

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROBLEMA DA APLICAÇÃO E DA SIGNIFICAÇÃO DO DIREITO*

KATYA KOZICKI**

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Conhecimento e ação 3. O processo de significação jurídica 4. Aplicação e significação jurídica

1 INTRODUÇÃO

Esta comunicação parte do reconhecimento da importância da linguagem para o conhecimento jurídico, delimitando nossa opção epistemológica, que se centrará na linguagem e no papel do seu intérprete para a correta apreensão dos significados do direito.

Nos interessa, neste momento, discutir o problema da significação do discurso jurídico. Especificamente, vamos problematizar dois âmbitos de idéias: I) a relação entre conhecimento e ação, a qual nos permite compreender a vinculação dos sujeitos às pautas jurídicas, a partir da noção de obrigação e II) a questão da atribuição de sentido aos enunciados jurídicos. A articulação destas duas questões, ao final do trabalho, permitirá realizar algumas considerações, a título de conclusão, acerca dos limites do discurso jurídico

* Comunicação apresentada no 13º Colóquio da Associação Internacional de Semiologia do Direito. USP, São Paulo, agosto/97.

** Professora de Teoria Geral do Direito da Universidade Federal do Paraná e de Introdução ao Estudo do Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Direito na UFSC. Advogada.

oficial. Para atingir estes objetivos, várias são as possibilidades de análise. Optamos por realizar uma abordagem do tema a partir de uma re-leitura da obra de Herbert HART. Desta forma, a construção desta comunicação está estruturada em torno dos conceitos explicitados por este autor.

Em primeiro lugar, gostaríamos de chamar atenção acerca da nossa escolha deste autor como referencial teórico do tema a ser desenvolvido. Esta escolha não foi aleatória, mas respeita a uma série de fatores, especialmente a nossa preocupação em relacionar a teoria jurídica aos movimentos filosóficos que redimensionam o saber da atualidade. A ciência e o conhecimento neste século sofreram significativas transformações, e a teoria jurídica não esteve alheia a tais mudanças. Este conhecimento – enquanto possibilidade – sofreu profundos questionamentos, a partir da chamada “crise da razão moderna”. No âmbito da ciência, um dos movimentos que buscaram lançar luz ao processo de conhecimento elegeu a linguagem como paradigma, nas várias perspectivas de análise possíveis. Através desta e da existência de vários níveis de expressão lingüística, procurou-se estabelecer planos conceituais distintos entre a ciência e aquilo que lhe serve de objeto. Na teoria jurídica o positivismo assume com clareza tal perspectiva tendo, em Hans KELSEN e Norberto BOBBIO, expoentes desta intenção.

Embora possamos ver em HART um representante do positivismo jurídico, sua teoria aborda a problemática jurídica a partir de outra perspectiva, tendo sido este autor o responsável pela inserção do paradigma hermenêutico na análise do direito. A adoção de tal paradigma, colocando em relevo a função do participante (intérprete) do sistema, representa uma considerável abertura no processo de conhecimento jurídico. Esta perspectiva eminentemente hermenêutica se realiza na medida em que HART desloca o eixo de análise do direito de um conhecimento preocupado com os aspectos sintáticos e semânticos da linguagem jurídica para um conhecimento preocupado com o aspecto pragmático desta, privilegiando seus usos e funções.¹ O comportamento significativo é um comportamento governado por regras e a explicitação do sentido deste comportamento implica a “apreensão” de tais regras.² Com isto queremos dizer que a explicação dos fenômenos sociais não pode prescindir da

¹ Para uma aproximação inicial em relação a estes planos ver FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.124.

² LAMEGO, José. *Hermenêutica e Jurisprudência*. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1990. p.109.

compreensão e explicitação das suas regras internas, ditas regras constitutivas de sentido. A apreensão de tais regras demanda que se conheçam estes fenômenos “por dentro”. Para que se desvele o sentido dos fatos institucionais, ao contrário dos fatos brutos, é necessário um ponto de vista interno, posto que o sentido destes não é acessível em termos puramente observacionais ou externos. A oposição interno/externo, enquanto pontos de vista que servem de referência à possibilidade de conhecimento do direito, implica na contraposição do paradigma hermenêutico ao paradigma observacional. E o direito não prescinde deste paradigma hermenêutico, na medida em que a compreensão dos seus enunciados não se esgota na mera observação de regularidades de comportamentos governados por regras ou convergência de hábitos. É justamente este viés hermenêutico, presente na obra de HART, que vai inscrever o conhecimento do Direito numa perspectiva mais ampla, a da interdisciplinariedade, que a modernidade reivindica ao conhecimento das ciências em geral. A obra de HART, para além de representar uma mudança de perspectiva no conhecimento jurídico, situa este conhecimento num universo mais amplo de sentido, na medida em que sua abordagem hermenêutica rompe o hermetismo do universo dos signos jurídicos, abrindo o texto e o discurso ao mundo.³ Desta forma, o texto hartiano ressalta a necessidade de uma “tomada de posição” frente aos conteúdos jurídicos, visto que o conhecimento do direito é sempre um conhecimento sob um determinado ponto de vista.⁴

2 CONHECIMENTO E AÇÃO

No início deste trabalho sublinhamos que HART adota uma posição eminentemente hermenêutica frente ao direito. Para ele já não é possível remeter-se a uma análise descritiva deste, centrada basicamente na idéia de que o direito vem a ser apenas um comportamento baseado em regras. É preciso, antes de mais nada, a compreensão do fenômeno jurídico enquanto fato institucional, que deve ser apreendido a partir das práticas sociais vigentes entre os membros do grupo ou, em outras palavras, das regras em seu contexto de utilização.

³ LAMEGO. *Hermenêutica e Jurisprudência*. p.181.

⁴ KOZICKI, Katya. *O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito*. in *Paradoxos da auto-observação*. org. Leonel Severo Rocha. Curitiba: JM Editora, 1997. pp.129-130.

Na esteira da Filosofia da Linguagem Ordinária de Ludwig WITTGENSTEIN e J. L. AUSTIN, HART assume a noção de que a linguagem não se presta à função de mediador entre o sujeito e a realidade (mediação sujeito-objeto) mas reconhece nela um fator fundamental de mediação na relação sujeito-sujeito. Da linguagem como representação da realidade através de signos e símbolos próprios (característica de WITTGENSTEIN na sua chamada primeira fase, a do *Tractatus Logico-Philosophicus*), parte-se para uma concepção dos fenômenos sociais onde se destaca a mediação intersubjetiva realizada pela linguagem. Ou seja, ressalta-se a sua instrumentalidade, sua atuação não mais como representação de objetos ou referente à realidade e sim como instrumento de mediação dentro de uma situação comunicacional.

Com isso opera-se um deslocamento do aspecto semântico da linguagem (aquele que se relaciona aos objetos por ela designados), que nos permite estabelecer condições de verdade para os enunciados lingüísticos, para o âmbito pragmático da linguagem. Ou seja, entende-se esta enquanto uso, enquanto modo de significar. Uma análise pragmática da linguagem importará sempre em uma verificação do contexto em que se realiza o processo de comunicação. É essa mediação sujeito/sujeito, realizada pela linguagem, que interessa ao conhecimento interpretativo ou hermenêutico.

Verdadeiramente, é esta teoria do significado a partir de uma base pragmática que vai permitir a “*atuação (applicatio) do sistema no ato discursivo concreto*”.⁵ É dentro desta perspectiva – acentuadamente hermenêutica – em que o ponto de vista determinante é o do intérprete, que podemos precisar a concepção de HART acerca do fenômeno da obrigatoriedade jurídica.

Em HART, compreender o direito passa a ser, necessariamente, compreender o seu caráter institucional, o que demanda um ponto de vista “interno” na compreensão do seu sentido.

No viés da teoria dos jogos de linguagem de WITTGENSTEIN, vemos que o direito também é constituído por um universo de diferentes usos lingüísticos (os enunciados jurídicos), os quais permitem que os seus usuários os interpretem de diferentes formas. Assim também a postura do usuário frente ao sistema pode assumir mais de um aspecto. Na perspectiva do conhecimento jurídico, um professor de direito e um juiz – este encarregado da aplicação da

⁵ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*. p.136.

lei, mas ambos relacionados a um mesmo ordenamento – podem assumir pontos de vista radicalmente opostos em relação a este sistema.

Aquilo a que chamamos o ponto de vista interno ou “aspecto interno das regras” é pressuposto da compreensão das regras que compõem a prática institucional. A explicitação de noções como a de regra ou obrigação jurídica só pode ser feita a partir do conhecimento das “regras constitutivas” do sistema, da gramática do jogo de linguagem em questão. Existe, dessa forma, uma circularidade na compreensão dos significados.

Temos que, em HART, para entender o aspecto interno do direito, é necessária “[...] *uma atitude crítico-reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica – incluindo auto-crítica – em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas [...]*.”⁶

O ponto de vista interno exige, assim, um elemento cognitivo (atitude reflexiva) e um elemento volitivo (atitude crítica). O elemento cognitivo manifesta-se na descoberta da correlação entre certos atos (e suas conseqüências) e o conteúdo da regra de conduta. Esta correlação dá origem a padrões de conduta em consonância com a norma. Já o elemento volitivo refere-se ao desejo ou preferência que este padrão se mantenha, para o sujeito que formula o enunciado e para os outros.

O ponto de vista interno é um reflexo da maneira pela qual o grupo encara o seu comportamento de acordo com as normas, utilizando-se delas como base para a sua conduta social. Ao mesmo tempo, deste ponto de vista, justifica-se a hostilidade para com aqueles que violam as normas do grupo. O formulador deste raciocínio age de acordo com as regras e as aceita como tal, esperando que os outros ajam da mesma forma.

É este ponto de vista interno que vai posicionar o participante frente ao sistema jurídico, permitindo-lhe a exata compreensão da dimensão do seu significado. Esta apreensão do significado jamais será possível ao observador externo. Para LAMEGO “*A rejeição de um paradigma puramente observacional ou ‘externo’ na análise dos fenômenos da interação humana é comum quer à tradição hermenêutica quer a algumas orientações no âmbito da filosofia analítica e da ação.*”⁷

⁶ HART, *O conceito de direito*. 2ª. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.66.

⁷ LAMEGO. *Hermenêutica e Jurisprudência*. p.145.

É deste aspecto interno que HART ressalta a noção de obrigação, explicitando-a na oposição “ser obrigado a” e “ter uma obrigação”.

Nas palavras de Joseph RAZ, o direito é, para HART “[...] um fenômeno cultural modelado pela linguagem”.⁸ É necessário, então, a clarificação do fenômeno lingüístico para uma correta apreensão das práticas sociais reguladas pelo direito.*

Para além da noção wittgensteiniana de jogos de linguagem e cientes de que os enunciados acima mencionados – “ser obrigado” e “ter uma obrigação” – constituem diferentes espécies destes jogos, interessa-nos agora, além da compreensão das distinções entre eles, o entendimento de como as palavras podem produzir efeitos jurídicos.⁹ Para tanto, aliada à teoria de WITTGENSTEIN, nos utilizaremos da teoria dos atos de fala (“speech acts”) de J. L. AUSTIN.

Para J. L. AUSTIN, a linguagem é, também, uma atividade. Essa concepção de linguagem como atividade vai lhe permitir compreender a função dos enunciados lingüísticos dentro do discurso (para nós interessa esta “atividade” promovida no âmbito do discurso jurídico), indo além do potencial teórico ou cognitivo da linguagem. Assim, em J. L. AUSTIN, o ato de fala – ou seja, a interação comunicativa propriamente dita – apresenta um caráter contratual, ou de compromisso entre as partes. A linguagem é tratada então como ação e não como representação. Como ação justamente por ser tratada enquanto uso.

A teoria dos atos de fala de J. L. AUSTIN supera aquela concepção da linguagem como representação ou afiguração dos fatos. No livro *Quando dizer é fazer*,¹⁰ este autor nos explicita sua intenção de demonstrar que a linguagem não possui meramente uma função declarativa ou apenas descritiva da realidade. Para além das simples declarações ou constatações, existem proferimentos lingüísticos cuja mera enunciação representa um “fazer algo”. Aos primeiros

* Retornaremos sempre, ainda que com o risco de sermos repetitivos, à questão do aspecto institucional do direito e à mediação intersubjetiva realizada pela linguagem, incidente também na práxis jurídica.

⁸ RAZ, Joseph. H. L. A. HART. in : *H. L. A. HART y el Concepto de Derecho*, Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso, Ed. Edeval, 1986, p.19.

⁹ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência*. p.242.

¹⁰ AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer. Palavras e ações*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. p.21.

chamamos atos locucionários, sendo estes constatativos e sujeitos a um critério de verdade/falsidade. Aos segundos chamamos atos ilocucionários, estando estes performativos (representam a própria ação), condicionados ao êxito ou sucesso (a que J. L. AUSTIN chama, na forma negativa de “infelicidades”).¹¹ Ao lado destes, temos os atos perlocutórios, que se realizam através das ilocuições.

No momento presente nos interessa a compreensão dos jogos de linguagem “ser obrigado” e “ter uma obrigação”, tal como eles nos são apresentados por HART, e para isso nos reportaremos à teoria de J. L. AUSTIN.

HART nos coloca que, em um primeiro momento, a afirmação “ser obrigado” (ou, na sua forma pretérita “foi obrigado a”) é, freqüentemente, uma afirmação respeitante às crenças e motivos que levam o sujeito a comportar-se de tal ou qual forma. Geralmente estes “motivos de obediência” estão vinculados à convicção do sujeito de que um mal lhe seria infringido caso não se comportasse de acordo com o comando.

Analisando o enunciado “ser obrigado”, verificamos que se trata de um enunciado constatativo no sentido de que demonstra (declara) a convicção do sujeito de estar vinculado ao cometimento da ação. É, de início, um ato ilocutório, visando à produção de um efeito pelo receptor. Isto significa que o locutor utiliza a sentença com o intuito de obter a realização da conduta pelo destinatário dela, influenciando-o na sua esfera de decisão. Num segundo momento, aquele ato ilocutório inicial pode servir de veículo para a realização do ato perlocutório (se o locutor logra êxito com a ordem proferida, isto é, se o destinatário o executa).

É precisamente por esta possibilidade do ato assumir distintamente a configuração de locutório, ilocutório e perlocutório que podemos começar a compreender as diferenças entre ambas as expressões. Para HART, a expressão “foi obrigado a” representa nitidamente a implicação de que o sujeito destinatário do ato ilocucional realizou a ação pretendida. Ou seja, proferido o enunciado (no caso um comando ou ordem), seu destinatário seguiu o comando e produziu o efeito pretendido. Ao contrário, o enunciado “ter uma obrigação” não conduz à implicação de que a pessoa efetivamente se comporta como pretendido. Assim, no contexto da obra de HART, a expressão “foi obrigado a”

¹¹ AUSTIN. *Quando dizer é fazer*. A este respeito ver as conferências III e IV desse livro, as quais nos trazem os “desacertos” e “maus usos” dos atos performativos.

deve-se (no sentido de se ter efetivamente realizado a conduta proposta) ao proferimento performativo “ser obrigado a”, sendo este um ato perlocutório, significando que a ação do locutor conseguiu (atingiu) o resultado por ele pretendido. Já o enunciado “ter uma obrigação” pode alcançar ou não o “estágio perlocucionário”, conforme aquela conduta entendida como obrigatória seja ou não realizada.

Prosseguindo no estabelecimento das distinções que HART ressalta, vemos que o enunciado de que alguém “tinha a obrigação de” é um enunciado que independe de quaisquer motivações psicológicas por parte do sujeito que o recebe. Assim, o sujeito pode ter a obrigação de comportar-se de determinada forma, ainda que em seu íntimo não se sinta “obrigado a fazê-lo”. Esta enunciação é, assim, geralmente um ato constatativo (ou locucional), no sentido de que declara a obrigação (descreve-a), sem que se vincule a sua realização e, também, no sentido de que não acarreta a implicação da realização da conduta.

Uma outra distinção, não explicitada suficientemente por HART, diz respeito a que o contexto institucional deve estar referido ou incluído no ato comunicativo. Assim, a práxis jurídica (no sentido de fenômeno institucionalizado) serve como contexto de referência a que determinadas sentenças produzam efeitos jurídicos. Assim também no caso da obrigação. Podemos considerar, inequivocamente, que a expressão “foi obrigado a” pode referir-se a qualquer situação fática, incluindo-se ou não a práxis do direito. O locutor (mais especificamente) pode ser um gangster ou um policial e o significado da expressão vai buscar-se no seu contexto de uso. Já a expressão “ter a obrigação de”, pelas características acima mencionadas, pressupõe já um contexto de uso referido institucionalmente, quer porque independa de motivações psicológicas, quer porque pode ou não produzir-se e, ainda, porque reporta-se a um sistema de convenções acordado pela coletividade (onde o direito é apenas um exemplo). Neste aspecto também se ressalta a aceitação do participante do sistema, a quem se destina a imposição. Estes enunciados permitem, desta forma, compreender o modo pelo qual os sujeitos se vinculam às pautas de regulamentação jurídica.

Já tivemos a oportunidade de nos referir à importância da compreensão do fenômeno lingüístico para a clarificação do direito. Procuramos explicitar quais os aspectos da linguagem que nos interessam e de que forma ela se prestaria à consecução deste objetivo. Também já nos referimos à problemática do aspecto interno e externo das regras e à necessidade, em HART, da assunção de um ponto de vista eminentemente hermenêutico como instrumento de viabilização

do conhecimento jurídico. Nos interessa, agora, a compreensão da aplicação do direito, bem como o fato de o problema do aspecto interno e externo das regras nos remeter à questão de saber se é possível (e em que medida) um “conhecimento sem aceitação” do direito.

Da idéia da linguagem como representação ou afiguração dos fatos – característica de WITTGENSTEIN na sua primeira fase – e da idéia da linguagem como descrição da realidade – o que J. L. AUSTIN chama de “falácia descritiva”,¹² a “linguistic turn” (guinada lingüística) foi substituída pela “pragmatic turn” (ou guinada pragmática), própria do WITTGENSTEIN da segunda fase (marcadamente o de “Investigações Filosóficas”) e de J. L. AUSTIN. Deslocou-se o âmbito de análise do fenômeno lingüístico – aquele do neopositivismo lógico – que pretendia a construção de uma linguagem artificial, alicerçada nos rigores da lógica para o âmbito pragmático da mesma, pretendendo a clarificação desta a partir da sua ótica de utilização.

Esta nova tomada de posição frente ao problema da linguagem desloca também a questão do conhecimento como um todo. É o conhecimento em “práticas e atividades” que vai marcar a sua tradição hermenêutica.

Esta possibilidade de conhecimento via hermenêutica vai se caracterizar por uma recusa do ponto de vista meramente observacional (externo) e pela adoção de um ponto de vista interno, ou seja, do participante do sistema. Isto nos reporta, imediatamente, ao problema das regras constitutivas do sistema.

Temos que, em WITTGENSTEIN, a linguagem é concebida para além da mera atividade, sendo tomada – acima de tudo – como uma forma de vida. Por sua vez a atividade lingüística assume a forma de diferentes jogos de linguagem. Porém, para que se “saiba jogar” é necessário o conhecimento das regras do jogo em questão – em outras palavras, da gramática do jogo. Esse conhecimento se adquire a partir de um processo de treinamento, a que WITTGENSTEIN chama de “adestramento”. É precisamente neste sentido que se refuta o paradigma puramente observacional, uma vez que esse aprendizado requer um ponto de vista interno, do participante.

No tocante ao fenômeno jurídico isto vai significar que este não pode ser significado de um ponto de vista externo das regras, além da compreensão das práticas do sistema e do aspecto social do termo obrigação, privilegiando

¹² AUSTIN. *Quando dizer é fazer*. p.23.

uma visão do direito como instituição (daí dizermos que HART realiza uma abordagem hermenêutica do direito). Porém, mesmo a assunção destas concepções não é suficiente para clarificar alguns problemas da teoria jurídica.

Referimo-nos acima ao problema de que, mesmo se o conhecimento derivar daquele ponto de vista interno, da “apreensão” das regras constitutivas do sistema, ainda assim existe a possibilidade de um conhecimento sem aceitação (ou seja, compreensivo mas sem aceitação das regras e instituições).¹³ No direito, a interpretação correta das regras ou das práticas judiciais (de um ponto de vista interno) não implica, necessariamente, na adoção de tais regras ou práticas. Assim, a correta compreensão dos enunciados jurídicos não os torna, necessariamente, vinculativos.

Isto nos interessa no sentido de situar a questão da aplicação do direito, ou a maneira como os “funcionários do sistema” atuam com os instrumentos jurídicos. Do ponto de vista, por exemplo, do estudante de direito, basta que ele assuma um ponto de vista interno para a compreensão do fenômeno jurídico. Porém, no tocante ao aplicador da lei, aquele que a vai pôr em prática, tal ponto de vista não é suficiente. A interpretação operativa (exercida pelos juízes) vai requerer ainda um plus. Este é precisamente a aceitação das regras do sistema.¹⁴

Do juiz, espera-se que, além de compreender as normas, possua um grau de comprometimento com o sistema, uma vez que a atividade decisória não se esgota com o “compreender”. O comprometimento vai significar um conhecimento com aceitação. O juiz, a par de compreender as normas e de estar apto a adequar os fatos às hipóteses normativas, deve possuir a convicção de tomar os enunciados em questão como enunciados vinculativos. Entendemos então, por aplicação (*applicatio*), aquela linguagem normativa utilizada pelo juiz no caso concreto, a atuação do direito nesse caso.

A aplicação revela, então, a problemática existente entre conhecimento e ação; no direito, a questão de como se relacionam o seu conhecimento e a sua aplicação. Para LAMEGO, é esta possibilidade de conhecimento sem aceitação que vai permitir um conhecimento “analítico-formal” do direito sem resvalar para uma abordagem crítico-valorativa.¹⁵ Ao mesmo tempo, esta possibilidade

¹³ Neste particular, não podemos deixar de mencionar a procedência de algumas críticas de Ronald DWORKIN, feitas à HART. No posfácio que HART escreveu ao “*Conceito de Direito*”, ele mesmo reconhece a procedência de algumas destas críticas.

¹⁴ LAMEGO. *Hermenêutica e Jurisprudência*. p.164.

¹⁵ LAMEGO. *Hermenêutica e Jurisprudência*. p.161.

de “saber descomprometido” também afirma a possibilidade de um analista da prática social compreender perfeitamente o seu funcionamento (sob um ponto de vista interno) sem a ele se vincular (por exemplo: o professor de direito anarquista que compreende o sistema jurídico mas não o aceita).

Estas considerações nos remetem diretamente ao segundo ponto deste trabalho, que cuida do problema da atribuição de sentido aos enunciados jurídicos. Procuramos demonstrar, neste primeiro item, a necessidade de uma postura hermenêutica em face do direito. Partindo desta premissa, procuramos clarificar de que forma o direito é capaz de vincular seus destinatários, motivo pelo qual nos utilizamos dos enunciados “ter uma obrigação” e “ser obrigado a”, como padrões de elucidação. Dentro de nossa proposta inicial, vamos agora analisar o problema da atribuição de sentido aos enunciados jurídicos.

3 O PROCESSO DE SIGNIFICAÇÃO JURÍDICA

O que nos interessa, neste momento, é acentuar a problemática da linguagem enquanto uso. Nesta ótica, retomamos a visão da língua como sendo algo coletivo, público, intersubjetivo. Não é o indivíduo, isoladamente, que detém o poder de se comunicar através da linguagem; este poder pertence ao grupo, a uma determinada comunidade lingüística. O significado de um termo ou expressão existe de uma ou de outra forma enquanto reconhecido pela comunidade que o emprega. Neste reconhecimento influenciam diversos fatores, uma vez que ele é produto de um hábito cultural, de práticas sociais e das instituições vigentes. A linguagem funciona como instrumento da comunicação e, portanto, é pública, intersubjetiva, e como tal deve ser compreendida.

Decorre disto que o significado sempre existe “em aberto”. Ou seja, é no contexto da enunciação fática que ele vai ser “preenchido”. Podemos dizer que um termo possui dois níveis básicos de significação: o significado de base e o significado contextual.¹⁶

¹⁶ Para Warat “ O primeiro é aquele que reconhecemos no plano teórico, quando abstraímos a significação contextual e consideramos o sentido congelado, a partir dos elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos. O segundo pode ser entendido como efeito de sentido derivado dos processos efetivos de comunicação social.” (WARAT, Luiz Albert. *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1984. p.65)

É necessário que existam, então, regras globais de referência no contexto em que a comunicação ocorre. Quando falamos, falamos sobre algo. E falar sobre o falar pressupõe o uso correto das palavras (ou o uso legítimo das palavras). E a justificação para o uso de uma expressão deve ser intersubjetiva, deve valer também para o outro.¹⁷ As regras já não devem mais identificar procedimentos ideais de comunicação, elas devem servir para dirigir e modificar a comunicação (no sentido em que elas também passam a influir na conduta dos indivíduos). Assim: “*Não: Sem a linguagem não poderíamos comunicar uns com os outros – mas antes: sem a linguagem não podemos influenciar as outras pessoas desta e daquela maneiras, não podemos construir estradas e máquinas, etc. E também: sem o uso da fala e da escrita, as pessoas não poderiam comunicar.*”¹⁸

É seguindo as regras da linguagem que estabelecemos os seus usos. A regra já não existe como reflexo de um modelo ideal ou de uma prática de conduta. A regra é agora o próprio procedimento que conduz ao estabelecimento de condutas. O disciplinamento da linguagem passa a residir na concomitância dos seus diversos usos, na regularidade de padrões em que é empregada e na consciência que os indivíduos dela possuem (o que determina a sua utilização).

Ao mesmo tempo, temos que a linguagem possui limites que lhe são inerentes, limites que fazem parte do próprio processo de comunicação. As expressões lingüísticas não possuem por si só um significado unívoco. Existe sempre uma indeterminação de sentido, uma vez que o significado é obtido a partir do uso e do contexto em que ele é referido. Independentemente desse fato, mesmo contextualizando as expressões, por vezes elas continuarão com um sentido vago ou indeterminado. Mas o que nos interessa ressaltar é que a indeterminação da linguagem situa-se quase sempre no nível da significação de base.

A essa impossibilidade de estabelecer sempre um significado preciso para as expressões, WAISMANN chamou “*a textura aberta da linguagem*”.¹⁹ Segundo este autor, este tipo de indeterminação não pode jamais ser completamente eliminado. Embora possam ser tomadas decisões sobre em qual sentido um termo deve ser empregado, restarão ainda inúmeras

¹⁷ WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. p.391, proposição 378.

¹⁸ WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, p.431, proposição 491.

¹⁹ WAISMANN, Friedrich. Verifiability. In: ALSTON, P.W.. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro : Zahar, 1977, p.134.

possibilidades onde o conceito ainda não foi delimitado. São duas as principais formas de indeterminação de sentido: a vagueza e a ambigüidade. Um termo é vago se ele não apresenta uma resposta definida quanto à sua utilização.

Outro tipo de imprecisão é a ambigüidade, esta situada no âmbito da designação de um termo. A designação enumera os atributos que podem ser derivados de um termo; ela explicita certos critérios comuns que devem conter os objetos ou indivíduos para que possam ser agregados numa mesma classe. Se um termo possui mais de uma série de propriedades designativas, ele poderá ser empregado em classes diferentes.

O direito, na sua expressão lingüística, é composto por uma série de signos os quais, em sua grande maioria, assumem significados absolutos. De certa forma, negar a possibilidade de significados plurais a um mesmo signo jurídico constitui um fetiche dos juristas, para os quais a lei ganha contornos de verdade absoluta, mascarando o seu conteúdo ideológico. Ressaltar a insuficiência da linguagem jurídica, revelando o seu caráter simbólico é, ao mesmo tempo, desmistificar o direito enquanto sistema fechado e revelar a possibilidade de sua compreensão enquanto práxis institucional e instrumento regulador de conflitos e interesses.

Por definição, a língua é um fato social, sendo codificada e coletiva, ao passo que a fala é individual, livre e criativa. A fala adquire significação precisamente quando inscrita na língua, revelando-se como ato e possibilidade de conhecimento. No discurso jurídico, poderíamos conceber a língua enquanto código de enunciação dos sujeitos atuantes no processo comunicacional, a qual permite a este mesmo discurso revelar-se como objeto de conhecimento. Com isto queremos dizer que a linguagem jurídica revela-se no momento em que os diversos sujeitos inscrevem suas falas (através da estatuição de leis, interpretação ou decisões judiciais) no universo da ação comunicativa.

O signo, nesta abordagem estrutural, é significante e significado.²⁰ A vinculação entre significante e significado, no interior do signo, é relativamente arbitrária, uma vez que não existe vinculação natural entre eles; esta vinculação é convencional, na medida em que é adotada pela comunidade lingüística. Um dos mitos que cercam a linguagem jurídica é justamente atribuir significados

²⁰ Acerca das noções de significante e significado ver SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. São Paulo: Cultrix, 1982.

naturais aos enunciados jurídicos, como se eles, *pos si sós*, fossem portadores de significados próprios. É o intérprete, enquanto sujeito do conhecimento, quem vincula o objeto a um significado. Se é verdade que, neste processo, ele não tem autonomia plena, haja visto que as convenções estão gravadas institucionalmente, também é verdade que a sua leitura, revelando novas conexões de sentido, possa lhe atribuir significados outros. Assim, não é verdade que as regras jurídicas possuam um significado único²¹, revelado inequivocamente pelo legislador. Ao contrário, elas se revestem de uma ampla área de incertezas, o que ressalta a atuação do intérprete.

A este respeito o que ocorre, na realidade, é a transformação dos enunciados jurídicos em símbolos.²² O jurista, quando portador de um conhecimento acrítico do direito, mistifica o conteúdo da lei, negando a função criadora do intérprete – inclusive dos tribunais – e encobrindo o seu caráter ideológico. Nesta perspectiva, os textos legais seriam sempre portadores de certezas significativas as quais, em última análise, remeteriam a uma equiparação entre o direito e o justo.

O direito, enquanto instrumento de controle social, cumpre com sua função através do estabelecimento de regras e padrões gerais de conduta. Para HART, é essa possibilidade do direito de comunicar padrões gerais de condutas a categorias de pessoas que torna possível sua atuação. Tal não ocorreria se os destinatários das regras jurídicas não pudessem compreender o conteúdo das mesmas e, conseqüentemente, pautar sua conduta em consonância a elas.

Em conseqüência, o direito deve ser capaz de estabelecer situações inequívocas, em relação às quais a incidência do padrão de conduta contido na regra não deixe dúvidas, bem como solucionar, de acordo com mecanismos próprios, as questões que só podem ser resolvidas quando surgem no caso concreto. O problema reside naquela área da textura aberta, onde o conteúdo normado não é suficientemente explícito. Em relação à primeira situação, onde não ocorrem dificuldades na situação comunicacional, dizemos estar frente a casos paradigmáticos.²³

²¹ Ao que HART chama de “*textura aberta do direito*”.

²² Saussure entende que o signo se diferencia do símbolo à medida em que neste existe um resquício de vínculo entre significante e significado. É o caso da justiça, cujo símbolo é a balança.

²³ Já nos referimos à concepção de paradigma de Saussure, “*para quem este seria um agrupamento de signos que possuem alguma afinidade entre si*”.

Neste momento, se nos apresenta a questão respeitante à maneira de decidir o caso concreto, quando o seu imediato enquadramento à regra resulta duvidoso. Aqui iremos realizar uma articulação entre os momentos anteriormente explicitados, a qual permite revelar a insuficiência ou limites do discurso jurídico oficial.

4 APLICAÇÃO E SIGNIFICAÇÃO JURÍDICA

HART responde ao problema da textura aberta do direito reconhecendo um poder discricionário aos juízes: “*A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.*”²⁴ Afirma a existência deste poder discricionário, porém reconhece que a regulamentação de condutas pelo direito exercita-se, em larga medida, através do estabelecimento de regras determinadas, as quais não exigem uma apreciação nova de caso para caso. O que importa reconhecer é que HART expressamente admite que os tribunais exerçam uma função criadora do direito. Ao mesmo tempo, adverte que esta função criadora muitas vezes é menosprezada, através da afirmação de que o que os tribunais fazem é, na realidade, buscar a intenção do legislador e o direito que já existe.

A questão da discricionariedade não é pacífica entre os filósofos do direito. Neste ponto, HART vai ser severamente criticado por seu sucessor na cátedra de *Jurisprudence* em Oxford, Ronald DWORKIN.²⁵ Segundo este, os juízes deverão ser sempre originais, no sentido da renovação para um melhor direito sem, no entanto, criarem um novo direito. Tal entendimento respeita a chamada tese dos direitos, propugnada por DWORKIN. Segundo esta, as decisões judiciais se darão sempre no sentido de dar cumprimento a um direito individual, que pode estar tanto na legislação, quanto nos precedentes ou nos costumes, sob a forma de um princípio ou de uma diretriz. Quer dizer, nos

²⁴ HART, *O conceito de direito*, p.148.

²⁵ A este respeito ver DWORKIN, Ronald, especialmente: *Casos Difíceis*. México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981 e *Laws Empire*. London : Fontana Press, 1986.

casos em que nem a legislação, nem os precedentes indiquem expressamente a existência de um direito – os chamados casos controversos – o julgador não “inventará” o direito, mas recorrerá aos princípios ou diretrizes implícitos quer nas regras, quer nos precedentes. Para tanto, lançarão mão da interpretação. Interpretação esta que escapa a uma mera exegese do texto legal, na medida em que não busca desvelar a intenção dos legisladores que a fizeram, mas sim desocultar o direito ali existente e em nome do qual o preceito foi confeccionado. Assim, DWORKIN entende que há outras pautas de regulação (*standarts*), além das regras e dos precedentes que fundamentam as decisões judiciais. São estes os princípios e as diretrizes, aqueles atendendo a algum direito individual ou de grupo e estas a um fim coletivo da comunidade em geral.²⁶

Tanto HART quanto DWORKIN adotam uma postura hermenêutica em face do ordenamento jurídico, ainda que possamos dizer que DWORKIN radicaliza esta postura, no momento em que entende ser impossível a idéia de conhecimento sem aceitação. Ao contrário, HART assume sua proposta de uma teoria geral e descritiva do direito, a qual pressupõe a possibilidade de conhecimento descomprometido. O ponto de vista interno, que em HART representa o ponto de vista hermenêutico, implica naquilo que poderíamos chamar de “pré-compreensão” das regras constitutivas de sentido do direito. Porém, mesmo assim é possível, conforme já foi colocado, a compreensão sem a aceitação.

Esta problemática envolve a questão da aplicação do direito. Esta, por sua vez, está diretamente relacionada ao sentido que os tribunais (mas também os destinatários das normas jurídicas, de modo geral) atribuem aos enunciados jurídicos. Com isto queremos dizer que o problema da aplicação no direito está diretamente relacionada à forma pela qual o discurso jurídico é recepcionado pela sociedade em geral. O ordenamento jurídico estatal possui limites significativos que lhe são inerentes, tanto na perspectiva da linguagem que o sustenta quanto no aspecto sócio-político, o qual determina o conteúdo das normas jurídicas.

Nesta perspectiva, nos colocamos a seguinte indagação: os comportamentos não convencionais, instados a ficar fora do espaço

²⁶ A este respeito também ver CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora, 1995.

institucional, podem ser fonte de direito? Ou, ao contrário, existe uma classe de falantes privilegiada para a significação do direito?

A teoria jurídica vem se confrontando com esta ordem de questões já há bastante tempo sem, contudo, ter sido capaz, até o presente momento, de possibilitar uma resposta satisfatória a este problema. Afirmamos isto no sentido de que: 1) não existe consenso quanto às formas de solucionar o problema da indeterminação da linguagem jurídica e 2) ao olharmos tal questão sob o prisma axiológico a resposta torna-se ainda mais difícil, visto a impossibilidade de determinação objetiva do conceito de justiça. Em relação à primeira colocação, devemos deixar claro que esta indeterminação vai estar sempre presente, para além de quaisquer técnicas ou métodos interpretativos. Já em relação à segunda colocação, acreditamos ser extremamente difícil sustentar, pensando agora em países com sistemas jurídicos distintos do modelo anglo-saxão, a possibilidade criadora de direito dos tribunais.

Procuramos, através do presente trabalho, analisar a problemática da aplicação e da atribuição de sentido aos enunciados jurídicos. Na esteira de HART, autor que elegemos como referencial teórico de análise, reconhecemos a existência de uma textura aberta nos enunciados jurídicos. A maneira deste autor solucionar tal problema é reconhecendo aos tribunais um poder discricionário, solução esta que não acreditamos ser viável fora do âmbito do common-law. Foi nossa intenção, basicamente, levantar tais questões e apresentar, ainda que de maneira bastante breve, as propostas de HART e DWORKIN para solucioná-las sem, entretanto, esgotarmos o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSTON, P. W. *Filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. (Trad. Álvaro Cabral).
- AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer. Palavras e ações*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. (Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho).
- BODENHEIMER, Edgar. Hart, Dworkin and the problem of judicial lawmaking discretion. *Georgia Law Review*, Athens, Georgia, v. 11, n. 5, p. 1143-1172, Set. 1977.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e Modernidade. Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM Editora, 1995.

- DWORKIN, Ronald. *Casos difíceis*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1981. (Trad. Javier Esquivel).
- _____. *Laws Empire*. London: Fontana Press, 1986.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- HART, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1962.
- _____. *Direito, liberdade, moralidade*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987, p.102, (Trad. Gerson Pereira dos Santos).
- _____. *Essays on Bentham*. Oxford : Clarendon Press, 1982.
- _____. *Obbligazione morale e obbligazione giuridica*. in: *Contributi all'analisi del diritto*. Milão: Ed. Giuffrè, 1964. (Trad. Vittorio Frosini)
- _____. *O conceito de direito*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, s/d. (Trad. Ribeiro Mendes).
- _____. *The concept of law*. Oxford : Clarendon Press, 1975.
- _____. *American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream*. Georgia Law Review, Athens, Georgia, v. 11, n. 2, p.969-989, Set.1977.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa : Editorial Fragmentos, 1990.
- RAZ, Joseph. H. L. A. HART. in: *H. L. A. HART y el concepto de derecho*. Revista de Ciencias Sociales, n. 28. Valparaíso: Ed. Universidad de Valparaíso, 1986. p.17-31.
- ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da Auto-observação. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. São Paulo: Cultrix, s/d. (Trad. Antonio Chelini et alii).
- WARAT, Luís Alberto, ROCHA, Leonel Severo e CITTADINO, Gisele. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre : Sergio Fabris Editor, 1984.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. (Trad. M. S. Lourenço).