

7

DIREITO, CONHECIMENTO E A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DA DECISÃO

LAW, KNOWLEDGE AND THE IMPORTANCE OF THE DECISION THEORY

Vítor Mendonça Maia*¹⁰⁵

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar alguns tratamentos que foram dados ao conhecimento do direito, a partir de estratégias ontológicas, que acabavam por desconsiderar o aspecto prático do direito, gerando inconveniências de ordem teórica e prática. Para isso, será analisada uma concepção de verdade, que justificativa a busca ontológica, o que será sucedido por uma passagem pela dinâmica do direito, para que seja demonstrada a importância da utilização de outro paradigma do conhecimento e de uma teoria da decisão para o conhecimento do direito e para a própria prática do direito.

Palavras-chave: Conceito de direito; Teoria do conhecimento; Paradigma da linguagem; Teoria da decisão.

Abstract: This article aims to analyze some treatments that were given to the knowledge of law, from ontological strategies, which eventually disregarded the practical aspect of the law, generating theoretical and practical inconveniences. For this, a conception of truth will be analyzed, which justifies the ontological quest, which will be succeeded by a passage through the dynamics of law, in order to demonstrate the importance of using another knowledge paradigm and a decision theory for knowledge of the law and for the practice of law itself.

Key-words: Concept of law; Rational justification; Theory of knowledge; Language paradigm; Decision theory.

1 INTRODUÇÃO

Conhecer o direito é o primeiro passo para qualquer desenvolvimento teórico acerca dele. Saber o que significa “conhecer o direito”, entretanto, obrigatoriamente é questão prévia, pois irá indicar a metodologia adequada a essa pretensão.

Nessa linha, se pode perceber que vários foram os tratamentos dados ao direito, por teorizadores do direito, variáveis não somente em função do tempo, mas principalmente pelos pressupostos adotados. Mas qual tratamento é o correto?

^{105*} Mestre em Direito (UFAL). Pós-graduação Lato Sensu em Direito Tributário (IBET). Graduação em Direito (UFAL). Advogado.

Claramente a questão transcende uma valoração de certo ou errado, sendo influenciada, na verdade, pelas próprias teorias do conhecimento de suas épocas, que serviam de parâmetro justamente do julgamento do acerto ou erro da metodologia no conhecimento de qualquer objeto, não sendo diferente com o direito.

A famosa ideia de verdade como correspondência servia para sustentar uma objetivação das palavras e de seus correspondentes descritos, sem espaço para imprecisões, diante de seu imenso idealizado potencial de objetividade. Nesse contexto, as palavras nada mais seriam do que representações fieis dos objetos descritos, o que acabava levando os teóricos do direito a estratégias ontológicas extremadas, cujo resultado era um conhecimento talvez desimportante, a partir de um paradigma mais moderno.

É que, a partir de um paradigma mais moderno – como a filosofia da linguagem –, o conhecimento do direito passa a ser mais importante sob a ótica de seus usos, em sua realidade dinâmica, ou, em síntese, em seu aspecto prático, o que envolve também a interpretação dos textos normativos, cujo ponto alto será uma decisão jurídica em sentido amplo.

Esse paradigma construtivista da linguagem exige esforços públicos, para que arbítrios não sejam tolerados, a pretexto da legitimidade de qualquer interpretação. Sendo assim, este ensaio tenta associar o controle público da linguagem à importância de uma teoria de decisão enquanto produção teórica sobre o direito. Antes, porém, o ensaio se preocupará em verificar um problema criado por estratégias antigas de conhecimento do direito, para que possa seguir com a análise da dinâmica jurídica e a importância de uma teoria da decisão.

2 CONCEITO DE DIREITO: UM PROBLEMA UNIVERSAL CRIADO PELA PERSPECTIVA DE ANÁLISE

Não existe um conceito universalmente aceito para o direito. As discordâncias teóricas a seu respeito são demonstradas pela variedade de concepções a seu respeito. E são as próprias discordâncias que justificam os estudos do direito, embora não sejam as únicas razões.

Se isolarmos a palavra direito, ainda assim não teremos exclusivamente um significado universalmente aceito. Com a água, pode-se até discutir suas propriedades, suas formas físicas, mas não se sabe, hoje, de alguém que discorde da fórmula da água H₂O enquanto representação de sua natureza por refletir a constatação de duas partículas

de hidrogênio que se unem a uma partícula de oxigênio. Isso, porém, não significa o total domínio sobre a “natureza” da água. Embora não haja discordância com o aspecto da ligação de duas partículas de hidrogênio a uma partícula de oxigênio, ainda é possível haver discordância sobre as partículas das partículas, principalmente em virtude de métodos de observação diferentes. A água (H₂O) no microscópio parece diferente da água (H₂O) em um ultramicroscópio, somente para dizer o mínimo.

O paradoxo da dicotomia de Zenão (WATERFIELD, 2000, p. 69)¹⁰⁶ tem importância fundamental para que sejam estabelecidos limites na pesquisa. Não adianta ficar na busca da metade da metade, da metade, da metade, até o infinito, sem que haja pertinência com o que se pretende demonstrar. Se a relação tempo e espaço é importante, aí o paradoxo da dicotomia de Zenão é importante. Mas, sem dúvidas, fora disso, não há sentido que se investigue a metade da metade da metade da metade.

Não se quer diminuir o conhecer pelo conhecer, mas somente lembrar que dirigir o conhecimento torna-se fundamental para se conhecer ainda melhor o aspecto buscado. Dessa maneira, torna-se primordial recordar que embora as possibilidades de conhecer sejam infinitas, algumas servem para dadas finalidades. Conhecer a relação entre conhecimento e objeto, portanto, deve ser o guia para o método de busca a ser seguido (CARVALHO, 2013, p. 3)¹⁰⁷.

De uma coisa temos certeza, não há como se utilizar o mesmo método de pesquisa para estipular uma fórmula universal para água e também utilizá-lo para conceber um conceito universal de direito. Em uma rápida e grosseira comparação, podemos afirmar que a água podemos ver, sentir, cheirar, consumir; o direito, até onde se sabe, não.

Quanto maior for a noção das necessidades para a pesquisa sobre o objeto, maior será o avanço do teórico no próprio percurso de delimitação do objeto. O método, assim, será o caminho adequado a ser seguido, adaptado às necessidades de pesquisa de dado objeto, mas curiosamente exige do próprio pesquisador um certo conhecimento prévio do

¹⁰⁶ Zenão de Eléia criou um exemplo em que a relação entre o percurso e o tempo torna-se um absurdo lógico, tendo em vista que o caminho, para que seja percorrido por inteiro, precisa passar antes pela metade do seu espaço, e antes pela metade da metade de seu espaço, até o infinito. “The Dichotomy states that in order to complete any process of motion, the moving object first has to cross half of the space on the way to its goal; it then has to cross half the remaining space, and then again half the remaining space, and so on *ad infinitum*. So it has an infinite number of tasks to perform in a finite time.”

¹⁰⁷ “A consistência do saber científico depende do *quantum* de retroversão que o agente realize na estratégia de seu percurso, vale dizer, na disponibilidade do estudioso para ponderar sobre o conhecimento mesmo que se propõe construir.”.

próprio objeto a ser pesquisado. E, desde logo, se registre que objeto não é tomado aqui na acepção limitativa, exclusivamente material, como se fosse algo concretamente existente no mundo real, mas é o “conteúdo de uma forma de consciência.” (CARVALHO, 2013, p. 15)¹⁰⁸.

Com isso, a noção do “conteúdo” do direito passa a ser condição prévia para se chegar ao próprio método adequado para que seja possível a delimitação do que é o direito. E é aí que as controvérsias podem se fortalecer. São três oportunidades de que haja controvérsia: a) na noção prévia do “conteúdo” do direito; b) no método para se delimitar o que é o direito; c) no próprio direito (objeto) já investigado e, portanto, teorizado.

Um pouco da história das variações do “direito” (= fenômeno) pode ser resumida na própria variação das palavras que deram origem ao termo direito atualmente adotado em nossa cultura, a partir dos símbolos e ideais dos gregos e romanos. Tendo por base os gregos e os romanos, Tércio Sampaio afirma que:

O direito sempre teve um grande símbolo, uma balança com dois pratos colocados no mesmo nível, com o fiel no meio – quando este existia – em posição perfeitamente vertical. Os gregos colocavam essa balança, com os dois pratos, mas sem o fiel no meio, na mão esquerda da deusa Diké, filha de Zeus e Themis, em cuja mão direita estava uma espada e que, estando em pé e tendo os olhos bem abertos, dizia (declarava solenemente) existir o justo quando os pratos estavam em equilíbrio (*íson*, donde a palavra *isonomia*). Daí, para os gregos, o justo (o direito) significa o que era visto como igual (igualdade).

Já o símbolo romano, entre as várias representações, correspondia, em geral, à deusa *Iustitia*, a qual distribuía a justiça por meio da balança (com os dois pratos e o fiel bem no meio) que ela segurava com as duas mãos. Ela ficava de pé e tinha os olhos vendados e *dizia* (declarava) o direito (*jus*) quando o fiel estava completamente vertical: direito (*rectum*) = perfeitamente reto, reto de cima a baixo (*de + rectum*). (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 12)

Para os gregos, então, existia o *díkaion* enquanto algo dito de forma solene pela deusa *Diké* e a palavra *íson* para representar que os dois pratos da balança estavam iguais. Por sua vez, para os romanos, as palavras mais importantes eram *jus* e *derectum*, esta bastante aproximada de *íson*, enquanto que *jus* correspondia à ideia de *díkaion*, já que significava o que a deusa diz (*quod Iustitia dicit*) (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 12).

¹⁰⁸ “É comum a confusão entre ‘objeto’ do conhecimento e o ‘objeto’ que vemos ali, concretamente existente no mundo real. O que está em nossa consciência é o conteúdo da forma, não o objeto mesmo, tomado na sua textura físico-material.”.

Outro aspecto interessante é que os olhos abertos da deusa grega indicavam uma precedência do saber puro, da especulação, da *sapientia*, já que a visão era considerada, junto com a audição, sentido mais intelectual. Assim, a deusa grega, estando de olhos abertos e podendo ouvir, demonstra a preferência pelo saber puro em relação ao saber prático. A deusa romana, de seu modo, tinha os olhos vendados, o que é demonstrativo da sua concepção do direito enquanto saber prático, uma *prudentialia*. Segundo Tércio Sampaio, isso explica a ausência de teorias abstratas sobre o justo em geral pelos romanos, diferentemente das teorias gregas. O fato de a deusa grega ter uma espada, e a romana não, ainda demonstra outra diferença nos ideais gregos e romanos sobre o direito (FERRAZ JÚNIOR, 2016, p. 13)¹⁰⁹.

Essa incursão no aspecto histórico demonstra as controvérsias acerca da noção preliminar do conteúdo do direito, assim como do seu respectivo método de delimitação e de sua própria delimitação final, principalmente porque fica demonstrada a sua complexidade e variabilidade de acordo com cada cultura.

A variabilidade do direito em relação à cultura nos revela, assim, a região ôntica a que pertence. Trata-se da região dos objetos culturais. Sendo assim, o direito é um fenômeno real, que aparece na trajetória da existência humana, e por isso com existência no tempo e no espaço (CARVALHO, 2013, p. 16-18; IVO, 2015, p. 527-528)¹¹⁰.

Sem avançar na direção de outras características, como por exemplo acontece com aqueles que trabalham o direito no plano do dever-ser (KELSEN, 2009), separando-o do plano do ser, é imperioso destacar que o caráter cultural do direito talvez seja um de seus únicos invariantes. Isto é, talvez a sua natureza cultural seja o único aspecto universal. Desse modo, tem-se uma forma universal de existência, enquanto manifestação de cultura, mas ainda não se vislumbra um conteúdo universal do que propriamente forma a existência ou deve formar o direito.

¹⁰⁹ “Além disso, o fato de que a deusa grega tinha uma espada e a romana não mostra que os gregos aliavam o conhecer o direito à força para executá-lo (*iudicare*), donde a necessidade da espada, enquanto aos romanos interessava, sobretudo quando havia direito, o *jus-dicere*, atividade precípua do jurista que, para exercê-la, precisava de uma atitude firme (segurar a balança com as duas mãos, sem necessidade da espada); tanto que a atividade do executor, do *iudicare*, era para eles menos significativa, sendo o *iudex* (o juiz) um particular, geralmente e a princípio, não versado em direito.”

¹¹⁰ Gabriel Ivo diz: “não há realidade fora da ambiência humana. Assim, o homem sempre habita o mundo da cultura, que é o seu modo de existir no mundo.”.

A busca por um conceito universal acaba sendo uma estratégia de busca ontológica (ADEODATO, 2014, p. 28)¹¹¹ que contraditoriamente acaba por não contribuir com a própria delimitação pretendida, sobretudo diante da variabilidade do direito.

Afinal, precisamos de um conceito de direito que reflita o que ele é? E ele precisa ser universal? As respostas dependem da finalidade que se tenha em relação ao direito. Isolando a questão para as necessidades teóricas, temos que precisamos de algo – se conceito ou não, aí é outra questão - que possibilite a comunicação, sobretudo para se evitar os chamados “diálogos de surdos”, em que pessoas acham que divergem sobre uma coisa, quando, na verdade, não estão falando sobre a mesma coisa (GUIBOURG, 1999, p. 175)¹¹².

3 O PROBLEMA DA BUSCA ONTOLÓGICA E OS INVARIANTES

Pode-se dizer que o erro da estratégia ontológica consubstancia-se não somente na procura do conceito universal de direito, mas, em verdade, por procurá-lo em vista a conhecer sua essência, em clara desconsideração de seu caráter essencialmente cultural, variável.

É que a ideia de se ter um conceito viria de conteúdo mental suficientemente apto a permitir a distinção entre X e -X; Y e -Y, o que somente seria possível em virtude da experiência e acabaria por refletir um critério distintivo (HOSPERS, 1990, p. 38-39)¹¹³. Assim, a histórica controvérsia teórica entre positivismo jurídico e jusnaturalismo é justificada em virtude do diferente critério adotado para reconhecer o direito. Como nos lembra Riccardo Guastini,

o postulado do positivismo jurídico, é muito simplesmente, a idéia de que o direito é criação dos homens. (...) Deste prisma, o positivismo jurídico é a antítese do jusnaturalismo (entendido em sentido lato), a saber, daquele modo de ver segundo o qual existem ou podem existir normas já ‘dadas’ e não ‘postas’ voluntariamente pelos homens. (GUASTINI, 2005, p. 85)

¹¹¹ “A história da filosofia investiga o que significa norma em Kelsen, a filosofia retórica tenta responder o que ‘significa’ a palavra norma e a filosofia ontológica, o que ‘é’ norma.”

¹¹² “cualquier debate fructífero requiere que los interlocutores compartan un código o lenguaje.”

¹¹³ “We have a concept of X (of X-ness) when we are able to distinguish Xs from Ys and Zs and indeed from everything that is not an X. (...) we might say that to have a concept of X is simply to have some *criterion-in-mind*. (...) We are not born with concepts, nor do we (as Plato thought) remember them from a state of existence prior to our birth; so how else could we acquire them except through experience?”

Nessa ideia de critério distintivo, o conceito de direito viria de uma ou mais de uma característica do que efetivamente seria direito a partir da experiência. O direito se distinguiria da moral por ter normas coercitivas, por exemplo. Assim como se distinguiria da religião e de tantas outras coisas, das mais parecidas às mais destoantes, como por exemplo distinguir uma vaca e o direito.

Diante de muitas (talvez infinitas) possibilidades de distinção, o conceito de direito passaria a ser algo pouco explicativo do que efetivamente se pretenderia descrever. Se o conceito deveria servir como o próprio limite do que caracteriza dado objeto, já que permitiria a diferenciação do que não é aquele objeto, em termos práticos isso teria pouca utilidade, considerando principalmente que a relação entre a palavra e a realidade tal como ela é adviria de uma negação de todos os outros objetos e não propriamente de uma descrição direta. Pretender conceituar direito afirmando que direito não é moral, nem religião, nem etiqueta, nem uma vaca, nem um cachorro, definitivamente não é o melhor dos expedientes.

Além disso, a ideia de conceitos como pretensos descritores de objetos conhecidos pela experiência, principalmente por influência das imagens conhecidas, torna-se inútil para conceitos como descritores de uma abstração qualquer. O próprio Hospers chega a duvidar da possibilidade de pessoas nascidas e criadas em um ambiente governado por uma tirania, que nunca teriam visto ou escutado que pessoas poderiam expressar sua opinião sem medo de punição, formularem um conceito descritivo de liberdade, embora pudessem descrever o estado de coisas em que essas restrições fossem ausentes (1990, p. 40). Vê-se que, para ele, a palavra teria que corresponder a uma imagem anteriormente conhecida, daí por que entendia a verdade como correspondência.

Outros não trabalharam com a correspondência com imagens, mas com correspondência a outras situações. Partindo da análise do problema dos invariantes - que seriam as características suficientes e necessárias para a conceituação de algo - Benoit Hardy-Valée demonstra que são três as concepções sobre o invariante.

Existe a concepção psicológica do invariante que parte das ideias de percepção e concepção (HARDY-VALÉE, 2013, p. 41)¹¹⁴, a concepção metafísica do invariante que parte de uma separação entre os mundos real e a realidade-mais-que-real (HARDY-

¹¹⁴ “a concepção psicológica do invariante considera que o que não varia, em tudo o que cai sob um conceito, é representado no espírito.”

VALÉE, 2013, p. 52-53)¹¹⁵, e a concepção linguística que defende que a significação é o próprio conceito constituído pela linguagem (HARDY-VALÉE, 2013, p. 58)¹¹⁶.

A concepção linguística do invariante tira o conceito do indivíduo sozinho frente ao mundo e o transfere ao público, já que a linguagem e suas produções não são apropriáveis por apenas um indivíduo, mas exigem o coletivo. Com isso, “a mitologia do terceiro mundo foi substituída por um espaço não mitológico e público: a linguagem” (HARDY-VALÉE, 2013, p. 55). Isso significa que a busca do direito pode até ser ontológica, mas jamais será suficiente para sua explicação, pois só levaria o sujeito a conclusões ingênuas e tolas, já que seria impossível a sua apreensão (SILVA, 2007, p. 40)¹¹⁷.

As chamadas teses ontológicas fortes do direito acabam por trazer aspectos extremamente valorativos como se fossem características inerentes ao que é o direito. Exemplo disso é a defesa do critério de correção material enquanto parte integrante e fundamental do conceito de direito feita por Robert Alexy (2009).

Uma ontologia forte pode até ser útil para analisar e descrever a água mineral e suas propriedades físicas, posto que, como dito anteriormente, a água pode ser vista inteira, tocada inteira, sentida inteira, consumida inteira, enquanto que o direito não. Em síntese, as condições necessárias e suficientes (invariante) do direito não são como as da água. No mínimo, o invariante do direito, em uma concepção metafísica ou psicológica, parece se apresentar muito mais como um variante.

4 PARADIGMA DA LINGUAGEM E AS VARIANTES DA VERDADE

Utilizando-se a concepção linguística do invariante, podemos naturalmente manter a natureza cultural do direito afirmada anteriormente. Até porque a linguagem pode ser considerada o único ambiente estritamente humano (ADEODATO, 2017, p.

¹¹⁵ “Para os partidários da concepção metafísica, o universal e o geral são substâncias, essências ou pensamentos autônomos que têm sua própria existência. (...) A oposição entre o variante e o invariante, portanto, não é (ou não é apenas) uma oposição entre duas faculdades, mas uma oposição entre dois mundos.”

¹¹⁶ “A referência e a significação são *sociais*. Para alguém possuir um conceito A, é preciso estar disposto a compreender enunciados em que a palavra “a” intervém de maneira correta, pouco importa as representações mentais que essa palavra faça surgir em nós. (...) O invariante é uma disposição para produzir um conjunto de inferências segundo uma gramática conceitual.”

¹¹⁷ “O direito, enquanto ser, não pode ser apreendido. Apreende-se apenas o que dele aparece sob o manto da linguagem.”

19)¹¹⁸. Com isso, enfraquecemos o aspecto ontológico da análise e, assim, podemos seguir com as especulações sobre o direito, agora com foco no uso do termo “direito” no Brasil.

Diversos são os usos do termo direito no Brasil. Como mostra da diversidade dos usos registrados do termo direito no seio social brasileiro, temos as definições dos dicionários brasileiros. Como substantivo, no dicionário Aurélio, direito é “(...) 8. o que é justo, conforme à lei. 9. Faculdade legal de praticar ou não praticar um ato. 10. Prerrogativa que alguém tem de exigir de outrem, em seu proveito, a prática ou a abstenção de algum ato; jus. 11. O conjunto das normas jurídicas vigentes num país. 12. Imposto alfandegário. 13. O lado principal, ou mais perfeito, dum objeto, tecido, etc. (em opôs. Ao avesso)”. (FERREIRA, 2010). No dicionário Sacconi, enquanto substantivo, direito é “12. Complexo de leis que regem o homem na sociedade; ciência jurídicas e sociais. 13. Curso ou estudo de tais ciências. 14. Lado principal, certo ou verdadeiro de alguma coisa (em oposição a avesso). 15. Regalia; prerrogativa.” (1996). Portanto, podemos perceber que existem significados diversos para a palavra direito no Brasil, não significando que este ou aquela seja o “verdadeiro”.

Passando rapidamente pela questão dos dicionários, temos que durante algum tempo as definições constantes dos dicionários foram tomadas como se fossem a própria realidade. A leitura das palavras nele existentes, com as consequentes definições, revelavam a própria realidade para o leitor. Acreditava-se que a palavra realmente seria a coisa. Como diz Eurico de Santi:

durante muito tempo acreditou-se que havia uma relação natural entre as palavras e aquilo que elas representavam. Confundia-se a palavra com a coisa, a palavra “gato” com a criatura gato, a palavra “crime” com o fato crime, ao ponto de, em civilizações primitivas, crer-se que o emprego de certas palavras tinha efeito sobre a coisa significada. (1998, 126-127).

Tanto que o dicionário começou a ser representado pela expressão “pai dos burros”, enquanto livro capaz de reunir de forma organizada as definições das palavras representativas da realidade. Claro resquício das concepções psicológicas ou metafísicas. Porém, o estudo da relação das definições com a realidade, nada mais é do que o estudo

¹¹⁸ “Os seres humanos não têm um ambiente natural, não porque sejam superiores e se adaptem a qualquer meio, mas porque seu único ambiente é a linguagem, a qual levam consigo e os obriga a construir seu próprio mundo, sua própria representação como indivíduos e como grupos sociais.”

da própria linguagem, em seu aspecto semântico (GHIGLIANI; GUARINONI; GUIBOURG, 1994, p. 33)¹¹⁹.

Por outro lado, como se pode deduzir das próprias outras concepções dos invariantes, a relação dos significados conhecidos com a coisa significada, ou, em outros termos, o estudo semântico das palavras varia conforme as noções filosóficas sobre verdade do sujeito que as analisa.

A palavra pode ter esse ou aquele significado dependendo da concepção de verdade que se tenha e da própria noção da linguagem.

O sujeito, entretanto, não existe sozinho no mundo, de forma que as suas próprias noções filosóficas estão inseridas na linguagem, que é pública, daí a noção filosófica não é apenas desse ou daquele sujeito, mas, em verdade, pode ser de todos. Diz-se que pode ser – não que é - porque a linguagem não é como o ar, inalado necessariamente por todos os humanos que ainda respiram e, portanto, sobrevivem. Ela está no campo público, acessível a todos, só isso.

Analisando as noções filosóficas existentes sobre a verdade, vê-se que o estudo da semântica foi o norte para o seu próprio desenvolvimento, embora se acreditasse estar analisando a verdade-mesma. Significa dizer, as preocupações com a verdade vinham da atribuição de sentido às coisas, o que de uma forma ou de outra acaba desaguando em análises científicas. Existe a teoria da verdade por correspondência; o tratamento da verdade pelo fenomenalismo; a teoria da verdade por coerência; a teoria da verdade por consenso (TOMÉ, 2016, p. 23-26).

A verdade por correspondência equivale a atribuir o valor verdadeiro a partir da adequação de determinada afirmação à realidade-mesma. Para os que a defendem, é alcançada pela identidade entre a assertiva e a realidade tal como ela é. Seria uma descrição perfeita do real (TOMÉ, 2016, p. 23). Aqui, uma palavra ou uma frase teria que representar de forma idêntica a coisa significada. A descrição, para ser facilitada, exigiria o agrupamento dos objetos, reais ou imaginários, em conjuntos ou classes. Acontece que dividir em conjuntos ou classes é ato intelectual e muitas vezes meramente individual, que acaba por gerar controvérsias inexistentes (GHIGLIANI; GUARINONI; GUIBOURG, 1994, p. 38-39).

¹¹⁹ “Sabemos ya que, entre las diferentes partes de la semiótica, la semántica es el estudio de los signos en relación con los objetos designados, o, por decirlo de un modo más claro, es el estudio del significado.”.

O tratamento da verdade pela corrente do fenomenalismo considera que “o homem não tem acesso à coisa-em-si, mas apenas aos fenômenos (...), a manifestação, forma pela qual as coisas aparecem aos olhos do sujeito cognoscente.” (TOMÉ, 2016, p. 24). Dessa forma, a descrição para ser verdadeira deveria ser descrita conforme o fenômeno. A palavra teria que descrever o fenômeno. Bom ressaltar que não se trata de fenômeno enquanto realidade linguística, mas o fenômeno em si.

A verdade por coerência, por seu turno, existe dentro de um sistema com ausência de contradição entre seus enunciados (TOMÉ, 2016, p. 24-25). Desse modo, a palavra teria de perseguir uma uniformidade de uso dentro de um sistema. Essa teoria já começa a mostrar uma superação da ideia de verdade ontológica, diferentemente das anteriores.

A verdade por consenso, por fim, não decorre da relação entre enunciados e a realidade sensível, mas de um consenso gerado em determinada cultura. Para ser verdade, bastaria uma convenção sobre dada matéria. É uma verdade tipicamente histórica, mutável por excelência (TOMÉ, 2016, p. 26). A terra, por exemplo, já foi chata; Plutão já foi planeta (CARVALHO, 2013, p. 16-18)¹²⁰. Tudo isso em virtude de consensos ou dos chamados exemplos compartilhados.

Sem dúvidas, a verdade por consenso guarda relação direta com a linguagem enquanto comunicação. É a saída do campo do subjetivismo ou do objetivismo que geravam ciências limitadas e possibilita uma ideia construtivista da realidade pela própria linguagem (SILVA, 2007, p. 33-40)¹²¹. Como já afirmado anteriormente, o conceito passa a ser o próprio significado, pelo uso.

Essa afirmação guarda relação direta com a filosofia de Wittgenstein. No *Tractatus* a relação da linguagem com o mundo é representativa, isto é, a linguagem representa o mundo. Sua célebre frase bem representa essa fase, “os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo”. Em sua obra de publicação póstuma, *Investigações filosóficas*, “Wittgenstein verifica que não existe uma relação única e

¹²⁰ “Pequena substituição na camada de linguagem que outorgava àquela esfera celeste a condição de planeta foi o suficiente para desclassificá-lo, oferecendo à comunidade das Ciências outro panorama do nosso sistema solar. Mas é curioso perceber que enquanto isso, indiferentes às linguagens que nós reproduzimos sobre ele, Plutão continua cumprindo sua trajetória, como se nada houvesse acontecido.”

¹²¹ “Superada assim a dicotomia entre realidade e idealidade, fica assentado que a idéia passa a ser incorporada à linguagem, e a facticidade dos signos se liga à idealidade da universalidade das significações e à validade em termos de verdade. A generalidade semântica de significados obtém sua determinabilidade ideal na mediação de sinais e expressões que sobressaem como tipos reconhecíveis da corrente de eventos linguísticos e processo de fala, seguindo regras gramaticais. (...) Desta feita, faz-se necessário construir seu objeto material a partir de sua aparição, a linguagem”.

imutável entre a linguagem e o que ela representa. A relação somente pode ser descoberta através do uso que se faz da linguagem” (MENDES, 2007, p. 71).

É que o chamado segundo Wittgenstein rompe com a teoria tradicional que buscava o sentido de uma palavra na coisa por ela designada e propõe que o significado da palavra deva ser buscado no seu “uso” (MENDES, 2007, p. 61-69).

A linguagem, portanto, deixa de ser vista como mero instrumento de representação de uma relação de uma palavra com um dado objeto e passa a ser a própria condição de existência de qualquer acontecimento, objeto, coisa, relação, fatos, etc.. (TOMÉ, 2016, p. 32-33).

A filosofia começa a ser feita a partir das relações sujeitos com sujeitos, já que a linguagem é constituída a partir da comunicação entre humanos de suas ideias de razão, a partir de diferentes apreensões dos eventos (ADEODATO, 2014, p. 39). Assim, abandona-se a antiga ideia de relação sujeito com objetos. Esta antiga relação, como se pode perceber, tinha por caráter predominante uma espécie de tentativa aprisionamento das coisas a partir do conhecer humano. Era espécie de tentativa de atingir a natureza das coisas, para eternizá-las em conceitos descritivos do que teriam conseguido acessar. Seria a iluminação do até então desconhecido pelo homem, em uma exploração da natureza em que ele, homem, teria essa relação com as coisas (SILVA, 2007, p. 34)¹²².

Com tais afirmações, não se trata de diminuir - ou aumentar - o direito à filosofia. As afirmações constituem, na verdade, mera consideração que reconhece as influências da filosofia no próprio saber humano e que acaba por possibilitar ao menos a retirada da camada de resíduos do naturalismo e do sobrenatural presentes em determinadas épocas no tratamento dado ao direito.

Ao mesmo tempo, porém, as incursões na filosofia nos mostram que, na verdade, o paradigma da linguagem refere-se ao próprio conhecimento, não somente do direito. Assim, podemos responder que a própria pergunta “que é o direito?” torna-se inócua, por partir de uma estratégia ontológica forte, extremamente preocupada com a verdade por correspondência.

É até mesmo paradoxal perguntar o que é algo que só *é-no-momento* (cultural). A ontologia forte levaria ao que *foi* o direito, revelando que transformaria a teorização

¹²² “Costuma-se reduzir o conhecimento à equação sujeito x objeto. Esta simplificação não consegue, no entanto, determinar o conteúdo desse fato complexo, visto que se parte da premissa equivocada de que o objeto é um dado *a priori* cuja essência será desnudada, dissecada, pelo sujeito cognoscente. Estribado nesta premissa, o conhecimento tem a pretensão de ser a explicação de toda a realidade, ou seja, absoluto.”.

sobre o direito em história do direito. E os paradoxos somente se resolveriam por um outro paradoxo: tomar uma decisão frente a um enunciado logicamente indecidível (SCAVINO, 2016, p. 49).

Mas o que importa realmente é que o aqui chamado paradigma da linguagem permite teorizações acerca do direito, mesmo sem que se tenha uma conceituação ontológica forte do que efetivamente seja o direito. Afinal, nessa perspectiva comunicacional, o direito passa a ser considerado conceptual, que passa a exigir atuação dos teóricos do direito, para que se tenha constituído linguisticamente o próprio direito (MORCHON, 1998, p. 26)¹²³.

5 DINÂMICA OU SIMPLEMENTE COMUNICAÇÃO; LACUNA OU PRETEXTO POLÍTICO; RESPOSTA CORRETA E TEORIA DA DECISÃO

Antes de avançarmos, entretanto, façamos um ligeiro esclarecimento. Quando se diz que os juristas constituem o direito, não se está defendendo que a doutrina do direito passe a ser o próprio direito, de forma livre e dissociada de algo. Na verdade, os juristas interpretam o direito chamado positivo e, assim, inserem o direito na vida, já que “todo conhecimento do direito implica uma permanente construção hermenêutica” (IVO, 2015, p. 528-529).

Daí, “o que os juristas, em sentido largo, dizem do direito não é mera repetição da linguagem prescritiva. Determinam, isso sim, o significado do que é que o direito diz. E, ao determinarem o que o direito diz, os juristas terminam dizendo o que o direito é” (IVO, 2015, p. 529).

Os conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo, somente fazem sentido caso entendamos que existem conceitos jurídicos determinados – o que seria tomar o direito positivo como algo estático. Seria mais uma dicotomia, utilizada como artifício de explicação, mas que, em termos práticos, criaria mais problema do que solução. Além disso, essa dicotomia ainda se mostra de duvidosa utilidade em uma concepção interpretativa da ciência do direito, tendo em vista que o próprio objeto estaria esperando a atuação do interprete.

¹²³ “El ordenamiento es el texto que resulta del lenguaje creativo de las autoridades, que son plurales y muchas veces sin contacto entre sí. Es un texto sometido a la <motorización> y a la prisa. Su lenguaje es deficiente y precisa de una reelaboración reflexiva que ponga el material diverso en un orden acabado. (...) Los juristas no son <descriptores> de la realidad del derecho, sino <constructores creativos> de la misma. El lenguaje del derecho es el lenguaje de los juristas.”.

Bem ilustrando a questão, embora não tenha se referido especificamente a esta questão, Gabriel Ivo traz a questão da palavra em estado dicionário. Depois da atuação do intérprete é que se teria o objeto propriamente delimitado (IVO, 2015, p. 537). Mas não é só. A positivação tomada como comunicação não estaria completa nunca, de tal maneira que o objeto da ciência do direito seria sempre mutável, a partir da chamada positivação e derivação do direito (CARVALHO, 2011, p. XIX-XX).

Embora existam mecanismos de tornar definitivas certas mensagens, como é o exemplo da coisa julgada, preclusão, etc., ainda assim elas somente serão definitivas em relação a parâmetros limitadíssimos. Por exemplo, a coisa julgada não produz efeitos em relação a todos, mas tem seus limites pessoais, temporais, de tal maneira que pode ser afastada por terceiros não sujeitos a seus efeitos ou até mesmo em caso de prestações de trato sucessivo com a mudança legislativa.

O autor que concebe uma forma de separação entre a linguagem objeto (direito positivo) e a ciência do direito (metalinguagem) é Hans Kelsen (SILVA, 2007, p. 61), aproximando-se de um paradigma construtivista, apto a reduzir considerações metafísicas do estudo do direito.

Tamanha era a miscelânea no trato do direito, sobretudo em virtude das estratégias ontológicas fortes, que acabavam misturando direito com moral, que Hans Kelsen decidiu empreender uma denominada “Teoria pura do direito”, a fim de também, no mínimo, separar o tratamento do direito enquanto ciência e do direito enquanto objeto (2009, p. 1)¹²⁴. Para tanto, ele utilizou a ideia de metalinguagem, pensada a partir do paradoxo do mentiroso (WARAT, 1995, p. 48-49)¹²⁵.

Diz-se no mínimo porque interessante é a leitura de Pierluigi Chiassoni sobre o assunto, quando comentou a passagem em que Kelsen afirma que a teoria pura do direito “é uma teoria do direito positivo em geral”. Eis seu comentário sobre essa passagem de Kelsen:

¹²⁴ “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.”

¹²⁵ “O exemplo mais famoso – de um paradoxo surgido pela falta de distinção dos níveis linguísticos – é a antinomia do mentiroso. Ela pode ser formulada da seguinte forma: se um cretense dissesse ‘os cretenses sempre mentem’, estaríamos frente à paradoxal situação de que se aceitássemos a proposição como verdadeira o cretense que a formulou também mentiu e, assim, nem sempre os cretenses mentem. (...) Para superar a contradição, temos de admitir que a proposição ‘os cretenses sempre mentem’ não forma parte do conjunto de proposições que se pretende qualificar como mentiras; (...) Extrapolada da linguagem-objeto e vista como metalinguagem, eliminar-se-ia seu caráter contraditório pelo princípio lógico, que estabelece que só entram em contradição proposições do mesmo nível”.

Trata-se, todavia, de uma afirmação modesta demais para ser levada a sério, breve demais para ser verdadeira em relação à pluralidade dos níveis e à riqueza dos conteúdos da filosofia jurídica kelseniana. A TPD, amplamente considerada, contém muito mais que uma teoria geral do direito: contém, como se viu, também um nível metateórico e metadogmático, no qual se situa uma *epistemologia jurídica pura*: uma teoria das condições às quais a teoria geral e o estudo doutrinário do direito podem ser considerados atividades genuinamente científicas, idôneas a procurar um conhecimento objetivo e exato do direito positivo. (2017, p. 529)

Portanto, Kelsen ainda teria feito metametalinguagem, quando delimitou as próprias condições para se ter uma ciência do direito, ou, em outros termos, uma epistemologia jurídica pura. No entanto, Kelsen, apesar de ter algumas passagens que trabalha claramente o paradigma da linguagem, ainda tinha resquícios da influência de um paradigma filosófico em que o sujeito se relacionaria com o objeto, como se pode deduzir da seguinte passagem: “Como, porém, o conhecimento do Direito – como todo conhecimento – procura apreender o seu objeto com um todo de sentido e descrevê-lo em proposições (...)” (KELSEN, 2009, p. 229). Não se trata, entretanto, propriamente do paradigma construtivista da linguagem.

A importância da ciência do direito vem justamente do aspecto dinâmico do direito objeto. Ao mesmo tempo é esse aspecto dinâmico que lhe dificulta o tratamento pelos que adotam estratégias ontológicas fortes. A todo momento, como se pode perceber, o direito objeto exigirá a reconstrução hermenêutica, de forma que o processo de comunicação do direito não abrange somente as instituições dos enunciados legislativos, mas também a própria significação construída a partir dos enunciados legislativos. Da enunciação à interpretação está a dinâmica do direito (IVO, 2015). É por isso que Tércio Sampaio irá afirmar que o direito “não nasce da pena do legislador” (2014, p. 50).

Isso abre problemas, vez que é comum existir hiato entre o pensamento e a linguagem. Muito se fala que o sujeito cognoscente tem limitações para apreender, mas também é preciso afirmar que a linguagem utilizada pelo sujeito-comunicador também é limitada e muitas vezes deixa hiatos, menores ou maiores, em relação à exatidão do que foi pensado. Entre a intenção da enunciação e o enunciado não deve(ria) existir hiato, como ocorre na afasia de Wernicke.

Além disso, há ainda a problemática envolvida com o sujeito-receptor, que é basicamente resumida na interpretação. Embora não direcionado ao direito, Eco chega a

discutir se seria a intenção do texto ou intenção do autor do texto ou intenção do intérprete que deveria prevalecer (ECO, 1993).

No direito, porém, “toda construção significativa só poderá ser validamente edificada em face de um plano da expressão vigente” (IVO, 2015, p. 545). É exatamente em decorrência disso que surge outro problema, no campo da teorização do direito. Tem-se um verdadeiro problema quando a própria legislação confere um direito ao intérprete, quando este se depara com uma “lacuna”.

É que a própria lacuna será definida na aplicação. Funciona de maneira que o legislador transfere expressamente ao aplicador o poder de reconhecer se há ou não lacuna e, dessa maneira, positivá-la, via aplicação, critérios dos mais variados. Ensina Tércio Sampaio:

O conceito de lacuna alarga o campo da positividade a partir dele próprio; é uma construção da ciência jurídica imanente ao Direito positivado que assegura a eventuais critérios transcendentemente uma coloração positivante, que dá força à argumentação do intérprete. (...) a *constatação* da lacuna, embora aparentemente tenha um significado *descritivo*, representa, na verdade, um procedimento *inventivo*, nos termos da retórica, que atua efetivamente como uma *regra* de natureza permissiva: “em casos de lacuna pode o intérprete [...], sempre que se tenha em mente que a própria determinação daqueles *casos* requer, do jurista, uma verdadeira avaliação do sentido global do Direito e das exigências da decisão justa. (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 106)

Acima a referência à lacuna foi feita no sentido de ausência de texto legal pertinente com o caso a ser decidido, se é que isso ainda é possível diante do agigantamento da legislação brasileira e da própria característica analítica da Constituição brasileira. Mas existe um outro sentido de lacuna, muito mais problemático, conforme Norberto Bobbio:

Entende-se por “lacuna” também a ausência não de uma solução, qualquer que seja, mas de uma solução *satisfatória*, ou, em outras palavras, não a ausência de uma norma, mas a ausência de uma *norma justa*, isto é, daquela norma que gostaríamos que existisse, mas não existe. (BOBBIO, 2014, p. 133)

Se a doutrina do positivismo jurídico insistiu tanto na separação do direito da moral, talvez o maior erro daqueles que defenderam o “dogma da completude” tenha sido justamente essa defesa. Conforme Norberto Bobbio, “Brunetti sustenta que, para se poder falar de completude ou incompletude de qualquer coisa, não é preciso considerar a coisa em si mesma, mas compará-la a alguma outra coisa.” (2014, p. 134). Ora, é uma clara

abertura para se colocar o direito como uma categoria de qualquer formulação ideal ou especificamente da própria moral, já que a ideia de completude vem de uma comparação a um estado ideal. É dizer: nada mais significa do que o ordenamento *deve ser* completo. E assim sendo, inevitavelmente fica admitida a completabilidade.

Acaba sendo um giro ao redor de si mesmo. Em outras palavras, significa dizer que a completude dos sistemas normativos é um ideal, que não passa de uma grande ilusão. Não dá para simplesmente dizer que os sistemas normativos devem ser completos porque devem ser (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1998, p. 235-236)¹²⁶.

Acontece que toda obrigação pressupõe que seja possível o seu cumprimento. O dever tem que ser possível. Fora disso, impossível a regulação. Assim, como dizer ser possível que já exista a regulação do que não está regulado?

Ocorre que algumas vezes o suposto (ou pressuposto) preenchimento de lacuna autoriza uma decisão fundada em princípios, sem que sequer se leve em consideração o ônus da competência e o ônus do regulador (SUNDFELD, 2011).

Sem dúvidas, é a ciência do direito, ou dogmática, ou jurisprudência - ou o nome que se queira atribuir à teorização do direito – que contribuirá significativamente com o desenvolvimento de uma comunicação adequada, inclusive nos casos de lacunas.

Há ainda o alerta de Norberto Bobbio de que existem outras lacunas, além das que já foram expostas:

em algumas matérias o legislador atribui normas muito genéricas que podem ser chamadas de *diretivas*. (...) O legislador que as estabeleceu não ignorava que eram lacunosas, mas a função delas era justamente estabelecer uma diretiva geral que deveria ser integrada ou preenchida sucessivamente por órgãos mais adequados para tal finalidade. (2014, p. 137)

Essas diretivas têm exemplificação na lei de introdução às normas do direito brasileiro¹²⁷ e no código de processo civil de 2015¹²⁸. Mas, atender aos fins sociais e às

¹²⁶ “Decir que la completitud de los sistemas normativos es un *ideal* y que ese ideal se haya realizado en algún sistema determinado y que todos los casos estén efectivamente solucionados en sistema). (no sólo que tal o cual sistema jurídico es completo (lo cual bien puede ser verdadero), sino que todos los órdenes jurídicos son completos. Esta última tesis (...) supone una confusión entre el ideal y la realidad”.

¹²⁷ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.; Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

¹²⁸ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a

exigências do bem comum permite ao juiz decidir politicamente casos levados à sua apreciação?

Por isso que se repete: a dogmática terá papel importantíssimo na questão das lacunas, principalmente para que a lacuna não signifique um pretexto para uma atuação política de juízes. É que a tensão, nesses casos, “se desloca do legislador/doutrina dogmática para juiz/doutrina dogmática” (FERRAZ JÚNIOR, 2014, p. 204).

De outro lado, Kelsen teria criado uma teoria da *indecisão*, por se manter fiel às suas premissas, e por entender que a decisão enquanto ato de vontade, no fim das contas, seria ideológica, e assim acabaria sendo política do direito estatuir uma resposta correta. Do outro lado, claramente as doutrinas da decisão (resposta) correta vem para afirmar que é possível uma teoria da decisão.

A teoria de Ronald Dworkin é um exemplo disso. Ele afirma que:

Uma teoria geral do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Sua parte normativa deve examinar uma variedade de temas, (...) Ela deve conter uma teoria da legislação, da *decisão judicial* e da observância da lei. (2002, p. VIII) (destaque nosso)

Concordamos que teorização do direito deve abordar a questão da decisão judicial, mas não com a sua formulação moral para a resposta correta. É que além de sua tese ser uma versão fraca da resposta correta, isto é, defende que existe uma resposta correta, embora reconheça que é impossível prová-la, é claramente ideologizada pela moral, fora o fato de que trabalha com uma ficção, no mínimo, exagerada do juiz Hercules. E o recurso? Seria o metahercules a julgar? (AARNIO, 1990).

É por isso que Aarnio segue, então, apenas com a perspectiva da justificação, explicando que ela é importante em razão da necessidade de se conferir legitimidade e certeza jurídica à função judicial, o que se dá pelos argumentos apropriados. Daí, a certeza jurídica exige razões juridicamente aceitáveis e públicas. Se as razões permanecerem ocultas ou são inaceitáveis, não terão valor para o controle público. Se as razões ficarem nos bastidores, nunca se saberá por que se decidiu daquela forma (AARNIO, 1990). A questão da fundamentação passa a ser integrante da própria teoria da decisão.

legalidade, a publicidade e a eficiência.; Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Beclaute Oliveira, trabalhando a aceitabilidade como fim da fundamentação das decisões judiciais, defende que “A diferença entre julgar uma questão atinente a uma multa de trânsito e uma causa referente à interrupção da gravidez de um feto anencefálico não é qualitativa, mas quantitativa”. Dessa forma, vê-se uma construção no sentido de que quanto maior for a complexidade da matéria a ser decidida, tanto maior será a necessidade de fundamentação, já que a legitimidade do direito viria justamente da fundamentação (SILVA, 2007, p. 66-72).

Se a justificação interna de uma decisão é caracterizada pelo silogismo aristotélico (*modus ponens*), em que há uma premissa normativa e uma premissa fática, para se obter a decisão, especialmente nos casos difíceis, sempre se pode colocar em questão as premissas de inferência. Significa dizer: por quê se optou pela premissa normativa “Na” ao invés de “Nb”? Nesses casos, a própria premissa deve ser objeto de argumentação. Essa é a tarefa da justificação externa. Na justificação externa, é possível construir cadeias de silogismos, todos de forma a sustentar a premissa controvertida, de forma que ela aparecerá como conclusão. A justificação externa, portanto, é semelhante a um quebra cabeças. O melhor resultado é o conjunto mais homogêneo. No quebra cabeças normal, previamente se sabe qual figura se irá construir. No raciocínio jurídico, não se sabe previamente quais são os argumentos corretos. Por isso, diz-se que se procura a melhor justificação possível e não uma resposta correta. Assim cada decisão de um caso difícil deve ser pautada por uma solução tal e uma justificação que a maioria dos membros racionalmente pensantes da comunidade jurídica possam aceitar essa solução e essa justificação (AARNIO, 1990).

Nada mais consentâneo com o controle público da linguagem, no qual o direito desempenha papel importante, e que é ferramenta contra o individualismo na percepção do mundo e também na ética (ADEODATO, 2014, p. 40), até porque faz parte da própria linguagem ter pessoas mais credenciadas do que outras para ter a responsabilidade desse controle (HARDY-VALÉE, 2013, p. 66)¹²⁹.

Agora, é bom que se lembre que “se o magistrado diz que decide conforme sua consciência, se diz que já tem notório saber e por isso não precisa estudar doutrina, se

¹²⁹ “Não é cada membro da comunidade linguística que conhece o critério, mas sim a comunidade, como organismo coletivo. Ela divide o trabalho de desenvolvimento e de normalização dos conhecimentos entre especialistas; desse modo, não é porque o Sr. Silva não sabe distinguir um crocodilo de um aligátor que os conceitos CROCODILO e ALIGÁTOR não tenham CNS; eles as têm, segundo Putnam, Kripke e Burge, mas o Sr. Silva delega a responsabilidade da análise a especialistas, no caso, zoólogos”.

decide contra o sentido literal da lei e isso é confirmado pelo ambiente, então é isso mesmo” (ADEODATO, 2014, p. 367-368).

Por isso, é necessário que se conheça o direito com uma metodologia apropriada para o enfrentamento de seus problemas – o que atualmente envolve uma teoria da decisão -, mas também é necessário que se acompanhe sua dinâmica (prática) e se retorne, sempre que necessário, à teoria do direito, para que a teoria e prática estejam aproximadas, em prol de um adequado desenvolvimento do direito, para além de conceituações ingênuas e aplicações políticas.

6 CONCLUSÃO

Depois de analisarmos as inconveniências de uma estratégia ontológica para o conhecimento do direito, pudemos concluir que a utilização de uma estratégia ontológica, o conhecimento do direito fica praticamente emperrado em aspectos práticos, sendo objeto apenas de um conhecer extremamente teórico.

Dessa forma, importantes problemas da “vida” do direito ficam fora dos debates jurídicos, reduzindo em muito a importância de sua teorização e de seu conhecimento. Isso faz com que a divisão teórica e prática fique bastante exacerbada e rígida, ainda que de forma não desejada, como se a teoria fosse tão somente dos teóricos e a prática tão somente daqueles que aplicam o direito.

Para superar essa concepção, breves incursões sobre concepções de verdade foram feitas, a partir do que foi possível verificar que o conhecimento de qualquer objeto depende sobremaneira dessas concepções sobre a verdade.

A partir do abandono da concepção da verdade por correspondência, passa a ser possível trabalhar com outros valores – diversos da ideal objetividade da correspondência -, como a coerência ou o consenso, este ilustrado pelos “exemplos compartilhados”.

Com isso, o conhecimento do direito sobre seus aspectos práticos fica mais facilitado, na medida em que passa a ser possível trabalhar com um padrão filosófico da linguagem construtivista da própria realidade do direito, em que é possível analisá-lo como um objeto cultural – variável no tempo e no espaço – e que existe uma hermenêutica apropriada, cuja construção depende também da teoria.

Embora as lacunas tenham sido utilizadas neste ensaio como exemplo dos problemas da liberdade da interpretação, elas precisam, de fato, ser superadas, inevitavelmente com a construção de uma decisão por conta do *non liquet*. Não há soluções milagrosas, pois estamos tratando de linguagem.

Seja como teoria da fundamentação, como diretriz do raciocínio jurídico, como teoria da argumentação jurídica, de qualquer modo, é preciso que se mostre e se respeite a importância democrática das teorias da decisão, que vêm justamente para limitar o espaço de atuação dos intérpretes bem ou mal intencionados. Afinal, a escolha no direito deve se diferenciar da escolha política justamente porque a primeira deve ser atividade controlada, limitada. Naturalmente que, com essas afirmações, não se está questionando a função criadora do intérprete, inerente à própria interpretação de textos, mas apenas seus limites.

Por outro lado, podemos verificar que os reducionismos, como a afirmação “direito é política”, “direito é moral”, “direito é o que é justo”, em nada contribuem para um amadurecimento do direito, por resgatarem estratégias ontológicas.

Nesse caminhar, fica evidenciado que uma teoria da decisão jurídica contribui substancialmente para a limitação da própria atividade de decisão, destacando uma realidade em que o direito não pode começar limitado, a partir de uma teoria das fontes e acabar em uma atividade ilimitada.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *In: Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 8. 1990, p. 23-38.

ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. *In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais – Filosofia e Teoria Geral do Direito*, v. 18, n.1, 2017, p. 15-40.

_____. **Uma teoria retórica da norma e do direito subjetivo**. 2ª Ed. São Paulo: Noeses, 2014.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. 3ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. 4ª Ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no direito tributário**. Vol. 1. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **Direito Tributário: linguagem e método**. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na Filosofia do Direito: de Bentham a Kelsen**. Trad.: Heleno Taveira Torres e Henrique Mello. São Paulo: Contracorrente, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Função social da dogmática jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Míni Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GHIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo; GUIBOURG, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. 11ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIBOURG, Ricardo. **Pensar en las normas**. Buenos Aires: Eudeba, 1999.

HARDY-VALÉE, Benoit. **Que é um conceito?** Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Parábola, 2013.

HOSPERS, John. **An introduction to philosophical analysis**. 3ª ed. London: Routledge, 1990.

IVO, Gabriel. O direito e a sua linguagem. *In: Direito Tributário e os novos horizontes do processo - XII Congresso Nacional de Direito Tributário*. IBET, 2015, p. 523-555.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica pré e pós giro linguístico: uma leitura das teorias da validade de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart a partir do Tractatus**

Logico-philosophicus e Investigações Filosóficas de Ludwig Wittgenstein. São Paulo: Noeses, 2007

SACCONI, Luiz Antonio. **Minidicionário Sacconi da língua portuguesa**. São Paulo: Atual, 1996.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. *In: 1º Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET: Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 125-147.

SCAVINO, Dardo. La lógica y el (des)conocimiento del sujeto. *In: CARVALHO, Paulo de Barros. [Coord.]; BRITTO, Lucas Galvão [org.]. Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental à motivação da decisão judicial**. Salvador: JusPodivm, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é preguiça? *In: BARBIERI, Catarina; MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. (org.). Direito e interpretação – racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p 287-305.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário: de acordo o código de processo civil de 2015**. 4ª Ed., rev., atual. São Paulo: Noeses, 2016.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WATERFIELD, Robin. **The first philosophers: the presocratics and sophists**. New York: Oxford University, 2000.

Artigo enviado em: 01/02/2023

Artigo aceito para publicação em: 10/03/2023