

Razão Jurídica e Lacunas do Direito

Luiz Fernando Coelho

Doutor em Direito pela UFSC

*Professor de Hermenêutica Jurídica
do Curso de Mestrado da Unipar –
Campus de Umuarama - PR*

SUMÁRIO: 1. O positivo racional. 2. A racionalidade normativa. 3. A racionalidade ordenamental. 4. A racionalidade decisional. 5. As lacunas do direito. 6. A ideologia da racionalidade jurídica.

RESUMO: Também constitui tarefa do jurista moderno redefinir os critérios de racionalidade que compõem a dogmática jurídica na atualidade. O momento ideológico em que uma forma histórica de juridicidade surge decorre não só do poder hegemônico mas sobremaneira a partir das características ontológicas da classe dominante. A racionalidade normativa deve ser distinguida da chamada racionalidade ordenamental. A racionalidade decisional que deriva das normas positivadas e que garante a neutralidade do julgador merece profundo estudo. Da mesma forma a questão relativa às chamadas “lacunas do direito” que tem a ver com a ineficácia das normas jurídicas

ABSTRACT: It also constitutes the jurist's modern redefinir task the rationality approaches that compose the dogmatic juridical at the present time. The ideological moment in that a historical form of juridicidade surge elapses not only of the power hegemônico but excessively starting from the characteristic ontológicas of the dominant class. The normative rationality should be distinguished of the call rationality ordenamental. The rationality decisional that

derives of the norms positivadas and that guarantees the neutrality of the judge it deserves deep study. In the same way the relative subject to the calls " lacunas of the right " that has to do with the inefficacy of the juridical norms

PALAVRAS CHAVE: Racionalidade, legitimação, normativo, esquemas lógicos formais, ordenamental, sistema jurídico, jusnaturalismo, subsunção jurídica, lógico, cilogismo, lacunas, plenitude, ineficácia, dogma, inoperância judicial.

KEY WORDS: Rationality, legitimação, normative, formal logical outlines, ordenamental, juridical system, jusnaturalismo, juridical, logical subsunção, cilogismo, lacunas, fullness, inefficacy, dogma, judicial inoperância.

1. O positivo racional.

A concepção dogmática do direito se apoia na crença em que o direito é em si mesmo racional, isto é, que o ser jurídico se manifesta objetivamente como uma estrutura, cujos elementos se articulam de acordo com um *logos*, o qual se explica e demonstra pelos princípios da lógica formal. Em outras palavras, não se cogita de que, sendo o homem um ser dotado de razão, arruma ele os elementos da estrutura jurídica em acordo com sua própria racionalidade subjetiva; o que o senso comum internaliza é que o próprio direito é racionalmente articulado, e, como tal, sua racionalidade imanente impõe-se à experiência teórica e prática; e assim, o direito é definido como ordem, ordenamento ou sistema, significantes cuja conotação envolve o conceito de racionalidade tal como a ideologia a construiu: uma racionalidade analítica, fundamentada nos princípios da lógica formal.

A partir do momento em que o senso comum projeta sua própria razão, isto é, o modo como ela se manifesta subjetivamente nos seres humanos, sobre o direito objetivamente considerado, o princípio da racionalidade se erige em pressuposto ideológico: não é o jurista ou os sujeitos das relações jurídicas que são racionais, mas o próprio direito, em suas expressões normativas, ordenamentais e decisórias, é que é dotado de uma racionalidade

imaneante, a qual cabe ao jurista captar; desta forma concretiza-se o processo sócio-psicológico de inversão, cumprindo a ideologia uma de suas funções.

Tal oposição entre a razão como faculdade e a razão como substância ou ordem do real está presente na filosofia ocidental desde suas origens. Entre os estóicos, o *logos* representa a própria razão do mundo, a suprema regente daquilo que era o primitivo caos e que deixa de sê-lo em função de sua imanência no mundo.

Na filosofia moderna, desde que a razão adquiriu sua autonomia como meio de acesso à verdade, em face da teologia, mantiveram-se as duas tendências a considerar, de um lado, o sentido gnoseológico de razão como faculdade de apreender a verdade, e o metafísico de razão como característica da própria realidade.

O elenco dos significados com que a palavra é utilizada na filosofia contemporânea² não dissimula estas duas antinomias; todavia, o problema aprofundou-se no sentido de precisar os critérios da racionalidade, isto é, até que ponto seria legítimo precisar tal ou qual atividade, que não se esgote na mera vivência instintiva do real, como sendo constitutiva de uma razão. Nessa busca de critérios, o racional veio a ser considerado como o encadeamento de meios a fins, podendo estes ser concebidos como meios para outros fins. Assim, Max Weber, distingue entre a atividade racional em relação a valores e a em relação a fins. A primeira, que pode ser considerada uma racionalidade absoluta, desenvolve-se em nome de uma convicção, eis que se refere a valores, os quais são em si irracionais. A segunda, que envolve uma racionalidade relativa, é que procura os meios adequados à consecução de um objetivo, isto é, refere-se a uma racionalidade dos meios². Essa distinção equivale à que Mannheim estabelece entre

²O dicionário de filosofia de José Ferrater Mora registra pelo menos os seguintes "tipos de razão": razão analítica, razão concreta, razão crítica, razão dialética, razão histórica, razão instrumental, razão teórica, razão prática, razão reta e razão vital. V. MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. 6ª ed. Madrid: Alianza, 1982. Vb. "racionalidad".

²WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 2ª. ed. São Paulo: Cultrix, 1972. V. ARGÜELLO, Katie. *O Ícaro da Modernidade. Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 45 ss. Tb. FREUND, Julien. *La rationalisation du droit selon Max Weber*. IN *Archives de Philosophie du Droit*, tome 23. Paris: Sirey, 1978, p. 69 ss.

racionalidade substancial e funcional e Horkheimer entre razão e razão instrumental.

Comentando essas posições, Ferrater Mora conclui que elas radicam no pressuposto de que somente a racionalidade dos fins, envolvendo a dos meios³, é que é verdadeiramente racional. Só que a escolha de tais ou quais fins e o próprio liame estabelecido entre eles, de acordo com o próprio critério da racionalidade são operações irracionais, pois não se explicam a si mesmos; mais ainda, tais critérios pressupõem a atividade de considerar a racionalidade dos fins e dos meios como um bem, isto é, algo preferível ao inexplicável do irracional, atitude que em si é também irracional.

Para estabelecer tais critérios como válidos teríamos que ter uma meta-racionalidade, e o homem recairia na mesma aporia da objetividade do saber social. Como definir a razão, se para fazê-lo é preciso usá-la? Como definir a racionalidade, se o homem está imerso no processo mesmo em que a racionalidade se constitui?

A conclusão a que se chega é que a definição dos critérios de racionalidade e a própria valoração que dela se faz constituem um processo ideológico com o objetivo de ocultar o irracional que se manifesta na vida social, tomando esses critérios como se eles fossem a própria razão.

O processo de racionalização avança de forma avassaladora sobre toda atividade humana, e, nos dias atuais, a globalização do capitalismo, ideologicamente compreendida como implicação da pós-modernidade, é um passo a mais.

A racionalização do direito também ocorre nesse contexto.

Na concepção dogmática do direito, é ele próprio transformado em um fim em si mesmo, o direito como algo *único e estatal*; forja-se então o princípio da racionalidade como pressuposto ideológico que se manifesta na própria objetividade do direito, enquanto *norma* racional, *ordenamento* racional e *justiça* racional.

A consolidação do princípio pode ser considerada em dois momentos: um interno, obra dos juristas profissionais enquanto estabelecem as características formais do direito, isto é, sua estrutura

³ MORA, José Ferrater. *Op. Cit. Loc. Cit.*

basilar e as relações entre seus elementos intrínsecos; e outro externo, aludindo a fatores sociais, enquanto interpretados a partir de certos paradigmas elaborados pelo saber jurídico dominante e assimilados pelo senso comum.

A racionalidade interna denota o momento ideológico em que uma forma histórica de juridicidade é assumida pela macrossociedade, não em virtude da imposição coercitiva do poder hegemônico, mas em função de suas próprias características ontológicas, elaboradas por aquele saber jurídico dominante. Os passos desse momento interno podem ser acompanhados em diferentes épocas e lugares, mas convergem para uma configuração unitária da racionalidade como princípio jurídico, característica essencial do direito.

O momento externo da racionalidade jurídica traduz a aceitação pela macrossociedade das fontes de produção jurídica, isto é, confunde-se com o fato da *legitimação* das normas de direito pelo consenso de seus destinatários, consenso igualmente fundado na racionalidade objetiva que a elas se atribui.

Penso todavia que a diferença entre racionalidade interna e externa radica no modo como o direito se auto-legitima em função dos critérios da racionalidade. Embora sejam aspectos distintos do mesmo fenômeno, a ideologia do direito enfatiza o momento interno do princípio, no intuito de revesti-lo de uma característica de realidade objetiva: como lei e como ordenamento jurídico.

Essa racionalidade objetiva é captada pelos sujeitos da experiência jurídica na elaboração das leis e das sentenças judiciais, como também na atividade negocial. Na política *de lege ferenda* a lei é vista como produto da razão para obter os fins racionais do direito; ela envolve portanto uma racionalidade das normas, seja consideradas individualmente, seja consideradas no conjunto do direito positivo, e implica a racionalidade dos atos negociais, cujo núcleo é o *contrato*. Na política *de sententia ferenda* a racionalidade se manifesta na forma lógico-substantiva das decisões judiciais. Daí que o princípio da racionalidade deve ser estudado em três formas básicas de manifestação da experiência jurídica: como racionalidade normativa, como racionalidade ordenamental e como racionalidade decisional.

2. A racionalidade normativa.

A racionalidade normativa implica a concepção da norma jurídica como objetivamente racional; ela é então concebida um *dever-ser* onde o liame entre os dois termos dessa relação deôntica é racional. Na controvérsia sobre o conceito de direito, o momento ideológico que assinala o apogeu da racionalidade normativa é a superação do antigo imperativismo pela teoria do juízo. É que a articulação entre norma jurídica e imperativo a levaria a ligar-se à vontade soberana, ao poder necessário para expressar uma vontade real no sentido pretendido pela norma, e assim, a racionalidade não poderia expressar-se como característica do direito, mas tão somente como característica da vontade ou poder produtor de regras de direito, ou então, das vontades dos destinatários da norma, na medida em que submeter-se voluntariamente ao imperativo é uma atividade racional.

Nesse contexto, a validade das normas jurídicas é compreendida, seja como um fato social ou conjunto de fatos sociais, ligados ou não à psicologia social, seja como derivação analítica de princípios apriorísticos⁴. Esse dualismo entretanto passa a ser superado pelos juristas do chamado *realismo escandinavo*, quando interpretam as idéias de validade apriorística do direito como racionalização de experiências emocionais, embora não excluam a noção imperativista do direito, pois tal racionalização leva os destinatários da norma a aceitarem-nas como imperativos, independentemente do fato de sua formulação voluntarista.

O que entretanto ocorre, com a formulação da corrente escandinava, é um deslocamento dos fundamentos da teoria imperativista, de um plano sociológico, psico-social ou meta-empírico, para um plano linguístico: o direito pode não ser um imperativo, mas é aceito como tal pela macrosociedade.

Essa tese teve larga aplicação na lógica das normas jurídicas, pois pareceu solucionar a questão do fundamento veritativo dos enunciados do direito, já que, na teoria do senso comum, as normas jurídicas enquanto proposições deônticas deveriam corresponder a fatos identificados nos mitos da vontade do legislador, da lei ou do Estado.

⁴ ROSS, Alf. *Hacia una ciencia realista del derecho*. Trad. de Julio Barboza. 2a. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961. p.11.

Ao enfatizar-se no *ser* da norma os elementos lógicos que a constituem, concretizou-se o projeto ideológico da racionalidade objetiva e imanente do direito, cuja primeira formulação encontramos entre os neokantianos de Marburgo, em cujo contexto Kelsen - o mais expressivo expositor da teoria da racionalidade objetiva - hauriu suas idéias basilares. De acordo com postulados assimilados pela filosofia do direito desenvolvida sob a ótica do criticismo kantiano, uma vez reduzidas as particularidades das regras jurídicas, referidas a cada situação concreta ou a grupos de situações que apresentassem similitudes normadas pela regra particular, à universalidade de uma proposição formal, esta passaria a constituir uma *categoria* apta a absorver todo o direito positivo e todos os conceitos menos gerais relacionados com o fenômeno jurídico.

Um dos postulados básicos desse apriorismo é a dicotomia estabelecida entre o ser e o dever-ser – *sein* e *sollen* – expressão conceitual de duas universalidades ônticas, a natureza e a cultura. A separação entre ser e dever-ser preside a separação entre causalidade e imputação, princípio do conhecimento, respectivamente, das ciências da natureza e das ciências culturais. A oposição entre causalidade e imputação se configura assim na teoria pura do direito de Kelsen, que, desde um enfoque lógico-transcendental, separa o âmbito da natureza do âmbito do direito. O enlace dos fatos, no mundo da natureza, se exprime por meio da lei natural, cuja representação lógica - *se A, é B* – envolve o liame “é”, configurando o enlace causal-explicativo desses fatos projetado no âmbito do conhecimento. No mundo ético, onde se inclui o da juridicidade, o enlace dos fatos exprime-se pela norma jurídica, cuja fórmula lógica – *se A, deve ser B* – enfatiza a cópula “*deve ser*” a configurar o conhecimento normativo-imputativo dos fatos do direito⁵.

Fundamentando-se nas leis lógicas que definem a coerência dos termos de um juízo ou proposição, a lógica jurídica tradicional desenvolve uma teoria sistemática da estrutura dos enunciados e dos conceitos, apoiados no dever-ser, e uma teoria dos raciocínios fundados na normatividade e na imputação, expressados nos ditos enunciados e conceitos.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 2ª. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962.

Semelhante formalismo presta-se a infinitas interpretações, quando em contato com a realidade fenomênica da qual pretende ser categoria *a priori*. Assim, a teoria pura distingue na norma jurídica um juízo hipotético, onde o antecedente configura a condição jurídica da sanção, que é o conseqüente. Desse modo, o esquema lógico-formal kelseniano configura a ilicitude, atribuindo a ela lugar intra-sistemático na ciência jurídica.

A teoria egológica do direito, apesar de haver enfatizado o caráter real do direito na medida em que o identificava com a conduta concreta dos homens no meio social, absorveu a teoria kelseniana do juízo, vislumbrando no ser da norma jurídica a articulação racional de dois juízos conectados disjuntivamente: a *endonorma*, configurando a categoria da licitude, e a *perinorma*, representando a categoria do ilícito e equivalente portanto à norma primária kelseniana. Nesse caso, o esquema lógico da norma jurídica ficaria configurado como juízo de caráter disjuntivo e não hipotético: “se *A*, deve ser *P*, ou, se não-*P*, deve ser *S*”⁶.

Conquanto tenham em comum a cópula *dever ser* configurativa da imputação, a fórmula egológica encerra quatro variáveis, enquanto a kelseniana duas: nas variáveis da teoria pura, *A* simboliza a inadimplência e *B* a sanção; nas da teoria egológica, *A* configura a situação de fato que tem como conseqüência imputativa a variável *P*, que representa a prestação ou adimplemento, e a variável *S* representativa da sanção, conseqüência imputativa da negação – não-*P* – da conseqüência endonormativa *P*.

A redução da juridicidade a uma expressão lógico-deôntica possibilitou inúmeros exercícios no sentido de uma formulação racional que pudesse conter todos os elementos apriorísticos da normatividade jurídica. Assim, Smith entende que as situações subjetivas do sujeito obrigado (*dever*) e do sujeito pretensor (*direito subjetivo*) estão vinculadas ao fato condicionante segundo os juízos da lógica do ser e não os da lógica do dever ser. Isso implica que os deveres e faculdades estejam *causalmente* fundados no fato que

⁶ COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad*. Op. cit., p. 328.

lhes constitui a gênese, sendo portanto irrelevante o tipo de enlace imputativo⁷.

A tese de Smith é uma formulação indicativa do discurso jurídico e opõe-se ao enunciado tradicional, “*confortavelmente instalado na fortaleza universitária*”, segundo Michel Villey, de que as normas jurídicas são prescritivas ou diretivas⁸. Este autor, analisando a linguagem do direito, revela que a tradição romanística concebe as suas expressões não como enunciados do dever-ser da conduta, mas como a definição daquilo que cabe a cada indivíduo no meio social. Remontando à concepção clássica da justiça como proporção, indicação do que deve ser atribuído a cada um, o direito não manda ou proíbe - o que compete aos juízes - mas enuncia *indicativamente* o que concretamente cabe a cada um, conforme os princípios superiores da justiça: “*Les actes s’ordonnent, le droit se dit*”⁹.

A racionalização normativa também encontra eloqüente manifestação em Ross. Partindo do conceito de obrigação para definir o dever-ser da juridicidade, toma-a como categoria diretiva fundamental e a ela reduz todos os conceitos que definem o direito subjetivo, a permissividade, a possibilidade e a autorização. Entretanto, admite dois enfoques lógicos para definir a obrigação, conforme se trate de normas de conduta, as que prescrevem como agir, ou de competência, as que determinam como podem criar-se as primeiras. Embora redutíveis à categoria da obrigação, quatro modalidades fundamentais integram o ser da norma: *obrigação, pretensão, permissão e não-pretensão*, as quais se articulam no interior das normas de conduta e de competência de modo a excluir contradições e fixar coerências,¹⁰ tudo na conformidade da lógica formal estabelecida no ocidente.

⁷ SMITH, Juan Carlos. *El conocimiento Jurídico Positivo*. IN Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, Brasília, no.36, 1972, p. 291.

⁸ VILLEY, Michel. *De l’indicatif dans le Droit*, IN Archives de Philosophie du Droit, tomo XIX, 1974, p.34.

⁹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰ ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Trad. José S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971.

Em outro lugar¹¹ vislumbrei a possibilidade de abranger a valoração, que é captada pelo pensamento jurídico e incide sobre a conduta dos destinatários, pelas expressões lógicas das normas. Considerei então que a norma jurídica não manda ou proíbe, mas simplesmente enuncia uma valoração concreta, indicando modelos de conduta, eis que toda e qualquer formulação normativa de caráter imperativo ou permissivo, categórico ou hipotético, reduz-se a um enunciado axiológico. E assim, a partir de Von Wright¹², estabeleci trinta e duas modalidades lógicas para pensar a juridicidade normativa, sendo dezesseis referidas às normas enquanto enunciados categóricos, isto é, que estabelecem a obrigação ou permissão incondicionadamente, e dezesseis referidas aos enunciados hipotéticos, aqueles onde a obrigação e a permissão dependem de uma condição¹³.

Confesso o fracasso dessa tentativa, menos pelo paradoxo de tentar estabelecer derivações racionais a partir de entidades empíricas, do que pela impossibilidade de estabelecer critérios universais para interpretar as normas jurídicas, eis que suas possibilidades de racionalização são infinitas.

A relatividade dos esquemas lógico-formais decorrentes da redução analítica das normas jurídicas fica mais uma vez comprovada. A tudo isso acrescenta-se a observação de Engisch de que, se, no silogismo jurídico, o ponto crítico do estabelecimento da verdade do direito reside na premissa menor, configurativa do caso concreto, é irrelevante se a premissa maior - resultado da interpretação da regra de direito - consiste em juízo hipotético ou categórico¹⁴. Com efeito, se é possível a redução analítica dos enunciados normativos, estes poderão ocorrer também mediante juízos categóricos, os quais são instrumento dos imperativos jurídicos fundados na validade do ordenamento.

¹¹ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. 2a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.122.

¹² VON WRIGHT, G. Henrik. *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Trad. de Pedro García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970.

¹³ COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Op. Ct. Loc. Ct.

¹⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1968, p.70.

Mas a norma jurídica não encerra somente elementos significativos. A essência da juridicidade emerge principalmente do aspecto constitutivo da norma, seu *estrato de significado intencional* ou sua *dimensão normante*, nexos que, imanentizados na concreção contingente do jurídico, escapa a toda conceitualização analítica, necessariamente apriorística e categorial¹⁵.

De qualquer forma, evidencia-se que a racionalidade é apenas uma construção ideológica que, além de atribuir à norma jurídica um ser ideal, mas objetivo, a concebe como algo *onticamente* lógico, conseqüentemente, eternamente válido nas suas intrínsecas e não contraditórias relações.

3. A racionalidade ordenamental.

Idêntica objetividade ontológica vamos encontrar na maneira como a ideologia, auxiliada pela teoria do senso comum, concebe o conjunto normativo que constitui o ordenamento jurídico: o direito é ideologicamente concebido como ordem, na qual as normas se apoiam umas nas outras e trazem implícita sua validade em virtude desse encadeamento. A racionalidade ordenamental portanto implica a concepção do direito como ordem jurídica, ou seja, um conjunto de normas cuja articulação interna é racional, formando um *sistema*.

O senso comum compreende a *existência* do direito a partir de dois fatores: um que o delimita no tempo e no espaço e outro que o vê como padrão técnico e funcional, articulação de elementos, coerência de formas¹⁶; e assim, o direito não é somente norma racional, ele é sobretudo um *sistema* normativo.

A noção de sistema aplicada ao direito permite constatar que a expressão sistema jurídico não é sinônimo de direito positivo, nem tão pouco, à medida em que se reduz a uma órbita nacional deve ser confundido com o conceito de ordenamento, que é mais técnico. Não obstante, o direito comparado, até por necessidade metodológica, trata dos ordenamentos jurídicos dos povos como

¹⁵ MACHADO, J. Baptista. Prefácio à tradução portuguesa de ENGISCH, Karl, ob. Cit. p. XXVII.

¹⁶ SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 70.

sistemas jurídicos¹⁷, insistindo na coerência interior dos mesmos e na interdependência que liga as suas partes, sem considerar a rigidez e a imobilidade que daí resulta. No entanto, um mesmo sistema apresenta variantes históricas em face das mutações culturais.

Para Luhmann, sistema é um conjunto, delimitado segundo o princípio da diferenciação, no qual homem e sociedade são um para o outro mundo circundante, um para o outro completo e contingente¹⁸. Nesse sentido, todo sistema pressupõe um mundo circundante com o qual se limita. Sendo assim, é um conjunto estruturado, cujos elementos estão ligados uns aos outros, e pelo princípio da diferenciação, exclui do seu convívio outros elementos que a ele não estejam ligados, formando um conjunto diferenciado, sendo o que o circunda um conjunto aberto e infinito de possibilidades. Além disso, o sistema é sempre contingente, ou seja, as possibilidades selecionadas do sistema podem ou não ocorrer, sendo que todo sistema tem sua estrutura que o garante contra a contingência. Como exemplo disso temos a sociedade, como um sistema que tem no direito uma das estruturas que garante as expectativas sociais contra a contingência a que estão sujeitas.

O repertório do sistema jurídico para a sociologia do direito é o fenômeno jurídico. Esta concebe o sistema jurídico para as suas necessidades, como um conjunto destes fenômenos. Já Durkheim definia o sistema jurídico como um todo solidário, em que as relações sociais formam um conjunto que apresenta sua unidade e individualidade e tendem a certa autonomia, em suma, formando uma instituição; quando essas instituições se solidarizam umas com as outras, formam um conjunto novo, mais altamente composto, o que vem a ser o sistema jurídico¹⁹. Sociologicamente portanto, os fenômenos jurídicos e políticos não se dissociam, pois a criação histórica da ordem jurídica mantém uma relação bastante estreita com os fatos políticos; conclui-se portanto que a armação da estrutura

¹⁷ DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1964.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da C.C. Real. Brasília: UNB, 1980, p. 215.

¹⁹ CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979, p. 209.

política equivale implantação soberana de um sistema jurídico em determinado território²⁰.

Segundo Kelsen, “*uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem*”²¹.

Todas as normas cuja validade pode ser reconhecida em uma e mesma norma fundamental formam um sistema, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental dessa ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa²².

Assim, como ordenamento lógico-formal, o direito é um sistema fechado, porque se completa em si mesmo. Todas as respostas exigidas pelo direito em confronto com os fatos encontram-se explícita ou implicitamente no sistema, não sendo lícito buscá-las fora dele. Porque auto-sustentável, o sistema jurídico é cíclico, ou seja, sintaticamente bem formado e semanticamente coerente, não levando em conta o nível pragmático do discurso político, o que assegura a neutralidade do discurso jurídico. Esse nível de neutralidade é porém a sua própria ideologia.

O conceito de sistema pode ser visto sob um aspecto subjetivo e outro objetivo; no plano subjetivo, o sistema é uma forma de pensamento, o aspecto metodológico do pensar que permite dizer que o pensamento verdadeiro, correto, é o sistemático, porque voltado para dentro de si; ou seja, ao excluir suas contradições internas ele se auto-legitima como caminho para a descoberta da verdade.

No entanto, a ideologia engendra a tese de que a própria realidade é objetivamente sistemática, o que nos conduz a um

²⁰ SALDANHA, Nelson. *Op. Ct.* p.144.

²¹ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p.57.

²² *Idem*, p. 269.

conceito objetivo de sistema, pois a construção ideológica das definições de sistema procura enfatizar certos aspectos que dão coerência à realidade, sempre inserida em características lógico-formais. É precisamente o que ocorre com o conceito de ordenamento jurídico ou sistema jurídico-normativo, quando as pessoas ocupam determinado lugar no espaço social e a conjugação desses lugares vai formar um sistema, no plano jurídico, mediante a colocação de normas nesse mesmo espaço social, de maneira a fazer com que o sistema seja pleno, isto é, isento de lacunas ou contradições; há portanto uma interdefinição entre sistema e plenitude.

Entretanto, o sistema é algo subjetivo ou lógico, e não objetivo. Porém ele se coisifica em função da ideologia, através de uma inversão do real pelo imaginário, ocorrendo em todos os estágios sociais, principalmente o do direito. Ou seja, nós coisificamos o sistema e jogamos para a sociedade aquilo que está sedimentado em nossa cabeça de juristas a serviço da classe dominante, na medida em que ela vai tomando todos os espaços sociais e em que o Estado vai absorvendo outras formas de organização.

Foi desse modo que a ordem jurídica burguesa foi ocupando os espaços antes reservados por outras formas de normatividade, como o costume, a religião, as regras do comércio internacional e o direito canônico, por exemplo; e a necessidade de tornar aceitável pela sociedade essa ocupação normativa levou seus doutrinadores a dar a aparência de cientificidade ao direito novo. Daí a importância ideológica do conceito de sistema no direito, necessário para legitimar a ordem social mediante a legitimação da ordem jurídica que lhe corresponde. Em outras palavras pode-se asseverar, nesse sentido, que a ordem social é boa porque é neutra, é neutra porque é científica e é científica porque é sistemática.

Essa noção de sistema se coisifica no direito através da noção de ordem, que, conforme define Teles Jr., “é a disposição conveniente dos seres”²³, mas os critérios dessa conveniência são estabelecidos pelos próprios seres pensantes quando membros dessa ordem. Logo, a ordem social é a ordem que nós construímos, mas quem a determina são os elementos hegemônicos da sociedade, pois as normas jurídicas que estabelecem coercitivamente uma ordem

²³ TELLES Jr., Goffredo. *O direito quântico*. São Paulo: Max Limonad.

social são colocadas nos seus devidos lugares de acordo com o interesse de quem detém o poder.

Podemos acompanhar a consolidação do princípio da sistemicidade através da história do direito²⁴, onde avulta a influência de diversos fatores, como a idéia de soberania nacional, que presidiu o deslocamento da sede do poder político, do monarca para a nação; a consolidação da teoria da separação dos poderes, atribuindo força ao judiciário em detrimento do papel do rei na solução dos litígios; e o desenvolvimento das modernas codificações, implementando de maneira inexorável o princípio do primado da lei. Segundo Wieacker, a sistematização do direito privado europeu foi a mais importante contribuição da escola clássica do direito natural²⁵. Diz o autor que a jurisprudência européia fora, até a emergência da escola do direito natural, uma ciência da exegese e comentário de textos isolados e que, desde Hobbes e Puffendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, a pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. E assim, continua o autor, quando no século XVIII, o direito privado europeu começou também a ordenar as exposições do direito positivo, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais²⁶.

Superada a idéia jusnaturalista que aspirava a axiomatizar o saber jurídico e o direito num sistema universalmente válido de normas, refugiou-se essa concepção no positivismo jurídico. Levado às últimas conseqüências, pela escola da exegese e pelos pandectistas, a consolidação do princípio do sistema presidiu a idéia generalizada na teoria jurídica e no senso comum de que o direito positivo forma um sistema fechado, isto é, isento de lacunas.

A racionalidade ordenamental passa assim a manifestar-se através do princípio da plenitude do ordenamento

²⁴ GILISSEN, John. *Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne*. IN PERELMAN, Chain (organizador). *Le problème des lacunes en Droit*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1968, p.201.

²⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980, p.309.

²⁶ *Idem*. Tb. FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: USP e Revista dos Tribunais, 1976, p. 15.

jurídico, concebida tanto no plano lógico das relações entre as normas, quanto no ontológico do próprio ser jurídico que a pressupõe.

Em Cossio, o princípio da plenitude do ordenamento jurídico é erigido em axioma ontológico fundamental do direito, expresso pela regra “*o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido*”. Em virtude desse princípio o direito é definido como liberdade e o sistema jurídico como um contínuo de licitudes e um descontínuo de ilicitudes²⁷. O autor deixa bastante claro o caráter ontológico que atribui ao princípio da plenitude, quando o compara à demonstração levada a efeito por Von Wright referindo-se aos sistemas normativos em geral. Considera Cossio que a aceitação do conceito de *permissão* como categoria deôntica que exaure todas as possibilidades de logicização das normas jurídicas se deve justamente ao caráter ontológico do princípio da plenitude hermética do ordenamento jurídico, de que Von Wright não teria se dado conta; “*é o preço da Logística*”²⁸, ironiza o professor argentino.

O princípio da plenitude, enfim, vem a ser a expressão mais notável da racionalidade objetiva do direito como ordenamento. Por ele a ideologia estabeleceu uma imagem de que o sistema jurídico é pleno porque é uma totalidade que se manifesta nas proposições jurídicas, coerentes entre si e em conexão perfeita; eventuais lacunas constatadas no sistema são apenas aparentes e podem ser colmatadas pelas técnicas de integração, tais como a analogia, os princípios gerais do direito e o costume, prescindindo-se da criação de novas normas. E as normas estão distribuídas dentro do sistema segundo uma hierarquia, no sentido de que as superiores têm maior amplitude que as inferiores, as quais estão analiticamente contidas naquelas. E assim, a plenitude, que preserva a unidade, é algo imanente ao próprio sistema, que, por isso, é perfeito e acabado do ponto de vista da racionalidade.

4. A racionalidade decisional.

Considerando-se as decisões jurídicas, especialmente as judiciais, como manifestação do direito como experiência, o pressuposto da racionalidade implica a imagem ideológica de que elas

²⁷ COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho*. Op. Ci. P. 336.

²⁸ *Idem, ibidem*.

são produzidas por motivações e métodos racionais, onde não ocorre a interferência de fatores emocionais ou outros que não possam ser reduzidos à razão. Essa característica de racionalidade das decisões fundadas nas normas jurídicas é a garantia da neutralidade do julgador ou aplicador dessas normas em relação às partes envolvidas nos conflitos submetidos a julgamento.

Sob o aspecto do sujeito que entende a norma, a racionalidade se manifesta na teoria da *subsunção* jurídica, a qual envolve dois momentos: primeiramente, pela imagem de que as normas que devem reger uma situação de conflito são sempre identificadas pela referência a um princípio superior, embora intrasistemático; e segundo, porque as situações de conflito são sempre redutíveis a um enunciado apto a reduzir-se analiticamente à norma identificada no primeiro momento. Assim, a solução do conflito será sempre redutível a um silogismo, onde a regra aplicável é a premissa maior, o enunciado do caso concreto a premissa menor, e a solução propriamente a conclusão.

A ideologia pretende assim apriorizar os juízos da vida jurídica num esquema lógico que estabelece o significado jurídico dos fatos da experiência; tal esquema identifica o silogismo do tipo *barbara*, convertido num do tipo *ponendo ponens* em face do caráter hipotético da norma jurídica.

Mas não somente a decisão em si é ideologicamente concebida como um silogismo, que lhe dá a aparência de racionalidade. Também a formação das premissas é apresentada como conclusão de outros tantos silogismos, o que faz com que o processo lógico de aplicação das regras jurídicas seja também visto como um sistema, manifesto nesse encadeamento de silogismos, com o escopo de descobrir o sentido verdadeiro da regra consubstanciada na premissa maior, reduzindo-se a *verdade real* da premissa menor à *verdade formal* da maior; nesse conjunto racional, o sentido jurídico da premissa menor, fornecido pela conclusão, deverá preservar a verdade jurídica da maior.

A ciência da lógica vem assim em auxílio da ideologia, para ocultar o caráter individual e concreto da formação da premissa menor e da conclusão, fazendo-a obedecer a uma tese lógica específica do cálculo proposicional, o *modus ponendo ponens*.

Segundo o testemunho de Kalinowski, tal fato não passou despercebido aos lógicos que recusam às normas os valores de verdade e falsidade²⁹.

O silogismo judicial pressupõe a redução do caso concreto a um enunciado descritivo, analiticamente sujeito ao enunciado prescritivo a que a lei foi reduzida; e assim, se o enunciado do caso concreto estabelece de maneira descritiva que o sujeito da relação conflitante é o agente do ato ao qual a lei enuncia prescritivamente certo sentido, o procedimento da subsunção poderia em tese reduzir-se a uma operação mecânica de lógica dedutiva.

Muito embora a teoria jurídica mais atualizada se tenha dado conta da fragilidade da teoria da subsunção, ela persiste para preservar a racionalidade da experiência jurídica como um todo; os realistas americanos e autores como Isay e Recaséns enfatizam o nível de irracionalidade da formação da premissa menor e, não obstante, autores do porte de Engisch resguardam a racionalidade que ocorre na verificação dos fatos a serem subsumidos, que, para ele, configuram o produto de atos cognitivos e deduções complexas³⁰.

O raciocínio do jurista, assim concebido, vale-se principalmente dos argumentos lógicos tradicionais, ditos *a fortiori ratione*, aos quais se atribui caráter apodítico, porque pressupõem os princípios de identidade e de não contradição. O argumento *a fortiori* se expressa como argumento *a maiori ad minus*, *a minori ad maius*, e *a contrario sensu*.

Ocorre todavia que a lógica do direito também considera argumentos para-lógicos e extra-lógicos, os quais, embora não se revistam do caráter apodítico dos anteriores, ostentam igual forma analítica para assentar sua força de convicção, o que faz com que eles também venham em socorro da ideologia. Assim, o estabelecimento de um significado à norma ou à conduta a partir do mero título ou súmula da lei (argumento *a rubrica*), a referência à opinião de jurisconsultos e à autoridade da jurisprudência (argumento *ab auctoritate*), o exame dos trabalhos preparatórios para auscultar a

²⁹ KALINOWSKI, Georges. *Introduction à la logique juridique*. Paris: LGDJ, 1965. p. 173.

³⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machao. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 75-76.

opinião do legislador (argumento *pro subjecta materia*), o apego dogmático ao texto da lei (argumento *ratione legis stricta*), a ampliação do significado da lei, de modo a abranger situações não previstas (argumento *a generali sensu*), e as diversas formas de analogia, procedimentos largamente empregados na lógica do direito, interferem na formação das premissas para estabelecer a racionalidade decisional, cujo ideal seria entregar os julgamentos das ações humanas a um computador que fosse absolutamente neutro em sua racionalidade pura.

Outros meios extralógicos que contribuem para a escolha das premissas que irão fundamentar a conclusão jurídica: argumento *ad hominem*, pelo qual, ao invés de refutar-se o raciocínio de alguém, ataca-se a pessoa que o elabora; argumento *ad misericordiam* ou *pietatis causa*, pelo qual se procura convencer alguém de certo ponto de vista pelo recurso aos sentimentos de piedade; na atividade política se emprega comumente o argumento *ad populum*, que consiste em fundamentar uma opinião nos sentimentos do povo; e finalmente, utiliza-se com bastante frequência o argumento *ad ignorantiam*, pelo qual se exige a prova de um fato negativo ou inexistente.

A lógica do direito tem prestado pouca atenção a esses meios extralógicos empregados na técnica jurídica, mas eles integram indiscutivelmente a experiência do dia-a-dia do juiz, do promotor e do advogado, mas sobretudo da polícia e da administração pública. Exemplos disso são os recursos à força, as ameaças e toda espécie de coação, argumentos *ad basculum* e *ad terrorem*, presentes tanto no direito interno quanto no direito internacional; quanto a este, tais argumentos têm o escopo de criar uma ambiência favorável à aprovação de teses jurídicas que de outra forma, seriam repelidas pela comunidade internacional.

Todas essas formas retóricas de argumentação integram a realidade do direito e demonstram que o raciocínio jurídico é muito mais complexo do que a tese da subsunção jurídica pretende demonstrar. Acresce a isso que a própria lógica fornece instrumentos para a distorção de realidades jurídicas, como ocorre com as falácias, que consistem em raciocínios enganosos, os quais, embora observem rigorosamente os princípios da lógica formal, levam a conclusões que distorcem a realidade, muitas vezes por má-fé.

O princípio da racionalidade articula-se com o mito da realidade experiencial do direito para fazer prevalecer os elementos sintáticos e semânticos que interferem na formação das premissas, tanto na interpretação da lei quanto na do fato subsumível. O jurista parte da noção de que o direito existe como um dado de experiência, afirma-se a sua substância, manifesta através de suas expressões semiológicas, identificando-o com a vontade do legislador, a intenção da lei, a vontade do Estado, o interesse do povo, da nação, etc., sendo que as mais das vezes esses referenciais não passam de argumentos retóricos destinados mais a persuadir do que demonstrar, mas firmemente apoiados nos mitos do direito. Entretanto, a fim de resguardar a imagem ideológica de um direito legítimo, o importante é estabelecer a forma lógica que dissimula a irracionalidade das decisões nos diversos escalões da experiência jurídica, no interesse dos grupos microssociais que manipulam o direito e a idéia de justiça.

5. As lacunas do direito.

A partir das categorias do pensamento crítico é possível vislumbrar a realidade social subjacente à ideologia da racionalidade; ela cumpre o papel de ocultar as necessidades reais de soluções políticas para os problemas aparentemente insolúveis que a sociedade apresenta, e substituir a lacunariedade real do discurso normativo pela lacunariedade formal do ordenamento jurídico, a qual tende a ser inexoravelmente colmatada pelo próprio sistema.

A teoria tradicional distingue entre *lacuna legis* e *lacuna juris*, distinção que corresponde à que se estabelece entre lacuna normativa e ordenamental, a primeira caracterizando um vazio da lei, a ser preenchido pelas técnicas de integração, a segunda correspondendo à insuficiência da própria ordem jurídica em relação a valores e fins. Engisch acha dubitável falar-se em lacunas quando ocorre o seu preenchimento a partir do próprio ordenamento normativo, ainda que mediadamente através da analogia. Acrescenta que, se todo litígio fosse resolvido mediante uma decisão do juiz com base em alguma idéia jurídica, o direito seria completo e as questões que estivessem fora dessa completude estariam num espaço ajurídico e, portanto, não estaríamos na presença de lacunas no jurídico³¹. Se

³¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Op. cit., p. 224.

porém nos fixarmos na atividade dos juízes voltada para a integração do direito, teremos que admitir como pressuposto dessa atividade o conceito de lacuna, sendo que a “integração do direito” ultrapassa a interpretação, pois é através da analogia ou dos princípios gerais do direito que se colmatam as lacunas³².

Entretanto, o princípio da plenitude do ordenamento jurídico estabelece que o direito positivo efetivamente “permite” a conduta não proibida e a não obrigada, e assim, por um procedimento de inferência, entende-se que toda e qualquer ação socialmente relevante está abrangida pelas leis do Estado.

Deve-se considerar inicialmente que essa plenitude não é exclusiva da ordem jurídico-positiva, mas se aplica a qualquer sistema formal, isto é, não se trata de característica real do conjunto de normas efetivas, mas tão somente da aplicação de algumas teses fundamentais da lógica formal.

Embora se trate tão somente da maneira subjetiva de considerar qualquer conjunto formalizado com base nos princípios de identidade e de não contradição, e não uma exclusividade do sistema jurídico, tais recursos da racionalização são manipulados pela ideologia jurídica com três distintos efeitos: primeiramente, de forma a não se aplicar aos sistemas normativos não jurídicos, inclusive e especialmente aos sistemas jurídicos plurais que se instituem à margem do direito estatal; além disso, a ideologia coisifica o princípio da racionalidade de modo tal que, de característica subjetiva dos sujeitos de um conhecimento racional, ela passa a ser encarada como algo objetivo inerente ao próprio ordenamento jurídico; um terceiro efeito leva a que se ignorem ou desprezem as lacunas reais da regulação social no tocante a comportamentos socialmente perniciosos, os quais, à falta de norma que os coíbam se entendem como permitidos pelo direito.

Esse terceiro efeito é sintomaticamente o mais ignorado pela dogmática, que se ocupa das lacunas formais, ditas lacunas *legis*, deixando para a filosofia e para a sociologia o estudo das lacunas axiológicas, chamadas lacunas *juris*. Esse problema se acentua quando ocorrem situações de conflito envolvendo movimentos sociais, eis que as leis civis e processuais raramente ostentam soluções para as lides

³² *Idem.*

que dizem respeito às massas populares, por exemplo, as questões fundiárias, quando ocorrem invasões de grandes propriedades por “sem-terras”, problemas de habitação na periferia das grandes cidades, insuficiência da proteção estatal em questões policiais envolvendo a população mais pobre, problemas da administração carcerária, conflitos trabalhistas, etc., situações onde a experiência revela a deficiência de regulação. Na verdade, a regulação da classe dominante privilegia os comportamentos de seus membros, e, ainda que indesejáveis no plano social, ou deixam de ser coibidos ou são-no de maneira insuficiente, ao contrário das condutas criminosas típicas da grande massa dos socialmente marginalizados, para os quais se reservam as sanções mais rigorosas.

Não passou despercebida à doutrina jurídica a relatividade da questão das lacunas; e assim, alguns teóricos inclinam-se a aceitar o princípio da plenitude apenas como diretriz metodológica³³ e não como característica essencial do ordenamento; e Kelsen, embora reafirme o princípio em sua concepção hierárquica do ordenamento, considera que na prática é necessário deixar em aberto a possibilidade de o juiz interpretar como inexistente norma sobre determinados fatos, para que possam ser punidos atos que a sociedade repute perniciosos, pois a interpretação é ato de vontade e não de conhecimento³⁴.

Baseado em Ferraz Jr., pode-se admitir que a questão das lacunas envolve as seguintes situações: a) distinção entre anomia propriamente e vacuidade do sentido normativo; b) a constatação de lacunas reais pelos procedimentos hermenêuticos ultrapassa o princípio da plenitude; c) distinção entre lacunariedade estática - ausência de norma - e dinâmica - lacunas que surgem em virtude do dinamismo próprio do direito; e d) os meios de colmatação das lacunas com vistas à integração do ordenamento³⁵. A essas, pode-se acrescentar a lacunariedade decorrente da inefetividade do direito de

³³ ENGISCH, Karl. *Ob. cit.* p. 252.

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. *Op. cit.*, p.293.

³⁵ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p.81.

acesso à justiça³⁶, que envolve uma situação de litigiosidade contida³⁷

Para Engisch, há lacunas intencionais quando o legislador evitou, por certas dificuldades, uma solução definitiva para certa questão jurídica³⁸. Essa lacuna voluntária pode estar ligada ao direito vigente ou a um direito futuro melhor, e, neste caso, pode-se falar em lacuna de política jurídica ou de uma lacuna crítica, a qual o juiz não poderá suprir sem ultrapassar os critérios últimos do sistema jurídico em que se situa.

Surge assim o problema da interpretação quanto ao tipo de lacuna constatada, se se trata de lacuna do direito vigente ou de lacuna crítica, a qual ficaria no espaço ajurídico. E aqui revela-se toda a complexidade do problema, que ultrapassa de muito as soluções racionalizadas engendradas pela doutrina, tais como, inconsciência dos próprios direitos, aceitação da lacuna como uma fatalidade ou como algo inexistente, a impossibilidade de serem pleiteados direitos subjetivos não incluídos no ordenamento; e principalmente, a solução positivista de relegar o problema para uma órbita de não juridicidade, a fim de que se possa conceber o espaço jurídico como pleno.

Em se tratando de um direito em transformação numa sociedade em permanente transformação, é preciso acrescentar ao estudo das lacunas o dinamismo que engendram e que ao mesmo tempo sofrem; lacunas consideradas “político-jurídicas” passam a ser lacunas da lei em virtude da evolução das relações sociais e econômicas; e lacunas colmatadas por decisões judiciais podem ensejar novas lacunas.

O preenchimento das lacunas acaba por envolver um tratamento que ultrapassa de muito as soluções ditadas pela dogmática, repercutindo na própria filosofia do direito, eis que, à falta do direito consuetudinário e da analogia, a doutrina se volta para os princípios gerais do direito, o espírito da ordem jurídica, as valorações

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

³⁷ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. IN *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Tb. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*, p. 380, nota 83.

³⁸ *Idem*, p. 226.

da camada dirigente, o direito justo, o direito natural e a valoração criadora pessoal do juiz³⁹.

Diferente da questão das lacunas, embora com ela estreitamente relacionada, avulta o problema da existência de contradições no ordenamento jurídico; contradições propriamente só as há de natureza lógica, eis que se trata de uma categoria básica da lógica formal, quando duas proposições se afiguram como mutuamente excludentes, no sentido de que a verdade ou validade de uma é incompatível com a verdade ou validade de outra. Todavia podem-se distinguir os mais diversos tipos de contradições, se considerarmos que o sistema jurídico se alimenta dos outros micro-sistemas sociais, inferindo-se daí a possibilidade de contradições no seio de cada micro-sistema e entre eles próprios. Assim, se na estrutura da sociedade intervêm fatores linguísticos, valorativos, políticos e econômicos, a expressão sistemática de cada conjunto pode engendrar contradições, as quais acabam por repercutir na ordem jurídica como lacunas críticas, ou axiológicas, ou simplesmente lacunas *juris*. Engisch, por exemplo, as classifica em cinco tipos: a) contradições técnicas, decorrentes da falta de uniformidade na linguagem da lei; b) contradições normativas, que consistem em uma conduta *in abstracto* ou *in concreto* aparecer ao mesmo tempo como prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, ou até como prescrita e proibida; c) contradições valorativas, nos casos em que o legislador não se mantém fiel à sua própria valoração; d) contradições teleológicas, quando não se verifica a relação entre meio e fim; e e) contradições de princípios, que são desarmonias no seio da ordem jurídica em virtude de princípios incompatíveis entre si tomados como fundamento. Tais contradições todavia verificam-se no interior do sistema normativo, ou seja, são contradições internas do direito, às quais se podem acrescentar outros dois tipos: f) contradições engendradas pelos conflitos de leis no espaço, quais sejam, entre duas leis estrangeiras, entre uma lei interna e uma lei estrangeira, ou entre uma lei interna e um tratado; e g) contradições de legitimidade, que são os conflitos entre a legislação e um ou mais princípios tomados como fundamento da legitimidade do sistema, por exemplo, o direito natural ou os dogmas de uma religião oficial⁴⁰.

³⁹ *Idem*, p. 223 ss.

⁴⁰ *Idem*, p. 254.

Essas antinomias se reduzem em última análise a contradições entre as tendências retrospectiva e prospectiva da ordem jurídica consolidada; Reale salienta que essa contradição é inerente à dialética do direito como fato-valor-norma, pois os valores, que numa sociedade contribuíram para a dialética da formação do direito como fato histórico-cultural, podem mudar sem que os modelos jurídicos acompanhem essa evolução; a partir daí as transformações da realidade social que exigem soluções apresentam-se como lacunas no direito legislado, as quais podem decorrer tanto da mudança dos valores quanto da superveniência de fatos. A norma jurídica, diz Reale, não pode deixar de sofrer o impacto de novos e imprevisíveis eventos e valores, cuja superveniência importa em nova compreensão normativa, a qual tanto pode centrar-se no trabalho de colmatação através de mecanismos integradores que o próprio modelo jurídico contém, quanto na substituição do modelo⁴¹.

A lacunariedade jurídica portanto, na ótica da teoria tridimensional do direito, é engendrada por dois tipos de contradições: a que se verifica entre a norma e o fato e a que se verifica entre a norma e o valor. Em Reale, dependerá das forças sociais dominantes em determinada sociedade a decisão ou tendência entre as opções de alterar na sua estrutura o modelo jurídico, ou então proceder à colmatação das lacunas, vale dizer, manter o modelo por meio da utilização dos meios supletivos. Nesta última hipótese, as lacunas resultantes da mudança de valores continuarão existindo no direito, sendo porém colmatadas judicialmente quando traduzidas como contencioso. Mas, nesses casos, a deficiência como direito persistirá, pois permanecerá a possibilidade de que os valores que se correlacionam com os demais elementos da dialética do direito como fato histórico-cultural são, na verdade, os valores da classe dominante, ideologicamente instrumentalizados, os quais podem não se identificar com os reais anseios ou necessidades da macro-sociedade. E a criação desses valores, bem como sua manutenção no modelo jurídico, ou seja, no ordenamento vigente, tem muito pouco de racional.

Ainda que não se refira o autor às contradições entre os fatos e os valores, penso que elas devam ser consideradas nesse mesmo contexto, pois, embora ignorados pela doutrina jurídica

⁴¹ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

tradicional, seu estudo se afigura como algo integrante do saber jurídico que é preciso resgatar.

Ao desenvolver a teoria das lacunas do direito, essa doutrina tradicional trata de enfatizar que a lei pode ter lacunas mas o ordenamento não, por ser o sistema jurídico auto-integrativo. Semelhante concepção encontra as mais diferentes versões, como por exemplo a teoria da *autopoiese do sistema jurídico*, em Luhmann, constituindo-se em um dos instrumentos mais eficazes para manter o dogma da racionalidade objetiva do direito, dogma que afinal repercute na questão da eficácia, eficiência ou efetividade das normas jurídicas.

À primeira vista não caberia inserir o problema da eficácia no debate sobre a plenitude e lacunariedade do direito. A distinção entre lacuna e ineficácia radica em que a primeira enfatiza um estado de anomia absoluta ou relativa, e a segunda enfatiza a pressão constante exercida na sociedade para que a norma não seja aplicada, total ou parcialmente.

Todavia, devem-se ampliar as perspectivas de enfoque, ultrapassando os limites impostos pela dogmática, a qual considera admissível a existência de lacunas tão somente como justificativa para uma maior abertura na interpretação das normas, olvidando-se a realidade de um direito que jamais está pronto e que não pode ser exaustivo numa sociedade em constante transformação. E olvidando ademais que a pressão social no sentido da ineficácia se explica pela possibilidade de determinadas normas, editadas após grande esforço, irem de encontro aos interesses das elites, dos privilegiados sociais, da classe dominante enfim, ainda que correspondam aos anseios do povo oprimido.

Citam-se as lacunas como existentes na lei, mas não no direito. Assim, sempre haveria, no ordenamento jurídico, técnicas de preenchimento das lacunas constatadas. Mas, enquanto não se constatam, são porventura inexistentes? Numa perspectiva pluralista é preciso admitir que grupos oprimidos possam constatar as insuficiências do direito oficial; e assim, as lacunas existem sempre, até como condição para o desenvolvimento social, pois só se desenvolve o que não está pronto, acabado, perfeito. Quando esses grupos oprimidos tomam consciência de sua própria condição de

marginalidade ou exclusão social, evidenciam-se as lacunas do ordenamento jurídico na medida em que se desmistificam fatos e condutas ideologicamente distorcidos que engendram a injustiça e a exploração.

Mas o ordenamento jurídico pode cooptar essas reivindicações, em certo grau, transformando-as em lacunas do direito, e assim, a tomada de consciência da lacunariedade sói reforçar o princípio da plenitude.

Por outro lado, mesmo as normas editadas para o preenchimento das lacunas ordenamentais podem ser lacunosas, inclusive intencionalmente, situação em que a lacunariedade se traduz em ineficácia: a norma existe mas não é aplicada porque não convém sua eficácia plena.

A ineficácia pode dar-se: a) pela falta ou insuficiência de sanção; b) pela sanção tardia; c) pela inoperância judicial; d) pela lacuna de normas correspondentes que dêem condições para a eficácia da norma geral a que se referem.

A falta ou insuficiência da sanção ocorre em normas que respondem às reivindicações sociais, mas cuja efetividade é prejudicada pela carência de sanção específica, ou então quando se cominam sanções muito leves para atos socialmente perniciosos; neste caso, o agente pode comparar as conseqüências do ato delituoso com as da sanção e decidir que as primeiras lhe são favoráveis, ainda que venha a sofrer as segundas.

A sanção todavia caracteriza um tipo de lacuna intencional, e se verifica quando os efeitos de ato socialmente pernicioso tornam-se irreversíveis. A norma que deveria proteger os interesses sociais é lacunar, não porque não exista, mas porque a sanção respectiva é ineficaz para restaurar a situação social ao momento anterior ao delito; ou seja, a sanção existe e pode ser até de natureza grave, mas é tardia.

A inoperância judicial é outra forma de ineficácia do ordenamento; isso pode ocorrer de maneira inconsciente, em virtude de indução ideológica sobre os agentes judiciais, ou consciente, quando os órgãos judiciários integram-se na hegemonia das classes dominantes; mas o meio mais expressivo de inoperância judicial é a

redução dos significados normativos por meio da interpretação jurídica.

Finalmente, a efetividade da norma pode depender de regulamentação ulterior, a qual não se concretiza porque não convém aos interesses dos grupos sociais hegemônicos, embora o direito exigido pelo povo, pela história e pela ciência, mas que está sendo reprimido, mantendo-se em estado de lacuna “político-jurídica”, possa estar sendo substituído por normas autoritárias que visam a repressão. Além disso, verifica-se uma tendência a maior grau de ineficácia das normas que mediatizam e moderam a dominação, bem como das normas ostensivamente protetoras dos cidadãos e da gente humilde⁴².

O problema das lacunas tem portanto a ver com o da ineficácia das normas jurídicas, pois, além da questão do interesse da classe dominante em não aplicar determinadas leis existentes no próprio ordenamento, o que pode ocorrer de maneira intencional, vislumbra-se a ausência de normas que proporcionem as condições para a eficácia.

Enfim, as lacunas intencionais tornam-se instrumentos para ensejar a ineficácia de normas favoráveis aos oprimidos, apesar de que elas foram editadas após grande esforço, representando conquistas sociais que dignificaram a história do direito.

A questão da ineficácia não se situa quando a teoria das lacunas é utilizada como meio de ampliar o espaço para a interpretação, mas avulta como função ideológica de ocultamento, no intuito de fingir que determinadas leis não podem ser aplicadas.

O dogma da plenitude serve para induzir os espoliados à apatia: nada vêem a reclamar. O juiz, caso chegue até ele o pleito por direitos não explicitados no ordenamento, poderá, constatando lacuna, decidir favoravelmente aos humildes ou não, valendo-se de juízos de valor; mas ideologicamente tenderá para a classe dominante. O juiz declara não haver norma explícita e pode optar entre os princípios gerais existentes ou fingir que eles de nada valem, pois tem liberdade de escolha.

⁴² JEAMMAUD, Antoine. *En torno al problema de la efectividad del derecho*. IN *Revista CONTRADOGMÁTICAS*, n.º 1. Santa Cruz do Sul: FISC e ALMED, 1983, p. 50-77.

Assim, o dogma da plenitude, que nega a lacunariedade, é atenuado ideologicamente pela teoria das lacunas, quando interessa à classe dominante, com relação aos direitos dos oprimidos que surgem como não normados, ou mesmo esses direitos normados, ou os mesmos direitos, normados ou não, mas que incomodam aos poderosos.

Então, os direitos não normados, na medida em que a sociedade dos oprimidos deles se conscientize, podem ser afastados sob a alegação dos tribunais de inexistência de norma; e os direitos normados, seja por inexistência ou insuficiência de sanção ou falta de regulamentação, podem não ser aplicados, vão sendo transformados em letra morta. O princípio da plenitude o transforma em lei sociológica tendencial da maior ineficácia das leis que reconhecem direitos aos oprimidos.

É essa a questão básica: o ordenamento jurídico constata ausência de norma, mesmo quando existem belos princípios gerais, e vai permitindo, ou buscando, a ineficácia de normas que não interessam à classe dominante, pela manipulação ideológica dos princípios gerais, entre os quais, o da inexistência de lacunas. É que, à medida em que “não fica bem” o anti-direito e o direito injusto estarem explícitos nos ordenamentos jurídicos, crescem de importância as teorias sobre as lacunas e o princípio da plenitude. Criam-se ou deixam-se os brancos, ausências, silêncios, lacunas, e prega-se o dogma da plenitude, sistematicidade, unidade e neutralidade, e o que não estivesse incluído na plenitude do direito formaria os domínios do *ajuridico*.

Mas a lacunariedade essencial do direito se manifesta também no tratamento que a dogmática jurídica concede às decisões do poder judiciário.

A primeira evidência da lacunariedade do direito oficial, do ponto de vista de sua aplicação pelos juizes e tribunais, é a inconsistência da teoria da subsunção.

À subsunção jurídica, embora se possa conceder que a ela se reduza o ato decisional, ao menos na sua forma, escapa o fato de que a escolha das premissas não corresponde as mais das vezes a outras subsunções. O enunciado deontico ou indicativo da lei, resultado da interpretação jurídica, é ato muito mais complexo do que

a decisão em si, o mesmo se podendo dizer dos enunciados indicativos das situações *sub judice*, em cujo processo de elaboração intervêm fatores volitivos e emocionais.

Além disso, se o silogismo judicial identifica *formalmente* uma decisão, ele do mesmo modo pode significar que a decisão *concreta* é anterior a todo raciocínio analítico, ou seja, é lícito inferir que o enunciado das premissas é tão somente um apoio lógico-formal que o próprio juiz elabora para fundamentar *a posteriori* a decisão que ele já tomara; destarte, ao invés de a subsunção traduzir a interpretação do caso concreto à luz da lei, o que pode ocorrer é um processo inverso, a interpretação da lei ser feita à luz do entendimento que o juiz tem *a priori* do caso concreto, embora tal entendimento possa até ser inconsciente.

A constatação da lacuna pelo juiz é uma operação criativa. É uma descoberta, envolve opinião e juízos de valor; portanto, pode haver juízes que constatem a existência de lacunas e julguem com maior inventividade e liberdade de interpretação, tornando-se autênticos criadores de direito novo, tanto quanto juízes que encontrem fórmulas de aplicação de normas gerais e simplesmente se entreguem a procedimentos analíticos de integração de normas jurídicas.

Se o dogma da plenitude é justificado pela existência dos juízes, é preciso levar em consideração os condicionamentos da interpretação e da decisão do juiz.

A admissão da lacuna através de uma decisão judicial pode ter dois efeitos antagônicos: se por um lado pode servir para a criação de direito novo, favorável aos oprimidos, uma brecha por onde podem ser obtidos avanços democráticos, por outro pode também servir para transformar alguma norma em letra morta; além disso, pode ainda ser o ponto de partida para a criação de novas lacunas mediante uma interpretação restrita da lei, sob pressão dos interesses hegemônicos da sociedade. Teremos então uma lei boa, mas ineficaz, porque sua interpretação jurisprudencial reduziu-lhe o significado.

A lacuna, afinal, reduz-se quase sempre a uma hipótese que depende da interpretação do juiz e do tribunal. Se levarmos em conta que sempre existe a possibilidade de a lacuna ser suprida pelo recurso aos princípios gerais inseridos numa constituição, e que entre

estes existe o reconhecimento a certos direitos individuais cuja hierarquia constitucional funciona como sua garantia, estes podem servir de respaldo a qualquer interpretação bem avançada socialmente pelos juizes. Assim, trata-se de um problema de política judicial, dependente mais de uma vontade politicamente esclarecida do que de um entendimento racional derivado da aplicação analítica das leis. Em face das leis injustas, a vontade política do juiz pode levá-lo a alegar o cerceamento daqueles princípios fundamentais. É por isso que, ao pressuposto ideológico da subsunção, a teoria crítica do direito opõe o princípio da politicidade das decisões judiciais.

6. A ideologia da racionalidade jurídica.

Se podemos concluir, com Max Weber, que a racionalização interna do direito foi realmente obra dos juristas práticos, também é viável constatar que essa obra esteve a serviço da ascendente burguezia, posteriormente erigida em classe dominante⁴³; num primeiro momento, o que ocorreu foi a conquista e garantia dos espaços sociais para a dominação, revestindo-se esse processo de características revolucionárias portanto, e, num segundo momento, a racionalização contribuiu para a conservação desse direito, no intuito de manter-se a burguezia como classe dominante. Daí o caráter eminentemente conservador desse direito pós-medieval, dito direito moderno, e a circunstância de o princípio da racionalidade objetiva constituir-se num de seus pressupostos ideológicos essenciais.

O direito possibilita o controle social das condutas tal como é desejado pelas forças hegemônicas, desde sua criação, até sua decodificação, interpretação e aplicação, de forma a atingir as expectativas dos grupos dominantes. A ideologia então manipulada acaba por reforçar a imagem da sociedade que mais condiz aos interesses desses grupos, agindo no inconsciente coletivo de forma a prescrever aos membros da coletividade o que e como devem pensar, valorizar, sentir e fazer⁴⁴. Nesse sentido é que a ideologia é conceituada pela teoria crítica do direito como representação destinada

⁴³ TIGAR, Michel F. e LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do Capitalismo*. Op. cit., p. 254.

⁴⁴ CHAUI, Marilena. *O que é ideologia?* 8ª. ed., São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 113.

a explicar, por meio de princípios éticos e jurídicos, ou meros convencionalismos, de maneira racionalmente aceitável, as diferenças e conflitos que lhe são inerentes, e, com isso, ocultar e dissimular as verdadeiras causas dessas diferenças e conflitos, as quais radicam nas desigualdades sociais consequentes à existência de proprietários e não proprietários, privilegiados e excluídos, ricos e pobres. Na sociedade néo-liberal pós-moderna essa tendência é favorecida pela racionalidade virtual da informática, a qual vem sendo utilizada incrementar a concentração de renda; isto vale tanto para o espaço interno das sociedades nacionais quanto para o espaço globalizado da sociedade das nações.

O direito, como conjunto de normas sob o monopólio do Estado, se constitui em instância privilegiada da ideologia. O princípio da plenitude da ordem jurídica exsurge então como pressuposto racional do monopólio estatal do direito, pois garante ao Estado um poder residual de juridicizar todo o universo das condutas intersubjetivas. São as lacunas da lei que asseguram a coerência do discurso ideológico do direito, ou seja, é precisamente *devido* à existência de lacunas, e não *apesar da* existência de lacunas, que o discurso ideológico é coerente⁴⁵.

Portanto, os ordenamentos positivos não podem levar em conta a divisão da sociedade em classes sociais, nem a existência das desigualdades reais e dos conflitos interindividuais ou intergrupais, sob pena de desmistificar-se sua racionalidade e plenitude, ameaçando o monopólio estatal da criação do direito através de suas leis.

Os indivíduos, sujeitos históricos, devem abdicar de suas tendências à autonomia bem como aos seus íntimos desejos de democracia, pois os silêncios da racionalidade legislada são supridos pela atividade judicial, por forma a não restar nenhum espaço para os indivíduos duvidarem da plenitude do direito que monopoliza o controle social⁴⁶.

⁴⁵ *Idem*, p. 114-115.

⁴⁶ WARAT, Luis ^a *O grau zero e o grau histórico das significações do direito - Um modelo de idéias para armar*. Revista *Contradogmáticas*, I, (2/3), Santa Cruz do Sul: Fisc/Almed, 1983, p. 117.

A pretensa idéia da plenitude do direito busca evidentemente anular as expectativas por um direito diferente, ou por mais direito ou ainda um direito melhor. As lacunas passam a ser aceitas como existentes na lei, mas não no direito, pois neste sempre haveria algum procedimento de interpretação que proporcionaria a solução adequada a todos os conflitos entretanto, à medida que se reduz todo o direito à lei, subsistirá tão somente a lacuna da lei.

Essa postura doutrinária, inerente à concepção dogmática do direito, é herança do positivismo, cuja crença na unidade, integridade e autofundamentação do saber anula o sentido necessariamente pluralista da reflexão sobre o direito e sobre a práxis da atuação social, fazendo com que o direito adquira uma falsa estatura autofundada, como teoria ou como prática⁴⁷. Todavia, se o direito puder ser vislumbrado na perspectiva pluralista de princípios norteadores da conduta pelos quais anseiam os grupos humanos para uma convivência mais justa, deixando de reduzir-se ao que está legislado ou admitido pela legislação, teremos que considerar a realidade de expectativas sociais correspondentes a direitos *de lege ferenda* ou *de sententia ferenda*, a respeito dos quais os segmentos marginalizados da sociedade tenham já adquirido consciência de que são fundamentais para uma ação política transformadora. Entretanto, essas expectativas são afastadas da possibilidade prática em virtude da utilização de instrumentos que permitem mediatizar a violência real de uma sociedade injusta, eis que nela precisam conviver, de um lado, uma pequena parcela de proprietários, apoiados numa classe média alienada, e, de outro, a grande parcela dos não proprietários, que vai muito além do proletariado tradicional e que envolve parcelas cada vez mais expressivas da mesma classe média, e cujo trabalho é o que efetivamente impulsiona o crescimento econômico necessário ao funcionamento do conjunto da sociedade.

O direito oficial, para ser utilizado como instrumento de mediatização da dominação dos grupos microssociais hegemônicos, deve ser apresentado e absorvido como pleno, racional, lógico, uno, um sistema que tem solução para todos os conflitos, e que fora dele só haveria a desordem e a ruína social. O que está fora do sistema não pertence ao jurídico. Este é o dogma, também

⁴⁷ *Idem*, p. 119.

consequência do racionalismo objetivista do positivismo jurídico, o qual leva a suprimir o caráter democrático dos simples desejos e aspirações, substituindo-os pelo que é desejável na razão abstrata; razão que propõe valores e metas inautênticos, mas propostos como iluminados por uma racionalidade analítica destinada a produzir o bem do conjunto da sociedade. O que é desejável na razão abstrata determina os critérios de reconhecimento do que é legal ou ilegal, confundindo-se então a legalidade com a legitimidade⁴⁸.

Como a internalização desses critérios é viabilizada pela manipulação ideológica dos mitos do direito, pode-se concluir que a existência de lacunas no direito decorre de sua operacionalização dirigida para a ineficácia das leis favoráveis aos oprimidos. Trata-se do núcleo da questão democrática, o porque de as democracias néo-liberais da civilização pós-moderna serem apenas formais, pois, embora asseguradas nos textos constitucionais e nas leis supostamente de proteção aos hipo-suficientes, são desprovidas de eficácia.

Deve-se enfatizar que a ideologia se alimenta de mitos, sendo que a racionalidade do direito neles encontra a fonte do terror, da ameaça e do perigo, mitos que são os mais difíceis de ser destruídos. Estes mitos nada mais são do que criações de realidades imaginárias que vão se constituir em paradigmas de todos os atos humanos significativos⁴⁹, servindo as mais das vezes de justificativa para as situações sociais que se apresentam com tendência a permanecer. Como exemplos eloqüentes temos os princípios da separação dos poderes, do legislador racional e o da imparcialidade do juiz, além do mito por excelência - o Estado.

A própria razão constitui o mito e, em nome dela e por ela, o ser humano o faz transcender como algo em si, não o criado, mas o criador. E assim quando o princípio da racionalidade constrói um direito a-histórico e a-temporal, ele mesmo, o princípio, se constitui em importante mito a fundamentar a tese de que o direito positivo é isento de lacunas.

Entretanto, a ideologia é um fenômeno insuperável da existência humana, eis que a realidade social sempre possui uma

⁴⁸ WARAT, Luís Alberto. *Ob. Cit.*, p. 112.

⁴⁹ ELIADE, Mircea. *Mito e Realidade*. São Paulo: Peerspectiva, 1972, p.22.

constituição simbólica que comporta uma interpretação dos próprios vínculos sociais, por imagens e representações⁵⁰; por conseguinte, torna-se inviável falar de um lugar não ideológico, mas impõe-se não encarar a ideologia como sendo o pensamento do adversário, ou simplesmente um pensamento que não convém. O que o saber oficial, definido como científico, faz é precisamente mascarar, por detrás da racionalidade, sua função ideológica de deformar o irracionalismo das relações humanas e dissimular a heteronomia dessas mesmas relações, e com isso justificar o *statu quo* e o poder que o mantém. A racionalidade, como ideologia, ocasiona uma cegueira parcial da inteligência humana, entorpecida pela propaganda dos que a forjam.

Apesar disso existem condições que favorecem o processo de conscientização do povo alienado, ao menos de parcelas expressivas dele, como os intelectuais, o empresariado esclarecido, os professores e estudantes de nível superior. Elas emergem quando as contradições duma estrutura social se agravam de tal forma que a crise torna claros os contrastes entre a realidade e sua representação ideológica. E cumpre salientar que essas condições e suas implicações para o processo de desalienação são tanto mais eficazes quanto mais de perto atingem a economia.

A ideologia jurídica, enquanto conhecimento pretensamente desinteressado, serve para dissimular os verdadeiros interesses em jogo, substituindo-os por suas representações racionalizadas. Assim, por exemplo, o direito natural constituiu a bandeira ideológica da burguesia em ascensão, mas, quando essa mesma burguesia chegou ao poder, abandonou seus ideais até então revolucionários, eis que uma fundamentação do direito que estivesse acima de suas próprias leis poderia servir para fundamentar reivindicações sociais contrárias a seus interesses.

As estruturas do direito positivo e as organizações do poder se ligam ao conceito analítico de ordem como ideologia. O direito passa então a ser a expressão semiológica da ordem social, hipostasiada pela necessidade de segurança e objetividade científica. O Estado seria, neste aspecto, a organização incumbida de manter a ordem através do direito e os comandos dele dimanados nada mais

⁵⁰ RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologia*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 75.

seriam do que as leis, propostas ao conjunto da sociedade como tendo sido elaboradas por legisladores ideologicamente neutros; e o suporte da legitimidade, abandonados os tradicionais critérios meta-jurídicos, passa a identificar-se com a racionalidade, pois é preciso que o direito, além de uno e estatal, seja racional.

Nesse contexto a ideologia situa o direito como instrumento acionado por uma “vontade”, que é a da maioria da população, manifesta por seus representantes livremente escolhidos dentro de um processo eleitoral que assegura sua lisura e neutralidade. Jamais se questiona se tais representantes estão apenas sujeitos às conveniências políticas do momento, eivadas de irracionalismo, pois tal questionamento soeria contestar o caráter científico do direito, na medida em que fá-lo-ia depender da audácia dos políticos.

A lei, nestes termos, é instrumento da razão, feita pelo homem e para o homem. É considerada expressão da “vontade” instalada no colegiado legislativo e do “interesse geral” visado por essa vontade. Através da lei o indivíduo racional e razoável reina - por ser ela sua fonte e objeto último - enquanto que sua violência concreta ou potencial é vista como implicação de um poder legítimo: no Estado de Direito o soberano é obedecido em função da conformidade de seus atos com o mandamento legal. O caráter geral da lei é assim a garantia tanto da liberdade quanto da igualdade, e o Estado de Direito se torna um dique de contenção da tirania e do despotismo⁵¹.

Essa vontade contida na lei será pesquisada pelo intérprete, que se posiciona como se todos os textos das leis, múltiplas e às vezes até absurdas, formassem uma ordem completa e consistente, como se dimanassem de um autor único, permanente racional. O mito da plenitude do ordenamento jurídico leva consigo, assim, a ficção declarativa que transforma o trabalho do juiz em mero ato de reprodução da regra em vigor⁵².

Todavia, já não se pode duvidar de que o direito é ao menos recriado, quando aplicado ou interpretado pelo juiz; se a unidade, coerência e uniformidade propugnadas pela dogmática

⁵¹ GOMEZ, José Maria, apud JEAMMAUD, Antoine. *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.103.

⁵² LENOBLE, Jacques e OST, François. *Ob. Cit.* p. 119.

correspondessem à realidade, não haveria espaço para interpretações diferentes, divergentes e até mesmo contraditórias.

As necessidades humanas, quer biológicas, quer sociais ou até culturais, são em grande parte irracionais, porém a sociedade unidimensional em desenvolvimento altera a relação entre o racional e o irracional, fazendo com que o reino do irracional seja a sede do racional”⁵³.

É por meio da normatização das relações humanas que elas são tornadas racionais. Com o casamento, por exemplo, tornam-se racionais as relações homem/mulher, que passam a ser encaradas enquanto direitos e deveres correlatos e não mais como sentimentos e instintos; e o direito contratual racionaliza as miríades de relações de troca, as quais correspondem às inclinações mais instintivas do ser humano; e em matéria criminal, a racionalização das relações decorrentes da atividade delituosa leva a que os atos tipificados como delitos sejam vistos como imposição da natureza e não da “vontade” do Estado; trata-se do princípio do delito natural, basilar em matéria de direito penal.

Num segundo objetivo, a racionalidade tem por fim ocultar a heteronomia das relações humanas. Não são as necessidades do indivíduo autônomo que engendram a normatividade das relações, mas as falsas necessidades criadas pelos grupos dominantes, de sorte que não podem os homens escolher as leis que regerão as suas condutas em função de suas necessidades reais, pois as necessidades atendidas pela lei são as falsas, dissimuladas, engendradas pela ideologia.

Diante dessas reflexões carece de sentido falar em ideologia que não seja dos dominantes, pois ela sempre será instrumento de dominação na medida em que manipulada para obter o conformismo da população com as diretrizes dos grupos no poder⁵⁴. Assim, a ideologia nasce para fazer com que os homens pensem que suas vidas são o que são em decorrência de certas entidades que existem em si e por si e às quais é legítimo que se submetam. Seu papel é portanto fazer com que os homens tenham plena certeza de

⁵³ MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial - O homem unidimensional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p.227.

⁵⁴ CHAUÍ, Marilena, *O que é ideologia?* São Paulo: Brasiliense, 1984. p.115.

que estas idéias e estas necessidades são efetivamente as necessidades deles e não as que querem que eles sintam.

Pode-se ver, então, os meios de comunicação de massa criarem necessidades e manipulá-las, tais como a necessidade de uma assembléia constituinte, a necessidade da legalização do aborto, do voto do analfabeto, do ensino público e gratuito, etc. Na verdade algumas necessidades têm conteúdo e função sociais determinados por forças externas, sobre as quais o indivíduo não tem qualquer controle.

Por último, objetiva a ideologia da racionalidade legitimar o “*statu quo*”, atribuindo um estatuto de cientificidade ao discurso normativo e seu meta-discurso. Essa manutenção do “*statu quo*” ocorre sempre em detrimento das camadas da população que dele não se beneficiam, mas que contribuem com seu trabalho para que permaneçam no poder aqueles que têm real interesse em manter a situação social.

Assim, o Estado, com seus discursos justificativos, afirma-se como o poder que se assegura o monopólio da verdade, entendendo-se esta como reflexo concreto do real e como ação eficiente voltada para a obtenção do máximo de liberdade e igualdade; só que semelhante liberdade e igualdade podem se transformar também em instrumentos de dominação.

O discurso ideológico transforma a liberdade em algo relativo, pois as possibilidades de opções abertas intersubjetivamente aos indivíduos não é critério absoluto, ficando subordinadas à prévia determinação do que é permitido ser escolhido e do que efetivamente é escolhido, em função do contexto ideológico onde ocorrem as escolhas⁵⁵.

O Estado é instituição que se fundamenta no pressuposto da legitimidade de seu direito de fazer uso da violência. Essa legitimidade repousa no reconhecimento da autoridade estatal por parte dos que se lhe submetem. E assim, o Estado moderno se caracteriza por deter o monopólio da violência física organizada, sendo que essa organização da violência legitimada evidencia sua

⁵⁵ MARCUSE, Herbert. *Op. cit.*, p. 28.

racionalidade; ou seja, a supremacia dos meios de coerção física está coberta por uma legitimidade que se refugia na lei⁵⁶.

Entretanto, mesmo quando reconhecida, não se trata de obediência cega à autoridade que detém o uso da violência, pois este reconhecimento leva implícita a convicção de que os comandos da autoridade não são arbitrários, nem tampouco irracionais, mas devem ser admitidos como um princípio basilar da ordem jurídica, e nisso consiste a essência da autoridade⁵⁷.

É preciso ter em mente que somente a consciência da ideologia pode levar à consciência do papel social do direito e de seus operadores. Essa conscientização afastará o imaginário tomado como objeto de conhecimento científico-jurídico e fará afluir o significado do real concreto.

A crítica não visa portanto a negação do direito, nem determina o deslocamento do jurista para um lugar não ideológico; o que se pretende é apenas um conhecimento, o mais próximo possível da verdade, do que as leis realmente são na linguagem legitimadora do poder político institucionalizado.

Recebido em: 10/11/98

Aceito em: 02/03/99

⁵⁶ JEAMMAUD, Antoine. *Ob. Ct.*, p. 103-120.

⁵⁷ RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologia*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.