

O DECISIONISMO COMO POSSIBILIDADE DE ABERTURA PARA O DIÁLOGO

Henrique Smidt Simon¹

SUMÁRIO: Introdução: positivismo jurídico e decisionismo; 1. Neopositivismo e a ciência do direito: a moldura interpretativa kelseniana; 2. Virada pragmática e teoria jurídica: a textura aberta do direito segundo Hart; Considerações finais: decisionismo e abertura para o diálogo; Referências das fontes citadas.

RESUMO

O presente artigo visa à discussão de uma possível função democrática decisionismo na hermenêutica jurídica. Para tanto, as posturas positivistas de Hans Kelsen e Herbert Hart são comparadas a dois momentos do desenvolvimento da filosofia analítica da linguagem: o neopositivismo e a pragmática. Kelsen pretende uma ciência do direito rigorosa, precisa, neutra e que atenda à exigência de verificabilidade. Entretanto, se vê obrigado a reconhecer que o conhecimento do direito não pode dar uma única resposta correta sobre a forma de interpretar as normas: estas sempre possuem mais de um sentido. Hart, por sua vez, adota a visão da virada pragmática na filosofia, compreendendo o direito como um jogo de linguagem. Diante disso, os sujeitos destinatários das regras jurídicas devem compreender o direito como um conjunto de normas vinculativas. Mas, como as regras não podem prever nem regular todas as possibilidades de sua aplicação, sempre surgem dúvidas no momento da aplicação do direito, o que gera uma ampla margem de discricionariedade ao juiz. Apesar de os dois autores entenderem que não existe a única resposta justa para um caso concreto, é possível compreender essa conclusão como uma característica democrática, já que o juiz não é mais visto como um sujeito cognoscente privilegiado do direito, sendo obrigado a se abrir para o diálogo.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo; Decisionismo; Diálogo; Democracia.

¹ Advogado, mestre e doutorando em Direito, Estado e Constituição pela UnB, membro do grupo de pesquisa Sociedade Tempo e Direito (STD), da Faculdade de Direito da UnB (CNPQ/plataforma lattes), professor do UNICEUB em Brasília. E-mail: henrique.s.simon@gmail.com.

ABSTRACT

The article intends to discuss about the democratic potential of the analysis proposed by Kelsen's and Hart's theories of interpretation. In order to do so, Kelsen's and Hart's positivism standpoints are related to two developing moments of the analytic philosophy of language: the neopositivism and the pragmatics of the philosophy of language. Kelsen wants a strict, precise, neutral and verifiable science of law (legal theory). However, he finds himself obliged to recognize that the knowledge of law cannot give a single correct answer on how to interpret rules: they always have more than one meaning. On the other hand, Hart has a pragmatic view of language, defining law as a language-game. Therefore, the persons to whom rules are directed to must understand them as a set of binding rules. As rules cannot predict nor regulate all the possibilities of their own application, there are always doubts on the moment of the application of law, what generates a magistrate's discretion. In spite of both legal philosophers understand that there is not a single right answer to a case, it is possible to see this conclusion as a democratic characteristic, since the magistrate is no longer seen as a person who has a privileged knowledge of law, finding himself obligated to be open to dialogue.

KEYWORDS: Positivism; Decisionism; Dialogue; Democracy.

INTRODUÇÃO: POSITIVISMO JURÍDICO E DECISIONISMO

O direito moderno destaca-se pela sua separação com relação aos outros ramos do saber e pela sua intrínseca variabilidade. É uma característica sua a contingência. Com a positivação do direito, este, uma vez separado de instâncias como a moral e a religião (o que não implica independência, no sentido de poder ser alheio às influências dessas instâncias), pode ser alterado a qualquer momento, mudança essa que, no entanto, depende de um processo decisório.

Entretanto, essa positivação do direito cria um problema para a teoria contemporânea do direito, qual seja, a relação do direito com a Justiça. Os teóricos do direito sempre tiveram a tendência de tratá-lo como um instrumento para se alcançar valores de justiça. A separação radical entre direito e justiça, a afirmação de que o direito independe de uma instância valorativa superior (o direito natural), pode ser remontada, para os fins aqui propostos, a Thomas Hobbes, principal teórico do absolutismo. É com essa separação que se

possibilita o fenômeno conhecido como “positivismo jurídico”².

Com o Estado absoluto, se ainda não se pode falar da igualdade entre direito e lei (sendo esta fruto de uma vontade do ente político), já se pode equiparar o direito com a vontade do soberano. De fato, para Hobbes justo é aquilo que é determinado pelo soberano, sendo irrelevantes outros critérios de justiça. Assim, esse teórico inglês já apresenta algumas características típicas do positivismo, tal como o formalismo³. Porém, deve-se considerar que, com a mudança de paradigma estatal⁴ (surgimento do Estado Liberal), há uma grande prevalência das doutrinas jusnaturalistas por meio do contratualismo. Todavia, é o próprio contratualismo liberal que abre espaço para o positivismo jurídico, culminando na Escola da Exegese.

A doutrina liberal tinha como objetivo a fundamentação e a limitação do poder político (este não poderia ser absoluto). No âmbito teórico, duas foram as maneiras de se limitar o soberano: externa e internamente⁵. O limite externo era estabelecido pelos direitos naturais (liberdade, igualdade e propriedade), inerentes a todo ser humano e anterior à formação do Estado. Esses direitos não poderiam ser violados por quem tivesse a competência de legislar. Mas isso não era suficiente. Era necessário que se garantisse que não haveria abuso do poder. Para tanto, criou-se o limite interno, consistente na idéia de separação dos poderes. As funções do Estado seriam divididas de modo que o poder não pudesse ficar todo concentrado. Os três poderes deveriam funcionar harmonicamente e de modo que um pudesse evitar os abusos do outro.

² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 32-37.

³ Nesse sentido, em Hobbes justiça equivaleria à ordem. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, p. e **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait, 4. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 72; bem como HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Martins, São Paulo, Martin Claret, 2002, segunda parte.

⁴ A distinção dos modelos de Estado em paradigmas segue a exposição presente em CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: **Notícia do Direito Brasileiro – nova série (Revista da Faculdade de Direito da UnB)**, n. 6 (jul./dez. 1998), Editora UnB, Brasília, 2000, p.p 233-250.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Parte I.

Contudo, segundo a doutrina contratualista, apenas aqueles que são legitimados pelo contrato social podem estabelecer as leis que regularão o Estado, sempre respeitando os direitos naturais. Isso levou à idéia da supremacia do legislador e a identificação do direito com a lei legislada, fruto do Estado.

Nesse contexto, deve-se levar em consideração a questão da codificação. Uma vez que o direito passa a ser identificado com a vontade do soberano (portanto, sua produção é de competência do Estado), é possível a elaboração de um direito racional, desvinculado dos aspectos contingentes e dos preconceitos advindos de uma criação jurídica tradicionalmente determinada. A razão natural que permitia o conhecimento de critérios de justiça universais – o conhecimento do direito natural – possibilitaria que esse direito racional pudesse ser expresso por escrito, da maneira sistemática e dotado de completude interna. Em outras palavras, seria possível a criação de um direito que regulasse todos os âmbitos da atividade social. Esse era o ideal dos iluministas que teorizaram sobre a necessidade de uma codificação⁶.

Com o código como expressão de uma razão jurídica natural (de modo a expressar um sistema formal coerente), o sistema jurídico daria uma regra (e apenas uma) para cada situação que se apresentasse ao juiz e essa regra seria isenta de ambigüidades⁷ (além de ser mero fruto da razão, desvinculada do passado). Faltava apenas um modelo concreto para que esses ideais pudessem vir a ser aplicados na prática jurídica.

Com a entrada em vigor do Código de Napoleão isso se tornou possível⁸. Um código que buscava sistematicidade e, apesar de seus autores não terem a pretensão de completude, um dispositivo legal possibilitou que o Código Civil Francês fosse recebido como se tivesse tal pretensão; um dispositivo que dizia

⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, p. 64-67.

⁷ Para Perelman, essa foi a tentativa dos teóricos da Escola da Exegese, que buscaram ver no Código de Napoleão a expressão do ideal da codificação perseguido pelos iluministas do século XVIII. PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Trad. Verginia K. Pupi, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 33-34.

⁸ Nesse sentido, SOLER, Sebastián. **La interpretación de la ley**. Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 15-16.

que ao juiz não era dado deixar de judicar sob o argumento de que não havia lei para o caso⁹. Chega-se, aqui, ao extremo da concepção positivista de direito: a Escola da Exegese¹⁰. Essa corrente doutrinária propunha que a interpretação deveria ser excluída do raciocínio jurídico. Assim, a lei deveria ser aplicada ao caso concreto silogisticamente (lei premissa maior, fato a menor e a sentença como conclusão)¹¹. Assim, estariam garantidas a segurança jurídica e a supremacia do legislador (já que interpretar significaria legislar, pois se estaria acrescentando algo que não foi autorizado pelo legitimado ao determinar e regular comportamentos). Interessante é a análise de Ingeborg Maus, para quem a vinculação do poder Judiciário ao poder Legislativo não assegura apenas a idéia de garantia de liberdade negativa (garantias contra a intervenção do Estado e contra o arbítrio de outros indivíduos), mas um princípio de liberdade ativa (domínio da ação dos cidadãos). Isso em virtude de o contrato ser um ato celebrado pelo povo e, por isso, era a sua vontade que deveria prevalecer (princípio da soberania popular). Desse modo, o povo poderia ser dotado de autonomia, não sendo necessário um déspota ou um judiciário que lhe diga o que é justo ou injusto¹².

A Escola da Exegese configura, assim, o extremo do raciocínio positivista no direito: propugna uma aplicação literal e silogística da lei, crê na completude do ordenamento jurídico e nega a faculdade de interpretação do juiz. Caso o sistema não dê uma resposta imediata à situação concreta, deve-se recorrer à vontade explícita do legislador ou, caso esta não seja possível de se obter, recorre-se à vontade ficta, por meio da analogia e dos princípios gerais de

⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. p. 77.

¹⁰ Segundo Sebastián Soler, as pretensões iluministas da codificação levaram aos dois pilares da doutrina exegética: monopólio da lei como fonte do direito e a vontade do legislador como conteúdo da lei. SOLER, Sebastián. **La interpretación de la ley**, p. 8.

¹¹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. p. 33. O primeiro a enunciar expressamente a função de aplicação meramente silogística da lei foi Beccaria, que buscou aplicar as teorias liberais sobre o direito na esfera do direito penal com o intuito de proteger o acusado contra os arbítrios do Estado (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 32-34).

¹² MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In: Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, novembro de 2000, p. 188-189.

direito¹³.

Essa supervalorização da lei conduz a reações doutrinárias extremas¹⁴ que, ao perceberem que a busca da vontade do legislador e a crença na idéia de que a lei sempre tem a resposta para o caso concreto geraram uma estagnação do direito e sua inadequação às mudanças sociais, negaram a importância da lei positivada, seja para recuperar as idéias jusnaturalistas (ainda que se falasse em um jusnaturalismo de conteúdo variável), seja para declarar que o direito era fruto apenas da atividade judicial, independente das normas legisladas, transformando o direito num conjunto de fatos sociais concretos e negando o seu caráter normativo.

Faltava à doutrina do direito uma visão rigorosa e sistemática que possibilitasse uma análise do direito de maneira geral, que desse conta da estrutura própria dos elementos que formam o fenômeno jurídico e separasse de vez a teoria do direito de conteúdos valorativos materiais que se imiscuíam na compreensão do fenômeno jurídico, dificultando uma teoria geral do direito (ou seja, dificultavam a utilização de ferramentas teóricas que fossem capazes de captar a especificidade do fenômeno jurídico em todas as suas possibilidades de manifestação).

Hans Kelsen foi o teórico do direito que causou maior impacto na sua tentativa de resolver os problemas teóricos de sua época. Pugnando por uma teoria pura do direito, que a transformasse numa ciência em sentido rigoroso, Kelsen cria categorias formais de análise e reinterpreta antigas de modo a torná-las independentes de qualquer critério valorativo, separando radicalmente a ciência do direito da ética. Entretanto, no que tange à interpretação, essa separação radical realizada pelo teórico da Escola de Viena leva a conseqüências que se assemelham àquelas propugnadas pelos juristas que não aceitavam a doutrina

¹³ Sobre a Escola da Exegese, confira-se BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, p. 78-79; PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. p. 31-68; FASSÓ, Guido. **La filosofia del diritto dell'ottocento e del novecento**. nuova edizione aggiornata a cura di Carla Faralli e Gianfrancesco Zanetti, Bologna, il Mulino, 1994, p. 25-27; SOLER, Sebastián. **La interpretación de la ley**, p. 14-27.

¹⁴ Para o que segue, SOLER, Sebastián. **La interpretación de la ley**, p. 27-61.

exegética da interpretação, principalmente ao afirmar que a decisão do caso concreto depende da subjetividade do juiz. No entanto, Kelsen não afirma que o direito é apenas o que diz o magistrado; também não afirma que o juiz deve buscar um critério seu de justiça, nem mesmo que seja possível chegar-se à única decisão correta (justa). O que Kelsen afirma é que as normas abstratas sempre dão margem de discricionariedade para a atividade do juiz (intencionalmente ou não).

Mas a formalização que Kelsen procede na teoria do direito recorre à compreensão da estrutura lógica do seu objeto privilegiado (a norma). O jurista de Viena procura, assim, estabelecer qual a estrutura da norma e como é possível transformá-la em objeto de uma ciência do direito que seja capaz de descrevê-la nas suas manifestações (uma manifestação lingüística prescritiva descrita por uma proposição descritiva que pode ser verdadeira ou falsa). Assim é que se pode afirmar que Kelsen foi o primeiro a utilizar os critérios de análise da linguagem dos neopositivistas ao estudo do direito (ao diferenciar a norma jurídica da proposição que a descreve, Kelsen faz algo análogo à diferenciação entre linguagem objeto e meta-linguagem¹⁵).

Assim, o principal representante da Escola de Viena propiciou uma espécie de virada lingüística na teoria do direito, tal qual aquela proporcionada por Gottlob Frege na filosofia¹⁶. Frege buscou (a partir da retomada dos estudos de lógica formal) estabelecer a possibilidade do estudo e compreensão de objetos que não fossem nem as experiências subjetivas nem os objetos empíricos exteriores. Objetos aos quais podemos nos referir e compartilhar a compreensão, mas não estão no mundo empírico: objetos lógicos. Ele vê a possibilidade da compreensão desses objetos exatamente na análise lógica da linguagem, na maneira pela qual a linguagem é capaz de se referir ao mundo e como é capaz de tornar explícito o pensamento (que, para Frege, é independente do sujeito, pois pode ser

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. (com a colaboração de Leonel Severo Rocha), 2ª edição aumentada, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 50.

¹⁶ Adiante será visto que essa utilização de critérios de análise da linguagem ocorre pela adoção, por parte de Kelsen, dos pressupostos da corrente filosófica cujas possibilidades são dadas por Frege: a filosofia analítica.

apreendido por todos a partir do veículo da linguagem; não se trata apenas de um processo interno da mente). A linguagem seria o local do compartilhamento intersubjetivo desses objetos lógicos¹⁷. O estudo do pensamento só pode ser feito, então, a partir da compreensão de como a estrutura da linguagem se relaciona com a estrutura da lógica formal.

A utilização da filosofia da linguagem no direito passa, então, a ser algo corrente. A análise do neopositivismo desemboca na conhecida “virada pragmática”, onde a formalização da linguagem é substituída (ou, ao menos, perde a prevalência) pela linguagem ordinária, levando-se em consideração o uso comum da linguagem como parâmetro de análise. Dentro das escolas positivistas, a virada pragmática também ocorre, e seu principal expoente é Herbert Hart. Aproveitando-se das filosofias de John Langshaw Austin e da segunda fase de Wittgenstein, Hart incorpora à teoria do direito a preocupação com o participante e os problemas das características da linguagem comum, o que o leva a visualizar a “textura aberta” do direito. Assim, Hart assegura uma teoria geral do direito que possa funcionar sem juízos de valor, mantendo a pretensão de explicar todas as manifestações jurídicas.

Ocorre que tanto Kelsen quanto Hart adotam como característica universal do direito a sua estrutura normativa, equiparando o direito à norma, seja qual for seu conteúdo ético, político ou religioso (o que importa é a validade). Então, como falar de um direito justo? Ou como garantir, por meio de uma teoria, uma única interpretação correta da norma ou uma aplicação justa? Ambos negam um critério valorativo único que sirva de base para o julgamento de atos normativos, o que os leva à posição doutrinária que ficou conhecida como decisionismo¹⁸. A

¹⁷ Nas palavras de Franca D’Agostini: “A linguagem é, de fato, precisamente o lugar de ‘pensamentos’ (conceitos-palavras) independentes dos nossos processos mentais; na linguagem, a incorporiedade do objeto lógico encontra uma dimensão intersubjetiva e se coloca na esfera do comunicável” (D’AGOSTINI, Franca. **Analítico e continentais: guia à filosofia dos últimos trinta anos.** trad. Benno Dischinger, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2002, p. 200). Confira-se, também, FREGE, Gottlob. O pensamento. Uma Investigação Lógica. In: FREGE, Gottlob. **Investigações lógicas.** Org. e trad. Paulo Alcoforado, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002.

¹⁸ “Decisionismo” se refere à margem de liberdade (discricionariedade) que é reconhecida ao juiz no momento da aplicação da norma, diante da impossibilidade de uma única interpretação correta.

questão que se põe é a seguinte: se não é possível recorrer à vontade do legislador e se a lei sempre dá margem à escolha do juiz, seja porque não se pode regular todas as suas formas de aplicação, seja porque sua linguagem é sempre imprecisa, não há uma única resposta para o caso concreto, mas várias. O juiz deve escolher e não há um método racional para essa escolha.

É de se admitir, portanto, que a relação entre filosofia analítica e teoria do direito só poderia levar a uma visão “decisionista” da interpretação jurídica, reconhecendo ao juiz uma margem de discricionariedade que impede tanto uma afirmação da segurança jurídica, tal qual buscada pela Escola da Exegese, quanto uma busca do direito justo, tal como defendiam as correntes jusnaturalistas. Entretanto, o que se pretende defender no presente artigo é que essa margem de liberdade reconhecida ao juiz no momento de aplicação da norma não significa reconhecimento de um poder absoluto do juiz. Na verdade, na medida em que o decisionismo mostra a impossibilidade de um único ponto de vista interpretativo, pode-se, a partir dele, compreender a inevitabilidade de abertura para o diálogo na aplicação da norma.

1. NEOPOSITIVISMO E CIÊNCIA DO DIREITO: A MOLDURA INTERPRETATIVA KELSENIANA

Hans Kelsen foi o teórico que levou a cabo a empreitada de criar uma ciência rigorosa do direito. E por ciência Kelsen entendia um conjunto de proposições coerentes e sistematizadas, meramente descritivas e dotadas de uma linguagem rigorosa, livre de ambigüidades. Uma ciência, assim, que refletisse da melhor forma possível o seu objeto, com método próprio e de forma pura (sem recorrer a métodos de outras áreas do conhecimento ou a qualquer tipo de elemento subjetivo).

É fácil notar que o modelo de ciência adotado pelo jurista de Viena é aquele defendido pelo Círculo de Viena. De acordo com os cultores deste movimento

científico-filosófico do início do século XX, apenas a ciência era capaz de produzir conhecimento rigoroso sobre o mundo, exatamente por ser um sistema de proposições com linguagem controlada, livre de subjetividades e referindo-se apenas a fatos que ocorrem na realidade. Ou seja, a verdade depende da correspondência entre enunciado e mundo (devendo ser verificável). Nesses termos, aquilo que faz parte da subjetividade do sujeito ou aquilo que não pode ser verificado como algo que faça parte do mundo empírico não gera qualquer tipo de conhecimento (é arte ou metafísica – e o problema desta última é que fala sobre o que não está no mundo, mas pretende dar um conhecimento verdadeiro, que não está sujeito ao critério de verificabilidade, em outras palavras, não pode ser verdadeiro ou falso). Inevitavelmente, a filosofia se reduz à atividade de esclarecimento do funcionamento da linguagem, quer dizer, ao estudo das condições que permitem que a linguagem seja uma função de representação do mundo (estudo das relações entre os signos de forma a traçar as condições formais para que a linguagem seja compreensível – sintaxe – e estudo das possibilidades de relação entre signos e fatos – semântica¹⁹): a filosofia se reduz à lógica²⁰.

A dificuldade que Kelsen enfrenta ao adotar esse modelo de ciência diz respeito ao objeto da ciência do direito. A norma não é um fato e ainda é fruto de um ato de vontade. Como compreendê-la em sua estrutura lógica própria e com objetividade?

O jurista de Viena necessita, então, precisar qual o critério que torna a norma – que é fruto de um ato de vontade humano – um objeto que possa ser analisado objetivamente. Em outras palavras, Kelsen tem de explicar como uma norma se torna um dado sem perder a sua característica prescritiva.

¹⁹ Frege distingue entre sentido (capacidade dos signos serem compreendidos) e referência (aquilo a que o signo se refere). FREGE, Gotlob. Sobre o sentido e a referência. In: FREGE, Gotlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1978.

²⁰ CARNAP, Rudolf. **Philosophy and logical syntax**. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1935.; bem como SCHLICK, Moritz. La svolta della filosofia. In: SCHLICK, Moritz. **Tra realismo e neo-positivismo**. Trad. Eva Picardi, Bologna, il Mulino, 1974.

Nesse sentido, ele afirma que um fato é jurídico quando está de acordo com uma norma²¹. Mas, por que esta norma tem um caráter vinculativo para o sujeito? Segundo Kelsen, a norma vincula porque ela é válida, ou seja, foi posta por alguém autorizado pelo próprio ordenamento. Assim, essa norma, está de acordo com uma norma superior, até se chegar na constituição e esta, por sua vez, tem sua validade determinada pela norma fundamental (que é pressuposta, sem conteúdo e não integra o ordenamento)²².

Na medida em que o imperativo cumpre os requisitos de validade do ordenamento globalmente eficaz, ele se transforma numa norma existente (uma norma válida é uma norma que existe: a validade da norma é o mesmo que sua existência)²³. Como uma norma que é aceita como vinculativa de condutas, dotada de um mínimo de eficácia, ela tem um caráter objetivo, o que permite que seja conhecida por uma ciência autônoma, que compreenda essa norma não como um simples fruto de um ato de vontade, nem como uma simples imposição de valor ou um fruto de um fato social empiricamente identificável. Não que esses elementos não façam parte da criação e compreensão das normas, mas eles não permitem a compreensão da sua forma lógica, seu caráter puramente normativo. A tarefa da ciência do direito é, justamente, dar conta da singularidade da norma em seu elemento normativo, o que faz dela uma ciência normativa, e não empírica ou causal.

Destarte, a norma jurídica existente – objeto da ciência do direito – deve ser dotada de um mínimo de eficácia, estar de acordo com as normas hierarquicamente superiores e determinar uma sanção (uma relação entre um fato previsto em abstrato e uma consequência que *deve* seguir-se ao fato, caso ele se verifique). São essas as características formais presentes em todas as normas jurídicas, independentemente das sociedades, culturas, religiões e sistemas morais (ou seja, independentemente do conteúdo material valorativo) em que estejam inseridas.

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 2-4.

²² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 9-10.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 11.

A tarefa do cientista do direito é compreender o sistema jurídico como um todo e, com relação à norma singular, compreender e descrever as suas condições de validade (dizer se a norma é válida ou inválida), descrever como ela determina uma relação de imputação (enquanto uma lei científica determina uma relação causal – se A é, então B é –, uma lei jurídica determina uma relação de imputação – Se A é, então B *deve ser*), que depende de ações de outros agentes para que a consequência prevista como sanção possa se realizar²⁴, e descrever as possibilidades interpretativas da norma, sem se deixar levar por suas próprias percepções do que justo ou correto.

Entretanto, para que a ciência do direito possa ser uma ciência em sentido estrito, Kelsen assume os requisitos de cientificidade dos cultores do Círculo de Viena. Assim, os cientistas do direito deveriam criar um sistema de proposições coerentes, claras, sem ambigüidades, sem percepções subjetivas e que possam ser verificadas. Diante disso, a proposição jurídica poderia ser verdadeira ou falsa se ela corresponder ou não a uma norma jurídica válida (esse seria o seu critério de verificabilidade). Ocorre que a linguagem descritiva da ciência do direito é muito próxima da linguagem normativa do direito. O que diferencia ambas é que a norma existe ou não existe (é válida ou inválida), enquanto a proposição jurídica descritiva é verdadeira ou falsa. Nesse sentido, a linguagem da ciência do direito é a meta linguagem que traça as condições para o conhecimento do objeto, bem como o descreve como uma objetividade²⁵.

Mas há uma dificuldade nessa abordagem que Kelsen se vê obrigado a enfrentar e diz respeito ao problema da interpretação. A norma jurídica é escrita em linguagem natural, fruto da vontade de diversas pessoas (no caso dos ordenamentos jurídicos das sociedades complexas). Dessa forma, a norma é sempre fruto de várias interpretações diferentes possíveis²⁶. Além disso, a validade da norma, como visto, advém da sua concordância com a norma

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 100-102

²⁵ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. p. 50, e ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo, ed. UNISINOS, 1998, p. 67.

²⁶ Sobre o que segue a respeito da interpretação, KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. cap. VIII.

hierarquicamente superior, pois o critério de criação e derivação normativa deve vir da esfera do dever-ser, e não do ser, como, por exemplo, a vontade do legislador (de um ser não se deriva um dever-ser; acrescente-se que, nos ordenamentos complexos, é impossível saber qual a vontade de todos que participaram do processo de criação da norma, e há que se levar em conta que uma norma válida não perde sua validade com o decurso do tempo, quando a vontade do legislador já deixou de existir)²⁷. Ora, como o texto normativo tem vários sentidos possíveis, há várias possibilidades de se extrair uma norma dele. Esse é o papel da interpretação.

Um outro problema que Kelsen identifica é que as normas, muitas vezes, são intencionalmente indeterminadas. O próprio legislador deixa uma margem de abertura para que o aplicador da norma possa ter opções de ação de modo que possa ter maior possibilidade para o seu cumprimento, deixando, portanto, uma margem de discricionariedade. Assim, há a indeterminação intencional da norma e a indeterminação não-intencional da norma (o problema da polissemia).

Contudo, em razão da polissemia da norma, todos os seus destinatários têm de interpretá-la. Diante disso, Kelsen distingue entre intérpretes autênticos e não-autênticos das normas. Estes são todos aqueles que se vêm diante da situação de ter de atribuir um sentido ao enunciado normativo. Os intérpretes autênticos são aqueles a quem o ordenamento jurídico dá o poder de dizer o sentido que deve vincular os demais (por exemplo, o magistrado). Assim, não importa o sentido que os destinatários da norma atribuem a ela, em caso de conflito, o sentido que será válido será aquele dado pelo aplicador.

No que diz respeito ao cientista do direito, ele também é intérprete não-autêntico. Isso porque ele não tem poder de decidir e, como sua função é apenas a de descrever a norma, ele não pode determinar como as coisas devem ser. Se há mais de um sentido possível, então a decisão por um deles é uma escolha subjetiva, fruto de uma percepção individual do aplicador (dependente de suas concepções políticas, morais, religiosas, culturais, etc.). Ao jurista cientista cabe apenas a descrição da realidade normativa de maneira precisa e livre de

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 4-10.

influências subjetivas que não são passíveis de serem determinadas como verdadeiras ou falsas. Assim, o cientista do direito pode apenas indicar quais são as interpretações possíveis da norma, trançando a moldura dentro da qual estarão as possibilidades interpretativas que o juiz escolherá.

Nesse sentido, como o juiz é o agente que tem poder, dado pelo próprio ordenamento, para determinar as normas que condicionarão as condutas em casos concretos, ele é livre para escolher qualquer das possibilidades que se inserem na moldura, pois esse juízo sobre a oportunidade, justiça, moralidade ou adequação sobre a interpretação da norma é dado ao magistrado que tem de exercê-lo para dar uma decisão concreta. Entretanto, como o ordenamento jurídico dá poder para o juiz determinar as condutas concretas, se ele escolhe uma "interpretação" que esteja fora da moldura nada pode ser feito, caso a decisão transite em julgado²⁸. Aqui o decisionismo de Kelsen atinge seu ponto máximo.

A consequência imediata dessa visão kelseniana sobre a interpretação é a afirmação de que não existe uma única decisão justa e correta. Não é possível dizer que apenas uma decisão era possível, pois essa afirmação depende da concordância com os fatores subjetivos que levaram à decisão (que, como visto, por serem subjetivos não são controláveis).

2. VIRADA PRAGMÁTICA E TEORIA JURÍDICA: A TEXTURA ABERTA DO DIREITO SEGUNDO HART

Na teoria do direito, contudo, o positivismo kelseniano, baseado nos critérios de conhecimento nos moldes do Círculo de Viena (objetividade, neutralidade, univocidade dos signos e verificabilidade), passa a ser reconhecido como insuficiente e reducionista do fenômeno que pretende conhecer (mesmo numa perspectiva positivista). Kelsen não se dá conta do aspecto que faz com que uma

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 297-298.

norma seja percebida como vinculativa pelo seu destinatário, se vendo obrigado a recorrer a uma norma hipotética que tem um caráter gnosiológico e não propriamente normativo. Como consequência, o jurista de Viena reduz o direito a uma relação de fato (abstrato) e consequência (sanção), na relação que ele denominou de "imputação". O conceito de sanção se vê (de maneira antiintuitiva) ampliado demasiadamente, pois deixa de ser uma consequência maléfica pelo descumprimento da norma para ser entendido como todo efeito previsto por uma norma.

Herbert Hart, jurista de Oxford, propõe uma abordagem positivista (porque também baseada na análise da norma, da sua função e estrutura) diferenciada de Kelsen, que explique a função do direito como algo mais que um comando fruto da vontade de uma autoridade; em outras palavras, como explicar a validade do direito como um elemento que faz parte da maneira como a própria sociedade o percebe como vinculativo (qual o critério que permite compreender que uma determinada sociedade perceba como válida uma determinada ordem jurídica). Para tanto ele se vale da virada pragmática da linguagem promovida por Wittgenstein (na sua segunda fase) e John Langshaw Austin.

Para Wittgenstein, na sua filosofia tardia, a linguagem não pode ser reduzida a um único modelo que cumpre apenas uma função. A lógica formal seria apenas uma das linguagens possíveis, um dos usos lingüísticos dentre inúmeros outros. A metafísica estaria, então, na tentativa de reduzir todo o processo de ação da comunicação a um único modelo: o referencialista (de forma que a linguagem pudesse apenas descrever, representar o mundo). Há incontáveis outras coisas que se pode fazer com a linguagem; ela é o meio universal de ação e compreensão do mundo.

Nesse sentido, Wittgenstein cria a idéia de "jogos de linguagem", que são, aproximadamente, os meios institucionais em que a linguagem e o uso das palavras se apresentam, gerando a significação. A linguagem adquire seu significado, segundo Wittgenstein, por meio do uso que as palavras têm em um determinado contexto, e esse uso é regido por regras que delimitam diferentes jogos de linguagem, de acordo com os diferentes contextos. Assim, saber usar a

linguagem implica saber seguir regras. Mas essas regras não são fixas e se alteram de acordo com as mudanças sociais. Elas não determinam instituições sociais, as regras apenas adquirem seu sentido no contexto determinado de uma instituição social (as regras não determinam os jogos de linguagem, mas são determinadas por eles).

Como as regras não determinam os jogos, mas é o contexto institucional do jogo que dá sentido às regras, podem existir situações de dúvida sobre um “lance válido” num determinado jogo de linguagem, um lance em que a regra de uso não é clara (a regra não determina o sentido, ela aponta uma direção²⁹). Ora, como o significado dos signos é regido pelas regras dentro de uma situação contextual, a linguagem não pode ser precisa (ela é sempre dotada de vagueza) e, muitas vezes, o que se precisa é de um conceito vago³⁰, que permita uma maior margem de manobra no processo de comunicação ou compreensão. Destarte, o jogo de linguagem “seguir uma regra” não é preciso. Existem casos em que claramente se sabe que uma regra está sendo seguida, outros em que é evidente que uma regra está sendo violada e outros em que não é possível, *a priori*, saber qual das duas situações está acontecendo.

Por outro lado, Austin não se dá por satisfeito com a falta de precisão e a prevalência total da linguagem ordinária tal como apontadas por Wittgenstein. Ele pensa que é possível, sim, melhorar a linguagem ordinária. Mas isso não quer dizer que a linguagem ordinária possa ser ignorada pela filosofia e que seja possível criar uma linguagem artificial sem um conhecimento rigoroso da linguagem comum. A linguagem ordinária não é a última palavra sobre a linguagem em geral, mas é, com certeza, a primeira palavra³¹.

O papel do filósofo é compreender a linguagem ordinária para conhecer suas potencialidades e as diferenças traçadas pela sabedoria nela depositada ao longo

²⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni, col. Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1999, §§ 84-85.

³⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. §§ 68 e 71.

³¹ AUSTIN, John Langshaw. En defensa de las excusas. *In*: WHITE, Alan R. (org.). **La filosofía de la acción**. Trad. Sonia Block Sevilla. México: Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 43.

dos séculos³². E conhecer a linguagem ordinária é saber que a linguagem é muito mais que mera descrição de fatos; a linguagem é um meio de ação. Austin chama de falácia descritivista a tentativa de redução da linguagem apenas à sua capacidade de descrição da realidade. Inicialmente, Austin diferencia duas funções básicas da fala: a função constatativa (que identifica, constata uma situação, um fato) e a realizativa (a função de realizar uma ação ao dizer algo)³³. Mas ele especifica mais essa divisão. Afirma que existem três dimensões do ato de fala: locucionária, ilocucionária e perlocucionária. A dimensão locucionária diz respeito ao ato de afirmar uma situação de fato (dizer “isso é assim” equivale a dizer “eu afirmo que isso é assim”); a ilocucionária diz respeito a realizar uma ação *ao se* dizer algo (“eu prometo” é a própria ação de prometer); e a dimensão perlocucionária diz respeito a causar um efeito *pelo fato de* ter dito algo (ao se dizer algo se causa um efeito: alarmar, persuadir, amedrontar, etc.)³⁴. Entretanto, Austin admite que, no uso comum da linguagem, pode ser difícil diferenciar de maneira clara cada uma dessas dimensões, de forma que o importante é compreender a expressão em todo o contexto situacional de seu uso.

Hart concorda com Austin sobre a necessidade de não se reduzir a linguagem ao seu aspecto descritivo, bem como com a idéia de que uma percepção aguçada das palavras possibilita uma compreensão mais apurada dos fatos³⁵. Nesse sentido, ele propõe uma análise mais rigorosa do uso de conceitos jurídicos básicos, tais como “obrigação” e “sanção”.

Com relação à sanção, o jurista de Oxford nega a visão kelseniana de que este seja o elemento principal do direito. Podem muito bem existir normas que não sejam dotadas de previsão de uma conseqüência, mas, ainda sim, serem recebidas pelo seu destinatário como vinculativas. Segundo Hart, a ampliação

³² AUSTIN, John Langshaw. En defensa de las excusas. p. 39

³³ AUSTIN, John Langshaw. **Como hacer cosas con palabras**. Trad. Genaro Carrió y Eduardo A Rabossi, 3ª reimpressão, Barcelona: Ediciones Paidós, 1990, p. 43-47.

³⁴ AUSTIN, John Langshaw. **Como hacer cosas con palabras**. p. 138-147.

³⁵ HART, Herbert, L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 2.

que Kelsen promoveu na idéia de sanção para que pudesse justificar a dependência de todo o direito com relação a esse conceito foge completamente do uso ordinário da palavra “sanção” (Kelsen entendia que toda consequência normativamente prevista – inclusive a declaração de nulidade – poderia ser encarada como uma sanção). A sanção seria um algo a mais do direito: o elemento que garante que o destinatário da norma, ainda que não a reconheça como tal (que se coloca na posição de um observador externo) também venha a cumprir a norma, estabilizando as expectativas com relação àqueles que a cumprem voluntariamente (a partir de uma visão interna do direito). Assim, a sanção garantiria um efeito perlocucionário para quem não aceita a norma na sua dimensão contextual e institucional (como um ato de fala que, dentro das condições institucionais dadas, determina uma obrigação – dimensão ilocucionária do ato de fala). Mas, então, como estabelecer o aspecto de obrigatoriedade da norma?

Essa pergunta leva à diferença que Hart traça entre os conceitos de ter uma obrigação e ser obrigado a fazer algo. O indivíduo é obrigado a fazer algo quando ele se vê forçado à ação, quando não há outra alternativa (por exemplo, quando o ladrão aponta uma arma para ele e diz: “entregue o dinheiro”; nessa situação, a vítima diz que “foi obrigada” a entregar o dinheiro)³⁶. Por outro lado, a consciência de ter uma obrigação indica que o indivíduo assume uma perspectiva interna do direito. Isso quer dizer que o indivíduo compreende o funcionamento do sistema do direito e reconhece a sua força obrigatória³⁷ (aceita uma regra jurídica como válida, assumindo a sua obrigatoriedade e exigindo também dos demais o seu cumprimento – o que não quer dizer que concorde com o seu conteúdo).

Já a visão externa é característica daquele que não aceita a norma como obrigatória, que não pertence àquele sistema jurídico específico. Nesse sentido, tanto aquele que não faz parte do sistema quanto aquele que não reconhece a sua validade são vistos como espectadores externos, que não se vinculam à

³⁶ HART, Herbert, L. A. **O conceito de direito**. p. 26-31.

³⁷ Sobre os aspectos interno e externo do direito, HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 65-66 e 98-100.

norma (quanto ao segundo, a sanção é exatamente uma garantia de que o indivíduo obedecerá à norma, mantendo a estabilidade das expectativas dos demais participantes internos, que pretendem a observância da regra). Com relação àquele que não é participante do sistema, este, caso já não tenha conhecimento de outros sistemas normativos, não será capaz de explicar a validade e a obrigatoriedade das regras jurídicas, mas apenas conseguirá descrever regularidades de comportamento e a probabilidade de determinadas conseqüências (que seriam a aplicação das sanções) em razão da violação desses padrões descritos.

Contudo, o que permite a existência de regras jurídicas, normas que sejam diferentes de outras regras sociais? De acordo com Hart, o direito forma um sistema de regras próprio por ser composto de regras primárias e secundárias. As regras primárias são as regras que estabelecem as obrigações, que determinam comportamentos. As secundárias são aquelas que permitem ao direito formar um sistema diferenciado das outras regras sociais que também impõem obrigações. São as regras de alteração, de adjudicação e de reconhecimento.

As regras de alteração permitem que as regras primárias sejam criadas, alteradas ou revogadas; possibilitam que haja o legislador, responsável pela dinâmica do ordenamento. As regras de adjudicação permitem que exista uma instituição como a magistratura, responsável por dizer se o direito foi ou não violado em um caso concreto, determinando a sanção, se for o caso. Já a regra de reconhecimento é a regra que dá os critérios para que uma norma seja reconhecida como obrigatória, como pertencente ao direito. Se uma norma não estiver de acordo com o que exige a regra de reconhecimento, então ela não pertence ao mundo jurídico, não é válida³⁸. Nesse sentido, a regra de reconhecimento exerce a mesma função de critério último de validade que a norma fundamental de Kelsen, com a grande diferença de estar integrada ao sistema e não ser uma norma pressuposta.

³⁸ Sobre as regras secundárias, veja-se HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. cap. V.

Mas a regra de reconhecimento pode ser encarada como uma regra de caráter conceitual³⁹, pois diz respeito às características que são reconhecidas de maneira geral como integrantes do direito, de forma que os destinatários das regras identificam uma norma como vinculante ou não. Entretanto, quanto mais complexo o sistema jurídico particular, mais complexa será a regra de reconhecimento, de modo que podem surgir dúvidas sobre a validade de uma norma criada. Nesse sentido, assumindo que a regra de reconhecimento possui um caráter conceitual, ela pode apresentar o que Hart chama de uma “textura aberta”. Neste caso, podem existir dúvidas sobre se uma determinada regra criada ou seguida faz ou não parte do sistema jurídico. Ela fica numa zona cinzenta em que não se pode dizer com certeza se pertence ou não ao sistema jurídico. Quando isso ocorre, cabe ao Judiciário, examinando da melhor forma possível o sistema, bem como a “finalidade do jogo” (como o sistema funciona, quais as suas principais características, o que se espera dele, etc.) decidir⁴⁰. Assim, por mais que os indivíduos que estejam dentro do âmbito de validade do ordenamento jurídico possam atuar como agentes externos (não aceitam os critérios que são geralmente aceitos para que um sujeito reconheça a regra como válida e, por isso, atribua-lhe valor vinculativo para si e para os demais, bem como aqueles mais específicos que são utilizados pelos tribunais e que não são compartilhados pelo cidadão comum, de forma que não se vêem tendo uma obrigação, mas apenas obrigados pelo poder da comunidade em virtude da sanção), é necessário, para que o sistema de regras primárias e secundárias funcione, que os funcionários do Estado, principalmente os juízes, aceitem e apliquem as regras a que estão submetidos e reconheçam os elementos que informam a regra de reconhecimento.

Mas, do mesmo modo que os critérios da regra de reconhecimento podem ser duvidosos em casos limites, quando não se tem clareza de que tais critérios são aplicáveis a um caso, uma norma pode gerar dúvidas quanto à extensão da sua aplicabilidade; ou seja, pode não ser claro se, num dado caso concreto, uma

³⁹ BULYGIN, Eugenio. Sobre la regla de reconocimiento. *In*: ALCHOURROUN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. p. 161-168.

norma válida seja aplicável ou não (em outras palavras, toda norma jurídica válida apresenta uma zona cinzenta). Segundo Austin, a realidade é sempre muito mais rica que o nosso vocabulário, de forma que é comum surgirem dúvidas sobre a aplicabilidade de um signo a uma situação ou fato⁴¹. Isso se aplica também a uma norma jurídica, de forma que, muitas vezes, surgem fatos que não se sabe se podem ser subsumidos a uma norma: não é possível determinar se não existe uma convenção que se aplique ao caso ou se o caso não está submetido a uma convenção⁴². Por outro lado, Wittgenstein afirma que seguir uma regra significa saber reconhecer um padrão de conduta e segui-lo. Mas nem sempre é clara a conduta exigida. Nesse sentido, a regra não determina uma conduta, mas indica uma direção a seguir. Nesse momento de incerteza, Hart afirma que o juiz dispõe de discricionariedade para dizer se o caso está ou não dentro do âmbito de abrangência da norma, e espera-se que ele faça a melhor escolha possível.

É justamente em razão da incerteza que pode surgir com relação à aplicabilidade e explicitação dos elementos que compõem a regra de reconhecimento e da indeterminação das regras jurídicas que se pode falar do decisionismo na teoria do jurista de Oxford. Esse poder discricionário que Hart admite fazer parte das atribuições do aplicador da norma leva-o a reconhecer que, quando se está a tratar da zona cinzenta da norma ou da regra de reconhecimento, não existe uma única resposta correta. Não há, assim, como realizar a Justiça, mas apenas se pode esperar que o juiz aja da melhor forma institucional possível (dentro do “espírito do jogo”). A justiça está na equidade: tratar as situações semelhantes de maneira semelhante⁴³.

⁴¹ AUSTIN, John Langshaw. **En defensa de las excusas**. p. 54.

⁴² AUSTIN, John Langshaw. **Como hacer cosas con palabras**. p. 73. Segundo Austin, os juristas preferem a segunda alternativa, pois implica aplicar o direito, enquanto a primeira enseja a criação do direito.

⁴³ Sobre a questão da justiça em Hart: HART, Herbert, L. A. **O conceito de direito**. p. 173.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: DECISIONISMO E ABERTURA PARA O DIÁLOGO

Como visto nas páginas acima, o chamado decisionismo de Kelsen e Hart decorre diretamente das visões teóricas que eles assumem sobre o conhecimento e a linguagem, que os leva a um relativismo sobre a justiça e à impossibilidade de se afirmá-la na aplicação da lei. A linguagem é aberta, dotada de polissemia (que leva à idéia de moldura interpretativa de Kelsen) e vagueza (que leva à discricionariedade do juiz, segundo Hart). Nesse sentido, não há como ter controle da linguagem nem é possível controlar a realidade das ações com base em normas bem elaboradas gramaticalmente. No caso de sérias dúvidas sobre a aplicabilidade de uma norma, há várias escolhas possíveis, não se podendo afirmar, objetivamente, que uma é melhor que a outra.

Essas conclusões dos dois filósofos do direito aqui analisados foram recebidas pela comunidade jurídica como teses céticas sobre a moral e a justiça, e como potencialmente justificadoras de sistemas e poderes judiciários autoritários. Enfim, muitas vezes Kelsen e Hart foram compreendidos e criticados como autores positivistas que, além de retirarem a dimensão ética do direito, não se importavam com a arbitrariedade (inclusive, a teriam fundamentado). O objetivo deste artigo não é fazer uma análise psicológica ou dos ideais políticos desses dois autores (que, aliás, politicamente sempre se manifestaram e agiram seguindo os ideais da liberdade e da democracia), mas, neste final, indicar a potencialidade democrática que suas teses abriram no campo da teoria do direito e que precisam ser reconhecidas para poderem ser aprofundadas.

É necessário, então, ficar claro que nenhum dos dois autores propõe uma tese normativa de como o juiz deve agir ou quais poderes lhe devem ser conferidos. Suas teses cingem-se a dizer que, pela estrutura normativa interna do direito e em razão da impossibilidade de controle total da sua linguagem, bem como a impossibilidade de se regular todas as ações possíveis que a realidade propicia, os juízes acabam tendo, pode-se dizer que por uma questão de fato, poderes além dos que lhes eram reconhecidos pela teoria jurídica tradicional. Mas isso

não quer dizer que devemos aceitar qualquer decisão judicial, que os magistrados podem fazer o que bem entenderem. Repita-se, as teses aqui analisadas não são de caráter prescritivo.

Ora, uma vez que fica claro que não é possível chegar a uma única resposta correta, que não existe uma única decisão justa, que as outras possibilidades são, a princípio, tão boas quanto as outras, o juiz deixa de ser visto como um sujeito cognoscente superior aos demais cidadãos. Ele pode conhecer melhor técnica jurídica, mas não é alguém que sabe reconhecer a justiça onde o leigo não consegue enxergar. Então, se uma determinada interpretação pode ser tão boa quanto a do juiz, resta a este duas possibilidades: o autoritarismo ou o diálogo. Os recursos retóricos para mascarar a arbitrariedade são drasticamente reduzidos a partir das análises de Kelsen e Hart.

Em outras palavras, uma vez que não existe a resposta correta, cabe ao juiz reconhecer a legitimidade das propostas interpretativas de cada parte, abordá-las com respeito e seriedade e *mostrar* porque uma ou todas estão erradas, criando uma fundamentação coerente para a sua decisão, que dê uma resposta para as teses levantadas pelas partes e justifique a sua conclusão, mantendo o que Hart chamou de “o espírito do jogo”. Não foi à toa Hart ter afirmado que, quando o magistrado se encontra diante de uma incerteza sobre o conteúdo da regra de reconhecimento, sobre o que identifica e é exigido pelo direito de uma comunidade, é a sua capacidade de mostrar a coerência da sua resposta com o sistema jurídico, tal como percebido pelos destinatários da decisão (que, nesses casos, envolve toda a comunidade), que mantém a confiança destes na instituição do Judiciário, possibilitando que o sistema seja duradouro⁴⁴. Sem essa confiança, o reconhecimento do destinatário como um participante do jogo de linguagem do direito cessa, e ele passa a se ver como um participante externo (não se reconhece como obrigado a algo, mas como sendo obrigado, forçado, a algo), o que mina a legitimidade do sistema e, portanto, o sentimento de vinculação a ele. Caso o diálogo não seja realizado, caso não se construa uma fundamentação para a decisão que ao mesmo tempo dê uma resposta às partes,

⁴⁴ HART, Herbert, L. A. **O conceito de direito**. p. 167-168.

a decisão é inevitavelmente arbitrária, pois as outras interpretações propostas seriam, a princípio, tão boas quanto as outras apresentadas.

Além disso, esse reconhecimento da impossibilidade de se extrair do sistema uma única resposta justa, ou da capacidade do juiz para alcançá-la sozinho, leva a uma outra consequência: a necessidade de abertura constante do direito para novas visões, novas possibilidades interpretativas, novas demandas. Isso porque, não havendo uma única resposta correta, a resposta dada sempre pode estar errada e é sempre precária: pode ser mudada a qualquer momento (e deve ser mudada sempre que se mostre duvidosa ou incoerente)⁴⁵. Ou seja, o precedente não encerra o diálogo sobre a questão resolvida (ele apenas encerra uma lide específica).

Esta última questão leva a um outro ponto, que, apesar de merecer uma pesquisa mais ampla e consistente, precisa, ao menos, ser tocada, e com a qual conclui-se esse artigo. Trata-se do seguinte: se não é possível determinar, *a priori*, uma única resposta correta; se isso leva à obrigatoriedade do diálogo do juiz com as partes como única forma de legitimar a decisão; se esta é sempre precária e, portanto, pode ser alterada a qualquer momento e se a interpretação das partes pode ser tão boa quanto a do Judiciário, então a limitação às partes do acesso às discussões jurídicas, principalmente no que tange a questões constitucionais, mais especificamente com relação aos direitos fundamentais, abertas e indeterminadas por natureza, é sempre arbitrária e injustificada.

Em outros termos, o controle difuso de constitucionalidade é um elemento de garantia da legitimidade do sistema constitucional como um todo. Esse modelo de controle de constitucionalidade das leis e de atos jurídicos garante que qualquer do povo possa, a partir de uma situação concreta, levar ao judiciário uma questão constitucional e dar a sua compreensão do tema, demandando uma resposta, o que incrementa a participação democrática na construção da jurisprudência que será aplicada aos casos futuros, aumentando o debate e a

⁴⁵ Não se trata de qualquer tese sobre a flexibilização da coisa julgada ou coisa do gênero. É que, uma vez formada jurisprudência, a decisão se projeta para o futuro. Nesse sentido, o precedente pode e deve ser alterado sempre que se mostre necessário.

SIMON, Henrique Smidt. O decisionismo como possibilidade de abertura para o diálogo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

identificação de divergências no âmbito do próprio Judiciário. Qualquer proposta de eliminação ou redução desse modelo leva a uma violação da própria noção de Estado democrático de direito, estabelecida pela constituição e que diz respeito à inclusão participativa de todos os cidadãos em todas as esferas das decisões públicas, dentre as quais o Judiciário não é uma exceção⁴⁶. Isso quer dizer que o controle de constitucionalidade no modelo difuso permite que qualquer interessado possa participar do processo de discussão da interpretação normativa.

As análises de Kelsen e Hart mostram, assim, a impossibilidade de se pensar o direito como um sistema fechado dominado apenas por operadores do direito, implicando a sua abertura cognitiva a todos os possíveis destinatários das normas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AUSTIN, John Langshaw. En defensa de las excusas. *In*: WHITE, Alan R. (org.). **La filosofía de la acción**. Trad. espanhol Sonia Block Sevilla, 1. ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1976.

_____. **Como hacer cosas con palabras**. Trad. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi, 3ª reimpresión, Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone Editora, 1995.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait, 4. ed., Brasília: editora Universidade de Brasília, 1997.

BULYGIN, Eugenio. Sobre la regla de reconocimiento. *In*: ALCHOURROUN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴⁶ A partir de um caminho diverso, o professor Menelick de Carvalho Netto chega a uma conclusão bastante parecida. Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 163.

SIMON, Henrique Smidt. O decisionismo como possibilidade de abertura para o diálogo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CARNAP, Rudolf. **Philosophy and logical syntax**. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd., 1935.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação sob o paradigma do estado democrático de direito. *In*: **Notícia do Direito Brasileiro – nova série (Revista da Faculdade de Direito da UnB)**, n. 6 (jul./dez. 1998), Brasília: Editora UnB, 2000, p. 233-250.

_____. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

D'AGOSTINI, Franca. **Analítico e continentais**: guia à filosofia dos últimos trinta anos. Trad. Benno Dischinger, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

FASSÓ, Guido. **La filosofia del diritto dell'ottocento e del novecento**. nuova edizione aggiornata a cura di Carla Faralli e Gianfrancesco Zanetti, Bologna: il Mulino, 1994.

FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. *In*: FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: Cultrix/EDUSP, 1978.

_____. "O Pensamento. Uma investigação lógica". *In*: FREGE, Gottlob. **Investigações lógicas**. Org. e Trad. Paulo Alcoforado, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

HART, Herbert, L. A. **O conceito de direito**. Trad. Armindo Ribeiro Mendes, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Martins, São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *In*: **Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, novembro de 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 1. ed. Trad. Verginia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo, ed. UNISINOS, 1998.

SCHLICK, Moritz. La svolta della filosofia. *In*: SCHLICK, Moritz. **Tra realismo e neo-positivismo**. Trad. italiana Eva Picardi, Bologna, il Mulino, 1974.

SOLER, Sebastián. **La interpretación de la ley**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. (com a colaboração de Leonel

SIMON, Henrique Smidt. O decisionismo como possibilidade de abertura para o diálogo. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.5, n.1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Severo Rocha), 2ª versão/ 2ª edição aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. José Carlos Bruni, Col. *Os Pensadores*, São Paulo: Nova Cultural, 1999.