

Aspectos sobre a intencionalidade do Direito a partir de uma aproximação às regras dos jogos de linguagem de Wittgenstein

Isaac Sabbá Guimarães*

Sumário: 1 Introdução. 2 O conceito de direito. 2.1 Princípios do direito. 3 Fundamentos e fontes do direito. 3.1. Fundamentos do direito. 3.2 Fontes do direito. 3.2.1 A constituição do direito. 4 A experiência jurídico-jurisdicional e as observações sobre seguir regras de Wittgenstein. 4.1 Os jogos de linguagem. 4.2 Jogos de linguagem jurídicos. 5 Conclusões. Referências.

1 Introdução

O direito é daqueles fenômenos sociais envolvidos por circunstâncias de alta complexidade, não permitindo, por isso mesmo, nenhuma predisposição conceitual de reducionismo. Bem compreendiam isto os gregos e os romanos, que davam um aspecto mítico à sua origem, os primeiros representando a administração da justiça através da figura da deusa Dikê, de pé, olhos abertos, espada na mão direita e uma balança na outra (os dois mecanismos principais do direito, o uso da coerção e da ponderação), enquanto que o povo de quem somos tributários em matéria de direito privado talvez tenha radicado o termo *ius* a partir do deus *Iuppiter*. Há aí na representação divina um inequívoco sinal de que uma das atitudes mentais para se tentar explicar o (quase) inexplicável é exatamente esta, a da mitificação que, em certa medida, satisfaz a angústia humana. Os romanos, por seu turno, o primeiro povo que sistematizou pragmaticamente um *corpus iuris*, não usam a palavra direito, apesar de terem a perfeita noção de que sua prática recorre a um *iter directum*, aquela diretriz necessária para a obtenção da paz entre os povos. Por outro lado, reconheciam que

* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça no estado de Santa Catarina

ubi societas, ibi ius, que o direito será essencial a qualquer sociedade e não haverá uma sequer, por mais primitiva que seja, que prescindia de um corpo de normas a estabelecer uma noção de disciplina e de ordem, os discursos fundamentais para a compreensão da humanidade e da vocação do homem para o aperfeiçoamento¹. Mas é também lícito elaborar o raciocínio inverso, o de que *ubi ius, ibi societas*, de modo que a normatividade jurídica é ela própria fator de organicidade do corpo social. E neste aspecto entramos numa espécie de círculo vicioso, do qual é difícil se sair sem que invariavelmente comprometamos nosso entendimento acerca dos problemas fundamentais do direito, que são o seu conceito e limites. De fato, é quase improvável que se estabeleça uma determinação definitiva para a idéia de direito, que se nos afigura como um terreno pantanoso, que atravessamos com dificuldades, apoiando-nos no que está mais à mão: seus princípios fundamentais e a crença de que há um campo normativo decisivo de qual dimana, que é o axiológico.

Qualquer tentativa de conformar o direito em rígidas estruturas determinativas, causará alguma incompreensão ao estudioso que se depara não apenas com a realidade da *norma normada* pelo processo jurídico-legislativo – que, como realidade, será sempre evidente por si só – mas que enfrentará, através do constante diálogo operado com o sistema histórico-sócio-político-jurídico,

Qualquer tentativa de conformar o direito em rígidas estruturas determinativas, causará

alguma incompreensão ao estudioso que se depara não apenas com a realidade da *norma normada* pelo processo jurídico-legislativo – que, como realidade, será sempre evidente por si só – mas que enfrentará, através do constante diálogo operado com o sistema histórico-sócio-político-jurídico, uma verdade indesmentível, que é a do pluralismo jurídico – que, como verdade, diria Jacques Ellul, só pode ser lograda através do uso da palavra, da elaboração discursiva, do diálogo². Assim,

1 Apud SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. Direito penal sexual: fundamentos & fontes (a tentativa de estabelecer um diálogo entre o direito e a moral). Curitiba: Juruá, 2003, p. 15 et seq.

2 Para o filósofo francês, a realidade é tudo aquilo perceptível, é tudo aquilo percebido pelo homem, delimitado no tempo e no espaço. A realidade não necessita de demonstração, pois é evidente, explícita. "Não tenho necessidade de informações faladas acerca de um real imediatamente constatável" (p. 25). Enquanto que a verdade não é de pronto perceptível, mas deve ser procurada e dialogada. Ela é revelada, pois, através da palavra, que a põe em confronto com a realidade. "A palavra obriga-me a considerar a realidade do ponto de vista da verdade" (p. 129) e, concluiríamos nós, a verdade do direito é bem mais abrangente e nem sempre coincidente com a realidade

o purismo juspositivista kelseniano, que nega, *tout court*, qualquer validade às expressões metajurídicas para a estruturação de um *corpus iuris* – aquelas de caráter sociológico, psicológico, ético-social, político –, pretendendo, pois, que o direito legislado seja, em última instância, o critério definidor de juridicidade dos atos, independentemente de qualquer juízo prévio, defronta-se com uma barreira intransponível: os referenciais utilizados pelo legislador. Kelsen tenta resolver a aporia decorrente de seu sistema filosófico criando uma hipótese de caráter lógico-jurídico que confere validade ao ordenamento jurídico, a *Grundnorm*. No entanto, o autor de *A teoria pura do direito* fica a dever-nos uma explicação razoável sobre esta *norma fundamental*, que não possui autojustificação como coisa feita *ex nihilo*, mas pretende manter um estatuto de independência em relação ao *pathos* social. Será possível evitar o tráfego entre os elementos *meta e transjurídicos* e o direito positivo (que, efetivamente, possui o cariz de validade em determinado *hic et nunc* histórico-social)? Dizem os jusnaturalistas, à guisa de resposta ao problema, que o direito natural, embora não possua o poder de coerção, serve como critério de aferição de *bondade* do direito positivo. Mas, novamente, os problemas surgem e não se compadecem com os elementos integrantes do conceito de direito natural, aquele célebre elaborado por CÍCERO: *Est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*. E daqui arrancamos com os pressupostos de direito natural, que são a imutabilidade, a igualdade e a universalidade. Mas como tratar, por exemplo, do bem jurídico vida, o primeiro de todos os direitos naturais, relacionado ao princípio ontológico da dignidade da pessoa humana, quando a vida é hoje manipulada pelos experimentos científicos de reprodução assistida e mesmo de clonagem de órgãos? A nós nos parece que há mais intercorrências no discurso jurídico que podem imaginar os monistas de qualquer ordem, e o conceito de direito torna-se, então, como bem observa Hart, uma tarefa de todo em todo complexa para qualquer jurista que, embora tenha conhecimento de sua expressão prática, não o consegue elaborar de maneira fluida e absolutamente isenta de contestações³.

do direito positivo. Cf. ELLUL, Jacques. A palavra humilhada. Trad. de Maria Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulinas, 1984.

3 Apud HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d, p. 18 et seq.

Antes de mais, entendemos que se um conceito de direito padece de dificuldades de ordem lógica, pois que ele não se conforma a qualquer expressão de reducionismo⁴, restará ao seu investigador penetrar os diversos caminhos pelos quais passa a idéia de juridicidade, todos tendentes ao vasto campo do direito, entendido aqui e ao longo do trabalho como expressão fenomênica da sociedade. Por outras palavras, pretendemos referir a existência de um pluralismo jurídico, de uma diversidade de âmbitos normativos que, a todas as luzes, integra o discurso do direito, conferindo-lhe um lóghos localizável na interseção dos círculos do momento histórico e do éthos social⁵. De maneira que a compreensão do direito ultrapassa a mera exegese jurídico-legal (que é apenas um de seus âmbitos): é ela tangenciada pelo suposto de que no universum jurídico há inúmeras manifestações normativas, somente apreensíveis quando o jurista adere ao diálogo com direito. Desta forma, é importante que esse diálogo se estabeleça tendo como suporte intelectual uma *Weltanschauung*, mas, também, que o jurista, sob a veste do que Kant denominou de *iuris peritus*, quando exercer a função atrelada à órbita prático-jurídica, consiga dilucidar o problema jurídico pontual, preso a determinado *hic et nunc* histórico.

Colocados assim inicialmente e em linhas muito amplas os problemas fundamentais do direito, tentaremos melhor precisar, em seguida, as diretrizes ideativas no qual ele se enforma, quando, então, poderemos estar mais aptos a tratar de uma das expressões do direito, que é exatamente a jurídico-legal. É aí que surgem as maiores tensões problemáticas relacionadas à interpretação da intencionalidade do direito, todas elas, por sua vez, intercorrentes ao problema maior: o metajurídico. Tentaremos, por meio da apresentação deste amplo quadro, algumas aproximações a uma categoria metódica de solução que decorre da filosofia da linguagem de Wittgenstein, recorrendo às noções de regras dos jogos de linguagem.

2 O conceito de direito

Como deixamos entredito, os conceitos reducionistas não nos

⁴ Em idêntico sentido, CHORÃO, Mário Bigotte. *Temas fundamentais de direito*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 29.
⁵ Apud SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Metodologia do ensino jurídico (aproximações ao método e à formação do conhecimento jurídico)*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 173-174.

oferecem mais que aspectos superficiais do direito, ou, por outras palavras, a sua evidência no mundo prático-jurídico. Portanto, nem sempre será correta a afirmação conceitual sobre um direito imediatamente evidenciado, uma vez que, como resultante das tensões sociais, será possível se dizer que sua intencionalidade se manifesta antes mesmo de qualquer posituação legal. Há expressões carregadas de juridicidade na tessitura social, sob a forma de normas metajurídicas das mais diversas, que são consensualmente aceitas pelos membros da comunidade. As esferas normativas, como a da educação e da religião, às quais, como adverte BOBBIO⁶, estamos indissoluvelmente ligados desde o nascimento até à morte, tendem já para uma noção de direito que se encontra fora do âmbito meramente jurídico-positivo, desde que com este não colidam. Mas ainda não são normas de direito por lhes faltar o caráter cogente e porque, dentro de uma sociedade ocidental plural, as diretivas de vida são inúmeras. Queremos com isto dizer que as normas de educação ou de religião serão assumidas e observadas pelos membros de sociedades primárias (a família, comunidade religiosa, *v.g.*), mas não necessariamente por toda a sociedade civil. Aqui nesta órbita da normação social nos é lícito afirmar, tão-somente, que tais normas não contrastam com os preceitos do direito, aqueles referidos no *Digesto* por ULPIANO: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (D. 1.1.10.1). Mas, se a legalidade é apenas uma das expressões do direito e nem tudo que se acha na esfera extralegal é direito (ou pode, na melhor das hipóteses, apenas propender para o direito), qual, então, o seu conceito? A resposta não é simples e requer aturada reflexão, mas entendemos ser viável uma tentativa que parta de alguns dos princípios do direito, aqueles que normalmente os jusfilósofos, como JELLINEK, categorizam como parte da idéia fundamental de mínimo ético social. Tentemos, então.

2.1 Princípios do direito

É inegável que a intenção do direito nasce muito antes de ele se tornar positivado, onde quer que aflorem tensões sociais a requererem uma providência capaz de restaurar a normalidade do *statu quo ante*.

6 BOBBIO, Norberto. Teoria general del derecho. Trad. ao espanhol de Jorge Guerrero R. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 3

E qualquer tentativa de creditá-lo a uma obra nascida *ex nihilo*, pela simples inventividade do legislador, enfrentará dificuldades imensas como a da teoria kelseniana, que tem como suposto legitimador uma norma hipotética, uma *Grundnorm*, que, no entanto, não satisfaz aos questionamentos feitos acerca da gênese do direito, que precede em muito o momento da decisão de legislar e, em verdade, localizamo-la no espaço fenomênico social⁷. As tensões sociais, portanto, aquelas com potencial força de comprometerem a *pax publica* e a harmonia do grupo social, são fenômenos inevitáveis ao homem na sua veste de *zoón politikón*, que vive, realiza-se e aperfeiçoa-se na *pólis*, mas nela também cria suas angústias que só podem ser solucionadas, enquanto problemas típicos de um *ser-em-sociedade*, por mecanismos sociais.

Por um lado, o homem, do ponto de vista antropológico, é um ser caracterizado pela incompletude, desprovido de mecanismos instintivos, de maneira que ele não se basta a si: deve abrir-se, necessariamente, para o outro e é assim que logrará a autopreservação⁸, como há muito tempo já havia observado ARISTÓTELES (A Política, I, 1). Mas é também na *pólis* que o homem vive as angústias de sua condição, de ser inacabado e imperfeito e que é sempre volvido por uma constante procura que ou desemboca em realizações, ou gera-lhe problemas. Estas noções comuns a todos os homens talvez tenham sido bem compreendidas pelo estoicismo que, se não chega a apresentar soluções de ordem pragmática para os dramas existenciais, ao menos funda alguns princípios, mais tarde identificados por juristas romanos como aquela parte que se intui do direito (e, digamos nesta breve interpolação, que a vida do direito, que é dinâmica e brota da dimensão histórica do homem, este ser-em-sociedade e, portanto, historicamente referido, é, na sua forma mais elementar, intuitiva).

Pois bem, Ulpiano, o legislador romano que traz a indelével marca do estoicismo, ao referir que *viver honestamente* é um preceito inerente ao direito, indica-nos um de seus princípios, que é o referido à necessidade de concordância prática entre a vida do homem (em sociedade) e o sistema jurídico. Mas há aqui, também, de forma subjacente, uma nota de relevo: se o direito exige uma vida honesta, pautada pela retidão,

⁷ Apud LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, maxime, Cap. III, p. 167 et seq.

⁸ Apud MACHADO, J. Baptista. Introdução ao direito e ao discurso legitimador. Coimbra: Almedina, 1996, p. 7 et seq.

isto induz-nos a reconhecer a existência de uma esfera da experiência humana em que se realizam juízos de valor a respeito das condutas humanas. Tais juízos – morais – são independentes da ordem jurídico-legal, uma vez que “*Non omne quod licet honestum est*” (D. 50.17.144.1). Nem tudo que é lícito converge para a idéia de honesto, mas não há dúvidas de que o direito pretende do homem uma vida honesta, mesmo que as condutas regradas pela esfera normativa moral não estejam expressamente previstas em lei. E a partir deste divisor de águas estabelecido entre as duas ordens normativas, encontramos uma outra fundamental nota do direito: a de que nem todos os preceitos morais têm importância para o mundo jurídico. Isto devido ou ao fato de o direito ser uma ordem normativa fragmentária e, portanto, não poderá se ocupar do regramento absoluto da vida do homem em sociedade, ou porque muitas das normas morais não adquirem dignidade jurídica. Assim, poderemos dizer, de modo exemplificativo, que a honestidade expressada pela verdade nas relações pessoais está em concordância com a idéia do direito, mas ela será jurídico-normativamente indiferente se sua inobservância não representar prejuízo para outrem. Por outras palavras, o preceito da honestidade, embora esteja conformado à idéia do direito, só será jurídico-normativamente relevante de forma subsidiária, quando dele depender a preservação de interesses com dignidade jurídica.

Disso decorre o segundo preceito referido por Ulpiano, que determina um modo de vida não lesivo a terceiros. *Non laedere* é igualmente uma determinação que permeia os âmbitos normativos moral e jurídico. No plano da moral, e segundo a perspectivação de um ferrenho opositor da ética kantiana do dever, como foi Nietzsche, o homem adquire a “má consciência”, que tolda a idéia de liberdade natural – aquela que é ampla, amplíssima dando vazão às mais diversas pulsões humanas, como a tanática – fazendo com que, por um lado, renuncie às expressões da vida desbragada e sensual, e, por outro, que por esta espécie de *abnegação*, construa sua vida em torno do *valor* do não-egoísmo⁹. O recurso a esta alegoria nietzscheana é apenas para deixar assente a idéia de que uma moral comum, como a que se desenvolve no tronco cultural judaico-cristão, serviu para atenuar

9 NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da moral: uma polêmica. Trad. de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 76.

os rigores dos costumes, através de regras como a da solidariedade e da humildade, que são de todo em todo contrárias às propensões destrutivas existentes no homem. E novamente aqui, encontramos não uma sobreposição do direito ao âmbito estritamente moral, mas uma situação de mera conformação. Mesmo que vivamos nos tempos de um *welfare State* e nossa Lei Fundamental construa um modelo jurídico tendente à realização da democracia material, nela não localizamos qualquer injunção de condutas conformes à solidariedade ou à humildade (embora no plano pessoal a dignificante adoção de uma vida voltada para o outro e humilde não contraste com o direito).

Mas para uma idéia inicial acerca do direito, não podemos deixar de lado a eloqüente fórmula do jurisprudente romano, segundo a qual o direito é a *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere* (D. 1.1.10)¹⁰, que resume sua intencionalidade e põe a claro uma das formas de como opera. Esta missão de dar a cada um o que é seu significa, no discurso jurídico, o caráter distributivo do direito como meio de realização da Justiça. Terá múltiplas relações com os valores axiológicos que permeiam a idéia de direito e, para uma posição kantiana, o *constituens* deste mecanismo de solução das tensões sociais será sempre um *Sollen*, um dever-ser. Daí, por um lado, poder se dizer que o direito é um “[...] conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio de outro [...]”, priorizando sempre uma lei geral de liberdade¹¹, mas, também, que a conduta não conforme ao direito representa um verdadeiro obstáculo à liberdade, autorizando-se o uso da coação, que é seu elemento fundamental¹². Por outro lado, entendemos que o mesmo preceito determina um dever de atuação ao juiz, na mesma medida em que lhe veda qualquer escusa para deixar de exercer a *iurisdictio*.

Esse rápido esboço de alguns dos princípios do direito, permite-nos já estabelecer as seguintes premissas: a) o direito é uma das expressões normativas da sociedade, cujo âmbito é entrecortado por outros fenômenos normativos, como o da moral; b) no entanto, as sobreposições não determinam a normativização jurídica, uma vez que o direito é fragmentário e se ocupa apenas daquelas situações nas quais

¹⁰ Na íntegra: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”.

¹¹ KANT, Immanuel. Introducción a la teoría del derecho. Trad. do alemão para o espanhol de Felipe González Vicen. Madri: Marcial Pons, 1997, 46.

¹² Ibid., p. 47.

sua tutela é essencial para a manutenção da harmonia e da paz social; c) de maneira que, embora consensualmente admitidas pela sociedade, algumas expressões normativas não adquirem dignidade jurídica, sendo jurídico-normativamente indiferentes; d) pois que, como mecanismo social dotado de força coativa, é o direito algumas vezes desproporcional em relação a certas ordens de problemas que surgem na sociedade; e) de maneira que só será inevitável quando demonstrada a necessidade de tutela jurídica em relação a algum interesse da sociedade; f) manifestar-se-á no plano abstrato e geral como norma positiva, ou casuístico e concretamente quando se assume no plano prático-político-jurídico, preenchendo aqui a noção distributiva. É de observar-se, no entanto, que mesmo que se reconheça o pluralismo jurídico, ou seja, a existência de outros âmbitos normativos para além da lei positivada, é inegável que o método jurídico parte desta que é a sua principal fonte. Isto porque a lei, como já reconheciam os iluministas franceses – a *Intelligentsia* que fomentou a Revolução que depôs o *Ancien Régime* em 1789 – favorece a segurança jurídica, além de demarcar os limites da liberdade¹³. E nela a discursividade jurídica enreda-se em problemas variados, concernentes ao momento político-jurídico de seu nascimento e ao da aplicação, quando o processo dialógico do direito esbarra nas questões exegéticas. É o que tentaremos expor adiante.

3 Fundamentos e fontes do direito

3.1 Fundamentos do direito

Numa de suas célebres máximas, o jurisprudente MODESTINO refere que “*Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo*” (D. 1.3.40), dando-nos as pistas sobre os fundamentos e fontes do direito. Nesta fórmula, em que resta subentendida a referência ao processo eminentemente dialogal, a formação do direito decorre ou da aceitação consensual de certas normas pelos membros da sociedade, quase o que os pensadores setecentistas denominaram de pacto social de constituição do Estado; ou da necessidade, assim entendida através da atividade político-

¹³ O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão esclarece que “*Ces bornes [da liberdade] ne peuvent être déterminées que par la loi*”.

jurídica, em que o papel do legislador adquire especial relevo; ou dos costumes confirmados ao longo de gerações e que para um SAVIGNY, quem criou a figura do *Volksgeist*, determinaria uma assunção jurídico-legal de certas normas presentes na realidade social. A fórmula, no entanto, sugere-nos apenas algumas indicações para o problema dos fundamentos do direito, que não é de fácil solução, mormente quando se coloca em jogo o seu fator primário, o psicológico. Não pode ser tratado como manifestação natural, aquilo que a natureza ensinou aos animais e permitiu ser depreendido pelo homem (D. 1.1.1.3), ou como pretenderam os jusnaturalistas modernos, um conjunto de direitos de liberdades inatos que demarcam a esfera de atuação humana. Também os precedentes do positivismo jurídico, como o historicismo, que reduz o fenômeno do direito a uma expressão espontânea do espírito popular (*Volksgeist*) e o sociologismo, que trata do direito apenas como efeito da sociedade, não satisfazem aos estudiosos dos fundamentos. Além do mais, a questão axial que repercute no problema dos fundamentos poderia ser reconduzida à própria *ratio* do direito que, antes de ser apenas estatal, aparece já no momento constitutivo da sociedade, ou seja, quando o grupamento de pessoas passa a ser uma entidade orgânica e, pois, estabelecida sob normas. *Ubi societas, ibi ius*, diziam os romanos com toda propriedade. Assim, uma das aproximações que se pode fazer em torno do problema do direito relacionado com o fator psicológico, aquele que determina uma certa ordem e disciplina para o homem, parte do seu fundamento ontológico, que transcende a noção de *ser artificial*, produto da sociedade. Mas não pretendemos, obviamente, radicar a discussão do problema no jusnaturalismo do idealismo alemão, cujo maior representante foi, sem dúvida, KANT, pois que as bases de um conceito *a priori* do direito negam o âmbito da experiência humana ao conceberem uma legislação universal cujas normas provêm do imperativo categórico. A nós nos parece de certa forma plausível e digna de defesa, contudo, a vertente neokantiana de Del Vecchio, quem não descarta dos fundamentos do direito a influência fenomênico-social¹⁴. Tentemos, então, ingressar nela.

Para a teoria do fundamento racional do direito do neokantista

¹⁴ Sobre a crítica à teoria do neokantista italiano, cf. o nosso Direito penal sexual: fundamentos & fontes, cit., p. 62 et seq.

italiano¹⁵, as normas positivas passam por uma constante evolução, idéia em a qual se compreende, também, sua substituição por outras ao longo dos tempos. O direito, tal como a vida do homem, é renovável, já que “[...] é um produto do espírito humano”¹⁶, idéia que permite distinguir no homem (como ser-em-sociedade) o sentido de busca de desenvolvimento. Além disto, avultam no processo de (re) definição do direito as variações das condições de vida e das circunstâncias de tempo e lugar, “[...] porque todos os fenômenos e em especial os da vida social (entre os quais está também o fenômeno jurídico) estão conectados entre si”¹⁷, do que já se depreende a assertiva do direito como fenômeno social, que só tem explicação dentro de um quadro de relações heterônomas.

No entanto, o jusfilósofo alerta que esta dinâmica renovação do direito deve respeitar certos elementos constantes, que permanecem incólumes neste processo “[...] porque são inerentes à natureza humana e estão implícitos na mesma noção de direito”. Assim, em qualquer estágio do direito há de ser reconhecida a existência de sujeitos numa relação de recíproca liberdade, que, no entanto, não pode ser ilimitada. Daqui decorrem dois elementos fundamentais: um *certo respeito à personalidade humana e uma certa limitação do arbítrio individual*¹⁸. Del Vecchio não chega a entender o direito como sistema orgânico destinado à preservação da harmonia e da paz social, mas, sim, como sistema que considera a pessoa humana – ser de especial dignidade que não autoriza sua redução à condição de *ser da* coletividade, mas já consentâneo com a idéia de *ser na* sociedade, contingência natural que não se sobrepõe ao valor de cada pessoa humana em si. Mas quando expõe sobre a limitação do arbítrio individual, o professor da Faculdade de Direito de Roma remete os estudiosos à compreensão de que isto se dá para que se favoreça a “[...] possibilidade da convivência social [...]”, em meio à qual se desenvolve “[...] *aquela coordenação objetiva do obrar de vários sujeitos*, que é essencial ao Direito”¹⁹, onde, entendemos nós, deve ser incluída aquela característica específica do direito, que é a de preservação da paz e harmonia social.

15 Apud VECCHIO, Giorgio Del. *Filosofia del derecho*. 9. ed. Trad. para o espanhol por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, s/d., p. 491 et seq.

16 Id., *ibid.*, p. 476.

17 Id., *ibid.* loc. cit.

18 Id., *ibid.* loc. cit.

19 *Ibid.*, p. 477. O destaque consta no original.

Fixadas as premissas de que o direito é um sistema dinâmico determinado pelo espírito humano, mas que respeita, nos planos temporal e espacial, certos elementos constantes, o autor *d'O conceito do direito* referirá que a evolução jurídica passa da elaboração *espontânea, instintiva e inconsciente* à elaboração *deliberada, reflexiva e consciente* que determinará o aparecimento do direito positivo. A razão deste processo é que o costume pouco a pouco vai perdendo seu caráter absoluto, dando margem a variações que, ao fim e ao cabo, determinam o surgimento de novas regras e reelaboração das já existentes. É neste estágio da vida do direito que se recorre à razão e à necessidade de eliminarem-se as naturais tensões radicadas na consciência individual. Aqui, a lei impõe-se num processo de consenso coletivo.

No processo evolutivo do direito, observa Del Vecchio, dá-se a transformação do seu caráter de *particularidade* para o da *universalidade*, de forma que o direito primitivo estritamente nacional ou particular evolui para um direito dos povos. Ocorre um estreitamento de relações entre os povos, que favorece a assimilação recíproca de parte de seus sistemas e determina, em outro momento, a ampliação e enriquecimento das instituições originárias^{20/21}. Há causas intrínsecas que realçam a *humanização* do direito neste processo de sua ampliação, liberando-o aos poucos dos vínculos com *circunstâncias acessórias*, [...] que correspondem a impressões particulares dos sentidos [...], elevando-se a máximas universais determinadas pela razão²². O exemplo patente desta universalização ocorreu com o direito romano, que de um conjunto de normas de agricultores “[...] converte-se num Direito humano, quase cosmopolita, adaptável por sua generalidade às mais variadas condições de vida, tanto que pôde ser acolhido por muitos povos (como, por exemplo, o germânico)”²³. É aqui que encontramos o ponto de onde o jusfilósofo arranca para explicar o fundamento racional do direito.

20 Ibid., p. 479.

21 Um exemplo bem acabado disto que é afirmado pode ser encontrado na garantia fundamental da liberdade física. O *habeas corpus* não é obra original dos ingleses, e nem é certo que possamos ver na sua *Magna Charta Libertatum* a fonte universal deste verdadeiro direito-garantia constitucional, uma vez que vários povos, desde os romanos, engendraram mecanismos jurídicos para a salvaguarda da liberdade física. Mas não há dúvida que os influxos filosófico-políticos que entraram nas colônias inglesas da América do Norte e mais tarde na Europa continental, fizeram surgir melhoramentos jurídicos e que por causa da Revolução Francesa respingaram por todo o mundo ocidental e aqui entre nós, o *habeas corpus* de influência norte-americana foi potencializado de maneira espetacular. Sobre a matéria, cf. o nosso *Habeas corpus: crítica e perspectivas* (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000, *maxime* p. 151 et seq.

22 Ibid., p. 479.

23 Ibid., p. 480.

Para além das causas intrínsecas de humanização do direito, Del Vecchio afirma que o homem possui uma *faculdade originária* que lhe permite distinguir o justo do injusto. É por isso que não se pode entender que é o Estado a instância superior que efetua a valoração do justo e do injusto: “O certo é que nenhuma proibição poderia impedir à consciência humana o proceder de modo autónomo em tal juízo, nem poderia destruir nossa faculdade natural de sentir como justa ou injusta uma determinada lei, ainda que esteja vigente”²⁴. Esta característica é o que Del Vecchio denomina de *sentimento jurídico*, que se constitui em “[...] uma força viva, originária e autónoma, e a fonte primeira do desenvolvimento do Direito”²⁵.

A tese do *sentimento jurídico* contrasta radicalmente com o cepticismo e o realismo jurídicos, com o historicismo, o teologismo e o utilitarismo, adquirindo um estatuto especial dentro dos sistemas filosóficos, porque não redutível aos fatores circunstanciais da existência humana. O utilitarismo, v.g., nega o fundamento absoluto do direito na medida em que considera o justo como idêntico ao útil. O *suum cuique tribuere* é mais que um ideal utilitarista do direito, já que a consciência moral e jurídica muita vez determina que façamos a distinção entre a vantagem puramente material e o imperativo do dever, sacrificando um interesse individual em favor de um direito alheio. E afirma:

Tais motivos éticos, altruístas (não utilitários), notam-se também nas fases primitivas da vida humana. O direito alheio é respeitado não porque isto pareça útil (pois, amiúde, isto significa uma desvantagem), mas porque se reconhece no Direito um valor independente da utilidade²⁶.

Pois bem, repelidas as teses contrastantes, Del Vecchio arremata a sua radicação-a no pressuposto de uma natureza humana com capacidade de determinar o direito. Arranca da crítica à concepção causal da natureza, que é incapaz de ultrapassar a explicação das causas determinantes dos fenômenos, nunca, porém, oferecendo a compreensão do princípio ou do fim da série de fenômenos. O jusfilósofo foge, pois, do determinismo e encontra a fundamentação do direito no primado do *eu* e no imperativo ético.

²⁴ Ibid., p. 492.

²⁵ Ibid., loc. cit.

²⁶ Ibid., p. 501.

Ao superar o determinismo da concepção causal da natureza humana, o autor localiza a fundamentação do direito no caráter absoluto da pessoa humana, afirmando que “O único princípio que permite a reta e adequada visão do mundo ético é precisamente o *caráter absoluto da pessoa, a supremacia do sujeito sobre o objeto*”²⁷, permitindo que se abstraia da natureza e localize na reflexão sobre o *eu* uma explicação sobre sua natureza específica. Esta faculdade da pessoa humana converte-se numa *suprema norma* (um *imperativo ético*), que determina:

Obra não como meio ou veículo das forças da natureza, mas como ser autônomo, com qualidades de princípio e fim; não como compelido ou arrastado pela ordem dos motivos, mas como senhor deles; não como pertencente ao mundo sensível, mas como partícipe do inteligível; não como indivíduo empírico (*homo phaenomenon*), determinado por paixões e afeições físicas, mas como eu racional (*homo noumenon*), independente delas; opera, enfim, na consciência da pura espontaneidade de tuas determinações, do absoluto e universal de teu ser, e, portanto, (pois isto não significa outra coisa), de tua identidade substancial com o ser de todo outro sujeito²⁸.

Del Vecchio, apoiando-se no sistema kantiano, propõe, portanto, que o homem deve participar da constituição do direito não como um ser da experiência empírica sujeito às paixões, mas como ser que se orienta pelo uso da razão; que não seja apenas uma peça da cadeia fenomênica de causas a postular a normatização do direito, mas como ser autônomo, explicável em si mesmo e detentor de um senso ético comum. Parece-nos que o jusfilósofo pretende aqui que a juridicidade seja um caráter autônomo de todo homem, mas comunicável, de maneira a constituir uma lei ética universal capaz de fundamentar o direito.

A lei fundamental de *operar*, obrar, manifesta-se em duas formas distintas que correspondem às categorias éticas universais da moral e do direito. No primeiro âmbito, há um dever de cada homem agir conforme à consciência, mas na relação com o outro, prescindindo “[...] do que constitui sua individualidade na ordem empírica [...]”²⁹ colocando-

²⁷ Ibid., p. 513.

²⁸ Ibid., p. 513-514.

²⁹ Ibid., p. 515.

se como *sub specie aeternitatis*. E mais. Arrimando-se claramente no imperativo categórico de Kant, o jusfilósofo determina: “obra como se nela obrasse a Humanidade, como se qualquer outro sujeito estivesse em seu lugar”. Por outras palavras, e na fórmula kantiana, o homem deve conduzir-se de forma que a máxima de sua ação possa servir como princípio de uma legislação universal.

No entanto, Del Vecchio transpõe o significado subjetivo do princípio ético geral e aponta para a existência de um significado objetivo ou *jurídico* do princípio, que se concretiza pela capacidade de extrair daquela autonomia do obrar do homem a faculdade de fazer-se valer em relação a todos, não sendo impedido por outros nesta sua qualidade³⁰. Há, como princípio do direito, uma prerrogativa *perpétua* e *inviolável* da pessoa humana, mas há, também, uma correlativa obrigação de cada um em respeitar essa condição, sob pena de sofrer uma legítima oposição da outra parte³¹. Arranca Del Vecchio a partir disso a distinção entre as ordens normativas:

O Direito, portanto, tem seu princípio na essência ou natureza do homem, como ocorre em relação à Moral; mas se distingue desta pela *objetividade da relação*, na qual aquela ordem normativa põe e consagra o caráter absoluto da pessoa. Este caráter adquire um significado e um valor *jurídico* desde o momento em que se toma como critério e eixo das relações de convivência³².

Portanto, o autor destaca que o conceito de direito *a priori* se radica naquelas coisas de valor incontestável, por isso mesmo relacionando-se com o caráter absoluto da pessoa. Entram em jogo nessa valoração as relações ou interferências entre as pessoas inerentes ao desenvolvimento humano, disso surgindo as normas de direito essenciais à convivência social.

Esses postulados não são, a todas as luzes, pacificamente aceitos e existem variadas linhas argumentativas que tentam pôr cobro à teoria de Del Vecchio, cujo ponto mais sensível reside na sustentação de uma natureza humana de onde dimanam a idéia de valor absoluto da pessoa humana e aquelas suas expressões de intrínseca juridicidade. Mas, se

30 Ibid., p. 516.

31 Ibid., p. 517.

32 Ibid., p. 518.

não podemos demonstrar a existência dessa essência do homem (como aquilo que lhe é predeterminado), ao menos nos será lícito afirmar que o homem é mais que um produto histórico-cultural ou a carga de experiências acumuladas: seu étimo fundante está, inequivocamente, na liberdade e talvez nesta sua característica encontremos a essência hominal que é *concertada* com as demais circunstâncias da vida através do direito³³. Assim, os fundamentos do direito se encontram numa zona da fenomenologia social bem distinta daquela em que se gestam as normas jurídico-positivas e que é anterior a esta. Mas, por um lado, são integrados por certos elementos constantes ao longo de toda a existência humana (v.g., a vocação para o aperfeiçoamento como componente racional de autopreservação e a comunicabilidade), que são intrínsecos ao *lóghos* e ao *constituens* do direito e, por outro lado, pela idéia de absolutização da pessoa humana, aquilo que leva o direito a se concretizar respeitando a prerrogativa *perpétua e inviolável* da pessoa humana. Disso decorre, segundo entendemos, “[...] uma compatível abertura do atuar humano naquela relação do *Eu para com o outro*, respeitando-se a pessoa humana como valor absoluto, mas entendendo-a como ser detentor de liberdade”³⁴. Por isso que as zonas de consensualidade ético-jurídicas que fundam o direito não poderão ser imiscuídas com os discursos ideologizantes e doutrinadores, por mais que se considere este âmbito normativo um instrumental da harmonia e da paz social. Daqui podemos, à guisa de arremate, dizer:

1) que as zonas de consenso ético-jurídicas da sociedade humana decorrem não propriamente do processo histórico-cultural como coisa a *produzir-se*, mas como resultado da auto-compreensão do Homem do qual tomam parte tanto elementos exógenos (socioculturais, v.g.) como elementos endógenos (referidos à natureza humana), e, portanto, como coisa a revelar-se; 2) que estas zonas de consensualidade ético-jurídicas, iniludivelmente reflexos da auto-compreensão do Homem, servem como fundamentos do direito [...]; 3) que estas zonas de consensualidade ético-jurídicas não podem ser obtidas através de interferências ideologizantes ou doutrinadoras oficiais, como outrora ocorreu, v.g., durante o regime nazista quando se legislou no sentido de preservação

33 Apud CUNHA, Paulo Ferreira da. O ponto de Arquimedes: natureza, direito natural, direitos humanos. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 50.

34 GUIMARÃES. Direito penal sexual, p. 78.

de uma determinada moral sexual e da pureza do nazismo (que não estavam, obviamente, numa zona de consenso)³⁵.

É claro que os fundamentos ontológicos do direito estão num plano suprapositivo e são, enquanto noção de juridicidade, apenas uma pretensão de estruturação, na expressão de Castanheira Neves, de um *válido dever-ser que é*, cujo característico é a *normativa obrigatoriedade*. Revelam-se num processo comunicativo entre os membros de uma sociedade, mas não estabelecem, só por si, normas de obrigatoria vinculação. O dever-ser determinado pelo direito só se liga ao substantivo da coação – elemento conceitual do direito – através das experiências jurídico-legais e jurídico-jurisdicionais, que têm na lei normativamente positivada o seu mecanismo de realização.

3.2 Fontes do direito

Os problemas fundamentais do direito não se localizam apenas em sua questão genésica, no porquê de o homem se enredar no fenómeno normativo, mas, também, no âmbito de sua valoração a partir dos critérios de justiça, de validade e de eficácia dos mecanismos pelos quais se manifesta³⁶. E este problema, que supõe a obrigatoria vinculação às normas intencionalmente criadas para propiciarem paz e harmonia social, é sensivelmente relacionado ao conhecimento das fontes do direito. Ou seja, o problema se remete não já ao âmbito ontológico que envolve o direito, mas à esfera fenomênico-normativa, compreendida dentro dos limites da atuação criativa do homem histórico-culturalmente referido. Por outro lado, o desdobramento problemático ultrapassa o momento germinal e atinge a própria vida do direito, quando, efetivamente, é direito posto, normativamente vinculante e capaz de *transformar*, *alterar* ou *modificar* a vida social. Quando adentramos este amplo átrio onde se dão as concretizações jurídicas, onde, efetivamente, ocorre o *comércio* do direito, estaremos já diante de um problema referenciado inelutavelmente ao quadro histórico-cultural de uma sociedade e somente através de sua perspectivação é que poderemos analisar as fontes do direito. Penetremos, portanto, esse átrio.

³⁵ Id., op. cit., p. 78.

³⁶ Apud BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho, cit., p. 20 et seq.; NEVES, Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1º.

3.2.1 A constituição do direito

Como antes referimos, subjazem à idéia constituinte do direito expressões diversas daquela via de regra mencionada pela corrente do positivismo jurídico, às quais Castanheira Neves denomina de categorias da experiência jurídica, que são: a *consuetudinária*, a *legislativa* e a *jurisdicional*.

a) A experiência jurídica consuetudinária não pode ser entendida como aquela que se manifesta meramente através do costume arraigado em determinado sistema jurídico, cujas normas não decorrem de prescrições legais (um *ius non scriptum*). Tem de ser entendida, adverte o catedrático de Coimbra, como “[...] o comportamento socialmente estabilizado (i.é, constante e repetido), seja em termos de conduta, seja em termos decisórios, em que imediatamente se exprime um normativo vínculo jurídico ou que em si mesmo se impõe como um normativo critério jurídico”³⁷. Isto quer nos indicar que esta categoria de experiência jurídica se opera através da prática social, que implica em convocar as pessoas para o cumprimento dos costumes e reafirmar por esse cumprimento a subsistência do jurídico costume. E arremata o jusfilósofo conimbricense:

[...] a afirmação consuetudinária do jurídico tem um carácter impessoal e anónimo (“de providência oculta”, na expressão de Savigny) – carácter que, com Virally, também se dirá objectivo e não voluntarista – e que ao converter-se, pelas próprias permanência e continuidade consuetudinárias, numa social “segunda natureza”, exclui mesmo a ideia de criação e modificação ao nível de consciência explícita, pois passa como que a identificar-se com o próprio “ser” (como o ser da realidade social). Depois, o seu sentido normativo é manifestamente imanência social (radica nas intenções sociais e existe como realidade social) e a exprimir uma originária autonomia normativa (os *socii*, os próprios interessados e destinatários do costume, são os responsáveis pela sua constituição e subsistência)³⁸.

37 Id., *ibid.*, p. 18.

38 *Ibid.*, p. 18-19.

Daqui arrancamos com a certeza de que a experiência jurídica consuetudinária implica a existência do consenso da comunidade jurídica a respeito das normas costumeiras com eficácia e vinculatividade. No entanto, a aparente redução da idéia de direito consuetudinário ao *factum*, ou o reconhecimento de uma “força normativa do fato”, é rejeitada pelo autor da *Digesta*. Seu entendimento é de que o direito consuetudinário é mais que uma expressão sociológica: é uma idéia que transcende normativamente o fato. E afirma: “[...] o mero costume não é costume jurídico, do mesmo modo que o comportamento normalizado numa constância social não tem normatividade se exprimir apenas o sociológico normal e não o dever-ser – se não assumir o regulativo de uma *norma*”³⁹. De forma mais explícita, pode-se dizer que o direito consuetudinário só será expressão de regulação de costumes com força vinculante se traduzir “[...] um *transcendente* fundamento axiológico que constitua e justifique regulativamente a sua normatividade como normatividade – como uma exigência de comportamento e um critério de dever-ser”⁴⁰.

b) A experiência jurídico-legislativa é aquela que passou por uma clivagem bem definida com o surgimento do Estado de direito, podendo encontrar-se o divisor de águas entre os dois momentos históricos principais na Revolução Francesa de 1789, quando é deposto o *Ancien Régime*. Pois bem, ao tempo de Bodin (séc. XVI) a idéia jurídico-legislativa estava intrinsecamente vinculada à de soberania, de modo que esta expressão máxima de poder político de uma sociedade nada mais era do que o poder de fazer e de revogar leis⁴¹. No entanto, nesse período que vai até fins do século XVIII, a soberania confundia-se com o próprio poder político exercido pelo príncipe, quem, ao menos na Europa continental, usava da prerrogativa legiferante. O soberano não estava juridicamente limitado, mas apenas respeitava certas regras religiosas e morais na medida em que tivesse a preocupação de não desagradar à igreja⁴². A intenção do legislador de então ultrapassava, na prática, a tese *hobbesiana* de concentração de poder nas mãos

39 Ibid., p. 20.

40 Ibid.,

41 Apud BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. v. 2. 5. ed. Trad. de Carmen C. Varrialle *et alii*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000, verbete “Soberania”, p. 1180.

42 Apud CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 282-284.

do soberano com a finalidade de garantir segurança e paz sociais: o príncipe personificava todo poder político e tinha, na lei e na realização do direito, instrumentos de preservação de sua dignidade⁴³. Para, além disto, as manifestações legais tendentes à manutenção de paz social eram ditadas com o iniludível intuito de firmar a supremacia hierárquica exercida pelo príncipe, como se percebe, *v.g.*, nas Posturas de Afonso II de Portugal (1211)⁴⁴. Com a revolução burguesa que incendiou a França de 1789 – alimentada pelos ideais iluministas, especialmente de Locke e Montesquieu – a situação modifica-se por completo. A lei já não será instrumento de poder, mas, antes, expediente jurídico-normativo pelo qual, ao menos no modelo de Estado liberal, se reconhece um regime de igualdade natural entre os homens (“Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits”⁴⁵), a esfera de atuação estatal (principalmente no sentido de garantir direitos e garantias individuais⁴⁶) e as liberdades civis (“Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas”⁴⁷). A lei assume, pois, um caráter eminentemente declarativo e, neste sentido, tem a função constituinte do direito. Quando refere que a experiência jurídico-legislativa exercida por uma *auctoritas* oficial tem o condão de fazer coincidir – no plano formal – normas legais com o direito, Castanheira Neves destaca algumas notas:

- 1) Na legislação afirma-se, em primeiro lugar, um modo deliberado e racional de produção do direito, já que actua mediante a *prescrição de regras ou normas*, numa intenção de regulamentação e programática relativamente à realidade social, ou político-social que é seu objecto [...]. Dir-se-á assim que na legislação se institui potencialmente um sistema normativo que prévia e abstractamente define a sua própria unidade, visando impor à realidade humano-social essa sua mesma racionalidade, antecipada e logicamente construída.
- 2) Só que esta racionalidade que a legislação sempre pretende trazer ao direito não deixa de ser associada, em

43 Ao tratar dos suplicios públicos impostos ao condenado, FOUCAULT refere que se tratava de um verdadeiro ritual político, quando se manifestava em toda sua crueldade o poder do príncipe. “O crime – aduz o filósofo francês –, além de sua vítima imediata, ataca o soberano; ataca-o pessoalmente, pois a lei vale como vontade do soberano; ataca-o fisicamente, pois a força da lei é a força do príncipe. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. História da violência nas prisões. 13. ed. Trad. de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 45.

44 Apud nosso Habeas corpus, op. cit., p. 146.

45 *Déclaration de Droits de l’Homme et du Citoyen*, art. 1º, apud CLAVERO, BARTOLOMÉ *Institución histórica del derecho*. Madri: Marcial Pons, 1992, p. 205.

46 Ibid., arts. 2, 4, 17, da *Déclaration*, p. 206, 208.

47 Ibid., art. 5, p. 206.

segundo lugar, a um não menos evidente voluntarismo ou decisionismo. É que na base da prescrição legislativa, que se pretende originariamente constitutiva, está sempre uma *decisão*, determinada pela opção explícita entre possíveis regulamentações [...]. 3) Uma outra nota bem característica da legislação é, em terceiro lugar, a sua manifestação textual ou em forma escrita [...]. 4) A decisória prescrição normativa formalmente imposta num texto como regra antecipada à acção e para a regulamentar, remete-nos, por essa sua heteronomia normativa, a um poder legitimado para essa imposição: se a regra-norma se separa e autonomiza da acção (e da realidade social) para a regulamentar abstractamente, terá também o poder de se destacar das mesmas acção e realidade para lhes impor essa regra-norma prescrita [...] a legislação, ou o direito como legislação de que é titular o poder político, vê-se naturalmente determinada por motivos e orientada por intenções não puramente jurídicas, mas sobretudo por motivos e intenções de outra índole, de índole jurídico-política, se não só ideológico-política. Deste modo foi possível que o direito, através da legislação, se tornasse um instrumento de planificada intervenção política e em termos de os Estados actuais governarem por leis [...]. 5) Uma outra nota seja ainda para referir que a experiência jurídica legislativa também pela sua dimensão de tempo e pela concepção do direito que pressupõe se distingue dos outros tipos de experiência jurídica: sua dimensão de tempo é o *futuro* [...] e o direito é para ela *regra de conduta* (uma planificada ordenação social do comportamento como objecto)⁴⁸.

A comunicação, ou declaração, levada a efeito pelo direito legislado, deve, nos moldes do Estado de direito material, pressupor uma correlação com a realidade histórico-social, de maneira que esta face do direito é – ou deve ser –, em suma, dinâmica. Não se opera, então, por mero decisionismo da *auctoritas*, ou seja, por um discurso do poder. Mas realiza-se através de mediações dialógicas, mesmo quando o direito se afasta de uma certa *ratio* político-jurídica e forja normas de valor meramente simbólico⁴⁹.

⁴⁸ Op. cit. p. 24-27.

⁴⁹ Pense-se na Lei dos Crimes Hediondos, de eficácia duvidosa, mas que reflete os reclamos da sociedade brasileira nos anos de 1990.

c) Na experiência jurídico-jurisdicional percebemos não uma iniciativa de criação de direito novo (e mesmo no sistema do *Common Law* não se poderá dizer que as decisões judiciais são a criação do direito par *excellence*, uma vez que os *acts of parliament* registram a história jurídico-legal do modelo anglo-saxônico e têm cada vez mais peso em seu mundo jurídico), mas um fator de transformação do direito. Obviamente isto não ocorre de forma imediatamente perceptível, pois que a política jurídica ditada pelas decisões depende de sua consolidação ao longo da história jurisprudencial. Mas não temos qualquer dúvida de que as circunstâncias jurídico-jurisdicionais integram o diálogo com a *auctoritas* política, conduzindo-a para a (re)definição do direito. Que é, em boa verdade, um processo constante e diretamente referido às dimensões axiológica, histórica e cultural de uma sociedade. Tentemos melhor explicar.

O âmbito jurídico-normativo é, como se sabe, fragmentário, ocupando-se das regulamentações de maior relevo para a comunidade. Por outras palavras, nenhum *codex* terá alcance absoluto sobre o inextrincável mundo dos fenômenos sociais, como desde os romanos se reconhece e mesmo o *Code Napoléon* (de 1804), que se pretendeu o mais completo possível, admite (em entrelinhas) a falibilidade do direito estritamente legal. Mas, por outro lado, o Estado, monopolizador do direito, não pode se recusar a emitir um juízo sobre os problemas que lhe são postos à apreciação, nem mesmo sob o pretexto de inexistência de *norma normada* (jurídico-legal). Era o que dispunha o direito romano ao tempo de Justiniano, e mais tarde a regra transmigrou para o Código Civil Napoleônico⁵⁰ e para os demais códigos modernos. Desta forma, o juiz assume um papel no jogo jurídico que transcende os postulados da pura exegese do texto jurídico-legal, tendo de consultar, nos demais escaninhos do amplo departamento da vida social, outros códigos normativos (metajurídicos ou transjurídicos) que possam preencher as brechas do direito legal. Assim, tanto pode ele valer-se das regras de experiência, como pode colocar em jogo a ponderação de interesses em conflito, tornando-se, por este meio, um agente comunicador de novas realidades sócio-jurídicas ao legislador.

⁵⁰ "Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". apud Institución histórica del derecho, cit., p. 210.

Não se pode também perder de vista o fato de que o momento constituinte jurídico-jurisdicional é aquele em que um problemático conflito jurídico é posto sob a apreciação do juiz. Que já não será somente o mero intérprete de uma norma jurídica abstrata e geral para aplicação numa disputa de pretensões jurídicas, mas quem efetivamente estabelece uma norma concreta e casuística: a sentença. Tal norma, portanto, só ocorre quando requerida pelas partes em conflito. A ação judicial não é nada mais que um conflito de interesses, do qual emerge o requerimento de constituição do direito concreto através da ação mediadora do juiz. Sobre esta atividade judicial, refere Castanheira Neves que

[...] a mediação jurisdicional [...] deverá considerar-se ainda duplamente: como normativa mediação objectiva entre a normatividade postulada e a normatividade concreta; e como mediação subjectiva entre as partes ou sujeitos da controvérsia, em termos agora de um “terceiro imparcial” que releve o mérito das razões que cada um deles invoque para a concreta resolução do problema normativo (*audiatur et altera pars*)⁵¹.

Numa suma do que foi dito, podemos agora concluir que das três experiências jurídicas, a consuetudinária teve subsistência até o século XVIII e vem perdendo expressão dentro do quadro do Estado moderno, que requer um sistema político-jurídico claro e que forneça maiores margens de segurança aos jurisdicionados. Já as duas outras modalidades de experiências jurídicas são realidades assumidas pelas sociedades de após derrubada do *Ancien Régime* e cabem melhor ajustadas à moldura do Estado de direito democrático. Por outras palavras, observa-se que as experiências jurídico-jurisdicionais e legislativa “[...] repartem entre si, ou continuam a repartir entre si, o actual universo jurídico”⁵². Mesmo no sistema do *common law*, no qual se percebe uma prevalência da experiência jurídico-jurisdicional na constituição e realização do direito, através da *rule of precedent*, tem crescido a importância da *statutory law*, que se forma a partir da vinculação jurídica aos precedentes dos tribunais superiores (*House of Lords e Courts of Appel*), aproximando-se, portanto, do feitio de direito abstrato e geral. O entendimento de

51 Op. cit., p. 30.

52 Op. cit., p. 35.

que as experiências jurídicas se radicam em normas jurídicas gerais e abstratas elaboradas pelo legislador e na normação concreta através do papel mediador exercido pelo juiz, conduz-nos a reconhecer na lei a fonte do direito.

No entanto, a constituição do direito através da atividade jurídico-jurisdicional coloca em jogo, como se percebe, uma série de infundáveis problemas, muitos deles relacionados diretamente à fonte jurídico-legal. Aliás, o que antes foi dito nos permite afirmar que as experiências jurídico-legislativa e jurídico-jurisdicional se imbricam e se tornam interdependentes: a lei só passa a ter algum significado para a sociedade na medida em que ela comece a ser empregue e interpretada pelos tribunais⁵³; os órgãos jurisdicionais, por sua vez, confrontam-se com as dificuldades relacionadas ao *lóghos* das normas jurídico-legais⁵⁴ e muita vez a palavra empregue numa norma é já fonte de imprecisões quanto à intencionalidade legal. O que fazer então? A que espécies de consultas deverá o juiz recorrer para descobrir a intenção da lei ao mesmo tempo em que, com esta operação, pode ele ser o verdadeiro mediador do direito e não um seu burocrata que se compraz em interpretar gramaticalmente a norma por ele manejada? Sabendo, por outro lado, que as palavras assumem significações diversas de acordo com o discurso, com o momento histórico e mesmo devido às partes que a usam (e já não será demais lembrar que a sabedoria judaica afirma que o homem só é senhor da palavra quando não a pronuncia), como o juiz resolve o problema da caducidade ou da perda de eficácia da norma jurídico-legal ou de sua atualização em relação a determinado momento histórico-político-jurídico? É óbvio que o tema é dos mais intrincados e não poderia ter um tratamento superficial (nem um certo pudor nos permitiria avançar sobre a matéria nos quadrantes deste artigo). De modo que tentaremos nesta nova etapa apenas uma aproximação à problemática partindo dos jogos de linguagem de Wittgenstein.

53 WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11.

54 Cf. DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, *maxime* cap. IX, onde trata da intenção legislativa e mais precisamente sobre os problemas relacionados à interpretação.

4 A experiência jurídico-jurisdicional e as observações sobre seguir regras de Wittgenstein

A ciência jurídica e mais propriamente a epistemologia do direito têm se ocupado do problema da interpretação da norma jurídico-legal. Não, obviamente, como ocorreu no período da *École de l'exégèse*, que superdimensionou a lei, considerando-a não só fonte formal, mas, também, material do direito. De maneira que o direito, para os seguidores desta escola, era pensado a partir dos comentários dos códigos, em vez de ser tratado com uma expressão sócio-cultural limitada temporalmente. Hoje o problema da interpretação da “vontade da lei” tem alcances muito variados, atingindo não apenas o valor semântico⁵⁵ e as implicações filológicas da norma⁵⁶, como, também, sua correlação com o legado histórico do processo legislativo⁵⁷. Contudo, transparece em todos os matizes teóricos uma acerba preocupação com o valor dos símbolos lingüísticos, cujo sistema representa o mais desenvolvido e o mais eficaz dos meios de comunicação, mas também o mais complicado⁵⁸, sendo que as palavras, por isso mesmo, chegaram a ser consideradas como detentoras de poder mágico, “[...] independente do pensamento daqueles que a proferiam”⁵⁹.

A palavra, segundo entende Ross, “[...] tem, por assim dizer, uma zona central sólida em que sua aplicação é predominante e certa e um nebuloso círculo exterior de incerteza, no qual sua aplicação é menos usual e no qual se torna mais duvidoso [...]” seu emprego⁶⁰. Na linguagem jurídica, em que são recorrentes termos cotidianos e, portanto, radicalmente diferentes dos termos conceituais usados no jargão científico, as dificuldades interpretativas somam-se ao próprio fim do direito, que é o da realização da Justiça. Por outras palavras, o emprego do discurso jurídico deve procurar a realização da Justiça – esta deve ser sua intenção – e a noção disto pode estar circunscrita por uma tênue linha de imprecisão, que permitirá ao jurista interpretações díspares em razão da influência de certas circunstâncias, como a ideológica,

55 ROSS, Alf. Direito e justiça. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, *maxime* p. 139 et seq.

56 RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acrescida. Coimbra: Arménio amado Editor, 1997, p. 229 et seq.

57 DWORKIN, Ronald. O império do direito, cit., capítulo IX.

58 ROSS, ut supra, p. 140.

59 RADBRUCH, ut supra, p. 232.

60 Op. cit., p. 142.

como ocorreram, v.g., em vários julgados dos juízes alternativistas do Rio Grande do Sul nas questões possessórias envolvendo ações de trabalhadores sem-terras. O problema da interpretação aqui referido pode submeter-se à reflexão através do método filosófico de Wittgenstein, mais especificamente aquele contido na segunda fase de seu trabalho, expresso nas *Investigações Filosóficas*.

4.1 Os jogos de linguagem

As reflexões acerca da palavra vêm sendo realizadas desde longa data pela filosofia e teremos em Aristóteles o representante maior dos pensadores que as localiza no escrutínio das potências da alma. Tomás de Aquino, o mais conhecido dos aristotélicos e inequivocamente o principal dos filósofos da alta Idade Média, quem rompe os muros da igreja para se projetar na filosofia universal, trata da palavra numa longa *quaestio disputata*, partindo, como muito mais tarde faria Wittgenstein, do estudo da posição agostiniana. E o *Doctor Angelicus* admite de arrancada, tal como S. Agostinho, que a palavra, como uma espécie de signo, é sempre *ratio* “[...] e semelhança da coisa conhecida pelo intelecto”⁶¹, ou, de outra forma, a palavra é *ratio* da coisa conhecida. É em decorrência disso que o autor da *Suma Teológica* refere que “É evidente, pois, que para o entendimento de qualquer realidade intelectual o cognoscente tenha de formar a palavra, pois é da própria essência da intelecção que o intelecto forme algo e este algo formado é a palavra”⁶². Tomás, contudo, vai além da posição agostiniana que vê na palavra um signo para expressar os objetos de nossa intelecção, pois que, como potência do homem, “[...] a nossa [palavra] é imperfeita [...]. E isto porque nós não podemos expressar em uma única palavra tudo o que há em nossa alma e devemos valer-nos de muitas palavras imperfeitas e por isso, exprimimos fragmentária e setorialmente tudo o que conhecemos”⁶³. Este apotegma é, em boa verdade, o leitmotiv de toda filosofia da palavra, mas que em Wittgenstein serve para fundamentar o que se passou a chamar de terapia da “doença filosófica”.

O autor das *Investigações filosóficas* parte, como Tomás, da

61 TOMÁS DE AQUINO. Verdade e conhecimento. Trad., estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 289.

62 Id., *ibid.* loc. cit.

63 Id., *ibid.*, p. 293.

reflexão agostiniana sobre a palavra, sem, no entanto, se preocupar em realizar uma aturada crítica daquele modelo filosófico. O intuito é outro, que é o de ter um ponto de apoio para tratar do conhecimento da linguagem e assim induzir uma proposta de dissolução dos problemas filosóficos, aqueles que fazem parte da *philosophia perennis* e são estabelecidos mais pela natureza das coisas do que pela natureza de nossa linguagem⁶⁴. Enquanto o alcance do sistema agostiniano é limitado à compreensão de elementos da comunicação (através do emprego das palavras), Wittgenstein pretende entrar nos amplos domínios da linguagem (que transcende, através dos inumeráveis jogos, a mera comunicação oral ou escrita). De forma que a palavra seja mais que um designativo de algo e seu uso uma etiquetagem de objetos, na medida em que nos deparamos com suas diferentes funções (§ 11)⁶⁵. A assertiva de que a palavra possui diferentes funções, permite referir que seu significado não está adstrito ao objeto ao qual se refere e num de seus aforismos, Wittgenstein evidencia que ela é mais que um referente de um objeto ou um signo daquilo que designa, de maneira que “Se o sr. N. N. morre, diz-se que morre o portador do nome, e não que morre a significação do nome. E seria absurdo falar assim, pois se o nome deixasse de ter significação, não haveria nenhum sentido dizer-se: “O sr. N. N. morreu”” (§ 40). Por outras palavras, o filósofo recusa uma concepção referencial da palavra, pois que “[...] a função do nomear não constitui a única função das palavras [...]”, como afirma DIAS⁶⁶. A referência a um objeto é apenas um dado que não nos permite atingir à significação da palavra, que só pode ser apreendida no contexto dos jogos de linguagem.

A noção de jogos de linguagem – inicialmente depreendida de um exemplo de linguagem primitiva (a referencial) no § 2, em que se demonstra que o processo de uso das palavras é semelhante àquele

64 Apud CHAUVIRÉ, Christiane. Wittgenstein. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 123. A autora ressalta que Wittgenstein “[...] denunciou na filosofia tradicional essas tentativas de eternizar um jogo de linguagem relativo apenas à nossa cultura e à nossa história. Se os problemas filosóficos resultam, como ele afirmou, de certas derrapagens lingüísticas, não são as “próprias coisas”, mas nossa linguagem que, “girando em vão”, suscita o questionamento filosófico”. E mais adiante arremata: “[...] abandonando qualquer apelo à idéia normativa de uma lógica subjacente à linguagem, Wittgenstein [o segundo] orientou-se para uma outra crítica dos problemas filosóficos, oriundos a seu ver de um uso patológico da linguagem comum [...] e formulou o programa de uma filosofia terapêutica. À doença filosófica deveria corresponder uma terapia: esta consistiria em clarificar a “gramática” de expressões correntes que nos desviaram para questões filosóficas ilegítimas” (p. 123-125).

65 WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Coleção Os Pensadores, vol. XLVI. Trad. de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril, 1975, p. 17. De agora em diante, as citações das Investigações partem desta edição.

66 DIAS, Maria Clara. Os limites da linguagem. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 49.

recorrido para ensinar às crianças uma língua –, não se limita, portanto, à etiquetagem de objetos. Há, em realidade, uma pluralidade de jogos de linguagem, que são tantos quantas são as expressões de uma *forma de vida*. “E representar uma linguagem significa representar-se uma forma de vida” (§ 19). Por outras palavras, há tantos jogos de linguagem quantas expressões das atividades humanas, e podem ser agrupados pelas semelhanças de funções que desempenharem na linguagem. Para demonstrar a diversidade deles e o próprio sentido de jogo, Wittgenstein refere sobre a necessidade de dar exemplos. Descrevem-se jogos e depois constroem-se outros por analogia aos antecedentes, de maneira a formar família de jogos (que dá a idéia mais próxima da complicada rede de semelhanças que se envolvem e se entrecruzam). Assim explica o filósofo:

Não posso caracterizar melhor essas semelhanças do que com a expressão “semelhanças de família”; pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família: estatura, traços fisionômicos, cor dos olhos, o andar, o temperamento, etc., etc. – E digo: os “jogos” formam uma família. (§ 67).

Sobre este método de Wittgenstein, refere Chauviré que “Os exemplos usados para explicar “jogo” são presumidamente *paradigmáticos*, isto é, centro de variações” e são profusos à medida em que vão se desdobrando em novos jogos⁶⁷. Esta noção de família de jogos reforça, assim, a premissa de que “[...] há inúmeras espécies diferentes de emprego daquilo que chamamos de “signo”, “palavras”, “frases”. E essa pluralidade não é nada fixo, um dado para sempre” (§ 23). De outra forma, podemos dizer que as palavras assumem diferentes significações de acordo com o contexto (*o jogo de linguagem*) em que são colocadas.

Como jogo que é, o arranjo das palavras em nossa linguagem pode ser estabelecido a partir de regras criadas pela prática das atividades humanas. As regras são, por assim dizer, espécies de auxílio no ensino do jogo, ou ferramentas do próprio jogo (§ 54). Mas o problema que as envolve se remete sempre à tensão existente na relação entre a regra do jogo e sua aplicação⁶⁸. Assim, o conhecimento que se tem

67 CHAUVIRÉ, Christiane. Wittgenstein, loc. cit., p. 93.

68 Ibid., p. 95.

do significado das palavras se confronta inevitavelmente com suas aplicações concretas. Isto porque seguir regra não nos garante que as coisas se passem como se poderia supor (§ 125). Os jogos de linguagem não se submetem a uma fixidez de parâmetros e sujeitam-se a inumeráveis circunstâncias, assim como o fato de dominar as regras do jogo de xadrez não é a garantia suficiente para se lograr o lance de xeque-mate. Daqui já podemos localizar na filosofia *wittgensteiniana* algumas premissas acerca dos jogos de linguagem: a) a idéia de jogo de linguagem é essencialmente estabelecida como parte de uma atividade ou de uma forma de vida (§ 23); b) as regras dos jogos de linguagem são como ferramentas que auxiliam seus participantes (os interlocutores), mas seguir uma regra é algo que se desenvolve como semelhantemente ocorre com os hábitos: “Seguir uma regra, fazer uma comunicação, dar uma ordem, jogar uma partida de xadrez são *hábitos* (costumes, instituições)” (§ 199); c) mas a compreensão de uma linguagem é, para o sistema filosófico de Wittgenstein, dependente de uma técnica: “Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§ 199), que bem pode ser, entendemos nós, a técnica de ter uma visão panorâmica (*Übersicht*) sobre as proposições ou contextos frasais (em os quais podemos ter uma efetiva noção da significação das palavras); d) se as coisas ocorrem realmente assim e se a determinação de um significado da palavra depende do contexto em que ela está inserida, pode se concluir que não existe uma linguagem ideal, precisa, inequívoca: “Se acreditamos que devemos encontrar aquela ordem, a ideal, na linguagem real, ficaremos insatisfeitos com aquilo que na vida cotidiana se chama “frase”, “palavra”, “signo”” (§ 105).

4.2 Jogos de linguagem jurídicos

Os juristas – no sentido mais lato da expressão, e, portanto, não apenas, os chamados operadores do direito, que hoje vêm se tornando cada dia mais aplicadores da lei e repetidores daquilo que se é interpretado pelos tribunais do que propriamente profissionais dotados de desenvolvido raciocínio jurídico – têm um jargão próprio e, por isso, determinados termos têm significação conceitual apenas dentro de seu meio. O emprego de expressões como “competência”, “termo”,

“legitimidade”, “inépcia”, “culpa”, “imperícia”, “domínio”, dentre tantos outros típicos de uma linguagem *paracientífica* do direito, estabelece padrões de significação absolutamente distintos para as categorias de interlocutores do direito e para os não juristas. A idéia de competência utilizada no direito processual, *v.g.*, é incompreensível para aquele que ainda não penetrou os meandros da *práxis* jurídica e que nem tenha um mínimo de conhecimento desta área jurídica. Desta forma, seguir regras nos jogos de linguagem estritamente jurídicos requer, antes de tudo, um acurado conhecimento técnico dos mecanismos lingüísticos colocados à disposição dos interlocutores. “Compreender uma frase significa compreender uma linguagem. Compreender uma linguagem significa dominar uma técnica” (§ 199). E no conjunto de signos *paracientífico* a máxima de Wittgenstein justifica-se perfeitamente, na medida em que esta categoria de linguagem reduz o âmbito dos interlocutores àqueles que dominam uma técnica, permitindo, assim, um diálogo profícuo e sem margens para dúvidas. No entanto, o *universum* jurídico antes de ser um dado pronto e acabado, um algo estanque, é amplo e está em ininterrupto fazimento, para além de tangenciar as variadas extensões do humanismo, já que inúmeros fenômenos sociais repercutem diretamente neste constante *faciendum*. A bem da verdade, são justamente os fenômenos humanos que dão corpo à idéia de direito. De maneira que vários dos termos recorrentes aos jogos de linguagem jurídicos se imbricam com significações via de regra *datadas* e *circunscritas a um determinado meio social*. Mas que em outras circunstâncias sócio-histórico-culturais podem sofrer radicais alterações. Ou seja, é possível aqui destacar que o fato de dominar determinada regra não implica na obtenção de resultados idênticos para situações espaço-temporalmente variáveis. Esta primeira aproximação aos múltiplos jogos de linguagem jurídicos (os de linguagem jurídica *stricto sensu* e os de linguagem recorrente), já nos permite concordar, na esteira de Dall’Agnol, com o sistema wittgensteiniano que

[...] recusa tanto o que se poderia considerar um platonismo-de-regras, quer dizer, a posição que sustenta que as normas, sejam elas morais ou jurídicas, são como trilhos mecânicos para o agir, que são independentes do que pensamos e fazemos e cuja apreensão do significado é suficiente para

determinar a sua correta aplicação, quanto o ceticismo-de-regras, ou seja, a tese de que não há regras objetivas e que, por conseguinte, sempre será necessária uma *nova interpretação* sobre a ação a ser executada⁶⁹.

A negação de um platonismo-de-regras e do ceticismo-de-regras não deve, no entanto, nos levar a crer que o jurista está sempre a sobrenadar num mar de incertezas, uma vez que ele poderá seguir corretamente uma regra para colimar a realização da Justiça (aqui entendida segundo determinados referenciais ético-sociais) a partir da consulta ampla aos jogos de linguagem localizáveis circunstancialmente. Não queremos com isto insinuar que as regras a serem seguidas pelo jurista se vinculam à corrente realista de inspiração norte-americana, segundo à qual a idéia do direito se radicaria naquelas “profecias” de um tribunal (HOLMES), ou seja, nas decisões jurídico-judiciais e nas suas influências extrajurídicas, inclusive a educação do juiz, sua saúde, e origem social⁷⁰. Tal atitude implicaria um retorno ao sociologismo, muita vez carregado de impurezas ideológicas. Mas podemos determinar regras para jogos jurídicos localizando o equacionamento do problema lingüístico-jurídico na noção de *semelhanças-de-família*, estabelecendo uma espécie de gradação valorativa dos termos recorrentes. Tentemos melhor explicar através de uma proposição.

O Código Civil de 1916 regulava no art. 551 a possibilidade de adquirir-se a propriedade de um imóvel através de usucapião ordinário, instituto este que é integrado por requisitos objetivos (o lapso temporal do exercício da posse, *v.g.*) e subjetivos. Dentre estes, temos a *boa-fé*. Esta é expressão das mais difíceis, porque mergulhada no subjetivismo das concepções pessoais que transitam no meio do homem médio e na própria variação de significados do bom. Tanto é assim que os romanos, em que pese seu extremo pragmatismo, preferiram conceituar *bona fides* a partir de um raciocínio *contrario sensu*. “*Bona fides* – escreveu Gaio – *non patitur, ut bis idem exigatur*” (D. 50.17,57). Sabia-se o que não constituía *bona fides*, mas não se ousava conceituá-la. Pois bem, a *boa-fé* exigida para o cumprimento do usucapião não se relaciona, obviamente, com interdição de dúplice cobrança de um crédito, como

69 DALL'AGNOL, Darlei. As observações de Wittgenstein sobre seguir regras e a tese da indeterminação do direito. Habermas em discussão: anais do Colóquio Habermas. Florianópolis: NEFIPO, 2005, p. 96.

70 Apud LATORRE, Angel. Introdução ao direito. Trad. de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Coimbra, 1978, p. 191-192.

era entendida entre os romanos, mas estreita-se, no caso específico de que estamos a tratar, com a idéia de ausência de *malícia* no exercício da posse. Ainda assim, teremos dificuldades em alcançar uma perfeita compreensão do termo, uma vez que os limites entre *má-fé* e *boa-fé* são frágeis, dando causa à interseção de significados. Assim, digamos, o usucapiente pode ter exercido a posse do bem imóvel mantendo uma constante vigilância armada. Esta enunciação do fato implica em negação de *boa-fé*? Ou, de outra forma, há uma significação de *má-fé* no jogo de linguagem em que se declara que o possuidor vigiava armado as terras por ele ocupadas? Não necessariamente, uma vez que o jogo de linguagem pode nos levar a entender que o posseiro estava a *zelar* pelo bem, e em relação a ele tinha uma espécie de *ciúme*. As expressões *zelo* e *ciúme* empregues na intenção de adquirir um bem independentemente de título dominial, por outro lado, parecem estabelecer uma família de significações semelhantes à de *boa-fé* ou que se enfeixam no significado deste termo. De maneira que, em determinado *jogo-de-linguagem* jurídico sobre a *boa-fé* as asserções de *zelo* e de *ciúme* são gradações valorativas da idéia de *boa-fé*. Wittgenstein dá-nos a entender, no § 77 de suas *Investigações*, que a noção de *bom* só será apreensível quando inserimos a palavra dentro de uma família de significações, no que aproxima sua filosofia a um experimento da vertente filosófica *cognitivista*. Contudo, a regra aqui estabelecida para o *jogo-de-linguagem* proposto não poderá ser tomada como um seu equacionamento definitivo e infalível, seja porque a *boa-fé* pode ser inserida em outros *jogos-de-linguagem* (quando o termo aparece, v.g., como requisito de validade do pagamento a credor putativo, previsto no art. 309, do novel Código Civil), seja porque uma outra gradação das *semelhanças-de-família* pode levar a um significado absolutamente distinto em relação ao exemplo dado (a vigilância armada poderá ser hipótese de declarada intenção de esbulho).

5 Conclusões

O direito, como fenômeno social, só pode ser entendido como um processo de constante fazimento, que tem marcha ininterrupta, e é levado a efeito dialogicamente. Seus fundamentos ontológicos, como

aquele determinado pelo sentimento jurídico, não podem prescindir da idéia ingênita de comunicabilidade humana. E as posições teóricas mais pragmáticas de sua explicação, como a do historicismo e a do utilitarismo, a *fortiori*, radicam-se nessa premissa maior. O direito é, pois, essencialmente um processo comunicativo em o qual o homem coloca em discussão todo seu drama existencial.

Mas o caráter discursivo do direito ganha foros de maior relevo quando se colocam em jogo os lanços de política jurídica, especialmente aqueles que tratam de estabelecer uma norma jurídico-jurisdicional concreta, casuística e que tenha a representação de solução de um determinado problema jurídico decorrente de uma disputa de pretensões. É quando se lança mão não apenas de meios interpretativos da *ratio* legal, mas se investiga o significado de uma linguagem recorrente ao mundo jurídico e que, a todas as luzes, não tem os níveis de exatidão da gramática *paracientífica*. E sempre o jurista se deparará com expressões cujos significados possuem contornos imprecisos e vulneráveis, pois que podem ser contaminadas por impressões de ordem ideológica, moral, cultural e política. A “boa-fé”, os “bons costumes”, o “dever de vigilância”, a “negligência”, são apenas alguns dos inumeráveis recursos lingüísticos do direito, que estão naquela zona da linguagem comum com a qual o jurista se depara com grande freqüência. Não há regras seguras para se estabelecer um significado preciso e isento dos fatores idiossincráticos para tais termos. E mesmo que se domine o campo semântico, corre-se o risco de cometerem-se avaliações equívocas. De maneira que a procura do significado de certas expressões jurídicas não obedece a um rigoroso equacionamento lingüístico (e uma tal tarefa será impraticável na medida em que as expressões assumem significações distintas de acordo com o jogo jurídico em que estiver inserida a palavra), mas antes através do estabelecimento de famílias de significados dessumidas dos jogos lingüísticos. Cada questão problemática colocada no jogo de linguagem jurídica só poderá ter um início de solução se contextualizada e aferida a partir de sua inserção numa família de significados aproximados referidos pelos interlocutores.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Teoria general del derecho**. Tradução ao espanhol de Jorge Guerrero R. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis, 1997.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 5. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000. v. 2.
- CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- CHAUVIRÉ, Christiane. **Wittgenstein**. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.
- CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991.
- CLAVERO, Bartolomé. **Institución histórica del derecho**. Madri: Marcial Pons, 1992.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **O ponto de Arquimedes: natureza, direito natural, direitos humanos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- DALL'AGNOL, Darlei. As observações de Wittgenstein sobre seguir regras e a tese da indeterminação do direito. In: Habermas em discussão. **Anais do Colóquio Habermas**. Florianópolis: NEFIPO, 2005.
- DIAS, Maria Clara. **Os limites da linguagem**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ELLUL, Jacques. **A palavra humilhada**. Trad. de Maria Cecília de M. Duprat. São Paulo: Paulinas, 1984.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramalheite 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- JUSTINIANO I. **Digesto de Justiniano, liber primus: introdução ao direito romano**. Trad. de Hécio Maciel França Madeira. 3. ed. rev. Ed. bilíngüe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- KANT, Immanuel. **Introducción a la teoría del derecho**. Trad. do alemão para o espanhol de Felipe González Vicen. Madri: Marcial Pons, 1997.

- LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Trad. de Manuel de Alarcão. Coimbra: Livraria Coimbra, 1978.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. Coimbra: Almedina, 1996.
- NEVES, Castanheira. Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema. In: **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1º.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral: uma polêmica**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acresc. Coimbra: Arménio amado Editor, 1997.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. **Direito penal sexual: fundamentos & fontes (a tentativa de estabelecer um diálogo entre o direito e a moral)**. Curitiba: Juruá, 2003.
- _____. **Habeas corpus: crítica e perspectivas (um contributo para o entendimento da liberdade e de sua garantia à luz do direito constitucional)**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.
- _____. **Metodologia do ensino jurídico (aproximações ao método e à formação do conhecimento jurídico)**. Curitiba: Juruá, 2005.
- TOMÁS DE AQUINO. **Verdade e conhecimento**. Trad., estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- VECCHIO, Giorgio Del. **Filosofia del derecho**. 9. ed. Trad. para o espanhol por Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, [19-?].
- WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Abril, 1975. (Coleção Os Pensadores, v. 46)

