

A CONSTRUÇÃO RETÓRICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO – TRÊS CONFUSÕES SOBRE ÉTICA E DIREITO

João Maurício Adeodato

(Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife)

Currículo do autor em:

<http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>

Sumário: 1. A confusão entre normas e textos. 2. A confusão entre textos sobre condutas e textos sobre textos. 3. A confusão das regras éticas de base do ordenamento jurídico.

1. A confusão entre normas e textos.

Os leigos e muitos profissionais do direito parecem crer que o chamado “ordenamento jurídico” compõe-se de um conjunto de “normas”. Este é um **primeiro equívoco**, confundir normas com textos.

O ordenamento jurídico é um **dado** empírico e normas jurídicas não são dados empíricos. Ele compõe-se de fontes do direito, para manter a metáfora milenar dos romanos, positivadas, ou seja, postas previamente, e não de normas. Falando em termos da semiótica contemporânea, as fontes do direito são significantes, enquanto as normas jurídicas são significados, cujos alcance e sentido só se podem determinar diante do caso concreto. As fontes são textos (podem também ser gestos ou palavras oralmente pronunciadas) que procuram expressar, significar, simbolizar normas jurídicas. O ordenamento jurídico é o conjunto dessas fontes; apenas em um sentido metafórico, metonímico e impreciso pode-se dizer que compõe-se de normas.

Para entender a diferença entre significante e significado invoque-se a relação entre algarismo e número. O mesmo significado número “dois” (que é

uma idéia) pode ser expresso por diversos significantes, gestuais, orais e textuais, tais como 2, *zwei*, II, *two*, *dos*. É a mesma diferença que existe entre as fontes do direito (leis, portarias, instrumentos contratuais, costumes jurídicos) e as normas jurídicas que elas procuram expressar.

É importante não confundir essa distinção com aquela de Kelsen entre proposição normativa e norma jurídica. O texto expressa-se pelas fontes, pelos artigos e parágrafos da lei, por exemplo. As *Rechtssätze* (proposições normativas) de Kelsen na "Teoria Pura" são os enunciados descritivos da ciência do direito, os quais têm por objeto as relações constituídas pela norma jurídica: as proposições normativas são juízos hipotéticos; as normas, imperativos, permissões, autorizações. Em Kelsen, a função da proposição normativa é jurídico-cognitiva, enquanto a função da norma jurídica é expressão da autoridade e do poder. A novidade do conceito kelseniano fica clara na comparação com seu antecessor Adolf Merkl, que utiliza ambos os termos como sinônimos¹.

Quando o jurista se defronta com um problema (um conflito juridicamente relevante), ele precisa se municiar dessas fontes, pinçar do ordenamento jurídico as fontes pertinentes ao problema e aos argumentos que pretende desenvolver. Todos os participantes do discurso jurídico precisam fazer o mesmo, este é o dogma da dogmática, a razão de ser dessa denominação: um argumento só vale se e na medida em que se reporta a fontes do direito pertinentes (ao conflito), válidas e vigentes. Por isso Tercio Ferraz fala que a primeira característica da dogmática é a inegabilidade dos pontos de partida².

A norma jurídica permanece como uma idéia, um significado que se tenta comunicar por meio das fontes, até que se concretize na decisão do caso, a rigor após o trânsito em julgado. Só então os textos normativos adquirem

¹ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 32; e KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 73 e 74.

² FERRAZ Jr., Tercio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 95.

significado definido, ganham sentido e alcance diante do caso concreto. Daí a teoria estruturante de Müller afirmar que o legislador só faz o texto, um dado de entrada para a construção objetiva da norma no caso concreto: o texto da norma não tem ainda qualquer significado (prévio), mas apenas validade, está validamente posto³.

Tome-se como paradigma empírico para testar a diferença a evolução de significado da expressão **separação entre os poderes** de criar e aplicar o direito. Uma cláusula pétrea da Constituição de 1988 que muitas decisões dos tribunais parecem contradizer, com juízes ditando normas jurídicas genéricas, sem o alcance restrito das sentenças. Ainda assim observa-se que o leigo, mesmo o mais esclarecido – e aqui se inclui todo aquele que se inicia nos estudos jurídicos e busca esclarecer-se mais – parece pensar que o direito se constitui em um **conjunto de leis criado pelos políticos e aplicado pelos tribunais**.

Esse lugar-comum não é de todo despropositado; já foi a convicção dominante entre os especialistas e ainda hoje se encontram profissionais do direito que parecem pensar assim. Há motivos históricos para isso.

A primeira das grandes escolas positivistas, nascida na França do final do século XVIII, a *École d'Exégèse* afirma ser a **generalidade** um elemento essencial da norma jurídica, ficando ao juiz o mero papel de *bouche de la loi* (boca da lei), pois *in claris non fit interpretatio* (na clareza – da lei – não cabe interpretação), expressão que, apesar de estranha à Roma clássica, foi estrategicamente apresentada sob a autoridade do latim pelos exegetas franceses. Daí a importância que emprestavam ao poder legislativo, responsável pela elaboração de leis, textos genéricos dos quais, supostamente, são deduzidas as decisões concretas.

Depois Kelsen vem afirmar que há normas jurídicas gerais e individuais, estas em regra produzidas pelo judiciário. A mudança é tal que o final do século

³ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 32.

XX já vai encontrar autores como Friedrich Müller⁴, para quem não se pode separar “a norma” de sua interpretação, o que significa dizer que só diante do caso individual é criada a norma jurídica e que a generalidade, assim como a validade, é característica do texto e não da norma. Assim, qualquer expressão normativa genérica, como a lei ou a medida provisória, está incompleta, e isso não se afigura uma disfunção sua, mas é hermeneuticamente necessário. O decididor no caso concreto é quem cria a norma jurídica, da qual o texto é uma pequena parte, um dado de entrada.

Tal evolução histórica é também conduzida pela separação de poderes sob um segundo prisma: na medida em que a crescente complexidade das sociedades modernas vai tornar cada vez mais sensível a questão de **se o juiz cria normas jurídicas**, isto é, **direito**, a qual está intimamente ligada à questão da generalidade e da identificação entre lei e norma jurídica: qual a relação entre a “criação” (legislativa e cada vez mais executiva) e a “aplicação” (judiciária) do direito. Esse um dos temas difíceis para as introduções ao estudo do direito.

2. A confusão entre textos sobre condutas e textos sobre textos.

Um **segundo equívoco** é pensar que o ordenamento jurídico é composto de normas que procuram tratar de conflitos de conduta humana.

Um procurador prussiano de nome Julius Hermann von Kirchmann ficou na história das idéias jurídicas por uma frase, escrita em 1848: “três penas do legislador transformam bibliotecas inteiras em lixo”⁵. De fato, se o estudo do direito se resumir às regras que regulam diretamente as condutas jurídicas vai

⁴ MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 251 s. No Brasil: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito** – Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Diversos tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁵ KIRCHMANN, Julius Hermann von. **Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft** — Vortrag gehalten in der Juristischen Gesellschaft zur Berlin (1848). Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966.

ficar obsoleto com rapidez, pois prazos e institutos mudam cada vez mais e em menos tempo na sociedade contemporânea, especialmente no experimentalismo jurídico levado a efeito pelas autoridades no Brasil. Alunos que ainda estão no curso de direito já sentem que muitas regras, decoradas há poucos semestres, e mesmo meses, já se tornaram conhecimento inútil, como o atestam leis recentemente revogadas nos campos do processo civil e penal. Agências reguladoras, relações familiares e os chamados novos direitos são apenas outros exemplos de novas modificações radicais.

Então, é notório que parte do direito positivo muda muito e vertiginosamente, o que dá razão a Kirchmann.

Mas o ordenamento também se compõe de fontes sobre fontes, fontes que intentam tratar conflitos entre fontes e não conflitos de conduta. Claro que mediatamente também essas têm por objeto a conduta humana, mas diretamente dirigem-se a fontes, é como um segundo nível, daí serem aqui chamadas de metaregras. E as regras expressas por essas fontes fazem parte do ordenamento jurídico e do direito dogmático. Algumas são positivadas, mesmo por força de lei, tais como a *lex posterior derogat priori*; outras, não, tais como “ninguém pode transferir mais direitos do que tem” ou “quem pode o mais pode o menos”. São em menor número do que as fontes de primeiro nível e modificam-se muito mais lentamente. Existem em todos os ramos do direito, tais como as regras que definem os sujeitos de direito e o conceito de capacidade, no direito civil, culpabilidade ou antijuridicidade no direito penal, ato administrativo no direito administrativo ou hipótese de incidência no direito tributário.

Os textos dessas regras sobre regras, justamente por seu maior grau de abstração, estão ainda mais distantes de concretização do que as regras de primeiro nível, as regras de conduta. Quer dizer: dependem muito mais daquilo que se diz sobre eles, daquilo que se entende sobre eles, o que se acorda sobre sua linguagem. Se as de primeiro nível já são assim, as de segundo nível o são muito mais.

Mas todo o ensino jurídico no Brasil é organizado com base em adestramentos mnemônicos, isto é, no decorar de fontes do direito daquele primeiro nível, de textos que disciplinam diretamente a conduta, tais como as competências do juiz federal, o tempo de reclusão pelo crime de homicídio ou as decisões dos juízes dos tribunais superiores. Por que isso? Porque é mais fácil para docentes e estudantes, colegas em um atroz amadorismo que visa facilitar, apenas, a convivência de ambos os segmentos. O aluno obtém algumas informações “por ouvir dizer”, só estuda na semana de provas – e pelo caderno ou por terríveis apostilas – e o professor repete resumos e quadros sinópticos de relatos descritivos sobre o direito positivo. Isso não é culpa apenas das Faculdades de Direito brasileiras; os concursos públicos e a própria prova do exame da Ordem dos Advogados do Brasil vão na mesma direção. Sem contar que a Comissão de Exame de Ordem da OAB não fala a mesma língua da Comissão de Ensino Jurídico, que tem se pronunciado há anos contra essa situação. Mas a prova continua como sempre foi. O próprio MEC participa desse grande equívoco, pelo menos na área de direito, na medida em que as diretrizes de sua Secretaria de Ensino Superior, responsável pelos cursos de graduação, vão de encontro àquelas da CAPES, encarregada do credenciamento dos cursos de pós-graduação.

Decorar fontes do direito, como as contidas no *Vade Mecum*, não tem sentido porque as “normas” não são textos estáticos, não “estão ali” na lei ou no código. O que os textos querem dizer, como efetivamente cooperam para o tratamento dos conflitos, vai depender de como os profissionais do direito entendem esses mesmos textos diante do caso concreto.

Nesse sentido conhecer o direito é muito diferente do que conhecer o movimento dos astros, por exemplo. Para o sistema solar, é indiferente que ele seja entendido segundo Ptolomeu ou segundo Galileu; o objeto permanece o mesmo. Mas se o direito coloca que nordestinos ou judeus não são pessoas, eles não são pessoas. Nisso pensou Kelsen ao separar ser e dever ser, no rasto do pensamento de Kant.

No começo do século XX, o jurista francês Jean Cruet continuava denunciando a “inutilidade das leis” diante da “vida do direito”, em livro traduzido no Brasil desde os anos 50 e agora reeditado⁶. E o filósofo Blaise Pascal reclamou dessa justiça, que um rio separa e é uma do lado de cá e outra do lado de lá dos Pirineus⁷. São sempre objeções no sentido de que não seria possível conhecer um objeto tão instável e mutável em seus conteúdos.

Mas por que tanta instabilidade? Parece sensato concluir: porque, além das mudanças objetivas nos fatos sociais, há pessoas que não se limitam a reproduzir o direito em vigor, mas o criticam e lhe sugerem modificações, dando origem a novas formas de regulação social. Esta a função da boa doutrina, ficar na vanguarda e não na retaguarda do direito positivo, relatando o que decidem judiciário, executivo, legislativo, ministério público. Então, não é apenas estudando relatos descritivos do direito positivo, isto é, do que está nas leis mais importantes – aquelas do *Vade Mecum* – e da jurisprudência, que se vai compreender devidamente o direito. E mesmo se o ensino e a “pesquisa” em direito devessem ser assim, as faculdades de direito continuariam mal. Isso porque há uma infinidade de normas jurídicas que nem chegam a ser comentadas nas faculdades, tais como as decisões do Ministério da Fazenda e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça, as instruções normativas do Banco Central ou as centenas de portarias e resoluções exaradas pelo Ministério da Educação, pelo Conselho Nacional ou pelos Conselhos Estaduais de Educação.

Essas regras de primeiro nível (“de conduta”), que determinam diretamente os procedimentos, são importantes e precisam ser circunstancialmente conhecidas, mas é impossível e também inútil memorizá-las, já que são muito numerosas, mudam constantemente e cada caso exige um conjunto diferente delas. O estudo do direito não se pode reduzir a essas

⁶ CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Salvador: Progresso, s/trad., 1956. E a nova edição de Leme-SP: EDIJUR, s/trad., 2008, 3ª. ed.

⁷ “Plaisante justice qu'une rivière borne! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà!” PASCAL, Blaise. **Pensées**. Paris: éd. Gallimard (édition de Michel Le Guern), coll. Folio classique, 1977, fragment 56, § 294, p. 87.

regras de primeiro nível, tal como vem ocorrendo na educação jurídica brasileira. É preciso conhecer, sobretudo, as metaregras de conduta, as regras sobre regras, aquelas que resolvem os conflitos entre quais regras serão aplicadas àqueles conflitos de conduta e procedimentos.

Os problemas jurídicos reais não estão em saber as atribuições do juiz federal, os incisos do art. 5º ou listar todas as competências comuns e concorrentes. Eles dizem respeito a como solucionar dúvidas sobre que regras aplicar, utilizando essas meta-regras que constituem o objeto da teoria geral do direito, disciplina que, aliada a alguns temas de filosofia do direito, é no Brasil conhecida como “introdução ao direito”. Essas regras também mudam, mas de maneira muito mais lenta, e também são numerosas, mas muito menos do que as do primeiro nível.

Para compreender e assim lidar com essas mudanças é preciso esse outro tipo de conhecimento. Não apenas repetir as nove pessoas que a Constituição legitima para impetrar ação direta de inconstitucionalidade, mas também entender porque a Constituição dá validade a um ato jurídico como uma ADI; não somente saber que a pena para um esbulho possessório como a grilagem de terras é menor que a do roubo, mas também, o que levou a um estado de coisas em que a lei considera a subtração forçada de um imóvel menos duramente punível do que a de uma pulseira sem muito valor.

Esse tipo de conhecimento não se tornará inútil com mudanças legislativas ou jurisprudenciais, pois ele não se compõe de relatos descritivos sobre como o direito está agora, mas sim procura compreendê-lo e ensinar a lidar com ele. Não cabe à ciência do direito relatar o que está na lei ou como os juízes estão decidindo, mas sim ensinar legisladores e juízes a desempenhar melhor o seu trabalho e seu poder. Essa literatura jurídica brasileira contemporânea, submissa a descrever decisões desses poderes da República, propicia a proliferação de livros extensos e espessos, para injustificado orgulho de seus autores, posto que desprovidos de qualquer conteúdo doutrinário digno da palavra.

Kirchmann caía no mesmo equívoco, assustado com a “institucionalização da mutabilidade” (Luhmann) no direito moderno: o equívoco de pensar que o ordenamento jurídico se compõe exclusivamente de normas de conduta.

3. A confusão das regras éticas de base do ordenamento jurídico.

Esse **terceiro equívoco** tem dois lados.

O primeiro lado é achar que há e inclusive que se podem determinar quais são os limites para as escolhas éticas do direito. Ora todo direito faz opções éticas. Se existe uma regra jurídica em dada sociedade, qualquer que seja o seu teor, é porque o conteúdo valorativo dessa regra é querido pelos poderes constituídos daquela sociedade. Claro que há diversas ideologias antagônicas sobre que conteúdo deve ter o direito e que uma delas vai se tornar vencedora e positivar-se.

O equívoco a se evitar é achar que algum desses conteúdos éticos em conflito é o único correto, aquele que vale independentemente dos processos sociais, vale por si mesmo, é o critério de legitimidade do direito positivo.

O segundo lado é achar que os textos legais positivados têm um sentido correto ao qual devem ser subsumidos os casos concretos, ou seja, que há uma interpretação apropriada à qual a decisão do caso deve necessariamente se curvar. Ao contrário, o juiz unido jamais será vencido, pois quem diz o que a lei diz é o juiz, quem diz o que é inconstitucional ou não é o juiz. No Brasil, vejam a conhecida discussão em torno do artigo 52, X da Constituição, sobre a competência do Senado para dar efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade; no caso da ação direta, o próprio Supremo Tribunal Federal determinou a inaplicabilidade do referido inciso, isto é, os poucos juízes do STF podem anular algo que o órgão máximo da República (o Congresso Nacional) decidiu.

Quanto ao primeiro lado desse terceiro equívoco, parte-se aqui da visão de que o direito é uma das espécies do gênero ética e daí sempre apresenta conteúdos éticos, podem-se dizer posturas morais. Essas opções estão suscetíveis de ser consideradas más por muitas pessoas, mas parece óbvio que determinado conteúdo ético só é incorporado pelo direito porque pelo menos um grupo significativo de pessoas o considera desejável. "Significativo" pelos mais diferentes critérios: organização, força das armas, dinheiro, maioria. Se todos pensassem que o aborto é abominável, sua permissão jamais seria corroborada pelo direito positivo, como ocorre hoje em vários Estados.

Decepar os membros de ladrões, queimar mulheres por bruxaria ou torturar hereges é "direito"? A tese repetida aqui é que todo direito tem conteúdo ético, todo direito é essencialmente ético, pelo menos para determinado grupo social, justamente o vencedor na "luta pelo direito", na luta para transformar suas convicções éticas em direito posto. É certo que alguns desses conteúdos éticos vitoriosos podem ser considerados abomináveis pelos grupos sociais derrotados, os quais vão tachá-los de não-direito, de "insuportavelmente injustos", mas isso não os torna menos jurídicos.

O equívoco é achar que, acima das regras de segundo nível (metaregras) mencionadas acima, há regras de terceiro nível (todos os seres humanos devem ser iguais perante a lei), independentes de positivação, como defendem os chamados anti-positivistas. Os positivistas se recusam a aceitar que haja normas acima do ordenamento positivo, que pretendem valer por si mesmas. Essas regras já não fazem parte do ordenamento jurídico, não são dogmáticas. Elas constituem os fundamentos éticos e ideológicos do direito em conflito e são aquelas que apresentam caráter mais retórico: é impossível afirmar que determinadas percepções éticas são as "verdadeiras".

Quer dizer, a própria "realidade" dessas regras éticas é mais retórica do que no caso das regras de segundo nível e, é claro, do que no caso das regras de primeiro nível, pois nestas o texto e seus procedimentos de validade aumentam o nível de objetivação, vale dizer, são menos vagos e ambíguos. Claro que todo significativo lingüístico é vago e ambíguo, mas nem todos o são

igualmente. O texto “subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem” aparece mais definido do que um texto que recomenda ponderação ao juiz, aplicação de um “princípio da proporcionalidade”.

Claro que quem defende a existência dessas normas acima do direito positivo não só as considera parte fundamental, mas também fonte de legitimidade do ordenamento jurídico positivo. Independem das diretrizes e da vontade de quem está efetivamente no poder. Constituem mais do que normas, são super-normas, princípios, fundamentos, são muitas as designações.

Quanto ao segundo lado desse terceiro equívoco, a tese aqui é que não há um significado (sentido e alcance) prévio próprio e adequado em quaisquer textos. O significado só pode ser determinado após o trabalho interpretativo, diante do caso concreto. Isso porque, como visto em outro lugar⁸, há uma incompatibilidade entre os **três elementos do conhecimento empírico**: os eventos do mundo real, como o caso concreto que vai ser decidido pelo jurista, aquele único homicídio, adultério, aluguel ou pagamento de imposto; os significantes lingüísticos que apreendem e comunicam significados ligados a esses eventos, de que são exemplos os textos que compõem o ordenamento jurídico e que precisam ser relacionados a esses casos concretos juridicamente relevantes; e, finalmente, os próprios significados desses significantes, isto é, no campo do direito, o sentido e o alcance que os textos do ordenamento têm diante daquele caso.

Assim sendo, não há como afirmar que determinadas fontes do direito, como a lei ou uma portaria do Banco Central, possam oferecer uma resposta “correta” a um conflito jurídico e, menos ainda, que conflitos aparentemente análogos venham a ser solucionados da mesma maneira.

Uma concepção retórica do ordenamento jurídico vai permitir um tratamento mais adequado do caso concreto e ao mesmo tempo imunizar os profissionais do direito contra ornamentos e engodos erísticos, pois quem

⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica** – para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009 (4ª ed.), p. 186 s.

conhece as artimanhas retóricas está apto a defender-se mais estrategicamente.