XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LEONEL SEVERO ROCHA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Rogerio Luiz Nery Da Silva, Leonel Severo Rocha, Márcia Haydée Porto de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-983-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

Apresentação

GT - FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II

O CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, desde à teoria do direito, aos mais inovadores ramos de estudo e aplicação jurídica, além de áreas afins, promoveu – em conjunto com a UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAY (UDELAR) – o XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI - MONTEVIDÉU, "ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN". De 18 a 20 de setembro de 2024, foram apresentados variados trabalhos científicos, a partir de palestras, mesas redondas, artigos científicos e painéis, que se distribuíram por dezenas de grupos de trabalho (GTs) com ampla diversidade temática. A nós, Professor-doutor Leonel Severo Rocha, da Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), Professora-doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA) e Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), coube a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT - FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA, LITERATURA E LINGUAGEM II, cujos trabalhos foram os seguintes:

1) Texto CIUDADANÍA Y JUSTICIA: UN ANÁLISIS DEL REFUGIO Y EL CASO BATTISTI, por Karla Pinhel Ribeiro , Nico de Souza Macei, estuda os dilemas éticos da proteção aos refugiados, a partir das perspectivas filosóficas de Hannah Arendt e Giorgio Agamben. O confronto entre a proteção ao asilo e a necessidade de justiça, com efeitos sobre as relações diplomáticas, com debates sobre soberania nacional, cooperação internacional, ultrapassando as linhas das relações jurídicas também pelas políticas e sociais, especialmente sob o ponto de vista humanitário.

2) Texto A IMPORTÂNCIA DA COMPREENSÃO DO DIREITO COMO SISTEMA PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA, por Márcia Haydée Porto de Carvalho e Alexsandro José Rabelo França, explora a perspectiva do Direito enquanto sistema, com destaque à relação entre regras e princípios. O direito deve prover a necessária segurança

jurídica às relações interpessoais, com visão de previsibilidade à solução de conflitos. Daí a necessidade de enxergar o direito como sistema e não isoladamente. Tanto nos sistemas jurídicos do tipo aberto e como no fechado, a interpretação desvela a complexidade do sistema jurídico a partir do entrelace com os elementos históricos, sociais e políticos.

3) Texto A. A CONTINUIDADE ENTRE A FORMA E O IDEAL MORAL: TRÊS CONCEPÇÕES DE ESTADO DE DIREITO, por Ricardo Andrés Marquisio Aguirre, propõe a partir da tipologia de concepções normativas do Estado de Direito, quanto à solução de crises dos variados sistemas jurídicos, enfrentar questões sobre como evitar a arbitrariedade e abuso de poder, com foco em: a forma de criação do direito que maximize a autonomia das pessoas, e, na justificativa moral do vínculo colaborativo entre os participantes da prática jurídica, concluindo pela possibilidade de conjugar as versões de modo complementar, a partir da análise meticulosa, tomando como centrais: a forma do direito, a legalidade e a reciprocidade entre agentes morais autônomos.

4) Texto DIREITO E LITERATURA EM A FESTA DE BABETTE, DE KAREN BLIXEN, por Mara Regina De Oliveira , Davi Pereira do Lago, examina a relação entre o direito e a literatura, na obra “A festa de Babette”, de Karen Blixen (1950). As tensões enfrentadas por Babette ao deixar a França e se refugiar na Noruega, após o Massacre na Comuna de Paris de 1871. As interpretações filosóficas tradicionais não valoraram adequadamente os aspectos jurídico-políticos, reduzindo a protagonista a extremos (de redentora a angustiada). O arco narrativo é mais bem compreendido se observada a condição de revolucionária e refugiada política de Babette e os postulados jurídico-filosóficos da locomoção dos refugiados e do asilo político, assim como o desenvolvimento do multiculturalismo como ideal jurídico-político, a garantir ao indivíduo o poder de desenvolver plenamente a própria identidade.

5) Texto A METODOLOGIA DA PESQUISA E O MÉTODO SOCIOLÓGICO: UM ESTUDO ACERCA DA CRIAÇÃO DE ÉMILE DURKHEIM, por Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, Pedro Bergê Cutrim Filho e Conceição de Maria Abreu Queiroz, analisa as contribuições de Émile Durkheim para o estabelecimento da sociologia como ciência autônoma a partir de sua obra “As regras do método sociológico”. Traz um panorama da sociedade francesa, fonte inspiradora da obra durkheimiana, e segue para “As regras do método sociológico”.

6) Texto A DIALÉTICA JURIDICA ENTRE UNIVERSALISMO E PLURIVERSALISMO: DOUTRINAS DE FILOSOFIA DO DIREITO INTERNACIONAL, por Clodomiro José Bannwart Júnior, Guilherme Borges Cilião e Larissa Gonzales Linhares, investiga dialeticamente o universalismo e o pluriversalismo no direito, com foco no jus gentium e sua

capacidade de juridicização de questões não legisladas. Investem em Otried Höffe, com a ética global; em Villey e em Grotius. Concluem que a produção legislativa tem responsabilidade compartilhada entre parlamento, tribunais e sociedade civil, com participação ativa dos cidadãos.

7) O texto O DESEJO DE CONSISTÊNCIA E O DOGMA DE COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: ASPECTOS CRÍTICOS DE UMA ILUSÃO (DES) NECESSÁRIA, por Juan Pablo Ferreira Gomes, explora a dependência da questão da consistência ou coerência do ordenamento jurídico do reconhecimento concepção como sistema. Ante o conflito entre normas, uma das duas, ou ambas, devem ser eliminadas. As normas devem observar compatibilidade sistêmica, o que implica a exclusão da incompatibilidade. A "completude" de um ordenamento jurídico o habilita a tutelar todo e qualquer caso. A ausência é lacuna; a completude é a "falta de lacunas".

8) O texto A QUESTÃO FUNDANTE: A COMPREENSÃO (IM) POSSÍVEL DA JURIDICIDADE PELA ESTRITA NOÇÃO DE NORMA, por Juan Pablo Ferreira Gomes, trata da delimitação dos limites da juridicidade, a fronteira entre o que o que é direito e o que não é direito, como aporia fundamental à teoria geral ou filosofia do direito. Cada escolha pode servir de elemento caracterizador de distintas tradições ou linhas de abordagens, quer formalista, quer analítico; pode ainda ser crítica, social ou histórica. O texto sustenta a possibilidade ou não de compreensão do fenômeno da juridicidade a partir de uma teoria do direito estritamente normativa, para investigar a hipótese da inevitável presença do valor ou da legitimidade no fenômeno da juridicidade.

Certo de buscar cumprir o papel articulador das melhores iniciativas de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi oferece por meio deste volume os conteúdos a sua reflexão.

Desejamos aos muito prezados pesquisadores uma excelente leitura!

Professor-Doutor LEONEL SEVERO ROCHA - UNISINOS

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestrado em Direito (UFSC); Doutorado (Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales – Paris) – revalidado pela UFSC; Pós-doutorado em Sociologia do Direito (Universitá di Lecce – Itália). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI);

Coordenador da Cátedra Warat; Professor Visitante da Faculté de Droit da Univ de Paris 1. Bolsista Produtividade do CNPq. Professor Titular do PPGD-UFSC Mestrado e Doutorado). Consultor da Capes e da Fapergs.

E-mail: leonel.rocha@icloud.com

Professora-Doutora MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO - Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

Possui graduação em Direito (UFMA); graduação em Ciências Econômicas (UFMA), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Especialização em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (ESG). Professora Associada II da UFMA; Promotora de Justiça em São Luís/MA. Investigadora no Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid/Espanha).

Email: marciahaydee@uol.com.br

Professor-Doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Professor no Programa Erasmus Plus, da União Europeia (Univ Cardinal Winzinsky – Varsóvia – Polônia); Pós-doutorado em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França); Doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA); doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha); Mestrado em Direito e Economia (UNIG); posgraduado em Jurisdición y Justicia Constitucional (Univ. Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.

E-mail: dr.nerydasilva@gmail.com

O DESEJO DE CONSISTÊNCIA E O DOGMA DE COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: ASPECTOS CRÍTICOS DE UMA ILUSÃO (DES) NECESSÁRIA

THE DESIRE FOR CONSISTENCY AND THE DOGMA OF COMPLETENESS OF THE LEGAL ORDER: CRITICAL ASPECTS OF AN (UN)NECESSARY ILLUSION

Juan Pablo Ferreira Gomes

Resumo

A questão da consistência, ou coerência, do ordenamento jurídico se atrela ao problema da concepção deste enquanto sistema. O problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constituiria também uma unidade sistemática. Entendendo-se por "sistema" uma totalidade ordenada. Assim, "sistema" equivaleria à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se em um ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas, ou ambas, devem ser eliminadas. Partindo-se de tal pressuposto, as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. Por sua vez, "completude" seria a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente "lacuna" (num dos sentidos do termo "lacuna"), "completude" significa "falta de lacunas". A partir da obra de Norberto Bobbio, o presente artigo pretende abordar aspectos acerca da consistência ou coerência e da completude do Ordenamento Jurídico em sua compreensão enquanto sistema, concluindo com apontamentos críticos de acordo com a teoria do relato vencedor e da hermenêutica jurídica pós-crise.

Palavras-chave: Consistência, Completude, Hermenêutica, Dogma, Crítica

Abstract/Resumen/Résumé

The issue of consistency, or coherence, of the legal system is linked to the problem of its conception as a system. The problem that arises is whether a legal system, in addition to being a unit, would also constitute a systematic unit. "System" is understood as an ordered totality. Thus, "system" would be equivalent to the validity of the principle that excludes the incompatibility of norms. If there are incompatible norms in an order, one of the two, or both, must be eliminated. Based on this assumption, the norms of an order have a certain relationship with each other, and this relationship is the relationship of compatibility, which implies the exclusion of incompatibility. In turn, "completeness" would be the property by which a legal system has a norm to regulate any case. Since the lack of a standard is generally called a "gap" (in one sense of the term "gap"), "completeness" means "lack of gaps". Based on the work of Norberto Bobbio, this article aims to address aspects regarding the consistency or coherence and completeness of the Legal System in its understanding as a

system, concluding with critical notes in accordance with the theory of the winning report and post-crisis legal hermeneutics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consistency, Completeness, Hermeneutics, Dogma, Criticism

1. A consistência (coerência) como elemento necessário para compreensão do direito enquanto sistema.

A questão da consistência, ou coerência, do ordenamento jurídico se atrela ao problema da concepção deste enquanto sistema. Para Norberto Bobbio (1995), o problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constituiria também uma unidade sistemática. Entendendo-se por "sistema" uma totalidade ordenada.

Assim, "sistema" equivaleria à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se em um ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas, ou ambas, devem ser eliminadas. Partindo-se de tal pressuposto, as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

De imediato registre-se, porém, que sustentar que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito.

Nesse sentido de sistema, conforme Bobbio (1995), o sistema jurídico não é um sistema dedutivo. Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo o sistema ruirá. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas

A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia. O Direito não tolera antinomias. Em nossa tradição romanística o problema das antinomias já foi posto com muita clareza nas célebres constituições de Justiniano, e com ele se abre o próprio Digesto.

O fato de no Direito romano, considerado por longos séculos o Direito por excelência, não existirem antinomias foi regra constante para os intérpretes, pelo menos enquanto o Direito romano foi o Direito vigente. Uma das finalidades da interpretação jurídica era também a de eliminar as antinomias, caso alguma tivesse aparecido, recorrendo aos mais diversos meios hermenêuticos.

Para esclarecer esse ponto Norberto Bobbio (1995) lança mão dos relacionamentos intercorrentes entre as quatro figuras de qualificação normativa: o obrigatório, o proibido, o permitido positivo e o permitido negativo.

Se definirmos como normas incompatíveis aquelas que não podem ser ambas verdadeiras, relações de incompatibilidade normativa verificar-se-ão nestes três casos:

1) entre uma norma que obriga fazer algo e uma norma que proíbe fazê-lo (contrariedade);

2) entre uma norma que obriga fazer e uma que permite não fazer (contraditoriedade);

3) entre uma norma que proíbe fazer e uma que permite fazer (contraditoriedade);

Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite não fazer, ou uma proíbe e a outra permite fazer o mesmo comportamento. Mas a definição não está completa. Para que possa ocorrer antinomia são necessárias duas condições, que, embora óbvias, devem ser explicitadas. As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade.

Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, espacial, pessoal e material. Não constituem antinomia duas normas que não coincidem com respeito:

a) validade temporal: “É proibido fumar das cinco às sete” não é incompatível com: “É permitido fumar das sete às nove”;
b) validade espacial: “É proibido fumar na sala de cinema” não é incompatível com: “É permitido fumar na sala de espera”;
c) validade pessoal: “É proibido, aos menores de 18 anos, fumar” não é incompatível com “É permitido aos adultos fumar”;
d) validade material: “É proibido fumar charutos” não é incompatível com “É permitido fumar cigarros”.

Após essas especificações, podemos definir novamente a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade.

As antinomias, assim definidas, podem ser, por sua vez, distintas em três tipos diferentes, conforme a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas:

1) Se as duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia pode-se chamar, seguindo a terminologia de Alf Ross (2000), total-total: em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra. Exemplo: "É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema" e "É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema;
2) Se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, a antinomia subsiste somente para a parte comum, e pode chamar-se parcial-parcial, cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, e um campo de aplicação no qual o conflito não existe. Exemplo: "É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema" e "É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às sete na sala de cinema";
3) Se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte do da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode-se chamar total-parcial. A primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira. Exemplo: "É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema" e "É permitido, aos adultos, fumar, das cinco às sete, na sala de cinema, somente cigarros";

A teoria do direito elaborou algumas regras para a solução das antinomias, que são comumente aceitas. Por outro lado, é necessário acrescentar logo que essas regras não servem para resolver todos os casos possíveis de antinomia.

Daqui deriva a necessidade de introduzir uma nova distinção no âmbito das antinomias próprias, isto é, a distinção entre as antinomias solúveis e as antinomias insolúveis.

As razões pelas quais nem todas as antinomias são solúveis são duas:

1) há casos de antinomias nos quais não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução das antinomias;

2) há casos em que se podem aplicar ao mesmo tempo duas ou mais regras em conflito entre si.

Chamamos as antinomias solúveis de aparentes; chamamos as insolúveis de reais. Diremos, portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios.

As regras fundamentais para a solução das antinomias são três:

o critério cronológico (lex posterior derogat priori)

o critério hierárquico (lex superior derogat inferior);

o critério da especialidade (lex specialis derogat generali);

O critério cronológico serve quando duas normas incompatíveis são sucessivas; o critério hierárquico serve quando duas normas incompatíveis estão em nível diverso; o critério de especialidade serve no choque de uma norma geral com uma norma especial. Mas pode ocorrer antinomia entre duas normas: 1) contemporâneas; 2) do mesmo nível; 3) ambas gerais.

Entende-se que, nesse caso, os três critérios não ajudam mais. E o caso é mais frequente do que se possa imaginar. Corresponde à situação de duas normas gerais incompatíveis que se encontrem no mesmo código. Se em um código há antinomias do tipo total-total e parcial-parcial (com exclusão do tipo total-parcial, que cai sob o critério da especialidade), tais antinomias não são solucionáveis com nenhum dos três critérios.

Existiria um quarto critério que permita resolver as antinomias deste tipo? Devemos responder que não. O único critério, do qual se encontram referências em velhos tratadistas é aquele tirado da forma da norma. Segundo a forma, as normas podem ser imperativas, proibitivas e permissivas.

O critério com respeito à forma consistiria em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas da norma jurídica, buscando a interpretação mais favorável em detrimento da mais odiosa. Não há dúvida de que uma lex permissiva é favorabilis, e uma lex imperativa é odiosa.

Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma (ab-rogante) 2) eliminar as duas (dupla ab-rogação 3) conservar as duas.

A terceira solução — conservar as duas normas incompatíveis — é talvez aquela à qual o intérprete recorre mais frequentemente. Demonstra- que a pressuposta incompatibilidade deriva de uma interpretação ruim, unilateral, incompleta de uma das duas normas ou de ambas.

Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas a eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada corretiva, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. É certamente uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser obtido com a menor desordem.

Dissemos que há antinomias insolúveis ao lado de antinomias solúveis, e que as razões pelas quais existem antinomias insolúveis são duas: a inaplicabilidade dos critérios ou a aplicabilidade de dois ou mais critérios conflitantes.

Pode acontecer que duas normas incompatíveis mantenham entre si uma relação em que se podem aplicar concomitantemente, não apenas um, mas dois ou três critérios. É necessário dar preferência a um ou outro.

Considerando o caso de uma incompatibilidade entre norma constitucional anterior e norma ordinária posterior. São aplicáveis dois critérios, o hierárquico e o cronológico; mas se for aplicado o primeiro, dá-se prevalência à primeira norma, se for aplicado o segundo, dá-se prevalência à segunda.

Não se trata mais da incompatibilidade de que falamos até agora, entre normas, mas da incompatibilidade entre os critérios válidos para a solução da incompatibilidade entre as normas. Uma antinomia de segundo grau.

Trata-se, em outras palavras, de saber se existe um critério estável para a solução dos conflitos entre critérios — e qual seja. Sendo três os critérios (H, C, E), os conflitos entre critérios podem ser três: H com C, E com C, H com E.

Conflito entre o critério hierárquico e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-superior é antinómica em relação a uma norma posterior-inferior. O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior.

Conflito entre o critério de especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. O conflito deve ser resolvido em favor da especialidade: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente;

Conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade. O caso de uma norma superior-geral incompatível com uma norma inferior-especial. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade. Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico.

Todo o discurso defendido pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas seja um mal a ser eliminado e, portanto, pressupõe uma regra de coerência, que poderia ser formulada assim: "Num ordenamento jurídico não devem existir antinomias". Mas essa regra é por sua vez uma regra jurídica? O dever de eliminar as antinomias é um dever jurídico?

A coerência pode não ser condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento, garantindo a a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade).

Examinamos um aspecto do ordenamento jurídico: a coerência (ou consistência). Falta-nos considerar outra característica que lhe é normalmente atribuída: a completude.

2. O Dogma da completude no Ordenamento Jurídico.

Por "completude" entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente "lacuna" (num dos sentidos do termo "lacuna"), "completude" significa "falta de lacunas".

Portanto, o nexo entre coerência (consistência) e completude está em que a coerência significa a exclusão de toda a situação na qual pertençam ao sistema normas que se contradizem; a completude significa a exclusão de toda a situação na qual não pertençam ao sistema nenhuma norma para o caso concreto. Diremos “incoerente” um sistema no qual existem tanto a norma que proíbe um certo comportamento quanto aquela que o permite; “incompleto”, um sistema no qual não existem nem a norma que proíbe um certo comportamento nem aquela que o permite.

A completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: I) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; II) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.

O dogma da completude, isto é, o princípio de que o ordenamento jurídico seja completo para fornecer ao juiz, em cada caso, uma solução sem recorrer à equidade, foi dominante, e o é em parte até agora, na teoria jurídica europeia de origem romana. Por alguns é considerado como um dos aspectos salientes do positivismo jurídico.

Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal. E é por isso que a afirmação do dogma da completude caminha no mesmo passo que a monopolização do Direito por parte do Estado.

Para manter o próprio monopólio, o Direito do Estado deve servir para todo uso. Uma expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações; e é justamente no interior de uma dessas grandes codificações, note-se bem, a miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso.

Quando começou a reação ao fetichismo legislativo e, ao mesmo tempo, ao dogma da completude, via Escola Livre do Direito, um dos maiores representantes dessa reação, o jurista alemão Eugen Ehrlich (1986), afirmou que o raciocínio do jurista tradicional, enraizado no dogma da completude, era fundado nestes três pressupostos:

1) a proposição maior de cada raciocínio jurídico deve ser urna norma jurídica;

2) essa norma deve ser sempre uma lei do Estado;

3) todas essas normas devem formar no seu conjunto uma unidade.

Ehrlich, criticando a mentalidade tradicional do jurista, queria criticar aquela atitude de conformismo diante do estadismo que, justamente, havia gerado e radicado na jurisprudência o dogma da completude.

Se quisermos criticar o fetichismo legislativo dos juristas, precisaremos em primeiro lugar abolir a crença de que o Direito estatal é completo. A batalha da escola do Direito livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas.

Os sustentadores da nova escola afirmam que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenche-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz.

O positivismo jurídico de estrita observância, ligado à concepção estatal do Direito, não se deixou derrotar. A completude não era um mito, mas uma exigência de justiça; não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza. Os defensores da legalidade ficaram presos ao dogma da completude. Mas para ali ficarem tiveram que encontrar novos argumentos.

O primeiro argumento lançado pelos positivistas de estrita observância foi aquele que Norberto Bobbio (1995) denomina de espaço jurídico vazio. Já havia sido enunciado e defendido, contra qualquer renascimento jusnaturalístico, por um dos maiores defensores do positivismo jurídico, Karl Bergbohm, no livro Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, de 1892 (Jurisprudência e filosofia do Direito), além de Santi Romano, no ensaio “Observações sobre a completude do ordenamento estatal” (1925), em Itália.

Toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora da esfera regulada pelo Direito, o homem é livre para fazer o que quiser. O âmbito da atividade de um homem pode, portanto, ser considerado dividido, do ponto de vista do Direito, em dois compartimentos: aquele no qual é regulado por normas jurídicas, e que poderemos chamar de espaço jurídico pleno, e aquele no qual é livre, e que poderemos chamar de espaço jurídico vazio.

Até onde o Direito alcança com as suas normas, evidentemente não há lacunas; onde não alcança, há espaço jurídico vazio. A lacuna não é mais tal, porque não representa uma deficiência do ordenamento, mas um seu limite natural. Assim como a margem de um rio não é a falta do rio, mas simplesmente separação entre o que é rio e o que não é.

Parece que a afirmação do espaço jurídico vazio nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório. Mas aquilo que não é obrigatório, e, portanto, representa a esfera do permitido e do lícito, deve ser considerado juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro.

Falamos das três modalidades normativas do ordenado, do proibido e do permitido. Para sustentar a tese do espaço jurídico vazio é necessário excluir a permissão das modalidades jurídicas: aquilo que é permitido coincidiria com aquilo que é juridicamente indiferente. Na realidade, a liberdade não-jurídica poderia ser melhor definida como "liberdade não-protegida".

Se por liberdade protegida se entende a liberdade garantida contra o impedimento dos outros, por liberdade não-protegida dever-se-ia entender uma liberdade não-garantida contra o impedimento dos outros. Assim, o uso da força por parte de um terceiro para impedir o exercício daquela liberdade seria lícito. Contudo, nos nossos ordenamentos estatais modernos, caracterizados pela monopolização da força por parte do Estado, e pela consequente proibição do uso privado da força, a situação hipotética de liberdade não-protegida não é possível.

Se não existe um espaço jurídico vazio, então existe somente o espaço jurídico pleno. Justamente nessa constatação se baseou a segunda teoria que procurou colocar criticamente o problema da completude. A segunda teoria sustenta que não há lacunas pela razão inversa, isto é, pelo fato de que o Direito nunca falta.

Esta segunda teoria foi sustentada pela primeira vez pelo jurista alemão Ernst Zitelmann no ensaio intitulado "Lacunas no Direito" (Lücken im Recht, 1903), e, com alguma variante, na Itália, por Donato Donati no importante livro "O problema das lacunas do ordenamento jurídico" (1910).

Uma norma que regularia um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os outros comportamentos. Uma norma que proíbe fumar exclui da proibição todos os outros comportamentos que não sejam fumar.

Todos os comportamentos não-compreendidos na norma particular inclusiva são regulados por uma norma geral exclusiva, isto é, pela regra que exclui (por isso é

exclusiva) todos os comportamentos (por isso é geral) que não sejam aqueles previstos pela norma particular.

Poder-se-ia dizer, também, que as normas nunca nascem sozinhas, mas aos pares: cada norma particular, que poderemos chamar de inclusiva, está acompanhada, como se fosse por sua própria sombra, pela norma geral exclusiva.

Segundo essa teoria, nunca acontece que haja, além das normas particulares, um espaço jurídico vazio, mas acontece, sim, que além daquelas normas haja toda uma esfera de ações reguladas pelas normas gerais exclusivas. Para essa segunda teoria toda a atividade humana é regulada por normas jurídicas, porque aquela que não cai sob as normas particulares cai sob as gerais exclusivas.

O exemplo dado por Donati é o seguinte: num Estado monárquico falta uma disposição que regule a sucessão ao trono no caso da extinção da família real. A quem cabe a coroa no caso em que se verifique a circunstância da extinção? Urna vez que o caso não encontra no ordenamento nenhuma norma particular que a ele se refira, cairá sob a norma geral exclusiva, que estabelece, a exclusão de qualquer limitação. Portanto, a questão proposta: "a quem cabe a coroa?", a coroa não cabe a ninguém, ou seja, o Estado e os súditos estão livres de qualquer limitação relativa à existência de um rei e, portanto, terão direito a recusar a pretensão de quem quiser ser reconhecido como rei.

Também a teoria da norma geral exclusiva tem o seu ponto fraco. O que ela não diz é que, normalmente, num ordenamento jurídico não existe somente um conjunto de normas particulares inclusivas e uma norma geral exclusiva que as acompanha, mas também um terceiro tipo de norma, que podemos chamar de norma geral inclusiva.

Chamamos de "norma geral inclusiva" uma norma como a que vem expressa segundo a qual, no caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos parecidos ou matérias análogas.

Enquanto que norma geral exclusiva é aquela norma que regula todos os casos não-compreendidos na norma particular, mas os regula de maneira oposta, a característica da norma geral inclusiva é a de regular os casos não-compreendidos na norma particular de maneira idêntica.

Frente a uma lacuna, se aplicarmos a norma geral exclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira oposta ao que está regulamentado; se aplicarmos a norma geral inclusiva, o caso não-regulamentado será resolvido de maneira

idêntica àquele que está regulamentado. Como se vê, as consequências da aplicação de uma ou da outra norma geral são bem diferentes, aliás, opostas.

O fato de que o caso não-regulamentado oferece matéria para duas soluções opostas torna o problema das lacunas menos simples do que parecia partindo-se da teoria bastante linear da norma geral exclusiva.

Desse modo, não só nos parece impossível excluir as lacunas, em contraste com a teoria da norma geral exclusiva, mas ficou mais claro o conceito de lacuna: a lacuna se verifica não mais por falta de uma norma expressa pela regulamentação de um determinado caso, mas pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada.

Devemos concluir que um ordenamento jurídico, apesar da norma geral exclusiva, pode ser incompleto. Entre a norma particular inclusiva e a geral exclusiva introduz-se normalmente a norma geral inclusiva, que estabelece uma zona intermediária entre o regulamentado e o não-regulamentado, em direção à qual tende a penetrar o ordenamento jurídico, de forma quase sempre indeterminada e indeterminável. Mas, normalmente, esta penetração fica imprecisa no âmbito do sistema.

Entende-se também por "lacuna" a falta não já de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma solução satisfatória, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma norma justa, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe. Uma vez que essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação como deveria ser, foram chamadas de "ideológicas", para distingui-las daquelas que eventualmente se encontrassem no ordenamento jurídico como ele é, e que se podem chamar de "reais".

Quando os juristas sustentam, em nossa opinião, sem razão, que o ordenamento jurídico é completo, isto é, não tem lacunas, referem-se às lacunas reais e não às ideológicas.

A distinção que ilustramos até agora entre lacunas reais e lacunas ideológicas corresponde mais ou menos à distinção, frequentemente repetida nos tratados gerais, entre lacunas próprias e impróprias. A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema; a lacuna imprópria deriva da comparação do sistema real com um sistema ideal.

Se, estaticamente considerado, um ordenamento jurídico não é completo a não ser pela norma geral exclusiva, dinamicamente considerado, porém, é completável. Para se

completar um ordenamento jurídico pode-se recorrer a dois métodos diferentes: heterointegração e de autointegração.

O primeiro método consiste na integração operada através do: a) recurso a ordenamentos diversos; b) recurso a fontes diversas daquela que é dominante;

O segundo método consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante.

O método de autointegração apoia-se particularmente em dois procedimentos: a) a analogia; b) os princípios gerais do direito.

3. A Crise epistemológica e a (des) necessária perpetuação de dogmas e ilusões. O reconhecimento do relato vencedor.

Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si.

Podemos aqui começar pela análise do conceito de sistema feita por Kelsen (2019). Ele distingue entre os ordenamentos normativos dois tipos de sistemas, um que chama estático e outro dinâmico.

Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico.

Sistema dinâmico, por outro lado, é aquele no qual as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas da autoridade que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma superior, até a autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si. Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas formal.

Feita a distinção, Kelsen (2019) sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do segundo tipo; são sistemas dinâmicos. Sistemas estáticos seriam os ordenamentos morais. O ordenamento jurídico seria um ordenamento no qual o

enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo.

No uso histórico da filosofia do Direito e da jurisprudência emergem três diferentes significados de sistema.

Um primeiro significado é o mais próximo ao significado de "sistema" na expressão "sistema dedutivo", ou, mais exatamente, foi baseado nele. Em tal acepção diz-se que um dado ordenamento é um sistema enquanto todas as normas jurídicas daquele ordenamento são deriváveis de alguns princípios gerais da mesma maneira que os postulados de um sistema científico. Essa acepção muito trabalhada do termo "sistema" foi referida historicamente ao ordenamento do Direito natural. Uma das mais constantes pretensões dos jusnaturalistas modernos, pertencentes à escola racionalista, foi a de construir o Direito natural como um sistema dedutivo.

Um segundo significado de sistema, que não tem nada a ver com o que foi ilustrado, encontramo-lo na ciência do Direito moderno, que nasce, pelo menos no Continente, da pandectista alemã, e vem de Savigny, que é o autor, não por acaso, do célebre Sistema do Direito Romano. É muito frequente entre os juristas a opinião de que a ciência jurídica moderna nasceu da passagem da jurisprudência exegética à jurisprudência sistemática ou, em outras palavras, que a jurisprudência se elevou ao nível de ciência tornando-se "sistemática".

Parece quase se querer dizer que a jurisprudência não merece o nome de ciência enquanto não chega a sistema, mas que é somente arte hermenêutica, técnica, comentário a textos legislativos. Muitos tratados de juristas são intitulados "sistema", evidentemente para indicar que se desenvolveu ali um estudo científico. O que significa nesta acepção "sistema"? Os juristas não pretendem certamente dizer que a jurisprudência sistemática consista na dedução de todo o Direito de alguns princípios gerais.

Aqui o termo "sistema" é usado, ao contrário, para indicar um ordenamento da matéria, realizado através do processo indutivo, isto é, partindo do conteúdo das simples normas com a finalidade de construir conceitos sempre mais gerais, e classificações ou divisões da matéria inteira. Usa-se a palavra "sistema" não no sentido das ciências dedutivas, mas no das ciências empíricas ou naturais, isto é, como ordenamento desde baixo, do mesmo modo com que se fala de uma zoologia sistemática. O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação.

No terceiro significado de sistema, o mais importante para nossa questão, diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, "sistema" equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se em um ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.

Note-se, porém, que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito.

Nesse sentido de sistema, o sistema jurídico não é um sistema dedutivo, é um sistema num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples. Duas proposições como: "O quadro negro é negro" e "O café é amargo" são compatíveis, mas não se encaixam uma na outra.

Portanto, não seria exato falar, como se faz frequentemente, de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples. Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo o sistema ruirá.

Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por conseqüência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas.

Por outro lado, para o jurista de Turim, confrontado com um sistema dedutivo, o sistema jurídico é alguma coisa de menos; confrontado com o sistema dinâmico, do qual falamos antes é algo de mais: de fato, se se admitir o princípio de compatibilidade, para se considerar o enquadramento de uma norma no sistema não bastará mostrar a sua derivação de uma das fontes autorizadas, mas será necessário também mostrar que ela não é incompatível com outras normas.

Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras. Cumpre descobrir, por outro lado, no exercício de tal processo, a ciência do direito se caracteriza por um modo muito peculiar de investigação e articulação conceitual.

Será mesmo que existiria uma forma de raciocínio que seja distintamente jurídico? Será mesmo que existe algo que possa ser chamado de "pensar como um jurista"? A possibilidade de que haja algo de distintivo no raciocínio jurídico não é uma

consequência inexorável da existência do direito como uma profissão ou saber específicos.

Não é plausível tratar o direito como um sistema fechado, como pode ser o caso de jogos como o xadrez. Todos os movimentos possíveis em um jogo de xadrez estão descritos nas regras do xadrez, mas nem todos os movimentos possíveis na argumentação jurídica estão descritos nas regras do direito.

Não apenas o direito, necessariamente, requer muitas habilidades além daquelas explicitamente tidas como jurídicas para sua prática, como também está inevitavelmente sujeito à imprevisível complexidade da condição humana. Nossa capacidade de prever o futuro é, na melhor das hipóteses, imperfeita, e tampouco temos certeza sobre o que faremos com esse futuro uma vez que ele se torne realidade.

Na medida e para além da questão da universalidade do fenômeno jurídico, a (in) decidibilidade dos conflitos seria o ponto central da teoria ou ciência do direito contemporâneas.

John M. Kelly (2010) em sua obra "Short Story of Western Legal" salienta a distinção clássica grega entre physis (lei natural e imutável) e nomos (lei em sentido amplo e convencional), sendo a argumentação fundamental da retórica, imprescindível domínio no âmbito das questões político-jurídicas, como se depreende do debate entre Sócrates e Platão ante os sofistas. Os sofistas descobriram desde cedo a complexidade da diferença entre verdade (aletheia) e opinião (doxa), proclamando a divergência insuperável das opiniões. Por sua vez, Aristóteles enaltecerá o sentido ético da persecução da verdade, resgatando o sentido cognoscitivo do discurso. Em Tópica, o estagirita distingue as demonstrações científicas apodíticas das demonstrações retóricas dialéticas.

Os conceitos e proposições próprios da dialética não produzem axiomas ou postulados de demonstração, mas sim topoi de argumentação, lugares ou fórmulas variáveis a serviço da *ars disputationis*, ou o que Cícero denominou de *ars inveniendi*.

"Tópica e Jurisprudência" (2008), tese de livre docência de Theodor Viehweg na Universidade de Munchen, publicada originalmente em 1955, gira em torno do debate sobre a cientificidade do direito, assunto caro a filosofia do direito. Essa polêmica que remonta ao século XIX, que no seu início tratava de distinguir a ciência jurídica das ciências naturais, com o predomínio do pensar positivista esfria um pouco, uma vez que

a redução do direito à lei possibilita a circunscrição de um objeto próprio de estudo científico.

Ao modelo de ciência nos registros positivistas tão em moda de seu tempo, Viehweg apresenta um modo de pensar por problemas. Os topois, conceitos e proposições básicas do pensamento jurídico, sem ser formalmente rigorosos como axiomas lógicos, operam no âmbito da argumentação jurídica.

Sua validade é a do reconhecimento persuasivo, o âmbito em que os problemas têm que ser resolvidos. Não é à toa, nesse sentido, que a Ciência do Direito é renomeada, por Viehweg, como Jurisprudência (jurisprudenz).

A ideia central da tópica consiste em uma técnica do pensamento que se orienta para problemas. Utilizando topois, lugares comuns, a tópica conduz a solução de um problema de uma maneira entre outras possíveis. Lugares comuns constituem pontos de partida da argumentação, em que a razoabilidade de opiniões é fortalecida. Um pensar por séries e fragmentos, problemas, que antes de visar a uma sistematicidade opera na busca por soluções.

Entender o direito como o âmbito de decidibilidade legítimo para a solução de conflitos traz à tona não apenas a impossibilidade do *non liquet*, mas a necessidade de se organizar uma lógica própria, mesmo que não organizada em termos de lógica formal, para resolver os problemas que se lhe apresentam. Pois, pensar por problemas também é uma fórmula de entender os conflitos de base do mundo jurídico.

O que se apresenta, portanto, não é um caráter restritivo ao pensamento jurídico, mas um grau de maleabilidade em que ao jurista, intérprete, cabe um certo grau de manipulação.

A verdade é que isso faz com que o jurista trabalhe com incertezas mais do que com certezas, uma vez que o sentido da norma não é uma possibilidade esgotada e inerte.

O que parece ocorrer, na verdade, é que o jurista, conforme leciona Luhmann (1995), retoma incertezas primitivas, ampliando-as de modo controlado, isto é, aumentando gradações de suportabilidade social de modo a tornar decidíveis eventuais conflitos.

Por outro lado, existe a necessidade de resolução de conflitos como paradigma do direito contemporâneo. À pressão para se decidir os conflitos, proibição do *non-liquet*,

torna obrigatória a necessidade de se achar saídas ao mesmo tempo em que a vinculação às normas não pode ser ignorada.

A questão fundamental na dogmática analítica e na argumentação jurídica pode ser estabelecida da seguinte forma: como se obtém a decisão prevalecente?

Na mais antiga tradição o termo decisão está ligado aos processos deliberativos, uma espécie de estado psicológico de suspensão do juízo diante de opções possíveis, sendo a decisão ato final, em que uma possibilidade é escolhida abandonando-se as demais.

Nesse sentido, decisão e conflito são termos correlatos, que se centralizam na noção de controle por parte do fenômeno jurídico: poder de decisão de conflitos institucionalizados, que se não os elimina, os transforma na pretensão de uma possível pacificação.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior (1987), a hermenêutica dogmática teria por função prática a determinação do sentido das normas, ou seja, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos.

Desse modo, os métodos de interpretação seriam regras técnicas buscando a obtenção de um resultado, dirigir o intérprete para os problemas de decidibilidade dos conflitos, máxime os problemas sintáticos, semânticos e pragmáticos.

A hermenêutica jurídica atual, portanto, atribui à interpretação gramatical importância relativa, considerando que outros elementos de natureza histórica, sociológica, ideológica e filosófica, devem complementar o sentido aparente que a interpretação literal de início revela.

A interpretação lógica também é utilizada para solucionar problemas sintáticos, procurando descobrir o sentido da lei mediante a aplicação dos princípios científicos da lógica, enfrentando, portanto, questões lógicas da interpretação. No contexto da hermenêutica clássica, a aplicação da interpretação lógica pode ocorrer no plano da lógica formal e da lógica material.

Diferente da lógica formal, que se baseia em princípios tidos por universais, a lógica material preocupa-se com o conteúdo da norma, como o sentido social e humano do direito.

O procedimento lógico material vai além do texto que se quer interpretar, investigando a *ratio legis* (razão que fundamenta e justifica o preceito normativo), a vis legis (a virtude normativa do preceito), bem como o *occasio legis* (particular circunstância do momento histórico que determinou a criação do preceito).

Prevalece na hermenêutica tradicional a utilização da lógica formal, com objetivos mais retóricos de demonstrar a validade formal da argumentação. Já na hermenêutica crítica prevalece a lógica material, enfatizando-se a busca do sentido social da norma.

Neste contexto, a interpretação sistemática consiste em considerar o preceito jurídico interpretando como parte do sistema normativo mais amplo que o envolve.

A teoria hermenêutica crítica, contudo, não encara a interpretação sistemática apenas pelo seu viés lógico, entendendo-a como uma ordem real, caracterizada por estruturas de poder. Sistema, portanto, passa a ser entendido como interdisciplinaridade, envolvendo o continente histórico, exigindo conhecimentos básicos de sociologia, economia, política e filosofia (STRECK, 1999).

A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX.

É incontroverso que os tradicionais métodos de interpretação jurídica (literal, sistemático, histórico e teleológico) continuam sendo imprescindíveis pontos de referência na aplicação diária do Direito, inclusive o Constitucional.

Até hoje, muitos consideram os métodos "mera fachada" ou "álibi teórico" (Warat, 1994, p. 88), servindo apenas para esconder os verdadeiros motivos (ideológicos) da decisão.

É cediço que a ciência do Direito é eminentemente pragmática e orientada a decisões práticas (Ferraz Junior, 1980, p. 68), o que torna imprescindível que ela mantenha ou se pretenda sempre em estreito contato com a realidade social.

Neste ponto, assistiria razão a Kelsen (1962, p. 290) quando alega que "todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto".

Os órgãos públicos que aplicam as normas democraticamente postas estão vinculados ao conteúdo destas, o qual devem reproduzir na maior medida possível. Para

tanto, é preciso recapitular o caminho mental que levou o julgador à decisão concreta, tornando possível que outros andem na mesma senda (methodos = "caminho de ir atrás"), o objetivo do método seria reduzir a subjetividade do intérprete, possibilitar o seu autocontrole e "direcionar o seu agir para caminhos previsíveis" (Krell, 2014).

Ocorre que, qualquer consideração acerca de um aspecto metodológico-hermenêutico, quando pressupõe uma característica intrínseca, ou acentua uma expectativa de (melhor) resultado (im) possível, pressupõe um valor a ser alcançado ou esperado, o que reforça o papel retórico-linguístico que envolve o direito.

Como bem observa Pedro Parini (2017, p. 116) o direito pode ser tido como sendo "imanentemente retórico no que se refere a seu vocabulário próprio, seus discursos e também no que diz respeito a sua produção de conhecimento".

Assim, o jurista, perito em manipular a retórica material do direito, é capaz de jogar com palavras que, do ponto de vista semântico, tudo e nada significam. As técnicas de manipulação do vocabulário jurídico fazem parte das retóricas práticas da dogmática jurídica.

Perceba-se que manipulação, ironicamente, não tem qualquer conotação pejorativa, mas é uma condição ou garantia de credibilidade dos discursos dos dogmáticos. O fato de os juristas dogmáticos serem capazes de dominar e manipular a vagueza e a ambiguidade do vocabulário jurídico é fundamental para que se aceite como certo ou verdadeiro o que eles afirmam e impõem como certo ou verdadeiro.

Se o sistema jurídico dogmático apresenta um relato, é também provável que este se torne o relato dominante.

Se a retórica estratégica, isto é, interesses, consensos racionais ou não, ameaças, mentiras, engodos, dissimulações, verdades, em suma, todas as formas de narrativas humanas – ou seja, relações retóricas – constituírem a "realidade" dos relatos vencedores em outra direção, as descrições científicas e suas evidências empíricas podem ser completamente derrotadas.

O que se propõe na superação do impasse havido é a retomada do elemento valorativo intrínseco enquanto fim e enquanto método, lançado no amplo palco de disputas e estratégias de consenso, dissenso, coalisões, a não fuga da batalha pelo relato vencedor, reconhecendo-se os atores e bens envolvidos, em suma, o reconhecimento da soma dos interesses em jogo.

4. Referências.

BOBBIO, Norberto. "**Teoria do Ordenamento Jurídico"**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6ª Edição, 1995.

EHRLICH, Eugen. "**Fundamentos da Sociologia do Direito**". Tradução de René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986.

FERRAZ JÚNIOR. Tercio Sampaio. "**A ciência do Direito**". São Paulo: Atlas, 1980.

_____. "**Introdução ao Estudo do Direito**". São Paulo: Atlas, 1987.

KELSEN, Hans. "**Teoria pura do Direito**". Tradução J. B. Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962, v. II.

_____. "**Teoria geral do Direito e do Estado**". Tradução J. B. Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KELLY, J. M. "**Uma breve história da teoria do direito ocidental**". Tradução Marylene Pinto Michael. São Paulo Editora WMF Martins Fontes, 2010.

KRELL, Andreas J. "**Entre o desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica"**. Revista Direito GV. São Paulo 10(1) | p. 295-320 - JAN-JUN 2014.

LUHMANN, Niklas. "**Das Recht der Gesellschaft**". Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1995.

PARINI, Pedro. "**A Análise Retórica na Teoria do Direito**". Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017.

ROSS, Alf. "**Direito e Justiça**". Tradução Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. "**Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da criação do direito**". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VIEHWEG, Theodor. "**Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos**". Tradução Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WARAT, Luís Alberto. "**Introdução geral ao Direito – I"**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1994.