

## Norma jurídica como decisão dotada de efetividade

**JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO**

Pós-doutor pela Universidade de Mainz (Alemanha). Doutor e Mestre em Direito (USP). Professor titular do curso de Direito (UFPE).

Livre-Docente do curso de Direito (USP). Pesquisador 1-A do CNPq.

*SUMÁRIO: 1 A tese de que só na decisão se constitui a norma jurídica • 2 Os meios da etnometodologia: persuasão, engodo, autoridade e ameaça de violência • 3 Sobrecarga do Direito como principal ambiente ético comum para o controle da pulverização ética • 4 Sobrecarga da decisão e do Judiciário no Direito estatal moderno • 5 A encruzilhada do ativismo judicial dos tribunais superiores e o enfraquecimento do decisionismo estatal do dia-a-dia • 6 Referências.*

**RESUMO:** Este artigo trata da decisão como norma jurídica. Para abordar o tema, percorrem-se os meios de etnometodologia; apura-se a sobrecarga do Direito como principal ambiente ético comum para o controle da pulverização ética, bem como a sobrecarga da decisão e do Judiciário no direito estatal moderno; e, por fim, alcança-se a encruzilhada do ativismo judicial dos tribunais superiores e o enfraquecimento do decisionismo estatal do dia-a-dia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Norma jurídica • Teoria da Decisão • Dogmática jurídica • Etnometodologia • Ética.

## Juridical norm as an effectiveness-endowed decision

CONTENTS: *1 The thesis that only in the decision is the juridical norm constituted · 2 The ways of ethno-methodology: persuasion, balderdash, authority and violence threat · 3 Overloading law as the main common ethical environment to controlling ethical fragmentation · 4 The decision and Judiciary's overloading at modern state law · 5 Superior courts' judicial activism at a crossroad and the weakening of state's decisionism of the everyday · 6 References.*

ABSTRACT: This paper states that it is only in the decision that the juridical norm is constituted. To approach this theme, we shall use ways from the ethno-methodology to hone law's overloading as the main common ethical environment to controlling ethical fragmentation, as well as the decision and Judiciary's overloading at modern state law; and, finally, reach the superior courts' judicial activism crossroad and the weakening of state's decisionism of everyday.

KEYWORDS: Juridical norm · Decision theory · Juridical dogmatic structure · Ethno-methodology · Ethics.

## La norma jurídica en la condición de decisión proveída de efectividad

CONTENIDO: *1 La tesis de que únicamente en la decisión constituyese la norma jurídica · 2 Los medios de la etnometodología: persuasión, cebo, autoridad y amenaza de violencia · 3 Sobrecarga del Derecho en la condición de principal ambiente ético común para controlar la pulverización ética · 4 La sobrecarga de la decisión y del Poder Judicial en el Derecho estatal moderno · 5 La trama del activismo judicial de los tribunales superiores y la debilitación del decisionismo estatal cotidiano · 6 Referencias.*

RESUMEN: En este artículo se analiza la decisión como una norma jurídica. Para abordar el problema, se utilizan los medios de la etnometodología, investigase la sobrecarga del derecho como el principal ambiente ético común para controlar la ética de pulverización, así como la sobrecarga de la decisión y del Poder Judicial en el derecho del estado moderno, y, finalmente, alcanzase la trama del activismo judicial de los tribunales y la debilitación del decisionismo estatal cotidiano.

PALABRAS CLAVE: Norma jurídica · Teoría de la decisión · Dogmatica jurídica · Etnometodología · Ética.

## 1 A tese de que só na decisão se constitui a norma jurídica

Este texto trata de um dos sentidos de norma jurídica que venho observando em meus estudos, do qual a sentença é um exemplo característico, mas só um exemplo. Ressalto que quando, aqui, falo em “juiz” e “sentença” refiro apenas a dois paradigmas, os quais devem ser estendidos a todo decididor de casos concretos e a toda decisão jurídica, respectivamente. Falar em uma *teoria da decisão* parece contraditório, posto que toda teoria é geral e toda decisão é individual.

Logo no começo de sua *Retórica*, Aristóteles (1990, p. 593) afirma que, devido a seu caráter necessariamente casuístico, só se deve apelar a uma decisão concreta, e, logo, a um juiz, quando isso for inevitável.

O próprio Roscoe Pound (1945, p. 185-222), representante importante do chamado realismo norte-americano, de caráter notadamente decisionista, é cuidadoso:

Pois embora admitamos que o legislador e o juiz, ambos fazem e conformam e desenvolvem e estendem ou restringem preceitos jurídicos, há uma diferença desde o primeiro momento na feitura legislativa e na feitura judicial do direito. O legislador está construindo uma regra para o futuro. Daí a segurança geral não requer que ele proceda a partir de premissas predeterminadas ou seguindo linhas predeterminadas. Ele pode tomar essas premissas de quaisquer expedientes que sua sabedoria ditar e proceder seguindo as linhas que lhe parecerem melhores. Do outro lado, aquele que faz o direito judicialmente não está apenas fazendo uma regra para o futuro. Ele está construindo um preceito jurídico que vai se aplicar às transações do passado, assim como do futuro, e está fazendo isso de forma imediata, com referência a uma controvérsia surgida no passado. Daí que o interesse social na segurança geral requer que ele não tenha a mesma liberdade que o legislador. (tradução nossa)<sup>1</sup>

Mas não há sentido em descrições de dados concretos sem teoria, e esse é um dos problemas enfrentados pela pesquisa sociológica. É preciso explicar os dados, e isso

---

1 Do original: “For although we admit that legislator and judge each make and shape and develop and extend or restrict legal precepts, there is a difference of the first moment between legislative lawmaking and judicial lawmaking. The legislative lawmaker is laying down a rule for the future. Hence the general security does not require him to proceed on predetermined premises or along predetermined lines. He can take his premises from whencesoever expediency of his wisdom dictates and proceed along the lines that seem best to him. On the other hand the judicial lawmaker is not merely making a rule for the future. He is laying down a legal precept which will apply to the transactions of the past as well as to the future, and he is doing so immediately with reference to a controversy arising in the past. Hence the social interest in the general security requires that he should not have the same freedom as the legislative lawmaker”.

só a teoria pode fazer, organizando-os, posto que, ao lado da seleção e da observação, são necessárias metodologias para catalogá-los, problematizá-los e explicá-los.

Conforme apontado em trabalhos anteriores, o dever dirige-se ao futuro, e o mundo dos eventos é sempre passado, pois, mesmo sendo presente, seu relato necessariamente refere-se ao passado. Recorde-se que a primeira acepção de norma é como ideia, unidade de razão, dever ser que se projeta para o futuro e controla agora a conduta por meio dessas promessas. A segunda acepção é norma como fonte, expressão simbólica do significado ideal prometido. A terceira acepção é a tratada neste texto, qual seja, norma como decisão, comando concreto de retorno ao mundo dos eventos. Aqui se pode dizer, literalmente, que a norma se *realiza*, torna-se real. Mas, para se falar coerentemente de uma teoria da decisão, é preciso entendê-la como *decisão efetiva* e não apenas tomada.

Isso porque a decisão apenas tomada é norma no sentido de ideia, fica como promessa, de que o Direito brasileiro é tão pleno de exemplos. Concretizada significa que a decisão se tornou um evento, voltou ao mundo dos eventos como um deles e vai constituir a retórica material.

Aqui, aparece o problema de em que momento pode-se dizer que a norma jurídica se concretiza, quando exatamente ela deixa o sentido de norma-ideia e passa ao sentido de norma como decisão efetiva: se é quando o juiz decide, quando o condenado começa a cumprir a pena ou o inadimplente tem seus bens levados a leilão. Como na decisão, o mais crucial é a efetividade, a norma como decisão precisa penetrar no mundo dos eventos, ser cumprida no plano da retórica material, ou seja, há efetividade só quando o condenado é posto na cadeia, quando o devedor é forçado a pagar a dívida ou quando a paga espontaneamente.

Assim, a tese retórica não se confunde com o que tradicionalmente se tem denominado *teoria da decisão*, fruto de uma concepção que, paradoxalmente, aparta o Direito do ambiente social. Com efeito, muitos teóricos da decisão entendem-na como causalmente determinada por fatores sociais, econômicos, e ideologias que parecem ignorar a diferenciação funcional (autopoiese) a que a civilização ocidental submeteu o direito positivo.

Certamente que, além dos legalistas mais ferrenhos, hoje praticamente desaparecidos do doutrinário jurídico, e alguns “pós-positivistas” inspirados em Ronald Dworkin, quase ninguém acredita nas teses da única resposta correta e da possibilidade de verdade no Direito.

Talvez não seja apropriado falar em *quase ninguém*, posto que nesse ideário ainda se encontram filósofos ontológicos, amigos da verdade, inimigos do ativismo judicial, admiradores e desafetos de ministros do Poder Judiciário, em suma, todos os tipos humanos.

Uma visão retórica do Direito, exatamente por ser *jurídica*, precisa de um grau de especificidade que, ainda que não seja científico, exija conhecimento das formas de tratamento de conflitos que, inegavelmente, a dogmática jurídica desempenha com razoável competência. A atenção para com o Direito e os procedimentos dogmáticos por parte de segmentos científicos leigos tem sido ora louvada, ora lamentada pelos juristas. Mas parece certo que o sociologismo jurídico brasileiro em geral, além de padecer de uma nevrálgica ignorância dos meandros da argumentação dogmática, vê o Direito apenas do ponto de vista da retórica estratégica do poder e procura uma analítica (obviamente externa) que não pode ser encontrada sem uma redução prévia de complexidade, levada a efeito na retórica da dogmática jurídica, que não deve ser ignorada.

Em outros termos, concentrar-se sobre descrições das disfunções do sistema dogmático e sobre perorações ao redor da necessidade de concretização de cada vez mais direitos parece esquecer que a dogmática jurídica não foi trazida de culturas estranhas, mas parte e é um produto do ambiente.

Friedrich Müller, cuja hermenêutica, que chama de *metódica jurídica estruturante*, vai dividir em onze fases o processo decisório da dogmática jurídica no Estado Democrático de Direito, defende a tese de que só na norma decisória é que efetivamente se constitui a norma jurídica, isto é, não cabe falar em norma jurídica em abstrato. Esse processo Müller denominou *concretização* da norma jurídica, o qual se insere em um fenômeno mais amplo da linguagem humana, podendo sua ser considerada uma teoria linguística do direito.

Ressalte-se que a forma didática pode fazer parecer dedutiva a descrição da concretização normativa; nada mais inexato, pois pretende partir do caso concreto e da práxis efetiva dos profissionais do direito, uma *teoria sobre a práxis*, descritiva, analítica, como Müller a coloca.

Seguindo a ordem expositiva sugerida pelo autor, em primeiro lugar a decisão está constrangida pelos *dados reais* (*Realdaten*), os impedimentos e percepções do ambiente comum, tais como a impossibilidade de se estar em dois lugares ao mesmo tempo ou observações de causa e efeito. E também pelos *dados linguísticos* (*Sprachdaten*), uma direção pré-estabelecida entre significantes e significados,

que a comunicação jurídica não pode ignorar, tais como a relação entre sujeito e predicado, a combinação das palavras, os constrangimentos da língua, enfim. Dos dados linguísticos também fazem parte a assim denominada pré-compreensão dos participantes e os constrangimentos e atribuições da linguagem específica da instituição na qual os encarregados da decisão se encontram, tais como tribunal, promotoria, órgão executivo, advocacia privada, etc.

O terceiro parâmetro, já construído a partir da positivação do Direito em textos, consiste no *conjunto de textos de norma*, os textos do ordenamento jurídico, proposições linguísticas, frases que não podem ser ignoradas no processo de concretização, tais como o texto das leis, dos artigos da Constituição, das portarias, dos decretos do Executivo, das súmulas dos tribunais (*Normtextmenge*). Nessa fase, o ordenamento jurídico é levado em consideração como um todo, um sistema de textos interconectados que constituem um léxico particular dentro da linguagem social comum. Não se observa ainda nenhum texto específico, como um artigo ou parágrafo de lei, porque ainda não se está diante de caso concreto.

O quarto passo é o relato do caso, a via discursiva pela qual um caso é comunicado para ser tratado pela dogmática jurídica (*Fallerzählung*). Os agentes públicos e profissionais do Direito são provocados a se manifestar por relatos advindos de testemunhas, queixosos, agentes policiais, etc., isto é, relatos leigos de pessoas cujo conhecimento do ordenamento jurídico já lhes permitiu intuir que se trata de um problema dogmaticamente relevante, porém, elas não possuem a formação profissional cuja interferência virá a seguir.

O quinto passo é denominado *conjunto de matérias (Sachverhalt)*, significando a transformação a que o profissional do Direito vai submeter os relatos da fase anterior. Com seu conhecimento dos conceitos e procedimentos técnicos da dogmática jurídica, ele seleciona as matérias ou dados fáticos que considera juridicamente relevantes dentre aqueles levantados pelo relato que o leigo fez do caso, pleno de dados irrelevantes.

O sexto passo na descrição da metódica estruturante é o *âmbito da matéria (Sachbereich)*, que resulta da intersecção entre o relato do caso e o conjunto de matérias, um filtro que o agente dogmático produz a partir do conhecimento técnico que tem do ordenamento jurídico (entendido como seus significantes, o conjunto de textos que o compõem – *Normtextmenge*).

O sétimo passo é o *âmbito do caso (Fallbereich)*, que consiste no conjunto de fatos selecionados a partir do âmbito da matéria para servir de referência empírica

específica para a decisão que se quer construir. No âmbito dos fatos juridicamente relevantes, faz-se agora mais uma especificação (concretização): os fatos escolhidos por aquele determinado profissional para um entendimento específico do problema.

O oitavo passo ocorre quando o jurista precisa interpretar os textos escolhidos, diante dos fatos também selecionados, e, assim, construir o *programa da norma* (*Normprogramm*), as doutrinas dos juristas, as técnicas dogmáticas, as abordagens hermenêuticas mais bem sucedidas, elementos que não estão necessariamente na lei e na jurisprudência, mas contribuem para sua concretização, tais como teorias, exposições de motivos nos preâmbulos dos diplomas legais ou anais de discussões legislativas. Note-se que, quando esses dados linguísticos se contradizem – por exemplo, o método genético leva a um resultado diferente daquele a que conduz o método literal – Müller procura estabelecer uma lista, na qual devem ser preferidos os elementos que mais perto estão do texto da norma, por ser este um imperativo do Estado Democrático de Direito, que deve diminuir ao máximo a arbitrariedade (discricionariedade) do decididor no caso concreto.

O nono passo é o *âmbito da norma* (*Normbereich*), o resultado da aplicação do programa da norma (*Normprogramm*) ao conjunto de matérias (*Sachverhalt*) obtido no quinto passo, ou seja, o âmbito da norma refere-se a dados empíricos, aos elementos do âmbito do caso que foram por sua vez selecionados pelo programa da norma. O âmbito da norma se compõe dos fatos que, diante de um caso a ser resolvido e dos textos normativos a ele correspondentes, à luz de toda experiência jurídica acumulada, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos.

Com o décimo passo, o penúltimo, chega-se ao que Müller vai denominar a *norma jurídica propriamente dita* (*Rechtsnorm*), a qual será ainda transformada em *norma (jurídica) decisória* (*Entscheidungsnorm*). Para bem compreender esses passos finais, cabe novamente ressaltar a importância dada pelo autor à diferenciação entre significante e significado. O texto da norma (*Normtext*) é o que está no Código Penal, por exemplo, no art. 155: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”. A constituição da norma jurídica está sempre vinculada a um caso concreto específico, como, por exemplo, no relato de que um cidadão utilizou o sinal de uma empresa de televisão a cabo sem autorização contratual. A norma jurídica pode, aqui, ser expressa como “A respeito do texto do art. 155 do Código Penal, enquadra-se no conceito de ‘coisa’ o sinal de televisão por satélite ou a cabo”, definindo o caso como furto e não estelionato (art. 171 do mesmo Código).

A norma de decisão (*Entscheidungsnorm*), o último passo da concretização, depois de construída a norma jurídica, determina que aquele indivíduo concreto fulano, no contexto dos eventos específicos relatados, seja condenado a tanto tempo de reclusão.

Ressalte-se também que, para Müller, a distinção entre texto *de norma* (como no caso de *Normtextmenge*) e texto *normativo* é importante e não apenas formal. Em primeiro lugar, textos normativos, com conteúdos normativos, são apenas a norma jurídica e a norma de decisão, o décimo e o décimo-primeiro passos, pois só neles a normatividade aparece; em segundo lugar, ao atribuir os qualificativos *de norma* e *normativo* a textos, o autor quer ressaltar que ambos são linguisticamente constituídos, os últimos a partir dos primeiros.

## 2 Os meios da etnometodologia: persuasão, engodo, autoridade e ameaça de violência

Os meios de comunicação que buscam a efetividade dos comandos normativos podem ser aqui resumidos nesses quatro, cuja função é transformar as normas, no sentido de ideias e desígnios, em normas-evento, em decisões efetivas. Chega-se à persuasão, ao engodo, à autoridade e à ameaça de violência como meios decisórios em virtude de uma perspectiva etnometodológica.

A etnometodologia procura evitar grandes generalizações, reduzindo-se a descrições casuísticas sempre que possível. Como o mundo real é composto de uma sucessão de eventos únicos e que nunca se repetem, a etnometodologia desconfia de afirmações generalizadas, que assumem como “verdadeiras” determinadas suposições específicas, como dizer que “todo gordo é bem humorado” ou que “o povo aprecia televisão”(PATZELT, 1987). A perspectiva etnometodológica assume trabalhar com entimemas, afirmações apenas prováveis e tópicas, obtidas indutivamente a partir dos fatos concretos. Essa atitude, na observação da realidade, é aqui adotada em combinação com a metodologia weberiana dos tipos ideais, ou seja: uma decisão efetiva pode mesclar duas ou mais dessas estratégias.

Uma decisão é conseguida por *persuasão* quando se acredita sinceramente em sua adequação. Em termos mais gerais, na persuasão, o comando normativo é aceito pelo seu próprio conteúdo, por aquilo que é transmitido pelo emissor e compreendido pelo receptor da mensagem. Diz mais respeito ao *logos* do discurso.

Uma decisão é obtida por *autoridade* se a mensagem é obedecida devido à pessoa daquele que a emite. O comando não se torna efetivo pelo seu conteúdo, mas, principalmente, pelo *ethos* do emissor e pelo respeito que o receptor ou os receptores têm por ele naquele contexto.



Mas aqui neste artigo, ao contrário do que sugerem pensadores tão divergentes como Hannah Arendt e Robert Alexy, a retórica não se reduz à autoridade ou à persuasão. Quem engana também obtém adesão a suas decisões. O *engodo* viabilizado pelo silogismo erístico não se confunde com a persuasão, com a sinceridade da convicção nas regras procedimentais de Alexy. Mas é um dos meios retóricos de obter poder, também diversamente do que afirma Arendt.

Aqui, ao fazer distinção entre violência efetiva e *ameaça de violência*, dizendo que só a segunda faz parte da atitude retórica, faz-se, necessariamente, a distinção entre evento (violência efetiva) e linguagem (ameaça de violência). A ameaça é comunicação, tem que ser compreendida pelo emissor e pelo receptor. A coercitividade do Direito consiste justamente nessa ameaça de violência. E esses quatro meios metodológicos fazem parte ainda da esfera da comunicação, não se confundem com o constrangimento fático da violência irresistível.

Claro que há limites nessa coercitividade, e a persuasão constitui uma comunicação mais efetiva. Todo direito quer ter ao lado da coerção a persuasão, é o que Alexy chama a “pretensão à correção, à justiça”. O Direito pode, por exemplo, obrigar o pai a pagar a pensão alimentícia, mas jamais a amar o filho.

Assim, ao lado da persuasão e da autoridade, a ameaça de violência e o engodo também são formas de comunicação, de retórica, para controlar expectativas atuais sobre as incertezas do futuro. Pode-se dizer que são conteúdos do dever normativo. Ameaça de violência implica um sentido de *força*, como uma capacidade de provocar uma consequência desejável ou indesejável para alguém, uma possibilidade de violência que de modo algum tem caráter necessariamente físico.

Ou seja, a força introduz, para o código do poder, outro esquematismo binário que já ocorre no início da relação: o *forte* e o *fraco*. Não há, obviamente, uma relação automática e direta entre os dois esquematismos: direito/não-direito, força/fraqueza, ainda que a identificação seja sempre tentadora (o direito do mais forte...). Uma teoria do poder e do Direito, com essa base, é demasiadamente simplista (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 60).

Claro que poder não deve ser confundido com violência, pois é uma forma de comunicação, assim como o Direito. Por isso mesmo, porém, não se deve confundir a violência com a ameaça de violência, essa, sim, um componente do poder e do Direito.

No Direito, a violência precisa ser racionalizada pela comunicação clara da força, saber quem a detém e de onde a violência pode vir a emanar. Isso porque a violência é um componente ineludível da natureza humana, seu estado bruto sequer

conhece limites, como se pode observar nos arroubos sádicos que a história exhibe a todo tempo e lugar. E a complexidade social crescente, ao contrário do que otimismo progressistas e escatológicos possam fazer pensar, só torna seu controle uma questão ainda mais crucial para a metodologia estratégica do Direito.

Em todas as sociedades humanas, a violência é um dado. Historicamente, inclusive, quanto mais complexa é a comunidade, maior é a importância e a independência da violência como base do poder constituído. O poder, é verdade, não se apoia apenas na violência, mas também no prestígio, no conhecimento e na lealdade. Um dado, porém, não pode ser ignorado: à medida que a complexidade social aumenta, a violência tende a sobrepor-se aos outros componentes do poder (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 81)<sup>2</sup>.

Mas aqui o controle da violência acarreta sua ameaça potencial, e não seu emprego efetivo. Sem essa ameaça, contudo, o prestígio (*ethos*), o conhecimento (*logos*) e a lealdade (*pathos*) não são suficientes para garantir o Direito e suas decisões na sociedade moderna. Nas teorias da decisão é recorrente a tese de que ela pode ser vista como atividade científica. Procura-se emprestar racionalidade à decisão jurídica em submetendo-a aos cânones da ciência, enfatizando o *logos* e a persuasão. Note-se que não se fala, agora, do debate sobre se o Direito pode ser estudado cientificamente, o que passa por uma discussão sobre o que é ciência, mas, sim, de saber se o constrangimento a decidir trazido pela dogmática jurídica resulta num ato de conhecimento que se pode qualificar de científico.

Há vários meios etnometodológicos da retórica, que não serão considerados aqui, tais como a mentira, a sedução, a autoridade e a ironia.

Seguidas gerações de juristas têm afirmado que a ciência do Direito tem que decidir, pois é normativa (PFORDTEN, 2008; COSSIO, 1964). Essa posição doutrinária se aproxima da decisão dogmática do decisor do caso concreto, confundindo os níveis epistemológico (descritivo) e constitutivo (prescritivo). Aqui, o conjunto de conhecimentos sobre o Direito (a “ciência”) pode também ser utilizado numa postura descritiva, como qualquer ciência, essa a posição da retórica analítica. Quem decide é a retórica material, aqui está a decisão; e, finalmente, quem ensina a decidir é a retórica estratégica, nesse ponto está a *teoria da decisão*.

---

2 Também consideram a violência um componente que não pode ser eliminado das relações humanas: SOREL (1919, p. 81 s.); VILLAFANE (1973, p. 75-105); FINER (1975, p. 48-67). De uma perspectiva psicológica, a mesma tese é defendida por STOHL; MELO (1976, p. 25-59).

Quando um evento previsto em um texto é tido pelos circunstantes como ocorrido, ele ganha um sentido normativo, ao mesmo tempo em que o texto de norma se transforma em realidade, transpõe o abismo entre o significante, o significado e o próprio evento. Pode-se dizer que ele deixa o mundo do dever ser e penetra no ser, ou que sai do âmbito da validade normativa para o da efetividade ou eficácia social. Para a retórica, isso é conseguido por intermédio da linguagem.

Nem todas as pessoas têm as mesmas condições de vida, algumas não desfrutam de confortos mínimos, e apenas um número muito pequeno delas influi nas decisões políticas e jurídicas, ainda que essas decisões sejam cruciais para a maioria, o que se pode chamar de *desigualdade* social. Essas frases são truísmos. Quando um animal, como um rato ou um leão, tem uma necessidade como comida ou abrigo, luta e até morre tentando conseguir satisfazê-la; ora, o ser humano não deixa de estar submetido a essas mesmas leis ditadas pelo instinto de conservação. Como explicar, então, que uma grande maioria de pessoas submeta-se passivamente às decisões de uma minoria, aceitando desigualdades que lhes são prejudiciais, é um problema no estudo do *poder* (EDELMAN, 1977).

Desenvolvem-se, na sociedade, mecanismos que reagem a esse estado de arte, sem dúvida, e o crime é um bom exemplo disso, mormente em países como o Brasil. Mas ao refletir sobre as desigualdades, o caráter predatório das elites, a incompetência e a corrupção desenfreadas, além de outros fatores que mais cabem à Sociologia analisar, percebe-se que a criminalidade brasileira se apresenta de alguma forma controlada por um poder que perpassa camadas e organizações sociais supostamente além do crime, tais como a polícia e a política oficiais. Só assim pode difundir-se como no Brasil de hoje.

O foco aqui, porém, é ressaltar o papel que tem a linguagem no controle do exercício desse poder, mormente a linguagem da decisão jurídica dos conflitos concretos, a qual, como aventado antes, tem grande influência na constituição da retórica material, isto é, da realidade. Daí a estreita relação entre linguagem e poder.

É esse, propriamente, o poder exercido juridicamente, ao qual, em circunstâncias especiais, tende a contrapor-se o poder exercido pela força. Por outro lado, as sociedades mais adiantadas funcionam de forma tal, que esse domínio da força sobre os efeitos das comunicações se limita, no tempo e no interesse, a apenas alguns conjuntos de eventos. O poder jurídico, porém, visa a persistir e a interessar a um número cada vez maior de eventos e de fenômenos (SEMAMA, 1984, p. 91).

Isso é conseguido, hodiernamente, na configuração a que a dogmática jurídica submete os fatos, selecionando certos aspectos dos eventos em detrimento de outros, aliás, como o faz qualquer linguagem. O segredo da eficiência é dissimular que essa seleção é levada a termo e fazê-la parecer universal, como acontece com os relatos históricos tradicionais, que se concentram em pontos escolhidos, mas se pretendem omnicompreensivos, ainda que deixem de lado aspectos decisivos dos relatos.

A linguagem técnica, dominada pelos profissionais de uma área de conhecimento qualquer, tem papel importante no amoldar as pessoas leigas a interpretações de uma realidade, que devem levar a decisões de interesse desses mesmos profissionais, e mostra claramente a relação entre linguagem e poder. Isso porque eles são tidos como autoridades naqueles problemas que as pessoas precisam resolver, definindo o pobre, o rico, o doente, o são, o certo, o errado, o lícito, o ilícito. Por definir – e não descrever – a *realidade* (retórica material) das pessoas, inclusive dos próprios profissionais, a linguagem técnica ajuda a manter as hierarquias do poder; e aí a linguagem científica ocupa a posição privilegiada que um dia a religião ocupou no Ocidente desenvolvido e ainda o faz em muitas regiões do planeta. Dentro da linguagem científica situa-se a linguagem do Direito contemporâneo, construindo decisões de conflitos concretos por meio da organização dogmática dos procedimentos jurídicos; em que pesem suas ambiguidade e vagueza, a linguagem jurídica é vista pelos leigos como justa e precisa, pelo menos na forma difusa em que aparecem como terceiros não interessados.

Uma das grandes armas utilizadas pela linguagem decisória em sua função como instrumento de dominação é assim a *generalização*, a ampliação consciente da ambiguidade e da vagueza, sempre deixando margem para controle e incidência sobre novos eventos inusitados e imprevistos. Algumas dessas palavras sequer se referem a possíveis eventos, vez que somente pretendem ter, mas não têm, referência ao mundo real; são as palavras *ocas* (ROSS, 1976).

A expressão não se dirige a palavras que designam eventos *imaginários*, sem correspondência a algum objeto da experiência, como *quimera*, mas, sim, palavras que são usadas sem qualquer significado no discurso, apesar de preencherem funções importantes, e, essas, sim, bastante *reais*, constitutivas do mundo dos eventos. Assim é que muitas e muitas decisões são tomadas a partir de textos que reúnem palavras como *propriedade* e *crédito*, que servem para diluir imprecisões e conectar outras palavras, mas, elas mesmas, nada querem dizer.

Um exemplo esclarecedor de palavra oca, colocado por Karl Olivecrona (1995, p. 34-35), é a unidade monetária, como a libra esterlina da Inglaterra. Nos tempos do padrão-ouro, concebia-se que uma libra equivaleria a determinada quantidade de ouro, que seria seu objeto, seu *referente ontológico*; mas hoje, o que se percebe na nota de uma libra é que o Banco da Inglaterra se compromete a pagar por ela a soma de uma libra. Ora, se a nota for apresentada ao Banco, receber-se-á outra nota por ela, e jamais será encontrado o objeto a que ela corresponderia. O que é, pois, uma libra? Ocorre que esse substantivo parece utilizado para denotar um objeto, só que não existe objeto algum.

### **3 Sobrecarga do Direito como principal ambiente ético comum para o controle do excesso de disponibilidade ética**

A Comunicação e a informação que produz tornaram-se elementos cruciais na sociedade contemporânea. E o Direito dessa chamada *sociedade da informação* pauta-se por uma perspectiva holística e interdisciplinar, e não se reduz a um Direito informático ou a uma aplicação de tecnologias computacionais a este ou aquele ramo do Direito. Mais do que isso, a sociedade da informação precisa ser entendida no contexto dessa organização pós-industrial, no que ele apresenta de qualitativamente inusitado. Isso significa que não engloba toda a sociedade contemporânea, na medida em que muitas regiões e populações estão hoje excluídas do ambiente informacional, mas, sim, aquele setor dominante do mundo globalizado, o qual se caracteriza pela comunicação e pelo domínio da tecnologia de ponta.

Portanto fica mais nítida a diferença entre a expressão Direito *da* sociedade da informação e Direito *na* sociedade da informação, tendo em vista o caráter específico desse novo Direito, o qual não apenas existe e se processa nessa sociedade, mas adquire contornos próprios, pertence a ela. Além disso, a expressão já se encontra consagrada, seja na literatura portuguesa, seja na brasileira, seja nos outros ambientes de fala lusitana.

Esse direito, também chamado direito informacional, surge da influência da sociedade da informação, ou seja, a sociedade em que a informação, o conhecimento e a comunicação se tornaram aspectos centrais do desenvolvimento social e das relações públicas e privadas. A sociedade da informação construiu novos direitos, como o direito sobre o conteúdo de bases de dados, informático, e ampliou e modificou o alcance de ramos já estabelecidos, como o direito do autor ou mesmo o processual.

O direito informacional, por exemplo, surge com a finalidade de regular esse novo setor da realidade social, da necessidade de regular a informação, isto é, de definir direitos e deveres sobre esses novos recursos, de delimitar o seu exercício, de defender a sociedade e o indivíduo contra eventuais maus usos dessa informação. Esse não é apenas o Direito adaptado ao serviço dos meios eletrônicos, mas toda uma realidade jurídica afetada pelas mudanças sociais da atualidade, provocadas pela revolução tecnológica. A tecnologia eletrônica é uma parte, sim, desse universo jurídico, reorganizado por imposições econômicas, filosóficas, políticas e de toda ordem, sempre cedentes na história da humanidade. É uma parte fundamental, mas não a única. Essa compreensão mais ampla de sociedade da informação, para a qual se quer chamar atenção aqui, está presente em todo esse novo mundo, por prismas de análise os mais diferentes. Na filosofia do Direito esse fenômeno é acompanhado da ideia de que a norma jurídica só se constitui no caso concreto e traz a sobrecarga do Judiciário no meio da organização dogmática do direito positivo. E a teoria da decisão não pode ficar imune a esse novo estado de coisas.

Claro que isso não implica deixar de lado os campos de estudo especificamente tecnológicos, na medida em que interessam a esse direito e constituem a novidade no meio ambiente em que se processam essas relações jurídicas específicas. O lócus da informática, dessarte, não se constitui somente da tecnologia computacional e sua capacidade de armazenamento e de processamento de informação, mas, sobretudo, de suas conexões na rede mundial de computadores, a internet. Essa sociedade da informação corresponde também, pois, à era da revolução que se constitui essencialmente de tecnologias intelectuais, as quais passam a fornecer as bases da *economia do conhecimento* em geral.

De uma perspectiva mais concreta, a sociedade da informação é aqui compreendida a partir de certas características centrais que vêm se desenvolvendo desde os anos 1980, gerando um ambiente marcado por globalização econômica, livre mercado, hegemonia de um novo tipo de liberalismo, desregulamentação, Estado mínimo, privatizações, um direito-adesão em lugar do direito-sanção, delegação de funções estatais a agências reguladoras e outras instituições estruturadas no modelo empresarial, poder difuso compartilhado por poderes locais, regionais e estruturas continentais em rede, dentre outros pontos importantes.

A globalização provoca uma maior homogeneidade econômica que tem reflexos sobre o Direito e torna cada vez mais obsoleta a compreensão das relações interna-

cionais em termos de centro e periferia como em diversas teorias jurídicas do final do século XX (ADEODATO, 1991, p. 108-128).

Pensando no direito positivo, um desses pontos nevrálgicos é a tendência de *enfraquecimento do poder centralizador do Estado*, cuja pretensão de monopólio na produção das últimas instâncias decisórias jurídicas foi exatamente uma das características mais marcantes da modernidade, desde o *Leviatã* de Hobbes até a autopoiese da teoria dos sistemas. Hoje passa a ser a capacidade de liderança tecnológica que define quem vence na competição entre Estados e empresas, pois é por sua atividade que são impostas as regras (jurídicas) para reprodução e multiplicação da acumulação.

O grande problema é que tal tecnologia contemporânea parece libertar-se de suas amarras éticas, antes controladas pelo Estado territorial e soberano. Esse capitalismo da sociedade da informação passa a alimentar-se da contradição entre inclusão e exclusão, e as redes começam a constituir uma nova morfologia social na teia das interações humanas. É assim que o papel dos Estados nacionais na definição das direções que devem tomar a pesquisa e a evolução tecnológicas é diminuído e cresce o papel do setor privado, que mais e mais as define.

Isso oferece novos desafios, que vão tornar a concepção legalista de estabelecimento de regras gerais prévias também obsoleta, minando a doutrina da separação de poderes.

Deve-se ressaltar ainda que a sociedade da informação não se confunde com a chamada sociedade do conhecimento. Isso porque a sociedade da informação é desigual, pois a informação é hoje privilégio de zonas geográficas específicas e de grupos sociais definidos: ela corresponde a esse momento presente, em que a informação não é equanimente compartilhada.

Já a sociedade do conhecimento é colocada como um ideal a ser alcançado, para o qual a sociedade da informação pode cooperar, dependendo da satisfação de condições para construção de um conhecimento compartilhado, pluralista e participativo.

De um ponto de vista mais filosófico, esse direito da sociedade da informação assenta-se na procura de uma ética para os novos tempos de autonomia arrogante da ciência. A ideia de dever é também colocada como fundamental, em lugar de ater-se, exclusivamente, à ideia de poder, pois a técnica não pode permanecer autônoma, sem ética.

Do outro lado, posturas críticas em relação a alimentos transgênicos, manipulação genética, desemprego gerado pela automação radical, tudo isso é hoje, por muitos, identificado como posição reacionária de quem não quer o progresso. A irresponsabilidade dos aprendizesde feiticeiro se transforma na regra do

progresso a todo custo. Há uma ausência quase total de reflexão sobre as eventuais consequências negativas dessas opções, as quais podem colocar em colapso o próprio capitalismo global, hoje hegemônico, seja por impossibilitar o emprego, seja por total restrição de demanda.

Com o olhar sobre as relações privadas, a solidão e a crise de identidade, trazidas pela falta de referências éticas, forcem o indivíduo a tornar-se *seu próprio produtor de significado*, em uma pulverização ética que sobrecarrega o Direito como único ambiente ético comum, conforme já mencionado.

E as amizades virtuais substituem as relações interpessoais convencionais, criando uma socialização lúdica, virtual, simulada (como no programa e jogo juvenil *The Sims*, de *simulation*).

Um novo problema para a ciência, por seu turno, é que boa parte da comunidade científica internacional está hoje atrelada a projetos privados de grandes corporações globalizadas, submetidas à lógica do lucro e às rígidas regras de sigilo e patentes, proteção à propriedade intelectual, direito do autor e conexos. Todas práticas que dificultam a difusão da informação.

É por essas razões que essa nova realidade reveste-se de toda relevância, não apenas no estudo do direito aplicado à informática, que, ainda, é hoje muito excluído (a dita exclusão digital), mas, sobretudo, na análise e superação dos desafios impostos no caminho para um mundo jurídico de mais equidade, baseado substancialmente na ética, na educação, no rompimento das assimetrias norte-sul do planeta, portanto, consubstanciado na ideia de um direito prospectivo, de ordem negociada e não imposta, de discriminação positiva, de respeito à diversidade de identidade e cultura no espaço público.

Essa a busca da sociedade do conhecimento ideal, cujas bases e problemas já se encontram estabelecidas na atual sociedade da informação. A crescente complexidade da sociedade contemporânea vem acompanhada de fenômenos específicos no que concerne ao direito. Um deles é o progressivo esvaziamento de conteúdo axiológico nos fundamentos do direito positivo, descrito em meus trabalhos anteriores. O Direito se formaliza, se procedimentaliza, se democratiza. Daí, aparece o *excesso de disponibilidades éticas*. Qualquer conteúdo ético pode vir a ser positivado. Isso se refere, sobretudo, ao poder constituinte, ele é que tem a disponibilidade ética inicial, mas o fenômeno perpassa toda construção de decisões. Claro que, se a regra superior estatui que todos os cidadãos são iguais perante a lei, há uma determinação de conteúdo ético que as regras inferiores devem respeitar. Mas o poder constituinte



em sua origem tem total disponibilidade ética. Isso não significa que o poder constituinte seja livre; ele sofre determinações geopolíticas, econômicas, históricas, etc.

Mas, eticamente, ele não está previamente condicionado. Como o Direito moderno se torna, assim, autorreferente, desaparece o papel público e político exercido pela moral e pela religião em sociedades mais tradicionais. Essas outras ordens éticas se tornam pulverizadas, nenhuma escolha ética é mais forte o suficiente para impor-se ao Direito, o qual faz suas próprias escolhas por meio de seus próprios mecanismos.

Assim, torna-se o ambiente ético comum, pois do Direito ninguém escapa, haja vista suas pretensões de validade racionalizada e sua coercitividade. Cada grupo tem sua moral, sua religião, mas o Direito precisa ser único na comunidade, suas regras valem para todos.

Isso o deixa praticamente sozinho no controle da esfera pública. Nas sociedades tradicionais, as regras morais e religiosas comuns servem de anteparo amortecedor, e só os conflitos mais agudos chegam ao Direito. Nas sociedades modernas, principal ambiente ético comum, o Direito se vê sobrecarregado de demandas que não consegue controlar.

Em sociedades menos complexas, a maior parte das divergências é tratada por outros sistemas normativos, os quais auxiliam na pacificação social e deixam ao Direito somente os conflitos de maior potencial ofensivo. Na sociedade ocidental contemporânea, também globalizada, a complexidade atinge grau nunca visto. E o arsenal dogmático para tratamento de conflitos mostra-se inoperante. O significante e o significado dos termos usados na comunicação ficam mais distantes um do outro, pois os contextos em que ela ocorre enfrentam mais e mais variáveis, os interesses, opiniões, *valores* em geral são mais e mais pulverizados pela complexidade. A partir disso, detectam-se diversas características reunidas sob a denominação de *crises*.

Exemplos: nas democracias mais evoluídas do Ocidente, nas quais o voto não é obrigatório, o problema da abstenção torna-se mais e mais preocupante; demandas simples e conflitos corriqueiros abarrotam as prateleiras do Judiciário, sem condições de atendê-las; partidos antidemocráticos participam do jogo político da democracia, pregando paradoxalmente sua extinção; há um contingente significativo de excluídos da sociedade, etc.

O fulcro de todas essas crises é a chamada *crise do Estado*, por vezes travestida em *crise do Direito*. O Estado e o Direito dogmático não funcionam mais como guias das modificações sociais, esvaziando a pouco e pouco o monopólio estatal

na produção do Direito e diminuindo a importância de ambos. Não que o Direito, propriamente dito, diminua sua importância, muito pelo contrário, isso ocorre com o direito dogmático estatal, pois *ubi societas ibi jus*. Subsistemas sociais como as mídias, os sindicatos, empresas privadas e agências reguladoras começam a produzir suas próprias regras jurídicas.

Essa crise gerou pelo menos duas direções diametralmente opostas na teoria do Direito atual. De um lado, aqueles que buscam ligar o Direito a conteúdos morais definidos, seja por serem considerados intrinsecamente justos, seja por resultarem de uma evolução histórica e social definida. Assim, qualquer sistema jurídico positivo que vai de encontro à igualdade entre os seres humanos, que legaliza a tortura ou o comércio de seres humanos seria ilegítimo, independentemente de seu grau de aceitação social, pois esses conteúdos morais são tidos como superiores a todo poder constituinte, por mais originário (ALEXY, 1986, p. 159).

A observação empírica mostra o idealismo dessas concepções que pretendem universalizar conteúdos éticos para o direito positivo. Os ambientes sociais, os interesses e, daí, a maneira de interpretar os fatos são de tal maneira divergentes que parece impossível persuadir dos males da guerra ou do terrorismo, da nudez ou da televisão, para aqueles que nisso acreditam, que aí construíram suas retóricas materiais. Claro que as gerações futuras podem ser educadas nesse sentido, daí, a *novidade radical* dos recém-nascidos, mencionada por Hannah Arendt, mas abismos axiológicos atuais não parecem compatíveis com tais idealizações universalistas.

Conforme observaram os marxistas, as infraestruturas desses diferentes ambientes dificultam ou mesmo impossibilitam uma universalização ética, pois não se deve esperar que seres humanos ocupados em conseguir o alimento diário ou sem um teto para repousar possam atentar para valores como a solidariedade, a proteção ambiental ou a necessidade de uma paz perpétua no plano internacional.

Fica, dessarte, difícil determinar quais seriam os conteúdos éticos que precisariam estar *necessariamente presentes* para que se caracterizasse um comando como *direito* ou se excluísse uma decisão por seu *insuportável grau de injustiça*, diante desses desacordos dos seres humanos sobre o mundo e sobre seus direitos subjetivos (ALEXY, 1992, 71)<sup>3</sup>. Certamente, a infraestrutura econômica, militar e tecnológica vai influir de modo decisivo no entendimento desse insuportável grau de injustiça, nas escolhas éticas *corretas* e *incorretas*, e nada indica que um melhor nível

3 “O caráter jurídico (de uma norma) perde-se quando a injustiça alcança um ‘grau insuportável’”.

de eficiências nesses três campos, mais facilmente detectáveis, implique *de per se* superioridade ética.

De outro lado estão os chamados pós-modernos, defensores de microsistemas jurídicos dentro de um mesmo ambiente social, numa espécie de autopoiese reflexiva, na qual o papel do Estado e de seu direito dogmático é diminuído, mas não na direção de uma universalidade ou internacionalização. Além desse problema aparentemente insolúvel da universalização de conteúdos éticos, os conflitos concretos ampliam-se e sobrecarregam o direito dogmático e seus órgãos judiciários, encarregados de dirimi-los. Isso leva ao próximo item.

#### 4 Sobrecarga da decisão e do Judiciário no Direito estatal moderno

Não se deve supor que se trata da mesma sobrecarga. Uma coisa é a sobrecarga do Direito diante dos demais sistemas sociais, sobretudo aqueles mais próximos, quais sejam, as outras ordens éticas, conforme acaba de ser mencionado. A segunda sobrecarga, agora referida, está estritamente vinculada à questão hermenêutica sobre em que medida uma regra geral prévia, expressa por símbolos e dirigida a controlar conflitos futuros no momento presente, pode produzir e garantir a decisão de um caso concreto único e irrepetível.

Com o maior distanciamento entre significantes e significados jurídicos na sociedade complexa, cresce a importância do Poder Judiciário e demais decididores de casos concretos (do Poder Executivo, de simples agências reguladoras, etc.), a quem compete determinar o significado das regras gerais prévias.

Esse crescimento dá-se em detrimento do Poder Legislativo, antes o único poder legítimo para estabelecer regras gerais, e atinge claramente o princípio outrora intocável da separação de poderes.

A complexidade traz, então, mais distanciamento entre texto genérico e decisão concreta e, daí, crescimento do poder daquele que decide (no paradigma aqui escolhido, o juiz). Isso leva à discussão sobre em que medida um texto genérico pode controlar e legitimar uma decisão concreta. Numa escala entre dois tipos ideais antagônicos, como de 0% (a lei nada controla da decisão, que é criada ao arbítrio do decisor) a 100% (a lei controla completamente a decisão), a teoria do Direito responde de todas as formas, com as mais diferentes proporções.

A pulverização das ordens éticas, a diferenciação do Direito e a crescente judicialização dos conflitos sociais, que por sinal são fenômenos contemporâneos estreitamente ligados, fazem com que o *decisor do caso concreto*, quem quer que seja,

torne-se mais e mais importante para a efetivação da decisão. E, no Direito dogmático, esse decididor é, em última instância, o Poder Judiciário. Mas esses fenômenos também fazem com que fique mais difícil controlar essa decisão concreta, ou seja, o Judiciário cresce em importância, mas não se mostra à altura para esse incremento em suas funções, em um Estado Democrático de Direito.

A dogmática desenvolveu mecanismos hermenêuticos complexos para controlar esse procedimento, mas o Judiciário parece cada vez mais incontrolado, como aponta Ingeborg Maus (2000) (e ainda falando da Alemanha!). No Brasil, o problema a que a autora se refere aparece muito mais claramente, sobretudo diante de um Poder Legislativo inoperante e de uma legislação inadequada sobre os processos de escolha política. Daí que juízes singulares, e não apenas tribunais superiores, criam literalmente comandos gerais, que só o purismo da técnica dogmática impede de chamar de *leis*, dado seu caráter genérico e *erga omnes*. O caso da proibição de prática do tabagismo a bordo de aviões a partir de decisão de um juiz federal do Rio Grande do Sul, independentemente de seus méritos ou deméritos, tornou-se paradigmática a respeito.

É por isso que Maus (2000) diz que o Judiciário é o “superego da sociedade órfã”. Ao decretar a inseparabilidade entre Direito e moral, autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy – dominantes na filosofia do Direito – favorecem um decisionismo judicial que transforma a moral *deste ou daquele juiz* (já que, só muito metaforicamente, pode-se falar em uma *moral do Poder Judiciário* como um todo) na legítima intérprete e concretizadora de uma “moral social” cujo portador, se é que existe, não pode ser uma pessoa, mas só pode resultar de um embate hermenêutico submetido a regras jurídicas.

A inclusão da moral no Direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual, originariamente, deveria ter acesso garantido. Ela dispõe sempre de um conceito de Direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a Justiça ascende, ela própria, à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle-social; controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um Direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p. 129).

A chamada jurisdição constitucional, impensável nos tempos de Montesquieu, e mesmo de Savigny, para os quais toda fonte do Direito precisa ser dotada de generalidade, e de sua justificada desconfiança dos magistrados, estende-se aos contor-

nos linguísticos de todos os textos legislativos; e não apenas o Judiciário, mas também o Executivo, açambarcam seu quinhão diante das ainda maiores inoperância, lentidão e corrupção do Legislativo. O sistema jurídico descarrega seus problemas no Judiciário e vai muito além de suas alegadas bases normativas textuais, pois interpretações, argumentações e decisões literalmente *constituem a “lei”*.

Já se percorreu um longo caminho desde que Kelsen afirmou que o juiz cria direito e enterrou de vez o sonho iluminista da Escola da Exegese. Mas tampouco a *Rahmentheorie*, a visão de que a lei fornece os limites (moldura) da criação do Direito pelo juiz, parece explicar devidamente a realidade contemporânea, sobretudo no Brasil. Se a decisão concreta não se processa pela via de silogismos apodícticos, no que assiste razão a Kelsen, tampouco a moldura parece enquadrar o juiz dos dias de hoje. Fala-se no “princípio da salvabilidade do crédito tributário”, por exemplo, para fundamentar decisões no mínimo controversas no que concerne aos princípios da estrita legalidade e do devido processo legal no direito tributário. A criatividade e a liberdade do Judiciário parecem não ter limites.

A doutrina tem procurado não apenas explicar essa evolução do direito positivo, mas também, em sua importante função pragmática, *controlar o poder criador do juiz* e evitar decisionismos. Isso não apenas nos casos de antinomias e lacunas, nos quais falha claramente a concepção silogística, mas também no dia a dia do Direito.

Mas permanece dedutivista. Aí, vem o “realismo” indutivista. Até Dworkin, com sua concepção iluminista da única decisão correta, procura parecer indutivista e privilegiar o caso concreto. Tudo isso é aqui tido como reflexo desses fenômenos contemporâneos, quais sejam, a pulverização ética e o distanciamento entre significantes e significados por conta da maior complexidade.

A tópica de Theodor Viehweg, a primeira das filosofias do Direito do pós-guerra, é assim acusada por Alexy de privilegiar em demasia o caso concreto e deixar o juiz sem parâmetros, abandonado ao seu próprio arbítrio. Isso porque Viehweg recusa qualquer conexão necessária entre a decisão e a regra prévia, pondo, assim, por terra o que parecia ser um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, por meio de sua tese de tomar o problema – o caso concreto – como ponto de partida.

Para Alexy, assim, Viehweg seria por demais decisionista.

Nos termos da teoria da argumentação jurídica sugerida por Alexy, é perfeitamente possível partir da capacidade de discernimento do ser humano, em sua racionalidade. Revelam-se assim determinadas regras básicas, e delas a decisão concreta vai ser retirada por meio de uma subsunção que, se não é lógica como queriam

positivistas mais radicais, não deixa de ter caráter dedutivo. De forma semelhante a Kelsen, Alexy crêem uma espécie de teoria da moldura. Só que essa moldura, diferentemente de Kelsen, não é fornecida por regras elaboradas pelo legislador positivo, mas, sim, por normas intrinsecamente racionais, tais como as exigências de coerência e de sinceridade.

Não existe uma só decisão correta, mas o decididor do caso concreto não se move à sua vontade dentro da moldura, sua decisão é rigorosamente deduzida do sistema de regras da razão. No sentido de Alexy, a moldura da decisão está constrangida por normas racionais acima do poder constituinte. De maneira semelhante ao normativismo, o autor concorda que a decisão jurídica é dedutiva e que não é possível uma só resposta correta, vale dizer, distinguir qual o mais adequado entre os três ou quatro resultados a que se chegou após aplicar o procedimento.

Mas difere radicalmente do positivismo normativista porque considera que as regras desse procedimento não são positivadas na luta pelo Direito da retórica material, mas valem por si mesmas, como decorrência de uma natureza racional do ser humano, de sua capacidade de discernimento.

Quem se utiliza de uma ação estratégica como o engodo, por exemplo, não age racionalmente, assim como não são de Direito os ordenamentos positivos que consagrem desigualdades (ALEXY, 1978, p. 238; 1992, p. 40).

Mais uma vez, aplicando a metodologia weberiana dos tipos ideais, pode-se ver claramente como o pensamento filosófico sobre a decisão jurídica evolui do legalismo dedutivo da Escola da Exegese, passa pela moldura positivada de Kelsen, pela moldura racional de Alexy e vai da tópica até o decisionismo cético, para o qual a decisão concreta tem caráter indutivo e a regra geral é, no máximo, mais uma maneira de justificar do que de encontrar ou produzir a decisão. O problema é saber se essas alegadas regras gerais fixam mesmo limites à decisão.

Ao entendimento do decisionismo subjaz uma filosofia irracionalista – no sentido de que não admite generalizações – para a qual o decididor é quem constitui o Direito. Se se pensa no Supremo Tribunal Federal brasileiro, por exemplo, isso equivale a dizer que uma decisão definitiva desse órgão literalmente não pode contradizer a Constituição, já que ele tem competência para dizer o que ela diz, *é ele quem fala por ela*.

Esse estado da arte em nada se modifica se a atenção é voltada para procedimentos como conciliação, arbitragem, composição ou mediação, os quais não estão necessariamente a cargo do juiz, mas procuram inclusive aliviar o Poder Judiciário

e a própria dogmática do direito, na medida em que outras ordens éticas como a política e a moral supostamente passam a interferir na decisão. A questão dos limites à decisão do caso concreto deixa de ser controlada apenas pelo direito positivo, pelo menos no sentido dogmático de um Direito posto e monopolizado pelo Estado.

Nos termos do positivismo dogmático, repita-se, uma decisão definitiva do Poder Judiciário jamais irá de encontro à lei, pois é ele quem vai determinar seu conteúdo linguístico, no caso, essa é a retórica material. Não apenas do Supremo Tribunal: se fez coisa julgada mesmo, qualquer instância decisória pode fixar a “verdade” jurídica em definitivo.

Essa perspectiva sobre a autonomia da norma que decide rejeita, de tal modo, os posicionamentos éticos apriorísticos defendidos pela teoria da argumentação racionalista. Isso não significa que o positivismo seja eticamente antidemocrático, como se verá no último capítulo, mas justamente o contrário.

Se o positivismo não aceita normas que valham por si mesmas, acima de qualquer poder constituinte originário, normas impostas pela razão, por Deus ou outra entidade superior às próprias escolhas humanas, isso não significa que a decisão concreta possa afastar-se de todo conteúdo ético, pois o Direito é parte da ética. O esvaziamento de conteúdo axiológico levado a efeito pelo direito positivo é de conteúdo axiológico *prévio*, não de todo conteúdo axiológico. Pode-se assim reconhecer uma ética da norma decisória sem aceitar um sistema normativo deduzido a partir de comandos válidos em si mesmos, reconhecer a possibilidade de consensos casuísticos, incertos, variáveis, numa ética concreta e guiada, por isso mesmo, pela tolerância.

Como instância decisória da dogmática por excelência, o Poder Judiciário desenvolveu uma retórica material que inclui, dentre outras, três qualidades importantes: objetividade, neutralidade e imparcialidade; e a origem dessa estratégia pode ser rastreada.

Em seu nascedouro, a atividade científica na cultura ocidental não era socializada como hoje, mas, sim, pelo contrário, marcadamente individual; daí a necessidade de apresentar essas características, ligadas aos primórdios da ciência contemplativa e especulativa, praticada por uns poucos homens que tinham condições de se alhear e observar a natureza imparcialmente.

Essa concepção “clássica” de ciência, nascida na Grécia e renovada na Renascença, perdura até hoje e estende-se até as jovens “ciências humanas”, as quais, por razões óbvias, oferecem mais dificuldade a esse alheamento.

Mas enquanto os gregos concebiam o conhecimento como contemplação de algo que já estava no mundo e que o sujeito poderia observar sem que participasse de sua constituição, a partir do Renascimento começa a se formar a ideia de que o ser humano pode conhecer melhor aquilo que seja capaz de imitar, de reconstruir. A ciência deixa de tentar apenas descrever para buscar reproduzir a natureza e seus fenômenos. Aí, a *decisão do sujeito cognoscente* passa a ter um papel fundamental, pois ela que uniria a generalidade da teoria à praticada observação empírica. O Direito não fica infenso a essa mentalidade e passa a ser encarado como instrumento para modificação da realidade e efetivação da verdadeira ordem jurídica racional.

Assim, em lugar de a objetividade – e a justiça – estarem na natureza mesma, elas passam a pertencer ao modo, ao método por meio do qual o conhecimento aborda a realidade. Na linguagem adotada neste artigo, passam a ser constituídas na metodologia que conforma os métodos de escolha para a ação. Assim vão se firmando a concepção de Direito como processo e a importância da decisão dentro do Direito.

## **5 A encruzilhada do ativismo judicial dos tribunais superiores e o enfraquecimento do decisionismo estatal do dia a dia**

Se o Direito não mais consiste na lei prévia, mas sim na decisão, a filosofia do Direito precisa investigar o conteúdo de tal decisão. E aqui retorna a questão de se a decisão é um processo cognoscitivo racional, ou seja, na linguagem de Cossio, se exarar sentenças é um ato de conhecimento. Se se combinam exigências de imparcialidade e neutralidade, a decisão pretende objetividade e até universalidade, em uma palavra, cientificidade.

Toda mudança desagrada aos que querem conservar a ordem anterior, o *status quo ante*. É por isso que autores e profissionais do Direito têm reclamado contra a crescente importância do que chamam de uma *excessiva formalização* em seu mister, de *decadência do direito material*, dentre outras expressões. O fato é que o direito outrora dito *adjetivo*, mero auxiliar do direito *substantivo*, passa a desempenhar papel primordial na distribuição da justiça, pois a efetividade do Direito, na era contemporânea, passa a depender da efetividade do processo. O reconhecimento do direito se pode dar no decorrer do processo, por exemplo, como ocorre com a antecipação de tutela, ou no seu final, como é o caso da sentença, mas o fato é que, na dogmática jurídica da modernidade, em última instância, não há direito fora do processo. Isso coopera para a referida sobrecarga nas funções do Poder Judiciário, tornando o pa-



radigma da decisão concreta mais decisivo do que os primeiros positivistas jamais poderiam prever. A retórica clássica pode ajudar numa visão sobre o problema.

Aristóteles sugere a classificação do discurso em três tipos. Aos juízes e profissionais do Direito em geral caberia o discurso forense, um desses três, dentro da retórica aristotélica, ao lado do epidítico ou laudatório e do deliberativo. Mas ele apenas compila informações sobre o surgimento da retórica e de seus três gêneros na Sicília, e essa classificação não se pretende exaustiva.

A decisão jurídica não se deve entender concentrada *exclusivamente na retórica forense*, que originou toda a retórica, assim como não se constitui em *monopólio do Poder Judiciário*, estando desde sempre ligada a um discurso político, isto é, deliberativo.

Admite-se que a retórica nasceu na Grécia antiga, por volta do ano 485, mais precisamente na cidade siciliana de Siracusa, como uma consequência indireta da tirania de Gelone seu sucessor Hieron I, os quais expropriaram terras de diversos cidadãos para concedê-las a membros de sua guarda pessoal. Com a queda dos tiranos e o retorno da aristocracia, os expropriados colocaram uma série de pleitos perante o novo governo, com o objetivo de recuperar suas possessões. Verifica-se que a *origem da retórica no Ocidente é judicial* e sem qualquer vínculo com a literatura ou a poesia, estando politicamente ligada ao espaço público da palavra livre e aos efeitos do discurso sobre as relações sociais.

Atento aos efeitos práticos de uma argumentação eficiente, Córax de Siracusa elabora um sistema de estratégias e teorias destinado a influir sobre os tribunais e assembleias e garantir a eficiência persuasiva do discurso. Para uma parte dos historiadores, um de seus discípulos, Tísias, divulga esse tratado pela Grécia e acrescenta suas próprias contribuições; para outros, Córax seria apenas um apelido de Tísias, pois *koraxou korakoc* significava “o corvo” em grego antigo, ou seja, o criador da retórica teria sido Tísias, o corvo (RUIZ DE LA CIERVA, 2007).

Além de não ser monopólio da retórica judicial nem do Poder Judiciário, a fundamentação retórica da decisão jurídica deve tampouco ser compreendida *exclusivamente como ornamento*, redução criada posteriormente e utilizada para desacreditar a retórica: a ideia de eficácia esteve desde sempre ligada à natureza retórica da decisão. Com efeito, só se pode falar de persuasão quando a estratégia funciona, produz o efeito desejado. Ornamento e eficácia, o agradável e o útil, a forma e o fundo.

E, quando os antigos dizem que a retórica é a arte de falar bem, fazem-no na consciência de que, para falar bem é necessário pensar bem, e de que o pensar bem pressupõe não só ter ideias, ideias nobres, ideias lógicas, estruturadas e estetica-

mente bem arrumadas, mas ter também um estilo de vida, um viver em conformidade com o que se pensa e crê (ALEXANDRE JÚNIOR, 2008, p. 4).

Já em Aristóteles, a retórica é considerada uma *δύναμις* (*dynamis*), vale dizer, uma competência teórica e prática para perceber os meios mais adequados a obter os efeitos desejados, fazer a comunicação conformar a retórica material, tornar ideias reais. A decisão precisa ser eficaz para ser decisão, e o objetivo final de todo processo de construção da realidade é fazer com que determinada interpretação prevaleça, ou seja, torne-se retórica material. Assim, desde o tempo de Aristóteles, a retórica não se reduz a esses três gêneros de oratória, pois seu objetivo é habilitar a falar com eficácia e deleite sobre qualquer assunto.

O crescimento de importância da retórica forense, contudo, em detrimento da retórica deliberativa classicamente característica do Poder Legislativo, pode ser observado, no Brasil, no caso da autorização para aborto (*antecipação terapêutico parto*) de nascituros meroencefálicos, ou no caso do mandado de injunção sobre a greve de funcionários públicos, importantes questões de direito material decididas por juízes diante de um caso concreto no decorrer de um processo, afastando-se da tipologia de que a retórica deliberativa caracterizaria somente o discurso legislativo. Magistrados, cuja retórica forense dirigir-se-ia ao passado, passam a deter também a retórica deliberativa, orientada para o futuro, mesclando e confundindo a classificação sugerida por Aristóteles.

Não se pode prever o fim do Estado e de seu Direito dogmaticamente organizado, construir escatologias. É no mínimo arriscado dizer que o Direito dogmático da modernidade, embora enfrente disfunções graves, esteja à beira da extinção por conta de uma ordem jurídica internacional, apoiada em empresas trans e multinacionais, ou, nos âmbitos externo e interno, de procedimentos de conciliação e mediação que salvariam a dogmática de suas sobrecargas e falhas funcionais ao preço de dividir sua pretensão de monopólio da jurisdição.

Ressalte-se que enxergar a realidade humana como um fenômeno retórico, em cuja constituição o Direito em geral e a decisão jurídica em particular têm um peso notável, não implica defender que o decididor do caso é livre de constrangimentos e afirmar um ativismo judiciário nos termos de *seguir a* – obviamente própria – *consciência*. Nesse ponto é enfático Lenio Streck (2010, p. 95), que chama o tipo ideal do casuismo judicial de “solipsismo teórico da filosofia da consciência”, no qual imperaria uma “discricionariedade – ou arbitrariedade – positivista”.

O autor critica o que chama “filosofia da consciência” como uma filosofia defensora da separação entre sujeito e objeto, a qual ele afirma ter superado com sua “hermenêutica filosófica”. Critica, no mesmo sentido, o “solipsismo cartesiano”, parecendo considerar Descartes também um “filósofo da consciência”. Mas o que a historiografia filosófica comumente chama de “filosofia da consciência” é justamente a fenomenologia de Husserl, que também pretende ter superado o dualismo entre sujeito e objeto presente na filosofia cartesiana. Com a “volta à coisa mesma” (*zurückzur Sache selbst*), Husserl entende ter transformado a própria consciência em objeto, superando os psicologistas que haviam transformado a consciência em fenômenos fisiológicos (ADEODATO, 2013, p. 115).

Mas tampouco se deve cair na ingenuidade do tipo ideal oposto e acreditar na possibilidade de uma só decisão correta para cada conflito concreto, como se os relatos sobre os eventos fossem uníssonos e a discricionariedade dos atores pudesse ser eliminada (STRECK, 2009, p. 159).

## 6 Referências

ADEODATO, João Maurício. Brasilien. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder. **Rechtstheorie**. Berlin: Duncker & Humblot, n. 22. Band, Heft 1, 1991, p. 108-128.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEXANDRE JÚNIOR, Manuel. Eficácia retórica – a palavra e a imagem. **Revista Rhêtorikê**, s/n., 2008, p. 1-26.

ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation** – die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1978.

\_\_\_\_\_. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt. a. M.: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg-München: Alber, 1992.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 12 de agosto de 2013.

ARISTOTLE. Rhetoric.I, 1, 1354b. **The works of Aristotle**. Trad. W. Rhys Roberts, Col. Great Books of the Western World, vol. 8. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

EDELMAN, Murray. **Political language** – words that succeed and policies that fail. Chicago: University of Illinois Press, 1977.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do Direito** – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2009.

FINER, Sam E.; SELINGER, Martin. O papel político da violência. Trad. Angela Arieira. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro, n. 18 (2), 1975, p. 48-67.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

\_\_\_\_\_. **Juristische Methodik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho em Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2009a.

\_\_\_\_\_. Teoria estruturante do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1, 2009b.

OLIVECRONA, Karl. **Lenguaje jurídica y realidad**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1995.

PATZELT, Werner. **Grundlagen der Ethnomethodologie** – Theorie, Empirie und politikwissenschaftlicher Nutzen einer Soziologie des Alltags. München: W. Fink, 1987.

PFORDTEN, Dietmar von der. Was ist Recht? Eine philosophische Perspektive. In: BRUGGER, Winfried; NEUMANN, Ulfried; KIRSTE, Stephan. **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2008, p. 261-285.

POUND, Roscoe. Law and morals – jurisprudence and ethics. **North Carolina Law Review**, vol. 23, 1945.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. Trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

RUIZ DE LA CIERVA, María del Carmen. Los géneros retóricos desde sus orígenes hasta la actualidad. **Revista Rhêtorikês**, 2007, p. 1-40.

SEMAMA, Paolo. **Linguagem e poder**. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

SOREL, Georges. **Réflexions sur la violence**. Paris: Marcel Rivière, 1919.

STOHL, Michael; MELO, José Luiz. Teoria e método em estudos sobre a relação entre conflito e violência doméstica e externa. Trad. Pedro Maligo e Eli de Fátima de Lima. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro, n. 19 (1), 1976, p. 25-59.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso** – constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que é isto** – Decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILLAFANE, Emilio Serrano. La violencia y el odio y su papel en la politica del mundo actual. In: HÄSLER, Alfred A. (Coord.) **El odio en el mundo actual**. Madrid: Alianza Editorial, 1973.