

Uma questão de incompletude¹

Mirian dos Santos², Ana Carolina de Faria Silvestre³

Resumo

Este artigo procura relacionar a incompletude da linguagem com a incompletude do sistema jurídico. Ambos lidam com a mobilidade. Para sustentar a nossa pesquisa, centramo-nos em teóricos da linguagem, tais como Santaella e Orlandi e teóricos do Direito como Castanheira Neves, Barak, Hart.

Palavras-chaves: Incompletude. Linguagem. Sistema jurídico

Abstract

This article aims at relate the incompleteness of the language with the incompleteness of the legal system. And this incompleteness is due to the fact that both deal with mobility. To support our research, we focus on language theorists, such as Santaella and Orlandi and theorists of law as Castanheira Neves, Barak, Hart.

Key words: Incompleteness. Language. Legal System

Introdução

A linguagem, assim como o Direito, não é estática. O sentido das coisas não está fixamente determinado. Isto quer dizer que a linguagem não é transparente, pois nela a ideologia se materializa, dando-lhe espessura, mobilidade, incompletude. Decorre disso que o sentido não pode ser um só, ele é sempre variável; o movimento é sua característica. Efeitos de sentidos múltiplos são produzidos a cada leitura ou a cada interlocução por diferentes sujeito-leitores. Esse topoi referencial nos permite

¹ Artigo recebido em 23 de abril e aceito em 30 de julho de 2012.

² Doutora em Comunicação e Semiótica pela PUCSP, professora do Mestrado em Ciências da Linguagem da Universidade do Vale do Sapucaí (Univás)/Pouso Alegre,/MG e professora de Linguagem Jurídica da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM)/Pouso Alegre/MG.

³ Doutoranda e mestre em Filosofia Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora de Filosofia Geral, Filosofia Jurídica e Tópicos Humanísticos em cursos de Direito, Administração e Sistemas de Informação. Professora pesquisadora da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Co-autora das obras “Vidas à venda” e “Cidades Impossíveis”.

estabelecer diálogo uns com os outros, transmitir, receber e criar novas informações. Entre o real e a linguagem, existe um universo prenhe de possibilidades.

A par do que tradicionalmente se afirma, o Direito é, assim como a linguagem, um horizonte cunhado essencialmente pela incompletude. O sistema jurídico, ensinamos Castanheira Neves, está sempre aberto à intencionalidade problemática dos casos-problema – surgidos no mundo da vida. Estabelece-se entre o sistema jurídico e o problema real uma relação de índole dialética que tem a potencialidade de ressignificar o sentido do sistema jurídico – que, para integrar em seu horizonte de sentido o novo caso decidendo, terá que se reinventar e assumir uma nova intencionalidade problemática.

O Direito, assim como a linguagem, pertence ao horizonte da fluidez e da abertura incondicional ao mundo – cujos sentidos, sempre abertos, só poderão ser pensados, provisoriamente, à luz do mundo da vida em ação. Demonstrar essa provisoriedade, o movimento do sentido, do sujeito, da ciência do direito é a nossa proposta neste artigo. Para tal iniciamos, discorrendo sobre a linguagem, para depois determos no Direito. O resultado desse enfoque se justifica, de um lado, pelo fato das duas áreas do saber – direito e linguagem – se irmanarem num ponto comum. Por outro lado, em uma sociedade da linguagem e do conhecimento, como a nossa, e em que a urbanidade é fundamental para caracterizar nosso sujeito cidadão, o conhecimento para uma prática efetiva e consequente da linguagem e do direito é elemento fundamental.

1. A INCOMPLETUDE DA LINGUAGEM

Concebendo a linguagem como forma de ação interindividual, orientada por uma finalidade específica, temos esse fenômeno, notadamente humano, como processo de interlocução que se realiza nas práticas sociais.

À linguagem cabem muitas coisas tais como dar sentido às coisas, carregar valores e ideias, manifestar conflitos e confrontos, expressar relações de mando e submissão, estabelecer de relações interpessoais anteriormente inexistentes, constituir identidades. Como afirma Orlandi, “A linguagem é transformadora. Ação sobre a natureza e a ação concertada com o homem”⁴.

⁴ Orlandi, Eni P. Discurso e leitura. São Paulo Editora Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.

Situada no seio de uma comunidade, a linguagem permite fazer muito mais coisas do que designar o mundo ou ser simplesmente um amontoado de regras que delimitam o certo e o errado na língua. A linguagem é uma prática social; ela é parte da própria constituição da espécie.

A linguagem não é um instrumento de comunicação, expressão do pensamento, nem é transparente. Pelo contrário, ela carrega opacidade e espessura e isto se dá pela estreita relação entre linguagem e ideologia, noções estreitamente vinculadas e mutuamente necessárias: a primeira é uma das instâncias mais significativas em que a segunda se materializa. A ideologia é algo inerente à linguagem. A linguagem é a materialidade em que se encontra a ideologia.

Na verdade, a linguagem é uma mediação necessária entre homem e realidade natural ou social. É elemento que liga um homem a outro ou a outros homens, dada a impossibilidade humana de entrarmos em contato com alguém sem mediação.

É, pois, essa capacidade de linguagem que faz de nós, os seres humanos, seres simbólicos, ou seja, seres que necessitam de elementos simbólicos, representantes das coisas, para entrar em contato com o outro homem. Só podemos nos aproximar dos objetos através da linguagem; só fazendo representações podemos apreender, em parte, a realidade.

Esses elementos simbólicos que nos propiciam a aproximação com o outro são elementos que agem como duplos. Eles não são as coisas, mas estão no lugar das coisas. São sempre fragmentos incompletos que representam algo que não são eles e representam o real de uma certa maneira, dentro de certos limites, sendo, portanto sempre parciais.

Lúcia Santaella⁵, analisando esse aspecto na linguagem e usando como sinônimo de linguagem a palavra signo, adverte-nos que há

a impossibilidade de se subverter o caráter do signo como duplo, visto que se este, o signo, fosse capaz de atingir a mais absoluta identidade e completude em relação ao objeto que representa, então não seria mais o signo, seria o próprio objeto e este objeto estaria fadado ao desaparecimento. É devido à fenda da diferença que a realidade, na sua completude complexa, resiste como realidade. É devido a esta fenda entre o querer ser o objeto, sem, no entanto, poder sê-lo que o signo insiste na sua parcialidade e incompletude de signo.

⁵ SANTAELLA, Lúcia. Cultura das mídias. São Paulo: Experimento, 1996.

Segundo a autora, o inelutável caráter duplo da linguagem assinala que entre o “real” e a linguagem, abre-se uma brecha. Isto significa que a linguagem jamais esgotará todas as potencialidades da realidade. Por mais que se fale e se escreva a respeito de um simples objeto, nunca esgotaremos todas as possibilidades significativas. Isto se dá porque em cada atribuição de significado dado a um objeto interferem, entre outros elementos, as condições de produção e as formações discursivas, a memória.

Dessa forma, entre o real e a linguagem, existe um estado pulsante, prenhe de possibilidades, aberto as mais variadas interferências. Ignorar este aspecto é agir como Narciso, no mito.

Segundo Santaella, Narciso, ao se olhar nas águas do rio, se encantou com a própria imagem. Mas a imagem não era ele, era seu duplo e ao tentar se apossar da imagem, apossar-se da linguagem que a ele se referia, mas que não era ele, Narciso se destruiu. Considerou a imagem de si mesmo como se fosse o real e se esvai. Para Santaella, Narciso se perdeu porque não considerou que entre a linguagem (imagem de si mesmo) e o real (ele mesmo) havia uma fenda, que assinala a incompletude da linguagem. Querer transformar a linguagem em objeto tem conseqüências sérias: aniquila o objeto e a linguagem; destrói tanto o objeto quanto a linguagem. A linguagem acaba por engolir a vida e a vida por engolir a linguagem.

Para Santaella, Narciso perde-se por não perceber a imagem – linguagem – como fragmento parcial e incompleto que, como toda linguagem só pode estar no lugar de, sem que, no entanto, possa ser o objeto a que se refere. Ainda nas próprias palavras da autora:

O signo não é nem pode ser aquilo que ele representa. O objeto da representação, o real, só é parcialmente capturado pelo signo. O real na sua verdade, portanto, é sempre algo inatingível, mas, em menor ou maior medida, sempre aproximável pela mediação do signo. É nessa aproximação como meta que reside nossa responsabilidade ética para com a linguagem⁶.

⁶ SANTAELLA, Lúcia. Cultura das mídias. São Paulo: Experimento, 1996, p. 64.

Situando-nos nos paradigmas da filosofia estabelecidos por Habermas⁷, esta concepção de linguagem nos insere no paradigma da linguagem que é o paradigma predominante na atualidade. Senão vejamos:

Para Platão e Aristóteles, o pensamento tem acesso direto ao ser – essência - ser sem mediação. O mundo existente é aquele que é. Conhecer é desvelar o ser das coisas. Assim a linguagem possui um papel secundário no acesso ao conhecimento. Para eles, primeiro se conhece, depois se diz. A linguagem tem a mera função de designação. É paradigma do ser.

O segundo paradigma é o paradigma do conhecimento, da consciência ou do sujeito. Aqui o único mundo existente é aquele que pode ser conhecido. Este paradigma elege a razão como deusa do universo. Só a razão deve comandar as ações do pensamento e tudo que pode ser intuído pela razão é considerado verdadeiro. Este paradigma tem como expoente Descartes e Kant, sendo Kant quem fecha o paradigma do sujeito ao enunciar que o limite do conhecimento consiste na experiência interpretável pela razão.

E com Wittgenstein tem o nascimento do paradigma da linguagem que afirma que só o que pode ser dito é conhecido. É desse autor a famosa frase "Os limites da minha linguagem são também os limites do meu pensamento". Esse paradigma afirma que o único mundo existente é aquele exprimível pela linguagem. Com Wittgenstein temos o início da concepção de que a linguagem se situa no cerne do processo de interação social. Para esse autor a linguagem é um processo sempre aberto.

Wittgenstein propõe que a linguagem só pode ser entendida a partir de diferentes contextos em que as pessoas efetivamente a utilizam. Com isso se supera o dualismo kantiano corpo-espírito, porque o que determina o sentido das palavras é o seu uso real, presente, nos jogos linguísticos que são feitos de materialidade; de interlocutores, parceiros do ato comunicativo, e a situação; de forma de vida, o contexto que determina as regras de uso dos demais elementos.

Nesse sentido, a linguagem não é um fenômeno natural, mas algo historicamente adquirido. A linguagem é um jogo. E num jogo as pessoas interagem consoante regras que elas mesmas estabeleceram, mas ninguém joga do mesmo

⁷ HABERMAS, Jürgen. Pensamento pós-metafísico. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

modo. Os sentidos da linguagem sempre serão abertos a novas experiências de interação social. Sobre essa postura, Oliveira afirma⁸:

Jogada a linguagem dentro da situação, Wittgenstein percebe que a diferente linguagem faz parte da totalidade dessa situação de vida humana, que ela é parte da atividade humana, ou, em sua expressão, uma “forma de vida” do homem (IF23). É por essa razão que a significação das palavras só pode ser esclarecida por meio do exame das formas de vida, dos contextos em que estas palavras ocorrem, pois é o uso que decide sobre a significação das expressões linguísticas (IF 432). “A significação de uma palavra”, diz Wittgenstein no número 43 de suas *Investigações Filosóficas*, “é seu uso de linguagem”. Só se pode entender a linguagem humana a partir do contexto em que os homens se comunicam entre si

Vivemos num mundo de linguagem. Somos seres de linguagem. Essas são afirmações sérias que implicam aceitar que nossos pensamentos, nossa apreensão das coisas do mundo, o mundo de nossa imaginação, nossas comunicações e nossa rica cultura são tecidos nos teares da linguagem. A linguagem é o nosso meio. Não há humanidade sem mediação. Não há vivido em estado puro, pois todo vivido é inelutavelmente interpretado no mesmo ato de ser vivido. Não há meios e linguagens completos em si mesmo. Entre o real e a linguagem, entre o vivido e a memória, entre a memória e seus registros, há sempre disparidade, desencontros, desavenças, omissões e inserções que são inevitáveis.

A linguagem, segundo Orlandi⁹, tem uma relação direta com o silêncio. O silêncio não é a ausência de sentido, mas possibilidade de significação. O silêncio se liga a palavras tais como: virtualidade, possibilidade indefinição, virtualidade, potencialidade, iminência, possibilidade. A este tipo de silêncio, Orlandi deu nome de silêncio fundador. É nesse espaço de silêncio que está a significação possível. O que se faz é retirar desse limbo uma X significação e torná-la aceitável, dentro de determinadas condições de produção. Nesse sentido, a linguagem é domesticação do silêncio fundador. Cabe a ela disciplinar o disperso, categorizar, organizar, estabilizar o movimento dos sentidos. Nas próprias palavras da autora

O silêncio é a “respiração”, (o fôlego) da significação; um lugar de recuo necessário para que se possa significar, para que o sentido faça sentido. Reduto do possível, do

⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. 3ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

⁹ ORLANDI, Eni Puccinelli. As formas do silêncio: no movimento dos sentidos. 4ª Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997.

múltiplo, o silêncio abre espaço para o que não é um, para o que permite o movimento do sujeito. [...] Silêncio como horizonte, como iminência do sentido¹⁰.

A autora utiliza duas metáforas significativas – mar e eco - para melhor explicar o silêncio e a linguagem. O silêncio estaria para o mar; seria incalculável, disperso, profundo, imóvel em seu movimento monótono. A linguagem estaria para o eco: repetição, não finitude, movimento contínuo.

Segundo Orlandi, se as palavras e os sentidos fossem completos, isto é, não tivessem limitados pelo silêncio, já há muito se teria dito tudo e não haveria espaço e necessidade de dizer. Mas como vivemos a incompletude não há ponto final. Quanto mais se diz, mais há a dizer. Essa irreduzível incompletude do sentido produz o múltiplo.

O silêncio é constitutivo, o sentido é múltiplo. O silêncio se instala e os sentidos tornam-se possíveis. Além do mais,

a relação dito/não dito pode ser contextualizada sócio-historicamente, em particular em relação ao que chamamos o 'poder dizer'. Pensando essa contextualização em relação ao silêncio fundador, podemos compreender a historicidade discursiva da construção do poder dizer, atestado pelo discurso¹¹.

Retomando o que dissemos acima sobre o caráter histórico e ideológico presente na materialidade linguística, vemos que essa abertura, dada pelo silêncio fundador, insere-se no caráter social da linguagem que nasce e se desenvolve no seio em contato com organizações sociais. Sendo a linguagem um elemento de mediação e interação, não há como fugir da sociabilidade e só pode ser pensada contextualmente. Em cada contextualização e levando em conta as condições de produção, desenha-se a sociedade dos homens que utilizam da linguagem, descortina-se a determinação histórica, anuncia-se a formação ideológica que rege tal enunciado, enfim surgem os valores ideológicos daqueles que se manifestam verbalmente. Valores que são mutáveis; valores que advêm da memória e do assujeitamento.

Devido à incompletude do sentido e do sujeito, visto que sujeito e sentido se constituem ao mesmo tempo; devido à inelutável heterogeneidade constitutiva que

¹⁰ ORLANDI, Eni Puccinelli. As formas do silêncio: no movimento dos sentidos. 4ª Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997, p. 13.

¹¹ ORLANDI, Eni Puccinelli. As formas do silêncio: no movimento dos sentidos. 4ª Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997, p. 75.

caracteriza a linguagem, Orlandi¹² nos adverte que se não houver essa incompletude, haverá a asfixia desse mesmo sujeito e a rarefação dos sentidos. “O sujeito não poderia atravessar e ser atravessado, pelos diferentes discursos já que não poderia percorrer os deslocamentos (os limites) das diferentes formações discursivas”. Neste ponto, a autora retoma também o mito de narciso para nos mostrar que “Narciso fixa o seu sentido: ele não deixa atravessar (e não atravessa) ‘outros’ discursos. Ele preenche o seu lugar de sujeito sozinho. Não há nele movimento, não há apagamento possível: um só discurso”.

Se há esse silêncio fundador que age como possibilidade do vir a ser da significação, surge a seguinte questão: como se relaciona esse projeto significativo com o sistema jurídico? Entremos, pois, na seara do Direito.

2. A INCOMPLETUDE DO SISTEMA JURÍDICO

O sistema jurídico é o espaço da normatividade informada-conformada pelo silêncio.

O sistema jurídico não é um dado que se deva assumir enquanto Ser; composto por um número finito de materiais jurídicos cujos sentidos e significados poderiam ser apreendidos através de um exercício racional comprometido e, posteriormente, - resolvida a questão da escolha do sentido (uma escolha assumida enquanto inevitabilidade) mais adequado à luz do caso-problema concreto - aplicado aos casos concretos.

A busca pelo sentido estabilizado das normas não resolve o problema da realização prática do Direito e, há que se salientar, não enfrenta a desconfortável (mas verdadeira) assunção do sistema jurídico (também ele!) enquanto uma tarefa aberta à intencionalidade problemática dos casos-problemas jurídicos.

O sentido de um dado sistema jurídico está dialeticamente imbricado à intencionalidade problemática dos casos jurídicos concretos e irrepetíveis. Estabelece-se, entre sistema e caso, uma relação de tipo dialético que não se deve ignorar, mas sim, relevar a fim de sermos capazes de compreender o que é o sistema jurídico e o

¹² ORLANDI, Eni Puccinelli. As formas do silêncio: no movimento dos sentidos. 4ª Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997, pp. 81-82.

papel metodológico dos casos-problemas jurídicos no âmbito da realização prática do direito.

O sistema jurídico é um problema (sempre) em aberto que se realiza à luz (sob a orientação questionadora ou interrogação interpelante) da intencionalidade problemática dos casos-problemas jurídicos surgidos no mundo da vida; sempre em movimento. Isso não implica necessariamente na assunção do sistema jurídico como um produto exclusivo do gênio dos juízes, mas no reconhecimento inequívoco da incompletude essencial desse sistema (característica que deve ser assumida enquanto traço identificador e não enquanto falha).

Há, nesse estágio, que se esclarecer o que pretendemos comunicar quando afirmamos ser o sistema jurídico cunhado *ab initio* de incompletude. Ela não se refere e está assente na dimensão hermenêutica da realização prática do Direito, mas na dimensão normativa dessa mesma realização.

Assumir que o sistema jurídico é incompleto não nos conduz necessariamente a assumi-lo enquanto conjunto finito de materiais jurídicos significativamente indeterminados cuja “aplicação”, no horizonte do caso jurídico concreto, deve (necessariamente) estar orientada por vontades e aspirações de ordem política, econômica ou social (intencionalmente estranhas ao Direito). No entanto, essa afirmação obriga-nos a problematizar o seu papel e importância no âmbito da realização prática do direito. Vejamos, portanto, o que é o sistema jurídico, de que maneira devemos assumi-lo enquanto incompletude e as consequências práticas dessa inevitável assunção.

3. A BUSCA PELO SENTIDO E PELO SENTIDO DO SISTEMA JURÍDICO

A busca pelo sentido estabilizado (*a priori*) do sistema jurídico - enquanto corpo finito de materiais jurídicos cujo sentido poder-se-ia determinar-definir à luz de investigações dogmáticas, jurisprudenciais, sociológicas, filosóficas etc – tem alimentado frutíferas investigações no âmbito da teoria e da filosofia do Direito.

Determinar o sentido de uma lei é, ainda nos dias atuais, aspiração-objetivo de investigações jurídicas comprometidas, ainda que não explicitamente, com uma certa concepção do sistema jurídico enquanto conjunto de normas, regras, princípios,

doutrinas e jurisprudências finitos significativamente cujo sentido poder-se-ia apreender e aplicar segundo uma operação de cariz lógico-subsuntivo. O sistema jurídico aparece-lhes enquanto dado apreensível, ao menos em um determinado momento social-econômico-cultural de uma sociedade historicamente situada, daí a possibilidade de proceder metodológico-instrumentalmente à sua interpretação (que definiria sentidos concretos possíveis) e, conseqüentemente, à aplicação de um certo sentido determinado ao caso-problema jurídico.

No entanto, há que se questionar, o sentido do sistema jurídico permanece incólume ao questionamento perscrutante do caso-problema jurídico? Antes de adentrarmos na seara específica do Direito, com suas especificidades e particularismos, questionemo-nos a nós – enquanto homens-pessoas situados em um determinado espaço cultural e cunhados indelevelmente pelas experiências que tivemos a oportunidade de experienciar ao longe de nossas existências. Qual é o relevo das experiências na conformação daquilo que somos, no modo como vivemos (e que experienciamos o mundo) e nas decisões que tomamos? Mais especificamente, saímos sempre incólumes à inquirição questionadora de um problema ou serão os problemas capazes de alterar a nossa percepção acerca de algo e de nos transformar?

O momento da resolução de um problema é também um momento de potencial tensão entre o velho e o novo; entre concepções sedimentadas e provocações atuais que nos obrigam a um exercício de síntese, pouco ou muito complexo, que pode desembocar em uma necessária (re)significação ou (re)constituição orientada a partir da intencionalidade problemática do caso. O sentido é incompleto e deve ser, também ele, assumido como uma tarefa que se realiza e se (re)significa à luz dos casos-problemas concretos.

Mas e quanto ao sistema jurídico, qual será o papel da experiência problemático-jurídico situada para a dotação de sentido do sistema? Antes de enfrentarmos essa questão, faz-se necessário clarificar o que é o sistema jurídico e qual é o tipo de relação que se estabelece entre sistema jurídico e problema jurídico. Nossa investigação elege, enquanto horizonte privilegiado, a proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves.

4. O QUE É O SISTEMA JURÍDICO?

Quando falamos em “sistema jurídico”, não nos referimos a um conjunto de materiais jurídicos finitos no horizonte do qual seria possível determinar, ainda que provisoriamente, o(s) sentido(s) desses materiais - num esforço hermenêutico mais ou menos complexo, mais ou menos demorado.

O sistema jurídico não é um dado (acabado, ainda que circunstancialmente) do qual se possa extrair lógico-dedutivamente uma resposta previamente determinada para tipos exemplares de casos - os chamados casos fáceis, no âmbito dos quais a aplicação da regra ao caso (reduzido a um conjunto de fatos jurídicos) se operaria silogisticamente. O sistema jurídico não se reduz a um conjunto de materiais jurídicos disponíveis – cuja aquisição estaria mediada [condicionada] por um exercício lógico-racional antiemotivo¹³ de índole nomeadamente exegético-teorética. Não há um (ou vários) sentido(s) estabilizado(s) da norma ou do sistema, convocável de forma imediata (núcleo de sentido¹⁴) ou à custa de um exercício racional lento, ainda que comprometido¹⁵ - um núcleo duro de sentido apreensível e, portanto, aplicável a casos familiares¹⁶ - do qual se parta em direção a dimensão do caso jurídico concreto. Sustentamos, pois, que só será possível falar em “sentido da norma”, se essa “busca” partir da dimensão do caso jurídico interrogativamente e não do sistema jurídico. A resolução do problema jurídico situado deve estar orientada pela intencionalidade problemática dos casos jurídicos – sempre únicos e irrepetíveis - que interrogam perscrutantemente o todo do sistema jurídico em busca de uma ou mais respostas

¹³ Para uma discussão pormenorizada sobre a impossibilidade de se pensar a realização do direito como exercício racional asséptico, livre das emoções e a urgência de se assumir as emoções no âmbito da realização prática do Direito. Cf. SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. “As emoções racionais e a realização prática do Direito à luz da proposta de Martha Nussbaum –; o papel das obras literárias e das emoções racionais no processo de tomada de decisão judicial” in Revista de Estudos Jurídicos da Unesp, a. 15, n. 22, 2011.

¹⁴ Segundo Herbert Hart as leis, assim como os precedentes, são o principal instrumento de controle social. Eles são os expedientes principais para a comunicação de padrões gerais de conduta. A par das diferenças que os separam - enquanto comunicação (exemplar ou lingüística) de regras - possuiriam um núcleo central de sentido indiscutível. C.f. HART, *O conceito de direito*.

¹⁵ “La facilita e la velocità della digestione sono esattamente da prova della leggerezza del cibo” TEDESCHI apud BARAK, *La discrezionalità del giudice*, p. 42.

¹⁶ Herbert Hart assume o binômio: casos fáceis, casos difíceis. Não raro, se refere aos casos fáceis como casos familiares. Casos claramente abrangidos pelo âmbito intencional da norma (precedente ou lei). Os casos simples ou familiares, portanto, em termos gerais, teriam em comum o fato de não necessitarem de interpretação, por ser “automático” o reconhecimento da aplicação de uma determinada regra àquele caso. C. f. HART, *O conceito de Direito*, 2005.

provisoriamente assumidas como adequadas, cuja justeza só será assumida ou rechaçada quando de sua experimentação.

O sistema jurídico deve ser assumido como uma “unidade de totalização normativa”¹⁷ – sempre aberta à intencionalidade problemática dos casos jurídicos - constituída, estruturalmente, por diferentes estratos: as normas, os princípios, a dogmática e a jurisprudência.

4.1. OS PRINCÍPIOS

No estrato dos princípios encontramos os princípios normativo-jurídicos positivos, transpositivos e suprapositivos¹⁸. Os princípios positivos encontram-se explicitados na legislação constitucional e infraconstitucional. Conferem (explícita!) inteligibilidade a um determinado instituto e orientam a sua interpretação.

Os princípios transpositivos incluem as cláusulas gerais mais relevantes, construídas através de um exercício racional indutivo, cujo ponto de partida e o limite são o ordenamento jurídico. Os princípios transpositivos situam-se no âmbito da ciência do direito, enquanto abstrações possíveis (e necessárias) dos materiais jurídicos.

Os princípios suprapositivos manifestam a regulativa validade fundamentante do sistema ou a subjetividade em um sentido ontológico¹⁹. Nem todos os princípios suprapositivos encontram-se explicitados na legislação (constitucional ou infraconstitucional), na doutrina ou na jurisprudência. A existência de um determinado princípio suprapositivo pode ser constatada após a experiência prático-jurídica situada em um determinado momento histórico-cultural, cuja intencionalidade problemático-jurídica - sempre específica - é potencialmente capaz de revelar-constituir princípios

¹⁷ “É uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos – os elementos constitutivos da sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante”. NEVES, Metodologia jurídica..., p. 155.

¹⁸ Neste sentido, NEVES, Metodologia Jurídica..., p. 155.

¹⁹ “Princípios normativo-jurídicos *positivos*, *transpositivos* (em que se incluirão as «cláusulas gerais» mais relevantes) e *suprapositivos* – a manifestarem o momento de «subjetividade» do sistema, no sentido ontológico do termo. O momento em que a intenção axiológico-normativa se assume e, portanto, o momento verdadeiramente normativo ou de regulativa validade fundamentante”. NEVES, Metodologia Jurídica..., p. 155.

jurídicos que deverão ser acrescentados ao sistema jurídico através de um exercício de “síntese integrativa” – ao sentido precariamente concebido.

Há que se sublinhar que os princípios jurídicos não são normas de direito, devendo ser corretamente assumidos enquanto fundamentos do sistema jurídico²⁰. Os princípios jurídicos não devem ser objetivados como critérios metódicos de solução para o caso jurídico. Somente as normas legais podem ser convocadas como critérios hipotéticos de resolução dos casos-problema jurídicos no âmbito de um sistema de *civil law* como o sistema jurídico brasileiro. No horizonte de inteligibilidade jurídico nacional, as normas devem ser perspectivadas enquanto forças vinculantes de autoridade jurídico-política, constituindo-se, portanto, como o núcleo de nosso sistema²¹.

4.2. AS NORMAS

As normas são prescrições que objetivam uma opção político-estratégica. As normas, no âmbito de um Estado democrático de Direito, são concretizações a que se deve reconhecer (pelo menos *ab initio*) legitimidade, autoridade e um vinculante valor normativo²².

Há, entre normas e os princípios, uma relação de possibilidade²³. O direito tem uma iniludível dimensão de ordem, ou seja, não dispensa determinações e o regulativo da validade emanada pelo princípio pode ser determinado de formas diferentes²⁴. Não obstante, apesar do direito positivo ser uma resposta normativa à contingente realidade histórico-social, essa resposta deve ser normativamente válida

²⁰ “No sistema jurídico, são fundamentos... os princípios”. NEVES, Metodologia jurídica..., p. 143.

²¹ “Podem desempenhar a função metódica de critério e porque têm a seu favor a força vinculante de *autoridade* (autoridade jurídico-política) (...) daí que se possa dizer que as normas legais constituem o «núcleo duro» desses sistemas”. NEVES, Metodologia jurídica..., p. 143.

²² NEVES, Metodologia jurídica..., p. 155.

²³ “A relação entre a validade e o direito positivo não é... uma relação de necessidade, mas só uma relação de possibilidade: o direito positivo não se deduz da validade normativa, não é perante ela um resultado necessário, embora se tenha de mostrar fundado pela validade normativa e deve ser possível perante ela”. NEVES, Metodologia jurídica..., p. 156.

²⁴ Neste sentido, NEVES, Metodologia jurídica..., p. 156.

(fundamento)²⁵. Podemos dizer, em palavras de síntese, que as normas são o resultado de opções político-estratégicas validadas, no horizonte de um Estado democrático de Direito, pela vontade popular e devem ser, *ab initio*, sempre cumpridas. No âmbito dos sistemas de *civil law*, somente as normas (compreendidas restritivamente enquanto leis positivas) devem ser assumidas enquanto critérios hipotéticos de resolução dos casos jurídicos. No entanto, no âmbito desse mesmo horizonte de inteligibilidade democrático e regido pelo Direito, as normas devem ser objetivações possíveis à luz do estrato dos princípios.

4.3. JURISPRUDÊNCIA

O terceiro estrato é ocupado pela jurisprudência. A jurisprudência traduz a realização concreta do direito à qual se reconhece justeza. Isso não quer dizer que não possa ser questionada, falsificada e afastada (segundo uma lógica popperiana de falsificação-exclusão) por uma nova experiência prático-concreta. A pretensão de justeza da jurisprudência implica apenas na mandatária necessidade de que um infirmante ônus de contra-argumentação seja desenvolvido e se apresente às consciências como o mais justo, comparativamente²⁶.

O estudo da jurisprudência é, certamente, decisivo para que se possa, com propriedade, dizer qual é a intencionalidade normativa constituída (sempre provisoriamente!) de um determinado sistema jurídico. Possui presunção de justeza que serve de guia - a par das discussões mais atuais quanto a (in)desejada(?) força vinculativa dos posicionamentos e decisões jurisdicionais - especialmente no que tange às manifestações de nossas mais altas cortes constitucionais.

4.4. DOGMÁTICA JURÍDICA

²⁵ “Pelo que de novo há de distinguir entre *fundamento* (validade normativa) e *justificação* (político-social ou teleológico-estratégica)”. NEVES, Metodologia jurídica..., p. 156.

²⁶ Neste sentido, NEVES, Metodologia jurídica..., p. 157.

No quarto estrato temos a dogmática jurídica. É, a dogmática jurídica, uma elaboração racional, sistemática e criativo-integradora que objetiva compreender as leis e a jurisprudência como um todo unívoco de inteligibilidade.

A sua normatividade não está assente na *auctoritas* jurídica (jurisprudência), não se sustenta na regulativa validade fundamentante do sistema (princípios), nem na autoridade político-prescritiva (normas), mas em sua própria racionalidade²⁷.

5. O PROBLEMA

O problema jurídico não é o resultado necessário de um conjunto finito, identificável e analisável (*a priori*) de fatos jurídicos. Não nos cabe aqui desenvolver essa questão, no entanto, resta-nos esclarecer, ainda que a traço grosso, o que essa afirmação nuclearmente pretende comunicar.

A relação fato jurídico – prescrição normativa subsumível ao fato é tão natural e simples, quanto rasa e enganadora. No mundo da vida ou no horizonte da realidade fática, nós, operadores do direito, não nos deparamos com fatos jurídicos problemáticos, mas sim, com casos jurídicos problemáticos que encerram em sua experiência problemático-intencional um sempre e irremediável *novum*²⁸.

A objetivação de um problema enquanto um problema jurídico não está relacionada somente à pré-compreensão da normatividade pressuposta do sistema, uma vez que, como temos vindo a salientar, é também o sistema uma dimensão problemática.

O problema jurídico é um problema que interpela o objeto perguntado segundo um sentido de direito²⁹, mas este sentido de direito não é está acabado e fixo.

Daí que seja necessário considerar problematicamente a relevância jurídica deste caso-problema concreto, situado em um determinado momento histórico-social - delimitando e determinando o âmbito e o conteúdo da sua relevância jurídica³⁰.

²⁷ Neste sentido, NEVES, Metodologia jurídica..., p. 157.

²⁸ O problema... traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos... e para cuja solução se exige os concretos juízos decisórios que mobilizarão, como seu fundamento e o seu critério racionalmente materiais, a normatividade do sistema. NEVES, Metodologia jurídica..., p. 157.

²⁹ "Problema jurídico, porque o seu perguntar tem uma pressuposição de juridicidade, i.é, porque o sentido por que pergunta ao objeto perguntado é um *sentido de direito*". NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 160.

³⁰ NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 163.

Podemos dizer, resumidamente, convocando as breves e elucidativas palavras de Castanheira Neves, que o primeiro momento da questão de fato coloca “a questão da metodológico-jurídica determinação e comprovação dos «dados» do problema jurídico concreto³¹”.

A comprovação do âmbito de relevância compete ao segundo momento estrutural-constitutivo da questão de fato. O problema metodológico, colocado neste momento, é fundamentalmente o problema da prova. Não se trata da busca de uma verdade teórico-científica - que empobrece analiticamente as situações da vida a fim de alcançar o constante; o universal. A verdade pretendida pelo Direito não se restringe a uma verdade prática (que nos encerraria em um *continuum* ético-comunitário diluente das especificidades do fenômeno jurídico), nem tem (ou não deve ter!) aspirações de se tornar uma verdade científico-analítica, mas deve ser concebida enquanto verdade correlativa de uma *práxis* jurídico-social³².

A resposta para o caso – o objetivo final da realização prática do Direito - deve ser uma resposta prático-normativamente adequada à intencionalidade problemática concreta desse caso. Só assim poder-se-á dizer que a resposta do caso goza de pragmática justeza normativo-decisória³³.

6. A RELAÇÃO DIALÉTICA ENTRE SISTEMA E PROBLEMA

O sentido do sistema não é estático, ele está em constante mudança devido, precipuamente, a atividade legiferante do legislativo, mas não só. Para além do exercício criativo-inovador inerente a atividade do poder legislativo, há que se reconhecer o poder inovador e criativo do poder judiciário. Certamente que essa criatividade, no âmbito de um Estado democrático de Direito, não deve ser exercitada

³¹ NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 163.

³² A expressão “verdade correlativa da práxis jurídico-social” pertence à Castanheira Neves. C. f. NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 163.

³³ “O problema, por seu lado, traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos... para cuja solução se exigem os concretos juízos decisórios que mobilizarão, como seu fundamento e o seu critério racionalmente materiais, a normatividade do sistema... mas solução que também só será concludentemente correcta, bem sabemos, se for normativamente adequada à concreta problemática dos mesmo casos – se lograr relativamente a estes uma pragmática justeza decisória”. NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 157.

sem quaisquer limites. No entanto, não há como se escapar ao reconhecimento de que a atividade jurisdicional é, também ela, cunhada de criatividade.

Quando falamos em “sistema jurídico”, não estamos falando em um sistema fechado de normatividade, mas em um sistema aberto cuja normatividade se vai constituindo sobremaneira através da interpelação interrogante do caso.

Certamente que o sistema começa delimitando e predeterminando o campo e o tipo dos problemas. Não obstante, esta afirmação não nos conduz necessariamente à conclusão de que os “problemas jurídicos” são apenas os problemas previamente perspectivados pelo sistema enquanto problemas jurídicos (conclusão fruto da unilateral valorização do sistema). A normatividade sistematicamente prévia reflete a assimilação intencional de uma determinada experiência concreta, única e irrepetível, estando, na mesma medida, limitada por essa experiência³⁴.

A intencionalidade problemática do sistema não está constituída previamente, em face da qual só nos resta um exercício lógico-exegético de apreensão do “dito” e posterior subsunção da regra ao caso. O sentido normativo do sistema está imediatamente imbricado a uma outra dimensão; a dimensão do problema apresentado pelo caso concreto.

Há entre sistema e problema uma relação dialética. Pode-se dizer que a normatividade está estabilizada em função das perguntas ou interrogações dirigidas do problema para o sistema. No entanto, novos problemas, surgidos no mundo da vida, podem colocar novas perguntas ou revelar a inadequação de velhas respostas. Os novos problemas podem trazer novas intenções (valorações, princípios) que podem demandar a relativização de intenções previamente estabelecidas; trazendo consigo a exigência de ordená-las de tal forma que constituam um todo congruente³⁵. A congruência, há que se esclarecer, não deve ser perspectivada como um limite à constituição e reconstituição do sistema e da normatividade jurídica. Coerência,

³⁴ NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 158.

³⁵ “As intenções (valorações, princípios e critérios normativos) anteriores subsistem, mas agora relativizados às novas intenções (com as suas também outras valorações, princípios e critérios normativos), entretanto constituídas, de modo que se põe a exigência de «ordenar» as novas com as antigas – ainda que abstratamente antinómicas -: o mesmo é dizer, a exigência de as integrar num todo congruente”. NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 158.

segundo os ensinamentos de Castanheira Neves, não se traduz em linear coerência lógica ou mera coerência dedutiva, mas em totalização integrante³⁶.

É por isso que se pode dizer que o problema jurídico - através da interpelação interrogante que dirige ao sistema em busca da adequada resposta prático-normativa - vai constitutivamente promovendo a superação daquele sistema previamente constituído e do seu sentido³⁷. No entanto, esta interrogação nem sempre vai resultar no encontro de um critério prático-normativo adequado à luz das especificidades problemáticas do caso-problema. Quando o problema interroga o sistema sem resposta, ele deixa de ser a expressão interrogante da resposta-solução disponível, para ser uma experiência aporética³⁸ (porque ainda não foi absorvida por um exercício sistemático-dogmático fundamentante)³⁹.

O sistema jurídico é aqui perspectivado como uma tarefa, um objetivo que se vai realizando através da mediação interrogante do caso. Podemos (e devemos) ter em mente que o sistema possui uma normatividade estabilizada. No entanto, e em primeiro plano, há que se reconhecer ser esta normatividade cunhada pela provisoriidade e incompletude.

O caso jurídico pode apresentar ao sistema problemas até então desconhecidos - a compreensão da “insuficiência” da lei geral e abstrata para responder satisfatoriamente a todos os casos problemáticos não é, certamente, novidade. Puxemos pela memória, exemplarmente, os sábios e sempre atuais ensinamentos de Aristóteles e a possibilidade de se corrigir as injustiças da pura aplicação subsuntiva da lei através da equidade⁴⁰ - e essa “lacuna” (assumida tradicionalmente como efeito e não como causa) nada mais nos mostra do que a essência problemática do sistema

³⁶ NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 158.

³⁷ “O surgir de novos problemas é correlativo do enriquecimento do contexto intencional, ainda que indecisa e indeterminadamente assumido ou apenas pré-compreendido - no modo justamente problemático (o «saber de não saber) -, e que, por outro lado, há-de culminar na constituição de novas intenções-soluções integradas, i. é, na superação do problema pelo sistema (por um novo sentido do sistema). NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 158.

³⁸ Essa interrogação se nos apresenta como experiência aporética somente porque ainda não foi absorvida pela intencionalidade dogmática acabadamente fundamentante. A interpelação *pelo* problema e a necessidade de resposta *para* este problema vai culminar na superação da previamente estabilizada intencionalidade dogmática.

³⁹ NEVES, C., Metodologia jurídica..., p. 158.

⁴⁰ “A natureza da equidade é, então, ser rectificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal”. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, p. 130.

jurídico e a necessidade de assumi-lo, também ele, como uma tarefa. É somente na perspectiva do caso e para o caso-problema que podemos efetivamente falar em significação concreta da norma.

7. CONSIDERAÇÕES

A realização judicativo-decisória do direito é uma tarefa que se realiza a luz do caso decidendo (orientada pelo caso decidendo, assumido como *prius* metodonomológico) e para este caso.

Os casos jurídicos são sempre únicos ainda que aparentemente iguais. Podemos falar em semelhança, certamente, e é exatamente a semelhança que permite ao juiz oferecer resposta aos casos-problemas jurídicos, quer se tratem de casos *ex novo* ou não. A racionalidade do pensamento jurídico é necessariamente analógica, o que implica considerar, com Bronze, que a reflexão metodonomologicamente comprometida (quer reconheça-se ou não) tem como operador metodonomológico decisivo a analogia.

A dialética sistema-problema pressupõe não uma relação de identidade, mas uma relação de semelhança. Somente uma reflexão de caráter analógico será capaz de orientar o julgador no momento da eleição (identificação) ou constituição do critério hipotético de resolução para o caso decidendo que deverá ser experimentado (falsificada ou confirmada a sua adequação para o caso) praticamente.

O sistema jurídico pelos elementos que o compõem se realizam em linguagem. Retomando Wittgenstein vemos que a linguagem é um processo sempre em aberto no qual as condições de produção desempenham papel decisivo. O sentido não é fixo. O sistema não é fechado e finito. Ambos, sistema jurídico e linguagem se irmanam nessa busca de um sentido que será sempre reconstruído porque é dependente de inúmeros fatores que povoam o mundo e a vida.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal ed. 2004.
- BARAK, Aharon. **La discrezionalità del giudice**. Milão: Dott. A. Giuffrè editore, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 1993.
- NUSSBAUM, Martha. **Poetic Justice: the literary imagination and public life**. Boston: Breacon Press, 1995.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- ORLANDI, Eni P. **As formas do silêncio: no movimento dos sentidos**. 4ª Ed. Campinas, SP: Editora da UNICAMP, 1997.
- _____. **Discurso e leitura**. São Paulo Editora Cortez; Campinas;, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.
- SANTAELLA, Lúcia. **Cultura das mídias**. São Paulo: Experimento, 1996.
- SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. “As emoções racionais e a realização prática do Direito à luz da proposta de Martha Nussbaum –; o papel das obras literárias e das emoções racionais no processo de tomada de decisão judicial” in **Revista de Estudos Jurídicos da Unesp**, a. 15, n. 22, 2011.