou seja, norteiem as situações na civilidade. A eficácia da sentença é descrita como a capacidade de produzir efeitos na Civilidade (Pugliesi, 2008, p. 381-382).

Então, o direito guarda a possibilidade de selecionar projetos da Cultura e formular textos que permitam concretizar situações na Civilização, por meio, inclusive de coação. *O Direito pode ser visto como o lugar em que, convenientemente, se estabelecem as regras desse jogo de poder.* Por isso também, é uma estrutura de dominação e serve à manutenção do estado geral de coisas (Pugliesi, 2009, p.173). E nesse sentido, a pré-condição para o direito é o *conflito de interesses e as formas de obtenção do objeto de interesse, que exigem a normatização das condutas humanas, (...), contrárias ao sistema e suas ideologias* (Pugliesi, 2009, p.119). Nesse contexto, o problema da hermenêutica e da decisão pode ser enfrentado a partir do *aspecto negocial e lúdico* dos conflitos que o direito é instado a solucionar, com vistas a *uma estruturação apropriada e capaz de otimizar a condução de conflitos na esfera do Direito* (Pugliesi, 2009, pp.119-121).

Abstratamente, os conflitos podem ser compreendidos e descritos matematicamente como um *jogo*. Para o direito, a *Conjectura* formula o seguinte: um sujeito (atmosfera semântica) compreende a si mesmo em uma determinada situação conflitiva na qual poderia agir de diversas maneiras, ou seja, ele pode agir de acordo com diversas estratégias em determinado momento. Além de estar *condicionado* às suas próprias possibilidades de compreensão, sua atmosfera semântica, ele sofre a incidência de fatores externos, que também pesam sobre sua decisão. Pode-se pensar, por exemplo, que ele considerará a jurisprudência dominante sobre o seu caso, para saber qual a chance de êxito que ele poderá ter; o impacto do resultado em outras pessoas; etc. Todas essas conjecturas que o sujeito seja capaz de formular são chamadas de *fatores atuantes* (sobre o sujeito). Ademais, em um conflito podem existir também os *grupos de pressão* cujos interesses apontem para tal e qual resultado, e isso também pode influir sobre a decisão do sujeito.

A *Conjectura sistêmica* facilita a visualização dos elementos da decisão com uma representação gráfica, na qual os *fatores atuantes* e os *grupos de pressão* são vetores que atuam sobre o sujeito no momento decisório, exercendo força em direções diversas. A decisão, nesse caso, é resultado do somatório dos vetores, que levarão o sujeito a optar por uma das diversas estratégias que ele pôde visualizar como possíveis. Assim:

(...) o conjunto de fatores atuantes é uma quantidade que tem direção e sentido e o conjunto dos grupos de pressão, também é uma resultante que tem módulo, direção e sentido, isto é, são quantidades vetoriais e a função lucro, (...), fica absorvida pela identificação da estratégia mais adequada para se chegar ao resultado pretendido. A representação desse terno [Sujeito, Fatores atuantes, Grupos de pressão] num espaço tri-ortogonal permitirá que, ao se identificar a resultante encontre-se o ponto de acumulação e uma bola aberta topológica, nele centrada, em seu redor, de raio tão variável quanto mais complexo (...) o conflito a ser decidido e em que estará a decisão desse conflito. (Pugliesi, 2009, p.205)

A decisão em um conflito jurídico envolve, portanto, mais do que os textos legais em questão, pois a aplicação do direito é dizer, a concretização de determinada interpretação dos textos legais na Civilidade, envolvem questões de poder e de obtenção por *prêmios* (patrimônio, reconhecimentos, etc) que alteram a situação dos sujeitos no mundo.

A argumentação utilizada pelos sujeitos envolvidos em um conflito jurídico aqui tem o objetivo de *influir* nos demais sujeitos, de turvar-lhes a visão de suas possibilidades, de convencê-los, de persuadi-los. A argumentação aqui não tem o condão de cindir o processo decisório, que se dá no sujeito (atmosfera semântica) e não pode ser cindido. Tampouco visa distinguir elementos decisórios que sirvam como referenciais para conferir validade à determinada interpretação jurídica, pois tal validade será conferida por quem, na estrutura social, tiver competência institucional para tanto.

A argumentação no discurso jurídico é, portanto, ação estratégica no jogo. Ao fundar a argumentação em referenciais éticos ou morais, ou ainda em *princípios intrínsecos* (mas não explícitos) no ordenamento jurídico, o que o sujeito pretende é influir nos demais jogadores (Pugliesi, 2009, p.162). Sendo que os demais jogadores são também sujeitos (atmosferas semânticas) e como tais compreenderão a argumentação que lhes foi dirigida da maneira que puderem, sempre a partir e limitados por suas atmosferas semânticas. Essa comunicação pode ser mais ou menos efetiva. Eles podem concordar em um grau máximo, em que haverá uma intersecção absoluta entre suas atmosferas semânticas; ou podem discordar totalmente, hipótese em que as suas atmosferas semânticas sequer se aproximarão. Longe dos critérios de validade do discurso, como os de Habermas (Habermas,

2001), que tratam da sinceridade do discurso, por exemplo, a *Conjectura* trabalha com a questão da efetividade do discurso como estratégia no jogo.

(...) notando que ação decorrente de um processo decisório comportará imersa em si a compreensão que se transforma em ato. A pragmática resolve-se por via de preliminar ou contemporâneo hermenêutico: significar repousa sobre complexas interações e para afastar qualquer confusão entre o espaço da descoberta e aquele da justificação aplica-se uma regra metódica: descobrir é processo que decorre de outro anterior no tempo – a detida consideração das evidências [lingüísticas (lembrando que a linguagem possui uma dimensão de sem-sentido e de anomalias conducentes a invenções de novos sentidos) e não ‘naturais’] e teorias disponíveis e do ato que se deseja praticar. Ou seja, apenas uma metódica sistêmica permitirá desenvolver compreensão adequada das ações (falar é agir) e, por conseqüência afastar a possibilidade de se pensar a verdade/verossimilhança como prática experimental: apenas os homens falam e, embora depois de programados por alguma linguagem implicitamente adiram a certas crenças, não há nada que lhes possa propor uma linguagem – o sistema da comunicação só pode ser alterado por ação humana. (Pugliesi, 2013, p. 22)

Tanto assim, que a argumentação pode lidar com questões que fogem à *racionalidade* moderna pretendida pelas teorias da argumentação, ela pode recorrer ao *irracional* (sob essa perspectiva da modernidade), às crenças, às mentiras, entre outras “imperfeições” da linguagem (também sob essa perspectiva). E todas essas imperfeições funcionam na comunicação entre os sujeitos e surtem efeitos nos conflitos entre eles.

Assim, uma teoria da decisão jurídica, deve compreender o contexto mais amplo no qual os sujeitos se encontram, o papel do direito nos conflitos intersubjetivos e no sistema, no trânsito entre Cultura e Civilidade.

CAPÍTULO 6 - A DINÂMICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

6.1 Microdinâmica: interpretação pelo sujeito – por uma teoria da decisão

A partir da constituição do sujeito como atmosfera semântica é possível estabelecer a interpretação jurídica como teoria da decisão condizente com as novas bases da filosofia da ciência. Pois, como a atmosfera semântica não estabelece cortes epistemológicos, apreendendo conteúdos semânticos do meio (poluição), abrange elementos distintos da complexidade. Nesse sentido, o sujeito não é um obstáculo à compreensão da complexidade, mas a matriz filosófica a partir da qual se pode compreender a complexidade.

Assim, a atmosfera semântico-pragmática apreende a partir do conjunto de seus conteúdos semânticos novos conteúdos, refazendo-se a todo instante. É a partir dessa totalidade que o sujeito conhece – e compreende – o conflito e as normas jurídicas. Logo, a compreensão do conflito e das normas jurídicas é uma construção do sujeito. E não há nessa construção a pretensão de alcance de um significado ontológico das coisas. Pode-se adotar, para esses fins de aplicação ao direito, a posição de Richard Rorty, que questiona a utilidade de se alcançar um significado ontológico, uma “verdade”, no que se refere a sua utilização social ou no que concerne ao grau de consenso (2005, p. 58).

Diante de um conflito existem inúmeros significados pragmáticos que podem ser atribuídos a uma norma jurídica. A tomada de decisão jurídica não difere das demais tomadas de decisão, cujo procedimento não pode ser cindido, ditado por um método. Ao contrário, a tomada de decisão é exercitada ininterruptamente pela atmosfera semântico-pragmática, que absorve o conteúdo semântico dos resultados, refazendo-se a partir deles, como em um jogo constante de tentativa-e-erro. Essa

abordagem aproxima-se com a da teoria da decisão geral, hoje estudada em intersecção da filosofia com a neurociência (Lehrer, 2009). Assim, a tomada de decisão por um significado pragmático para uma norma jurídica é apenas uma espécie de decisão, dentre as muitas que se tomam a todo instante.

A cada decisão que o sujeito (atmosfera semântico-pragmática) precisa tomar, ele visualiza uma gama de possibilidades a escolher e conjectura acerca do que ele imagina que possam ser as consequências de cada uma das possibilidades de decisão. Em sociedade, os sujeitos estão relacionados, de forma que as decisões tomadas por eles afetam direta e indiretamente as possibilidades futuras dos demais. Tais possibilidades formam um sistema dinâmico complexo em rede: dinâmico porque é alterado a todo instante, diante da tomada de decisão de cada um dos sujeitos que o compõe; complexo porque abrangente de inumeráveis variáveis que lhe garantem a lógica não linear descrita no capítulo 4; e em rede porque é o desenho que se pôde conceber, a partir das linhas que ligam as possibilidades dos sujeitos.

Dessarte, retomando a concepção conflitiva de direito de Tércio Sampaio Ferraz Jr. que assume que *“os conflitos sociais ocorrem em situação de comunicação de agentes que, por pressuposto, são simultaneamente emissores e receptores de mensagens, conflitos aparecem então como interrupções na interação, (...) criando expectativas desiludidas”* (Ferraz Jr., 2013, pp. 288-289), pode-se conceber o conflito entre as atmosferas semântico-pragmáticas.

Posto que a compreensão só é possível a partir (e nos limites da) atmosfera semântico-pragmática, também a compreensão *do outro* ocorre dessa forma. De forma que a comunicação entre as atmosferas semântica ocorre quando há uma

intersecção entre as atmosferas, é dizer, quando elas compartilham algum conteúdo semântico. E, conforme a definição de direito de Sampaio Ferraz Jr., apenas há conflito quando há comunicação. Deve-se frisar que as comunicações entre as atmosferas, longe das condições ideais habermasianas (Habermas, 2001) são imperfeitas. Aliás, para fazer uma analogia que talvez seja útil, pode-se pensar nas condições ideais de comunicação da teoria habermasiana como a superfície de um objeto, que ao longe, parece lisa e homogênea, mas, com a proximidade revela-se cheia de irregularidades (como as descritas pela geometria fractal de Mandelbrot). Também a comunicação pode parecer, ao longe, em um modelo mais simples, homogênea, chegando mesmo a consensos, mas com a proximidade, pode-se ver que a intersecção pode ocorrer em maior ou menor grau. Em todas as gradações. Importa apenas que existam e, especificamente para o direito, que sejam conflitivas.

Para o estudo da decisão jurídica a partir de sua função de resolução de conflitos, pode-se utilizar o instrumental teórico da teoria dos jogos. Afinal, a descrição matemática de um conflito nada mais é que *um jogo* (Nash, 1953, p.128). E o sistema em rede descrito acima já está disposto como tabuleiro. Não se pretende com esse instrumental um algoritmo que solucione questões de direito. Coerentemente com as premissas filosóficas apresentadas, as soluções algorítmicas não estão aptas a lidar com a complexidade social da mesma forma que a atmosfera semântica (sujeito) está. Contudo é inegável a clareza que o tabuleiro traz à complexidade do conflito. E a teoria dos jogos pode auxiliar na visualização de soluções possíveis, que talvez estivessem ocultas, e que indiquem resultados ótimos, ou resultados cooperativos, ou quaisquer outros que o caso concreto exigir.

Nesse sentido, conforme estabelece Schuartz, ao decidir por um significado pragmático realiza-se uma *“performance interpretável como um lance em um jogo discursivamente estruturado, governado por regras que definem obrigações, proibições e autorizações, em que a cada lance se associa, em função das regras do jogo e dos lances passados, uma certa constelação de qualificações normativas”* (Schuartz, 2005, p. 34). O significado pragmático escolhido pelo sujeito deve ser (presumivelmente será) o que lhe conferir maior utilidade ou menor inutilidade, compreendidas no sentido econômico (Pugliesi, 2009).

Um ponto relevante é que o sujeito como atmosfera semântico-pragmática comporta em si mesmo a complexidade existente na sociedade. Quando decide por um significado pragmático para uma norma jurídica o faz considerando inúmeras variáveis, mesmo que não tenha ciência de algumas delas. O processo decisório pode, de certa forma, ainda ser considerado como uma incógnita, apesar dos avanços conjuntos mencionados (Lehrer, 2009). Mas isso não é de se lastimar. É precisamente por ser tão complexo que o processo consegue processar um número tão grande de informações e, finalmente, *decidir*.

E aqui está a resposta à pergunta lançada no início desta dissertação: como atender simultaneamente aos referenciais internos do sistema jurídico-positivo (que serão chamados aqui de *autorreferências*) e aos referenciais externos desse sistema, como, por exemplo, o atendimento de expectativas sociais (que serão chamados de *heterorreferência*)? Qual a solução para essa dicotomia? E, qual a estrutura e dinâmica dessa solução? A resposta é o sujeito. Como atmosfera semântico-pragmática, o sujeito apreende os conteúdos semânticos das auto e das heterorreferências, solucionando a dicotomia vivenciada pela teoria do direito. Os referenciais estão no sujeito e assim, são considerados na tomada de decisão. Trata-

se, na perspectiva de Kuhn, a fixação de um marco paradigmático para a teoria do direito.

6.2 Lógica dos fenômenos coletivos

A partir da decisão singular do sujeito enquanto atmosfera semântico-pragmática é necessário tratar do tema dos fenômenos coletivos para transferir a tomada de decisão singular para toda a rede social, a fim de visualizar a Macrodinâmica do sistema. Utilizando a expressão de Morin, foca-se, uma vez mais no sujeito (atmosfera semântico-pragmática) para considerá-lo como *placa giratória* (Morin, 2010, p. 322) entre o indivíduo e a sociedade.

Não obstante, essa placa giratória em um sistema complexo não é uma soma. É dizer, que uma das características dos sistemas complexos é que o todo é mais que a soma das partes. De forma que o *coletivo* é uma outra coisa, que não a soma dos indivíduos que a compõe – e esse é mais um efeito da lógica não linear da complexidade, apresentada acima, no capítulo 4.

Aqui já se disse que em cada tomada de decisão cada sujeito (atmosfera semântico-pragmática) analisa as possibilidades de ação que consegue visualizar, para então optar pela estratégia que lhe pareça mais vantajosa. Esse momento de conjecturas do sujeito esboça um paradoxo pois ele projeta no futuro uma situação qualquer que supõe, para fins de escolha, que ocorrerá; quando, na realidade, é a ação dos sujeitos nesse momento que a determinam. Ou seja, nas palavras de Dupuy, “os agentes deixam-se levar por um ponto de referência no futuro que eles mesmos projetaram para fora de si” (Dupuy, 2001, p. 130). Ele ainda designa tal fenômeno de *auto exteriorização*, pois os sujeitos tomam por ponto de referência

algo exterior capaz de guiar suas ações, formas, regularidades, uma ordem que, de fato, provém deles mesmos (2001, p. 130).

“É como se houvesse uma especularidade infinita”, afirma Dupuy (2001, p. 131), que dá origem a um fenômeno coletivo (sociedade) feito por homens que não sabem que o fazem, nem como fazem (Dupuy, 2001, p. 51). Os sujeitos são, ao mesmo tempo, atores e espectadores da sociedade (Dupuy, 2001, p. 215). E é dessa forma que eles planejam suas estratégias individuais – mirando no futuro as situações que eles imaginam que possam ocorrer em cada hipótese, limitados, evidentemente, pelas informações de que dispõem a esse respeito.

E a decisão chega (já que não decidir é também uma decisão: a de esperar), logo, uma das hipóteses concretiza-se no presente. Isto é, sem deixar de lado o imprevisível, o acaso, é possível dizer que as situações futuras são engendradas a partir do que os próprios sujeitos puderam delas conceber no momento decisório.

Desse modo, podem-se conceber os fenômenos coletivos também dentro de uma perspectiva sistêmica – como macrodinâmica das decisões individuais (microdinâmica). Isso permite uma leitura mais apurada de “entidades” como o Estado; o Governo; os Tribunais. A macrodinâmica dos fenômenos coletivos não permite que se perca de vista que o Estado, o Governo, os Tribunais são engendrados por *sujeitos* – compostos e limitados por seus conteúdos semânticos, com interesses pessoais, com ideais, como qualquer outro sujeito, e que eles também compõe, no desempenho de seus papéis, parte desse grande sistema dinâmico e complexo.

6.3 Macrodinâmica – os jogos institucionais

O Direito é o lugar onde se estabelecem as regras do jogo (Pugliesi, 2009, p. 173), e sempre que o Direito não o faz, o jogo é livre. Sem a definição de limites jurídicos precisos, a interação entre as instituições pode ser descrita como um jogo sem regras certas, o que submete as instituições brasileiras a dois tipos de jogos simultâneos: o jogo para a obtenção de seus objetivos institucionais e o jogo que determina as próprias regras do jogo.

Como o Direito não limita essas relações institucionais, os vetores de força de cada instituição atuarão em cada caso concreto para tentar fazer prevalecer a regra do jogo que lhe seja mais favorável. Nos dizeres de Bourdieu *“a significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes (...)”* (Bourdieu, 2005, p.217). E tal análise *“deveria também considerar a relação entre as variações, segundo o lugar e o momento, da força relativa das tomadas de posição a favor de uma ou outra das orientações do trabalho jurídico e as variações da força relativa dos dois campos nas relações de força que constituem a estrutura do campo”* (Bourdieu, 2005, p.218).

Isso significa que sem uma limitação jurídica ao jogo, restará apenas o confronto entre vetores de força institucional, no qual a instituição mais forte determinará as regras do jogo com as demais instituições – ao que se ressalta a importância da perspectiva conflitiva do direito de Sampaio Ferraz Jr. (2013).

Assim, as instituições movimentam-se ao longo do tempo optando por significados pragmáticos para as normas jurídicas. Sendo que cada decisão é, como já se demonstrou, uma *“performance interpretável como um lance em um jogo discursivamente estruturado”* (Schuartz, 2005, p. 34) em que as racionalidades de interesses de todos os tipos, a exemplo do político ou econômico, são absorvidas

pela racionalidade do Direito e expressos pelo significado pragmático que elas conferem a cada norma jurídica em sua atuação cotidiana.

Logo, apesar de a movimentação institucional ocorrer dentro dos significados pragmáticos conferidos às normas jurídicas ela é alentada por racionalidades extrajurídicas. O que permite o estudo da tomada de decisão quanto à interpretação da norma jurídica dentro de uma estrutura que é maior que o sistema jurídico, mas cuja racionalidade, este absorve, tornando suficiente, assim, o estudo da *negociação de um significado pragmático específico* para as normas jurídicas.

Ora, deve-se ter em mente que as instituições têm papéis diferentes, objetivos institucionais diferentes, e relações diferentes umas com as outras, e por isso, as teorias da interpretação jurídica que tracem parâmetros para a determinação do significado pragmático de uma norma jurídica não devem ser tão estreitas a ponto de esperar que todas as instituições decidam da mesma forma, vedando-lhes assim o espaço da negociação do significado pragmático entre eles.

Isso porque, em primeiro lugar, não é razoável acreditar que todas as instituições devam compreender as normas jurídicas da mesma forma. Em segundo lugar, porque ainda que isso fosse possível, a interpretação uniforme da norma jurídica anularia o espaço para negociação de outros significados pragmáticos possíveis e mais favoráveis a tal e qual objetivo institucional.

Mesmo que uma instituição tenha baixo poder de barganha na negociação e ao final deva submeter-se ao significado pragmático imposto por outra instituição é importante que haja espaço para a exposição, para a possibilidade jurídica de coexistência desses significados – é dizer, que existe mais de uma resposta, ainda que uma seja a aplicada pela instituição a quem cabia decidir. Tal negociação é importante para o desenvolvimento do próprio significado pragmático de cada norma

jurídica. Ademais, estabelecer parâmetros tão rígidos que admitiriam apenas uma resposta correta para a interpretação da norma jurídica anularia o espaço que as instituições têm para perseguir seus objetivos. A resposta certa desequilibra o jogo institucional já na imposição das regras do jogo, ela não permite sequer que as demais instituições joguem. O plexo de respostas possíveis aumenta o diálogo; a oferta de significados possíveis cria novas opções de movimentações institucionais.

Por outro lado deve haver algumas regras para o jogo (a negociação) do significado pragmático das normas jurídicas. Sem ela, o desequilíbrio institucional é tamanho que não habilita a análise do consensualismo na democracia brasileira. Quando não existem “as regras do jogo”, e aqui se volta a essa questão, as instituições precisam jogar duplamente – para firmar regras que lhes sejam mais favoráveis e para a obtenção de seus objetivos institucionais. Neste primeiro jogo, se não existem parâmetros claros de decisão, se é possível que valha *qualquer coisa*, prevalecerão as regras da instituição que tiver maior poder de barganha. Sem uma teoria da decisão, restam apenas os vetores de *força*. A rede de jogos interinstitucionais permite a visualização desses vetores com mais clareza.

Os últimos vinte anos têm sido de irrestrita e conjunta aplicação de teses absolutamente inconciliáveis acerca da interpretação jurídica (Silva, 2007, p.139), da utilização dos princípios como meros *topos* retóricos, que hoje servem à referenciais de valores simbólicos zero (Neves, 2012) precisamente por se prestarem a toda sorte de situações. Esta é a questão: a validade da construção de um significado pragmático da norma jurídica deve ser atribuída por alguns parâmetros, isto é, referenciais que podem ser autorreferências e heterorreferências.

A utilização de *qualquer* parâmetro ou de nenhum parâmetro para a validação de significados pragmáticos das normas jurídicas desestrutura institucionalmente o arquétipo constitucional. Sem parâmetros, as instituições estão livres para construir o significado que puderem pensar em construir para norma jurídica; se tiverem força para impô-lo, o farão; se não tiverem, tiverem de negociar, ou encontrarem oposição, a questão cairá, irremediavelmente no Judiciário, e se *judicializará*. O fenômeno da *judicialização* de questões afetas (e privativas) de outras instituições é decorrência direta do desequilíbrio institucional causado pela falta de parâmetros de interpretação das normas jurídicas. As questões são absorvidas pela opção por um significado pragmático da norma jurídica e a última palavra cabe ao Judiciário. Agrava-se a situação pois, ao chegar no Judiciário, também não se encontram parâmetros para decidir. Nota-se, portanto, a desestruturação institucional que podem causar as milhares de lides em trâmite no país inteiro dentro deste cenário. É por essa razão que essa forma de “constitucionalismo” é em verdade um “não-constitucionalismo”.

Cabe ressaltar ainda que a *necessidade de justificação da opção pelo significado pragmático* de uma norma jurídica, dever das instituições nos Estados Democráticos, sozinha, também não parece suficiente, haja vista que a justificação é também uma *oferta comunicativa* sujeita a todos os vícios de que uma oferta comunicativa qualquer pode sofrer. Além do dever de motivação dos atos institucionais, de justificação do significado pragmático construído em determinada situação, faz-se necessária a *análise conjunta* da dinâmica institucional, é dizer, da movimentação da instituição na rede de jogos institucionais. Tal análise estaria apta, por exemplo, a fornecer previsões estatísticas quanto à *sinceridade* da oferta comunicativa feita por determinada instituição, com base em sua *série histórica*

(Pugliesi, 2009) de ofertas comunicativas e ações referentes a elas. Assim, além da garantia ao indivíduo, fundamento último da necessidade de justificação, preserva-se também a estabilidade institucional no tempo, em razão das ações interinstitucionais.

A movimentação das instituições pode ser compreendida como conjuntos de escolhas racionais delas na totalidade de seus jogos (como uma rede de conexões interinstitucionais). O pressuposto de racionalidade consiste em assumir, para fins de estudo que “(...) *a atividade humana é orientada pelo objetivo e é instrumental e que os atores individuais e institucionais tentam promover ao máximo a realização de seus objetivos*” (Tsebelis, 1998, p.21).

Evidentemente, o pressuposto de racionalidade não é absoluto. Ao tratar de atividade humana há muitas variáveis envolvidas. A diferença entre a compreensão do sujeito que atua e a compreensão do observador pode fazer a decisão do sujeito parecer irracional perante aquele que observa. Isto é, uma ação pode parecer irracional ao observador porque ele não compreende a situação como o sujeito que age. Em relação a essa diferença entre os *horizontes* do sujeito e do observador cabe afirmar que essas distorções tem sido minimizadas por áreas de pesquisa como a Economia Comportamental (Camerer & Loewenstein) ou a Filosofia Experimental (Knobe & Nichols, 2008), cujos resultados podem ser aplicados na análise de casos específicos, mas não cabem em análises genéricas, precisamente em razão do detalhamento dos padrões de comportamento.

Além dessa diferença, Tsebelis também trabalha com a hipótese do desconhecimento do observador a respeito de todos os jogos em que o sujeito está inserido. Considerando toda a rede de jogos do indivíduo, ele pode agir de forma que pareça irracional em um jogo, em razão de uma estratégia melhor na totalidade

de jogos ou em um jogo que lhe pareça mais importante. Tsebelis os denomina de jogos ocultos (ao observador) (Tsebelis, 1998, pp.22-23).

Em suma, o pressuposto da racionalidade não é absoluto, comporta algum grau de distorções por tratar de ações humanas e não se alcançar todas as variáveis que a compõe, em todos os sujeitos envolvidos, a todo tempo. Não obstante, trabalhar com a *racionalidade* permite o estudo dos fenômenos sociais com alguma precisão e confere a possibilidade de compreendê-los melhor.

Dessa forma, pode-se assumir que também as instituições fazem escolhas racionais nos seus jogos, o que significa que agem segundo uma estratégia para obtenção do melhor resultado possível. Um jogo “*é a situação na qual os jogadores (participantes) tomam decisões estratégicas que levam em consideração as atitudes e respostas uns dos outros*” (Pindyck & Rubinfeld, 2007, p. 408). Toda estratégia é voltada para a obtenção do melhor resultado possível dentro do jogo, de forma que a estratégia que garante esse resultado é chamada *estratégia ótima* (Pindyck & Rubinfeld, 2007, p. 408).

Cada instituição detém informações sobre si mesma e sobre as demais instituições – é com base nessas informações que ela compreenderá a si mesma e aos outros na rede de jogos interinstitucional. Ademais, cada instituição tem objetivos e competências próprias. Cada uma traçará, em determinada situação, quais são as suas possibilidades de atuação e projetarão para cada ação uma resposta das demais instituições, é dizer o resultado esperado correspondente a cada ação. A atuação de cada instituição em cada momento pode ser considerada uma resposta ótima ao que ela consegue apreender (informações que obtém) sobre as condições de seu meio e os comportamentos das outras instituições (Tsebelis, 1998, p. 56).

No caso da negociação de determinado significado pragmático de uma norma jurídica, existirão possibilidades que levarão ao melhor significado para os objetivos da instituição A (estratégias ótimas para A); e existirão possibilidades que levarão ao melhor significado para os objetivos da instituição B (estratégias ótimas para B); e assim por diante.

Poderão existir alguns pontos que coincidam estratégias ótimas para A, B – são chamados pontos de equilíbrio (equilíbrio de Nash) em que *“os jogadores utilizam estratégias mutuamente ótimas em equilíbrio: realizam uma combinação estratégica da qual ninguém tem incentivo para desviar-se”* (Tsebelis, 1998, pp.41-42).

E mesmo que por alguma razão do caso específico não se possa chegar a um dos pontos de equilíbrio, ainda assim restarão algumas possibilidades que podem não ser ótimas nem para A, nem para B nesse jogo especificamente, mas que podem ser estratégias sub-ótimas, isto é, não levam ao *melhor* resultado individual, mas levam a *bons* resultados para todas as instituições consideradas. Em um jogo cooperativo *“o efeito da escolha da ameaça [utilização de tal ou qual estratégia] é determinar o resultado dos jogadores que não cooperarem”* (Nash, 1953, p.131), de forma que a cooperação ofereça resultados melhores se comparados com os resultados da não-cooperação.

Um resultado sub-ótimo nesse cenário pode ser um resultado ótimo na totalidade de jogos (ou em um âmbito mais amplo de jogos) por alguns motivos, dentre eles o afastamento do conflito, da disputa judicial pela determinação do significado pragmático de uma norma jurídica, ou seja, evita-se a judicialização da questão.

Como é possível constatar, na dinâmica institucional deve-se atentar a alguns fatores específicos quando da análise de casos concretos, pois eles terão influência determinante no resultado do jogo. Um deles é a situação conferida pelo Direito a cada instituição. A situação de cada uma no jogo dependerá da amplitude das competências institucionais e do *vetor de força* que ela detém. No que uma instituição pode influir e o quanto ela pode influir serão fatores determinantes no poder de barganha que ela terá com as outras instituições e isso influirá nas possibilidades de estratégia que elas (e as demais) terão. Dessa forma, instituições com competências mais amplas e/ou vetores de força mais intensos tem maiores chances de obter resultados cooperativos.

Outro fator a se considerar é o tempo. É importante considerar a estrutura institucional como uma estrutura dinâmica, que é x em um determinado momento y . Isto é, a posição de uma instituição e as estratégias de que ela dispõe estão sempre em função do tempo. Além disso, no caso de instituições, pressupõe-se que elas permanecerão no quadro constitucional por longo período de tempo, que foram criadas para vida perene. Esse prolongamento de suas relações no tempo também é algo relevante na análise de sua dinâmica. Já se referiu aqui às séries históricas (Pugliesi, 2009), de forma simples elas são o “histórico” de ações de uma instituição. Permitem avaliar os padrões de comportamento de uma instituição ao longo do tempo, o que pode ser útil, como também mencionado, à análise conjunta de ofertas comunicativas e ações das instituições, pois está apta a encontrar disparidades entre os discursos e as ações. Esse tipo de informação pode enfraquecer uma ameaça (no sentido dado por Nash acima, de ameaça de utilização de determinada possibilidade, estratégia), por exemplo, fazendo com que outras instituições acreditem ou não determinadas ofertas de possibilidades nos jogos a partir de experiências

passadas (registradas na série histórica). Isso ocorre porque as instituições *aprendem* com estratégias passadas. O aprendizado é outro fator a se considerar. Assim, elas são capazes de avaliar os resultados obtidos com determinadas estratégias e aprender com experiências passadas, projetando possíveis resultados no futuro. Cada instituição apreenderá o que puder de suas experiências e da experiência das demais, acumulando informações sobre o jogo.

Informação é um aspecto primordial em qualquer jogo. Quando os jogadores têm as mesmas informações sobre o jogo diz-se que há simetria de informações, mas esse cenário não é o mais realista em um jogo institucional. Em geral, instituições terão níveis e qualidades distintas de informações sobre o jogo. Haverá então assimetria de informações. Obter mais informações sobre o jogo ou fazer com que as demais instituições possuam menos informações pode ser definitivo para o estabelecimento de uma estratégia ótima.

Entretanto, para o estabelecimento de estratégias mutuamente ótimas é importante que haja o compartilhamento de informações, pois longe de uma visão de vitória individual de uma das instituições, a busca de possibilidades de vitórias cooperativas é facilitada pelo aumento de informações (quantitativo e qualitativo) sobre o jogo. O cruzamento de informações de várias instituições pode tornar visíveis possibilidades novas de jogo, de soluções mutuamente ótimas.

Além disso, o compartilhamento de informações pode minimizar o problema imposto por outra questão, a facticidade do significado pragmático atribuído a uma norma jurídica. A atribuição de um significado pragmático específico a uma determinada norma jurídica encontra sempre a tensão com a facticidade. Nesse sentido, os trabalhos de Habermas têm gerado desdobramentos interessantes no campo da análise de validade das normas jurídicas (mormente as constitucionais)

em teorias do discurso ou da argumentação. O que esta investigação propõe, no entanto, é uma análise alternativa.

A tensão existente entre validade e facticidade pode ser considerada uma prestação de contas da absorção de racionalidades de outros subsistemas na negociação do significado pragmático da norma jurídica. Isto é, os sujeitos que negociam o significado da norma jurídica não têm informações suficientes dos demais subsistemas para uma tomada de decisão (que, no entanto, faz-se necessária). Dessa assimetria entre as informações consideradas para a tomada de decisão e a realidade do jogo (na qual a norma é aplicada) resulta a tensão entre a validade e a facticidade do significado pragmático decidido. A base teórica desse “caminho alternativo” encontra-se em um dos estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica, de Luis Fernando Schuartz, intitulado “Entre Teoria e Esperança: Os ‘Potenciais de Racionalidade’ do Direito Moderno na Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas” (Schuartz, 2005, pp. 229-311), no qual ele conclui que *“nós simplesmente não sabemos se os ‘potenciais de racionalidade’, diferenciados culturalmente e descortinados ao nível da reflexão teórica sobre as estruturas da interação comunicativa, podem ser efetivamente aproveitados e ‘esgotados’ no nível da reprodução das sociedades modernas”* (Schuartz, 2005, p. 306).

O referido estudo dedica-se a explicar a (in)efetividade dos direitos sociais com base na assimetria de informação dos que determinam a aplicação de algum significado pragmático desses direitos. Em termos institucionais, pode-se pensar a partir dessa nova abordagem, em possibilidades de alocação de recursos para satisfação de garantias constitucionais; na implementação de políticas públicas; ou em qualquer outro instrumento de efetivação dessa classe de direitos e garantias. É

dizer que a efetividade talvez dependa menos da enunciação do direito (embora ela seja importante), e mais da qualidade da estratégia traçada para atender objetivos específicos – e essa qualidade dependerá das informações disponíveis.

Logo, o compartilhamento de informações entre as instituições serve também para o estabelecimento de estratégias aptas a reduzir a tensão entre o significado pragmático atribuído a uma norma jurídica e sua facticidade, e conseqüentemente, aumentar sua efetividade.

Portanto, pode-se concluir que há, no mínimo, uma dupla utilidade do compartilhamento de informações interinstitucionais: a possibilidade de visualização de estratégias cooperativas mutuamente ótimas e o aumento da efetividade da norma jurídica a qual se atribui determinado significado pragmático. Ambas as utilidades podem estar combinadas em um jogo institucional.

CONCLUSÕES

Esta dissertação inicia com a observação de Thomas Kuhn sobre o direito ao questionar seu desenvolvimento científico a partir da perspectiva de que não há avanço interno à ciência, pois a razão de ser do direito é o atendimento de necessidades sociais. Tal dicotomia consiste em impasse frente ao qual foram postas as seguintes questões: como atender simultaneamente aos referenciais internos do sistema jurídico-positivo (*autorreferências*) e aos referenciais externos desse sistema, como, por exemplo, o atendimento de expectativas sociais (*heterorreferência*)? Qual a solução para essa dicotomia? E, qual a estrutura e dinâmica dessa solução?

A investigação começou pelas bases filosóficas da interpretação jurídica (capítulo 1). Tratou da leitura de Maquiavel sobre os conflitos e de seu redimensionamento das liberdades cívicas que entendeu pela necessidade de instituições civis aptas a proteger tais liberdades; e também do papel do Estado de Direito em Hegel, para demonstrar o início de uma perspectiva conflitiva do direito, é dizer, do direito como solucionador de conflitos, conforme a concepção de Tercio Sampaio Ferraz Jr.. Depois, partiu de Descartes e de leituras posteriores, como a de Malebranche, para apresentar a análise de von Oertzen sobre a manutenção do modelo cartesiano no modelo clássico de incidência das normas jurídicas. Posteriormente, avança na questão da racionalidade ao apresentar o princípio da razão suficiente de Leibniz e a lógica deôntica como decorrente desse princípio. Ainda no capítulo primeiro, há a exposição da disputa entre Frege e Hilbert quanto a possibilidade de axiomatização de proposições na matemática; e a exposição da disputa entre Kelsen e Klug, quanto a possibilidade de axiomatização (e programação) das decisões jurídicas. E, por fim, mas certamente não por último, traz

os pontos centrais da influência do sujeito transcendental kantiano nas teses discutidas nesta dissertação. O capítulo demonstra as bases filosóficas de teses jurídicas atuais para compreender as razões da necessidade de persecução de um método para a interpretação das normas jurídicas. Essa necessidade de coerência lógica interna ao sistema jurídico-positivo é a autorreferência aludida na dicotomia de Kuhn.

O capítulo 2 traz o contexto histórico da necessidade de abertura do conceito de norma jurídica no pós-guerra para abranger exigências sociais (heterorreferências). Traz o caso emblemático do julgamento de Eichmann na análise de Hannah Arendt, que tenta compreender essa racionalidade da heterorreferência (a distinção do *certo*) a partir do senso comum kantiano, leitura de Kant que sofreu críticas, aqui representadas pela de Christoph Menke. Posteriormente, são analisadas as principais heterorreferências, a saber, a vontade de constituição, de Hesse; os direitos fundamentais, de Alexy; a teoria da justiça adotada pelo direito positivo, de Dworkin. O capítulo conclui pela relevância dessas referências, mormente em razão da gravidade que as interpretações exclusivamente autorreferentes podem alcançar.

O capítulo 3 demonstra a tentativa de conciliação da racionalidade moderna (apresentada no capítulo 1) com a nova abertura do conceito de norma, para abranger as heterorreferências (apresentadas no capítulo 2). Nesse sentido, analisa a tentativa de construção de um algoritmo para a interpretação jurídica de Robert Alexy. Conclui pela insuficiência do método tal qual como concebido no capítulo 1 e apresenta a justificação da decisão como método possível.

Os três capítulos finais funcionam como um espelho dos três primeiros, mas para oferecer uma nova perspectiva sobre a interpretação jurídica.

O capítulo 4 apresenta as novas bases da filosofia da ciência a partir da análise do corte epistemológico, da relação entre sujeito (observador/ intérprete) e objeto (normas e fatos), e da relação de causalidade. Conclui nesse ponto pela necessidade de alteração das bases filosóficas para compreensão da complexidade dos fenômenos, da inclusão do sujeito como construtor dos fatos e normas; e da quebra na relação de causalidade, pela adoção da não linearidade das relações. Posteriormente, apresenta os pontos da teoria sistêmica de Niklas Luhmann que concernem a interpretação jurídica e conclui que apesar da proposta sistêmica para lidar com a complexidade, ela tem como bases filosóficas o paradigma anterior. A partir dessa constatação sugere dois pontos que restaram abertos para a construção de uma teoria sistêmica, a saber, a inclusão da desordem para evolução do sistema e a adoção do sujeito como matriz filosófica.

O capítulo 5, diante das conclusões anteriores, dedica-se a análise da constituição do sujeito filosófico na transição da teoria da consciência para reviravolta linguístico-pragmática. Demonstra que a aplicação deste último às teses de interpretação jurídica não tem sido tarefa fácil. Ao contrário, tem ocorrido paulatinamente desde os anos sessenta. Como exemplos, apresentam-se a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale e a teoria estruturante do direito de Friedrich Müller. Como aplicação do sujeito heideggeriano na hermenêutica jurídica, a crítica hermenêutica de Lenio Streck. E, como sujeito posterior a essa reviravolta, a atmosfera semântica de Márcio Pugliesi, adotado no capítulo 6.

O último e sexto capítulo responde finalmente a questão proposta ao início. A resposta consiste na adoção do sujeito, aqui como atmosfera semântico-pragmática, como matriz filosófica da teoria da decisão. Isso porque, como atmosfera semântico-pragmática, o sujeito apreende os conteúdos semânticos das auto e das

heterorreferências, levando todas consigo, solucionando, assim, a dicotomia vivenciada pela teoria do direito. Os referencias estão no sujeito e assim, são considerados na tomada de decisão. A microdinâmica da decisão (a tomada de decisão individual) é analisada com base na teoria dos jogos. Há a descrição da passagem para uma macrodinâmica a partir da lógica complexa de fenômenos coletivos. Ao final, apresenta-se um exemplo de possibilidade de análise a partir da teoria da decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aarnio, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: Reidel, 1986.
- Abraham, Ralph, Dan Friedman, e Paul Viotti. "Complex dynamical systems and the social sciences." 2007.
- Alexy, Robert. *Direito, Razão e Discurso - Estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- . *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2008.
- . *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Araujo, Clarice von Oertzen de. *Incidência Jurídica - Teoria e Crítica*. São Paulo: Noeses, 2011.
- Araújo, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- Arendt, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- . "Thinking and Moral Considerations." *Social Research*, 1971.
- Atienza, Manuel. *Tras la justicia - una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª. São Paulo: Malheiros, 2009.
- Axelrod, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução: Jusella Santos. São Paulo: Leopardo Editora, 2010.
- Bach, Augusto. "Julgar é preciso... (considerações sobre o pensamento de Hannah Arendt)." *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, 2006, 2 ed.: 17-40.

Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Barroso, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e o constitucionalização do Direito - o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil .” In: *Neoconstitucionalismo*, por Regina Quaresma, Maria Lúcia de Paula Oliveira e Farlei Martins Riccio de Oliveira, 54. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Bednar, Jenna. *The Robust Federation - principles of design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Bertalanffy, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas - Fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

Blanchette, Patricia. “The Frege-Hilbert Controversy.” *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2012. <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/frege-hilbert/> (acesso em 2013).

Bôas Filho, Orlando Villas. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Bonavides, Paulo. “Reflexões sobre nação, Estado social e soberania.” *Estudos Avançados*, 2008: 201.

Bourdieu, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

Brams, Steven J. *Game Theory and Politics*. Mineola, Nova Iorque: Dover Publications, 2004.

Camargo, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação - uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2011.

Camerer, Colin F., e George Loewenstein. *Behavioral Economics: Past, Present and Future*. s.d. <http://www.hss.caltech.edu/~camerer/ribe239.pdf>.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. Coimbra: Almedina, 2003.

—. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Caraça, Bento de Jesus. “Lições de álgebra e análise, volume II, p.82-84.” 08 de 08 de 2012.

www.prof2000.pt/users/j.pinto/matematica/didactica_analise/trabalhos/trabalho6.htm.

Carnap, Rudolph. “Pseudoproblemas na Filosofia.” In: *Os Pensadores*, 149-172. São Paulo: Abril, 1975.

Carvalho, Paulo de Barros. *Direito tributário - linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2011.

Chaves, Rosângela. *A capacidade de julgar - um diálogo com Hannah Arendt*. Goiânia: UCG, Cãnone Editorial, 2009.

CONPEDI. 2012.

<http://150.162.138.7/authors/report?order=documents,entries,name>.

d’Entreves, Maurizio Passerin. “Hannah Arendt.” *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2008. <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/arendt>.

Descartes, René. *Discours de la Méthode*. Paris: Garnier Frères, 1960.

—. *Discurso do Método*. Tradução: Jacob Guinsburg; Bento Prado Jr. São Paulo: Abril Cultural: 1973.

—. *O mundo (ou O tratado da luz) / O Homem*. Tradução: Marisa Carneiro de Oliveira Franco Donatelli César Augusto Battisti. Campinas: Unicamp, 2009.

Dupuy, Jean-Pierre. *Introdução às Ciências Sociais - Lógica dos Fenómenos Colectivos*. Lisboa: Editora Piaget, 2001.

Dworkin, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1978.

Feyerabend, Paul. *Contra o método*. São Paulo: UNESP, 2011.

Figuroa, Alfonso García. “Uma primeira aproximação da Teoria da Argumentação Jurídica.” In: *Argumentação e Estado Constitucional*, 13-51. São Paulo : Ícone, 2012.

Forsé, Michel. *A ordem improvável*. Tradução: Adriano Fonseca. Lisboa: Rés, 1993.

Foucault, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009.

—. *A arqueologia do saber*. Tradução: Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

—. *As palavras e as coisas*. Tradução: Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

—. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2007.

Gaukroger, Stephen. *Descartes - uma biografia intelectual*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora UERJ, 1999.

Gennaro, Rocco J., e Charles Huenemann. *New Essays on the Rationalists*. New York: Oxford University Press, 1999.

Gilissen, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª Edição . Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

Habermas, Jürgen. *Between facts and norms - contributions to a discourse theory of Law and Democracy*. Tradução: William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001.

Hegel, George Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Heidegger, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução: Fausto Castilho. Campinas, SP; Petrópolis, RJ: Editora UNICAMP; Editora Vozes, 2012.

Hesse, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

Hilbert, David. "Stanford Encyclopediadia of Philosophy." *Stanford Encyclopediadia of Philosophy*. 08 de 08 de 2012. <http://plato.stanford.edu/entries/hilbert-program/>.

ISCID - Internacional Society for Complexity, Information and Design. *Encyclopedia of Science and Philosophy*. 08 de 08 de 2012. www.iscid.org/encyclopedia/Algorithm.

Júnior, Tercio Sampaio Ferraz. *Estudos de Filosofia do Direito - reflexões sobre a poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2009.

- . *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
- . *Introdução ao estudo do Direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2013.
- . *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- Kant, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- . *Crítica da faculdade do juízo*. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense, 1993.
- . *Crítica da razão pura*. São Paulo: Ícone, 2007.
- . *Duas introduções à Crítica do Juízo*. Edição: Ricardo Ribeiro Terra. São Paulo: Iluminuras, 1995.
- . *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.
- . *Textos seletos*. 8ª. Tradução: Raimundo Vier e Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- Kelsen, Hans. *A Teoria Pura do Direito*. 8ª. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- Knobe, Joshua, e Shaun Nichols. *Experimental Philosophy*. 2008.
- Knobe, Joshua, e Shaun Nichols. "Free will and the bounds of the self." *Oxford Handbook of free will*, s.d.
- Kuhn, Thomas S. *A tensão essencial*. Lisboa: Edições 70, 1989.
- . *The structure of scientific revolutions*. Chicago/ Londres: University of Chicago, 1996.
- Izuzquiza, Ignácio. *La sociedade sin homebres: Niklas Luhmann o la teoria como escândalo*. Barcelona: Anthropos, 1990.
- Laporte, Jean. *Le Rationalisme de Descartes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1945.

Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2010.

Leibniz. *L'entendement Humain*. Edição: Louis Guillermit. Paris: Presses Universitaires de France, 1969.

Lewandowski, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Losano, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Vols. 3 - do século XX à pós-modernidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Barcelona: Herder, 2006.

—. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MacCormick, Neil. *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1992.

Mãe, Valter Hugo. *A máquina de fazer espanhóis*. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

Magalhães, Juliana Neuenschwander. "Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica." In: *Hermenêutica plural*, por Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez, 127-157. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Malebranche, Nicolas. *A Busca da Verdade*. Tradução: Plínio Junqueira Smith. São Paulo: Discurso Editorial, 2004.

Mandelbrot, Benoit B., e Richard L. Hudson. *The (mis)behaviour of markets - a fractal view of risk, ruin and reward*. Londres: Profile Books, 2008.

Manocchi, Liliam Ferreira. *Paradigmas em Kuhn: contexto, imagem e ação*. São Paulo: Dissertação de Mestrado em Filosofia apresentada à PUC/SP, 2006.

Menke, Christoph. "La reflexión en lo estético y su significado ético - una crítica a la solución kantiana." *Enrahonar*, 2004: 139-151.

—. "The "aporias of Human Rights" and the "One Human Right": regarding the coherence of Hannah Arendt's argument." *Social Research*, Fall de 2007: 739-762.

Moigne, Jean-Louis Le. *A teoria do sistema geral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

Morin, Edgar. *Ciência com consciência* . 13ª. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

Müller, Friedrich. *Normstruktur und Normativität*. Berlim: Duncker & Humblot, 1966.

— . *O Novo Paradigma do Direito - Introdução à teoria e metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

— . *Strukturierende Rechtslehre* . Berlim: Duncker & Humblot, 1984.

— . *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª , revista e atualizada. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Nash, John. "Two-person cooperative games." *Econometrica*, jan. de 1953: 128-140.

Neves, Marcelo. "O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal." *ConJur*, 27 de nov. de 2012.

— . *Entre Hidra e Hércules - princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

Olbrechts-Tyteca, Chaïm Perelman e Lucie. *Tratado da argumentação - A nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Oliveira, Manfredo A. de. *Reviravolta lingüístico pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2006.

Peña, Enrique Luño. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Barcelona: Editorial La Hormiga de Oro, 1955.

Peres, Daniel Tourinho. *Notas sobre Hannah Arendt leitora de Kant*. s.d.

Peres, Renato Eugenio de Freitas. *O método proposto por Leibniz para a ciência do direito, suas fontes e o destino de sua obra jurídica*. São Paulo: Doutorado em História da Ciência PUC-SP, 2010.

Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Prigogine, Ilya. *O fim das certezas - tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

Pruss, Alexander R. *The Principle of Sufficient Reason - a reassessment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

Pugliesi, Márcio. *Filosofia Geral e do Direito*. 2013.

—. “Hermenêutica e Questões de Método em Direito.” *Revista Sapere Aude*, Maio de 2013: 1-23.

—. *Sujeito - traços de um projeto burguês*. São Paulo: Tese de Doutorado em Filosofia (PUC-SP), 2008.

—. *Teoria do direito*. 2ª. São Paulo: Saraiva, 2009.

R. S. Woolhouse. *Leibniz: Metaphysics and Philosophy of Science*. Nova York: Oxford University Press, 1981.

Reale, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

—. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

—. *Teoria Tridimensional do Direito - preliminares históricas e sistemáticas*. São Paulo: Saraiva, 1968.

Resnik, Michael David. “The Frege-Hilbert Controversy.” *Philosophy and Phenomenological Research*, Março de 1974: 386-403.

Russell, Bertrand Arthur William. *A filosofia de Leibniz: uma exposição crítica*. Tradução: Hélio Leite de Barros e João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Nacional, 1968.

Santos, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2008.

—. *Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade*. 13ª Edição. São Paulo: Cortez, 2010.

Santos, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. São Paulo: Graal, 2010.

Schmaltz, Tad. "Nicolas Malebranche", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Winter de 2009. <<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/malebranche/>> (acesso em Fevereiro de 2013).

Schopenhauer, Arthur. *The Fourfold Root of the Principle of Sufficient Reason*. Tradução: Karl Hillebrand. London: George Bell and Sons, 1903.

Schwartz, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade - estudos preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Serres, Michel. *Le système de Leibniz et ses modèles mathématiques*. Paris: Presses Universitaires de France, s.d.

Silva, Luís Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

—. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Souza, Luiz Sergio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no Direito*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Streck, Lenio Luiz. "Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?" *Revista Novos Estudos Jurídicos* 15 (jan-abri 2010): 158-173.

Streck, Lenio Luiz. "As recepções teóricas inadequadas em "terrae brasilis"." *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia* 10 (2011): 2-37.

—. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

—. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

—. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

—. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Touraine, Alain. *Un nuevo paradigma: para comprender el mundo de hoy*. Tradução: Agustín López Tobaias. Buenos Aires: Paidós, 2006.

Trotta, Wellington. “O pensamento político de Hegel à luz de sua Filosofia do Direito.” *Revista de Sociologia e Política*, Fevereiro de 2009: 9-31.

Tsebelis, George. “Decision Making in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism and Multipartyism.” *British Journal of Political Science*, 1995: 289-325.

—. *Jogos Ocultos - escolha racional no campo da política comparada*. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora da USP, 1998.

Tuomela, Raimo. *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Valverde, Antonio José Romera. “A liberdade cívica no Livro I dos *Discorsi* de Maquiavel.” *Revista Hypnos*, ano 04, nº05, 2º semestre 1999: pp.337-354.

Vilanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. Noeses: São Paulo, 2010.

Wright, G. H. von. “Deontic Logic.” *Mind*, Janeiro de 1951: 1-15.

Wright, Georg Henrik Von. “On the Logic of Norms and Actions.” *New Studies in Deontic Logic*, 1981: 3-35.