

NORMA JURÍDICA COMO EXPRESSÃO SIMBÓLICA

João Maurício Adeodato*

Sumário: 1. O significado da norma precisa se expressar por símbolos. 2. Significantes e significados diante de generalidade e individualidade. 3. A retórica dogmática para exclusão do problema ontológico: a diferenciação entre fontes materiais e fontes formais. 4. A racionalização hierárquica das fontes formais do direito como estratégia dogmática: primárias e secundárias. 5. A revolução do texto e a ilusão da objetividade: as retóricas de pertinência, validade, vigência, eficácia jurídica e eficácia social

1. O SIGNIFICADO DA NORMA PRECISA SE EXPRESSAR POR SÍMBOLOS

A operacionalidade do símbolo é o que o distingue da imaginação e da representação... Só o conceito de símbolo – cunhado a partir do conceito de sintoma na antiga medicina – permite apreender o que acontece na percepção e no conhecimento.¹



conceito de signo ou significante ou mesmo símbolo deve ser entendido em sentido bem amplo: palavras, gestos, mímica, entonações, ações, objetos, locais, momentos, datas etc. são sinais na medida em que,

* Professor Titular da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e da Faculdade Damas, Mestre, Doutor e Livre Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Titular Aposentado da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Pesquisador 1-A do CNPq e Professor Visitante em diversas Universidades estrangeiras. Currículo completo em <http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>

¹ BLUMENBERG, Hans. *Schiffbruch mit Zuschauer – Paradigma einer Daseinsmetapher*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, p. 90: „Die Operabilität des Symbols ist, was es von der Vorstellung wie von der Abbildung unterscheidet... Erst der Begriff des Symbols – vorgeprägt durch den des Symptoms in der antiken Medizin – erlaubt zu erfassen, was in Wahrnehmung und Erkenntnis geschieht.“

dentro de um contexto, são utilizados para transmissão de informações, significados.²

Essa relação entre os significantes e os significados não é arbitrária, mas controlada pelo uso comum da língua, o *controle público da linguagem*, auxiliado por regras que constroem – ou seja, o uso dos sinais não é livre – e constituem o que tenho chamado de *retórica material* em outros escritos, controlada pela gramática e muitos outros fatores. Por isso a frase de Nietzsche, mesmo depois de dizer que Deus está morto: “Temo que não nos livraremos de Deus, porque ainda acreditamos na gramática...”³

Mesmo após a “virada linguística” da teoria da linguagem, no começo do século XX, ou seja, reconhecendo-se o caráter convencional da linguagem e a distinção entre significantes e significados, o pensamento ontológico sobre a linguagem permanece atribuindo o sentido de “coisa” aos significados expressados pelos significantes:

E o que é um sinal? Um sinal é, nessa perspectiva, uma *designação convencional*, uma marca sobre a qual se acordou para algo que existe independentemente dela. Aqui está a coisa; ali está seu sinal. Aqui está uma “paixão” específica: *medo*, por exemplo; ali está a palavra “medo”. Medo e “medo” não são de modo algum o mesmo, naturalmente: a primeira é uma paixão comum (acredita Aristóteles) a todos os seres humanos; a segunda é uma palavra de uma língua específica, nomeadamente o português. Todo mundo sabe o que é medo, mas nem todo mundo sabe o que significa “medo”. Certamente poder-se-ia utilizar com a mesma eficácia outro sinal inteiramente diferente para designar a mesma paixão.⁴

² PATZELT, Werner J. *Grundlagen der Ethnometodologie – Theorie, Empirie und politikwissenschaftlicher Nutzen einer Soziologie des Alltags*. München: Wilhelm Fink, 1987, p. 61.

³ „Ich fürchte, wir werden Gott nicht los, weil wir noch an die Grammatik glauben...“ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Götzen-Dämmerung – oder Wie man mit dem Hammer philosophiert*, in COLLI, Giorgio – MONTINARI,azzino (Hrsg.): *Friedrich Nietzsche, Kritische Studienausgabe* — in fünfzehn Bände, vol. 6. Berlin: Walter de Gruyter, p. 78 (Die „Vernunft“ in der Philosophie, § 5).

⁴ EDWARDS, James C. *The authority of language – Heidegger, Wittgenstein, and the*

Daí que toda positivação do direito é simbólica, não cabe falar de positivações “simbólicas” como opostas a positivações “efetivas” ou “propriamente ditas”. Todo signo constitui *efetivamente* a realidade em que se expressa, ou pelo menos concorre com outros símbolos para constitui-la, e a diferença entre significantes e significados não deve ser entendida como separação.

Para exemplificar a relação entre significantes linguísticos e significados ideais pode-se pensar na distinção entre algarismos e números: a ideia daquele número é sempre a mesma, ainda que sua representação simbólica possa diferir: para o número “três” podem-se utilizar símbolos como 3, III, *three*, *tres*, *drei*, exibir os dedos polegar, indicador e médio ou indicador, médio e anular, por exemplo.

Esses significantes podem então ser orais, gestuais e textuais. Os significantes “pictóricos”, tais como vídeos, são como gestos à distância, combinando expressões orais e gestuais, não parecem constituir uma quarta forma de significar. A telepatia, por exemplo, poderia ser considerada uma quarta forma, caso venha a ser vencida a necessidade de significantes “físicos” para transmissão de informação racionalizada.

É interessante como a civilização demorou para atinar com essa diferença abismal entre significantes e significados. O preconceito ontológico sempre foi de tal maneira impregnado, e não apenas no senso comum leigo, que o folclore filosófico atribui ao Prof. Galetti, de Gotha, a frase: “o porco bem merece o nome que tem, pois é realmente um animal muito sujo”⁵. Essa

threat of philosophical nihilism. Tampa: University of South Florida Press, 1990, p. 67: “And what is a sign? A sign is, in this account, a *conventional designation*, an agreed-upon mark standing for something that exists independently of it. Here is the thing; there is its sign. Here is a particular “passion”: *fear*, for instance; there is the word “fear”. Fear and “fear” are not at all the same, of course: the first is a passion common (Aristotle believes) to all human beings; the second is a word of a particular language, namely, English. Everyone knows what fear is, but not everyone knows what “fear” means. Indeed, one could just as well use another sign altogether to designate the same passion.”

⁵ SCHWANITZ, Dietrich. *Bildung* – alles, was man wissen muss (Die Höredition).

forma de pensar parte do princípio de que o signo expressa a essência de um objeto, como se a expressão “porco” já trouxesse os atributos do animal que a língua portuguesa assim designa, como se o mesmo animal não pudesse ser chamado “porto” ou “perco”. E as diferenças entre as línguas mostram que o encadeamento de fonemas tem sentido convencional e arbitrário, ao contrário do que esse “realismo linguístico” e o senso comum querem fazer parecer.

Ainda assim, a ideia de que a “realidade” é *toda constituída pela retórica* (linguisticamente) repugna até mesmo a semiótica e a linguística:

Toda linguagem é figurativa e não-referencial, nada obstante nós devemos considerá-la só parcialmente assim. Temos que insistir que alguns usos da linguagem são metafóricos e outros não, deste modo denotando algumas coisas como reais, repletas de identidade e presença, enquanto outras são meras ficções.⁶

Houve precursores dessa atenção para com a retórica na civilização ocidental, tanto na Antiguidade quanto na Idade Média, e mesmo para o caráter convencional da linguagem. Pode-se medir o respeito que os humanistas da Renascença tinham para com a retórica na afirmação do platônico Marcilio Ficino, no sentido de que falar e escrever faz do ser humano um rival de Deus⁷. Mas uma consciência clara dessa diferença que existe entre linguagem significante e ideia significada demorou muito

Eichborn: Lido, 2002, CD 10, 3 (Der Dekonstruktivismus): „Das Schwein trägt seinen Namen zu recht, denn es ist wirklich ein sehr unsauberliches Tier“.

⁶ BROWN, Richard Harvey. *Society as text – essays on rhetoric, reason and reality*. Chicago / London: The University of Chicago Press, 1987, p. 138: “All language is figural and nonreferential, yet we must consider it only partially so. We must insist that some uses of language are metaphorical and others are not, thereby denoting some things as real, replete with identity and presence, whereas others are mere fictions.”

⁷ KIRSTE, Stephan. Menschenwürde und die Freiheitsrechte des Status Activus – Renaissancehumanismus und gegenwärtige Verfassungsdiskussion. In: GRÖSCHNER, Rolf; KIRSTE, Stephan und LEMBCKE, Oliver W. (Hrsg.). *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S. 187-214.

mais, ao contrário da distinção entre ideias gerais e eventos empíricos individuais, já presente na oposição feita por Platão, e mesmo antes, no debate entre Heráclito e Parmênides, atrás mencionado.

Na história do pensamento jurídico nota-se essa mesma desatenção, como não poderia deixar de ser, pois os juristas tradicionais só levam em consideração dois elementos envolvidos no conhecimento: o “fato”, de um lado, e o significado/significante, que se confundem, do outro. Veja-se a Escola da Exegese, ao dizer que o fato se subsume à lei. Sob a expressão “lei” e “norma”, entendidas como sinônimas, designam tanto o significante quanto o significado.

Subjaz a essa concepção o mencionado preconceito ontológico, na medida em que se baseia na convicção de que há um significado “correto” para cada significante. Ora, percebeu-se que a linguagem constitui, faz a comunicação e assim ocorre o que se chama *recursividade*, só se poder estudar a linguagem por meio da própria linguagem, como numa petição de princípios.

Esses conceitos básicos que expressam os significantes linguísticos (sinal, signo, texto) são de difícil precisão por seu alto grau de porosidade, sua variabilidade histórica. Riccardo Guastini está certo ao dizer que a fonte do direito é um enunciado que se coloca como objeto da interpretação. Mas ele não é tão claro ao dizer que a norma é o “enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação”⁸. Se o resultado da interpretação é um enunciado, ele é uma fonte do direito que vai precisar ser novamente interpretada. A norma vista como ideia significanda recusa isso. Todo texto é um objeto empírico, faz parte da experiência, a norma propriamente dita, não. Aqui se entende que o sentido original de norma é o significado ideal que se determina diante do caso concreto, ainda que o termo seja também usado como expressão simbólica e como decisão concreta.

⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 28.

Como a expressão simbólica é uma mídia que precisa de substrato real, físico, ela serve de ligação entre o mundo dos significados e o mundo dos eventos, pois seu substrato real é sempre um evento percebido no tempo, como tudo o que é real. A expressão simbólica insere a ideia no mundo real, faz uma ponte sobre o abismo entre Heráclito e Parmênides, entre o mundo real e a razão ideal humana. Ela simboliza ideias de razão que tentam se comunicar.

2. SIGNIFICANTES E SIGNIFICADOS DIANTE DE GENERALIDADE E INDIVIDUALIDADE

Uma teoria da linguagem faz a distinção entre predicadores e indicadores para explicar como, se a situação ou conceito é tão único que “não tem nome” o ser humano usa “isto”, “aquilo”, conceitos, ideias, palavras também genéricas, indefinidos que só podem ser compreendidos dentro do contexto do evento. O cerne do problema é se se pode falar em *conceitos individualizados* ou se essa expressão é uma *contradictio in terminis*.

Para melhor compreender esse abismo entre significantes, significados e mundo dos eventos, os linguistas sugerem dividir os significantes, as expressões simbólicas, em predicadores e indicadores.

Os *predicadores* pretendem abstrair a individualidade e designar um conjunto de eventos específicos, supostamente tomando base em caracteres comuns que esses eventos apresentam. São os conceitos gerais, como “homem”, “agradável”, “habitualmente”. Não se pode dizer que substantivos designam predicadores e advérbios designam indicadores, por exemplo; tanto há substantivos predicadores (“mulher”) como indicadores (“Mona Lisa”), assim como há advérbios indicadores (“hoje”) e predicadores (“nunca”).

Os predicadores cabem mais facilmente numa teoria da

linguagem como a que se tenta aqui, posto que não objetivam referir eventos únicos, mas são gerais como as ideias que buscam transmitir, os significados.

Já os *indicadores* desempenham função mais difícil, pois tentam significar a individualidade, racionalizando-a, isto é, tentando conectar a incompatibilidade entre eventos sempre individuais e o binômio significantes/significados sempre gerais. Essa deve ser a função de um termo indicador: ser tão específico quanto o evento que designa.

O tipo clássico de indicador é um *nome próprio*, que supostamente diz respeito a um único evento. A dificuldade é antiga no debate retórico, que não é o objetivo expor aqui. Agostinho coloca os nomes como palavras que designam objetos específicos, afirmando que todos os nomes são palavras, mas nem todas as palavras são nomes, tais como os termos “se” ou “de”. Resolve a questão por uma solução ontológica: os nomes se distinguem porque a eles correspondem *coisas que não são palavras*⁹.

Mas dizer que é possível comunicar por meio de indicadores específicos só adia o problema de enfrentar a individualidade, logo, enfrentar a irracionalidade. Isso porque, para definir o evento ou “objeto” que se designa por aquele nome próprio, vai ser necessário utilizar ideias e expressões simbólicas genéricas, pois essa é uma condição *sine qua non* para a racionalidade. Esta tese parte da suposição de que só é possível descrever algo individual por meio de termos gerais, pois tanto significantes quanto significados são gerais e só o mundo dos eventos é individual.

Para que se possam comunicar informações sobre “esta mesa individual e única à frente”, que pretende ser individualmente designada por indicadores, são indispensáveis predicadores, pontes genéricas entre os significados e o mundo real, posto

⁹ AGOSTINHO. *De magistro*. Trad. de Angelo Ricci. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984, cap. IV, p. 296-300.

que são também genéricos e assim racionalizáveis, compreensíveis. É necessário perceber e dizer que é feita de madeira, que tem quatro pernas, que é plana e adequada para escrever quando a gente está sentada. Sem a ajuda dos predicadores os indicadores não comunicam, são incompreensíveis.

Isso significa dizer que qualquer significante tem necessariamente conotação, nenhuma expressão é capaz de denotar diretamente, de denotar somente um evento. Toda denotação de indicadores precisa ser produzida por conotações, associações linguísticas conceituais e, portanto, genéricas. Em outras palavras, esse controle da irracionalidade do individual por meio de nomes próprios tem um limite, pois não se podem “nomear propriamente” os eventos do mundo circundante. Os indicadores desempenham, por assim dizer, uma missão importante, mas impossível de ser cumprida plenamente.

Para desempenhar essa função a linguagem humana lança mão de *indicadores logicamente paradoxais*, já que, ao mesmo tempo em que são literalmente indefinidos, pretendem designar (como qualquer indicador) um evento (específico, individual, único). Esse artifício linguístico é possível na medida em que os circunstantes participam do mesmo momento eventual, de um mesmo contexto comunicativo real. É assim que se tornam inteligíveis e pretensamente evidentes expressões como “essa”, “ele”, “aquilo”, “algum”, “hoje” e “ontem” ou “aqui” e “ali”. Só num ambiente comum e momentaneamente fixado uma frase como “ele se comprometeu a fazer hoje aquilo que deixou de fazer ontem” pode pretender algum significado.

Ora, se toda linguagem é geral, ela não pode ser entendida como um evento. Por outro lado, tampouco deixa de haver um abismo entre significantes e significados, só porque ambos têm a característica da generalidade. É exatamente essa incompatibilidade que provoca o que os linguistas denominam vagueza, ambiguidade e porosidade.

A perspectiva ontológica da língua parte do princípio de

que cada significante deve se referir precisamente a cada significado, como siameses inseparáveis. Sinônimos, homônimos, parônimos, todos precisam ser controlados diante da situação concreta para que haja uma suposta precisão na comunicação.

Um significante é vago porque nunca se percebe exatamente a que classe de objetos (predicadores) ela se aplica. É um problema de alcance, se aceita a divisão do significado em problemas de sentido (*ambiguidade*) e de alcance (*vagueza*). Quanto mais se adentrar nas especificidades do evento, menos características comuns ele terá para ser incluído numa classe de objetos. É um paradoxo: quanto mais se conhece menos se conhece, pois conhecer é racionalizar a termos gerais e ao mesmo tempo conhecer um objeto é adentrar-se em suas individualidades, desracionalizá-lo. Pode-se dizer que a vagueza diz mais respeito à quantidade de informação, enquanto a ambiguidade diz mais respeito à qualidade da informação.

Diz-se que a ambiguidade ocorre se há dúvidas sobre o sentido do termo isoladamente, sem compará-lo a outros gêneros. Não se sabe o que a expressão quer dizer: “posta” pode ser uma flexão do verbo pôr ou uma parte do peixe à mesa.

Os significantes também têm vida, como qualquer pessoa que já leu alguma obra de apenas um século de idade já terá percebido. Muitas palavras deixam de ser usadas ao longo do tempo, morrem. Outras novas são criadas, nascem. E outras permanecem, por assim dizer com a mesma aparência física (escrita, pronúncia), mas com um “conteúdo” inteiramente diferente, ou seja, mudam seu sentido e seu alcance, em uma palavra, seu significado. Essa “vida”, essa variabilidade da relação significante/significado ao longo do tempo (historicidade) denomina-se *porosidade*. Talvez por seu substrato físico mais perene, sua maior durabilidade e seu distanciamento, os significantes textuais permanecem com sua aura de mistério:

A comunicação verbal é muito mais fácil que a comunicação escrita, porque a palavra age sobre os sentimentos de uma maneira misteriosa e estabelece facilmente uma união simpática

entre as pessoas; é assim que um orador pode convencer por argumentos que parecem de um entendimento difícil àquele que lê mais tarde seu discurso. Sabeis como é útil ter escutado Bergson para bem conhecer as tendências de sua doutrina e bem compreender seus livros.¹⁰

De toda maneira, vagueza, ambiguidade e porosidade constituem características necessariamente presentes em qualquer forma de comunicação humana, não são defeitos em sua estrutura ou disfunções em seu processamento, ainda que condicionem a imprecisão da linguagem. Diferentes são lacunas e inconsistências no discurso, não dominar as regras da língua ou não compreender os termos em questão, disfunções que também cooperam para a imprecisão, mas podem ou não estar presentes no discurso, a depender da destreza e grau de domínio de informações por parte dos participantes.

Resumindo, já que o direito é um fenômeno empírico, seu conhecimento precisa enfrentar as incompatibilidades entre os fatos juridicamente relevantes (que são individuais e nunca se repetem), os significantes normativos (as fontes do direito, substratos físicos da comunicação normativa, pela mídia de gestos, locuções, textos, aqui distinguidos como a segunda acepção em que a expressão norma jurídica é utilizada) e os significados que essas fontes buscam expressar (as normas jurídicas na sua aqui denominada primeira acepção, reunindo todos os processos cognitivos, mentais, ideais de criação e atribuição de significado genérico). O resultado do tratamento dessas incompatibilidades constitui a norma em sua terceira acepção, a norma decisória, um comando específico sobre um fato jurídico relevante também

¹⁰ SOREL, Georges. *Réflexions sur la violence*. Paris: Marcel Rivière, 1919, p. 9: “La communication verbale est beaucoup plus facile que la communication écrite, parce que la parole agit sur les sentiments d’une manière mystérieuse et établit facilement une union sympathique entre les personnes; c’est ainsi qu’un orateur peut convaincre par des arguments qui semblent d’une intelligence difficile à celui qui lit plus tard son discours. Vous savez combien il est utile d’avoir entendu Bergson pour bien connaître les tendances de sa doctrine et bien comprendre ses livres.”

específico, como que fechando o ciclo de conhecimento e buscando interferir na constituição da retórica material dentro do mundo real dos eventos. Assim o condenado é preso e isso se torna “realidade”, é a resposta do direito ao conflito, a “solução”.

Para auxiliar na construção desses significados, que a norma decisória vai revelar e assim constituir dogmaticamente o direito, dá-se aqui um tratamento próprio à teoria das fontes do direito, considerando-as um conjunto de expressões simbólicas (significantes) positivadas. E o procedimento dogmático é um contexto em que a linguagem mostra bem claramente sua função constitutiva da realidade, mas não apenas a linguagem textual da norma contida na lei, fonte do direito aparentemente privilegiada na argumentação jurídica da sociedade complexa:

Qualquer pessoa com alguma experiência no sistema dos tribunais, seja como parte, advogado, juiz, membro de um júri ou simplesmente observador deve inevitavelmente reconhecer a importância da linguagem no processo legal. Com certeza é difícil imaginar um contexto no qual o comportamento verbal desempenhe papel mais crucial. Em todos os níveis, a linguagem penetra no sistema jurídico e o direito, talvez mais do que qualquer outra, é uma profissão de palavras, em última instância e totalmente dependente de alguma forma de negociação linguística.¹¹

3. A RETÓRICA DOGMÁTICA PARA EXCLUSÃO DO PROBLEMA ONTOLÓGICO: A DIFERENCIAÇÃO ENTRE FONTES MATERIAIS E FONTES FORMAIS

A metáfora *fons-fontis*, criada pelos antigos romanos há

¹¹ HARRIS, Sandra. Ideological exchanges in British magistrates courts, in: GIBBONS, John (ed.). *Language and the law*. London / New York: Longman, 1994, p. 156: “Anyone with any experience of the court system, whether as defendant, lawyer, judge, member of a jury ou merely observer, must inevitably acknowledge the importance of language to the legal process. Indeed, it is difficult to imagine a context where verbal behavior plays a more crucial role. At all levels, language penetrates the legal system, and the law perhaps more than any other is a profession of words, ultimately and utterly dependent on some form of linguistic negotiation.”

mais de dois mil anos, refere-se ambigualmente a duas questões semelhantes: por um lado, de que provém o direito, de onde ele nasce, como ele é gerado; de outro, como se revela o direito, como se mostra ao ser humano, quais suas formas de manifestação. Ou seja: os problemas da *origem* e da *comunicação* ou transmissão, ou revelação. Essa ambiguidade permanece até hoje na expressão.

Num contexto social em que direito e religião aparecem inseparados, o problema da origem do direito foi sempre tratado em termos teológicos e filosóficos, e foi ignorado pelos juristas até a aurora do positivismo, quando são abandonadas as concepções de normas válidas acima do direito positivo do poder constituinte originário e o direito passa a ser um produto dele mesmo. Tornou-se imperativo diferenciar-se, ou seja, afastar do direito a discussão filosófica da legitimidade. Sim, pois discutir se o direito viria de caracteres biológicos, psicológicos, culturais, se partiria de conceitos como “luta de classes”, “contrato social”, “espírito do povo” ou “espírito objetivo” não se coadunava com a nova mentalidade utilitarista e pragmática que caracterizaria a modernidade, posto que esses conceitos dificilmente podiam ser determinados no debate político-jurídico, que precisava de instâncias mais definidas.

Assim a dogmática jurídica abandona à filosofia o tema das *fontes materiais* do direito, as “fontes das fontes”, aqueles dados empíricos e ideológicos que dariam o conteúdo ético à lei, à jurisprudência, essas, sim, fontes – *formais* – do direito positivo dogmaticamente organizado. Tudo em torno da necessidade de responder a questão sobre de que procede o direito, para assim responder à necessidade de decisões claras.

Daí a doutrina desenvolve os conceitos de fontes formais e materiais, pelos quais a “forma” significa a validação dogmática fornecida pelo direito estatal. As fontes materiais podem ser objeto de investigação interdisciplinar, pois são “causas” do

conteúdo ético do direito, são os fundamentos físicos, biológicos, históricos, ideológicos, mas não interessa à dogmática discutir se o direito vem de Deus, da raça ou da necessidade de proteger a prole, pois essas origens estão afeitas a opiniões muito variáveis. Ficou para as disciplinas zetéticas, questionadoras, a tarefa de investigar as fontes materiais do direito; e quando for decidido que escolhas éticas devem ser obrigatórias para todos, as fontes formais darão o prumo para o trabalho do jurista dogmático. Claro que a lei pode e deve ser estudada sob perspectivas sociais, históricas, antropológicas. Mas esse direito, visto “de fora”, fontes materiais, não tem forma jurídica. Em resumo, essas fontes das fontes constituem objeto de estudo da etiologia jurídica, ou seja, a teoria das causas do direito.

E parece claro que as fontes materiais ideologicamente incompatíveis entram em conflito e só algumas delas se tornarão conteúdos das fontes formais, daquelas que resultam de procedimentos dogmáticos como a jurisdição e a legislação. Há diferentes conteúdos éticos nas convicções de diferentes grupos sociais para fazer frente a determinado conflito, há aqueles que querem descriminalizar o aborto, os que pretendem fazer equivaler o aborto ao homicídio, os que desejam pena de morte para os abortistas, mas só uma dessas opções éticas será o conteúdo ético da norma jurídica formalizada, tornado obrigatório para todos, mesmo aqueles que com ele não estão de acordo. Ou seja, toda fonte formal tem um conteúdo material¹².

Tendo afastado os interdisciplinares, a dogmática jurídica precisava agora hierarquizar as fontes que haviam sido definidas como formais, precisavam construir um sistema que pudesse internamente dominar toda sorte de antinomias. A solução encontrada foi a divisão das fontes do direito em primárias e secundárias. Claro que a denominação já envolvia um juízo de valor, de que o “primário” é o mais importante e deve prevalecer

¹² AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*, ed. Julio Raffo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2ª. ed. 1998, p. 632 s.

sobre o “secundário”; esse juízo de valor não é absolutamente óbvio, pois a palavra tem também um sentido de “primitivo” ou “simplório” que a teoria dogmática precisava deixar de lado.

Claro que essas fontes formais precisam ser adequadas ao caso, dentre o emaranhado de significantes positivados que formam o ordenamento jurídico. Além disso, essas formas simbólicas precisam também ter sido elaboradas de acordo com as regras do sistema dogmático, vale dizer, um complexo de determinações sobre competências, atribuições e ritos de elaboração, a validade formal ou dogmática propriamente dita. Depois, seu conteúdo ético precisa concordar com as diretrizes estabelecidas pelas normas superiores do sistema, a chamada validade material, de mais difícil determinação. Finalmente, outras regras vão determinar se as fontes formais escolhidas estão aptas a serem alegadas no procedimento decisório, prontas para servir de base a argumentações e decisões dogmáticas, tudo a serviço de viabilizar a eficácia jurídica e a vigência daqueles símbolos, daqueles significantes normativos. Observe-se que a validade não é um atributo da norma jurídica propriamente dita, mas sim de seus significantes, de suas formas de expressão ou, reduzindo, de seus textos¹³.

4. A RACIONALIZAÇÃO HIERÁRQUICA DAS FONTES FORMAIS DO DIREITO COMO ESTRATÉGIA DOGMÁTICA: PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Afastadas as discussões “filosóficas” sobre as “fontes das fontes”, sobre aquelas fontes agora classificadas como “materiais”, a dogmática viu-se às voltas com o problema de hierarquizar suas fontes formais para enfrentar o fantasma das antinomias que um sistema unificado e centralizado não pode tolerar indefinidamente.

¹³ MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; e SOKOLOWSKI, Michael. *Rechtstext und Textarbeit*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 32 e s.

Dessarte a dogmática definiu as *fontes formais secundárias* como aquelas cuja própria validade depende do acordo com as fontes definidas como primárias. Por isso um contrato ou uma sentença (fontes formais secundárias) não podem contradizer a lei, sob pena de invalidade, sob pena de em tese deixarem de existir para a retórica material dogmática. Uma *fonte formal primária* é definida como aquela que retira de si mesma sua força coercitiva e não de outra fonte qualquer¹⁴.

Aqui o problema do conflito entre as fontes encontra seus primeiros critérios de tratamento, porque, obviamente, as fontes formais primárias prevalecerão sobre as secundárias. Essa hierarquia entre as fontes formais reflete, na teoria do direito, a luta política entre os três poderes definidos por Montesquieu e a busca pela harmonia.

A primeira tendência, como quer o legalismo, é que só a lei é fonte formal dogmática primária, na medida em que só ela é inteiramente independente de quaisquer outras fontes. Todas as demais precisam estar de acordo com a lei para vigorarem, todas são secundárias em relação a ela. Também a jurisprudência precisa descobrir e declarar o sentido da lei, daí a metáfora de Montesquieu sobre o juiz ser o arauto da lei, ilegítimo e incapaz de criar direito. De acordo com essa compreensão, a lei geral, criada pelo órgão legislativo máximo, é a única fonte legítima de norma jurídica, com a qual todas as demais manifestações, parâmetros e decisões do sistema (secundárias) precisam estar de acordo.

Com a evolução do direito europeu, duas novas frentes se abrem dentro do positivismo, a partir da Escola da Exegese francesa: por um lado aquela de viés mais estatalista, que considera que a lei (emanada do legislativo e agora cada vez mais do executivo) e a jurisprudência (emanada do judiciário) são fontes

¹⁴ Essa denominação é controversa, pois há autores para os quais fontes primárias são as fontes materiais, isto é, são “primárias” não no sentido de fontes formais independentes, mas sim no sentido de serem fontes das fontes formais.

primárias e não se podem logicamente contradizer; uma sentença isolada pode ser contra a lei, a jurisprudência nunca, pois é ela quem diz o que diz a lei. Não tem procedência a afirmação de que a jurisprudência estaria eventualmente contra a lei, pois a jurisprudência é a instância para dizer o que a lei significa.

Em terceiro lugar há os positivistas de tendência sociológica, que defendem o costume como o fato social que primeiro revela o direito, sua fonte mais primordial; essa corrente, chamada sociologismo jurídico e bem exemplificada pela Escola do Direito Livre alemã, entende como fontes primárias o costume, a jurisprudência e a lei. Assim, é possível que o direito se manifeste por um costume *contra legem*, por exemplo, uma vez que a primazia das fontes estatais não é aceita pelos juristas sociologistas e o costume *contra legem* pode valer no mesmo âmbito de influência, mesmo contra a letra da lei. O costume *praeter legem* é inofensivo para a dogmática, ou seja, é aceito tanto pelo legalismo (só a lei é fonte formal primária) quanto pelo estatalismo (a lei e a jurisprudência constituem as fontes formais primárias). Se o costume contra a lei retira de si mesmo sua força coercitiva, então ele é uma fonte formal primária e assim criam normas jurídicas instâncias paralelas como traficantes, nas grandes cidades, “coronéis”, no interior dos rincões, assim como “sua excelência, o comissário”.¹⁵

Uma posição especial ocupa a última dessas quatro tradicionalmente chamadas fontes formais do direito, a doutrina.

O principal motivo para a doutrina ter durante tanto tempo sido considerada uma fonte formal do direito tem suas raízes em Roma. O *Corpus Juris Civilis* de Justiniano I foi compilado entre os anos 529 e 565, ocupou mais de uma geração de juristas e permaneceu como a mais importante fonte do direito na Europa até a modernidade. Essa compilação, contudo, não se

¹⁵ OLIVEIRA, Luciano. Sua excelência o comissário – a polícia enquanto “justiça informal” das classes populares no Grande Recife, in: OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário* – e outros ensaios de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 19-53.

compunha apenas de leis, mas também de orientações jurisprudenciais e doutrina. Sabe-se que a doutrina do chamado “tribunal dos mortos”, que consistia em uma compilação das opiniões dos cinco grandes juristas Gaio, Papiniano, Modestino, Paulo e Ulpiano, pesava mais nas decisões do que qualquer outra fonte do direito. Ou seja: o *Corpus* era muito importante e, dentro dele, a doutrina era fundamental.

Sua primeira parte, o *Codex*, era uma consolidação de todas as leis romanas anteriores agora recepcionadas, depois acrescidas de parte da legislação ditada pelo próprio Justiniano. O *Digesto* ou *Pandectae* resultou da compilação da doutrina propriamente dita e excluía expressamente como inválida qualquer doutrina que não constasse de seus 50 livros. As Instituições compunham-se de textos mais elementares e esquemas pedagógicos destinados à educação dos jovens juristas. As *Novellae* foram publicadas por último e, como o nome diz literalmente, continham as novas leis de Justiniano, decretadas após a revisão do *Codex*.

Vários séculos se passaram sem que aparecessem juristas no nível técnico dos romanos, um povo antigo e sábio na visão das nações posteriores, oriundo de uma cidade que era a sede da Cristandade, e o simples passar do tempo trouxe ainda mais autoridade ao seu maior monumento jurídico, o *Corpus*. O fato de ser escrito foi lhe dando força de “lei” (o texto da norma que se comunica por meio da leitura e cuja aplicação se pretende internacional, muito diferente dos costumes medievais localizados), ainda que seu conteúdo abrangesse todos os tipos de fontes formais do direito: legislação, jurisprudência, costumes e doutrina.

Por fazer parte do conteúdo do *Corpus Juris Civilis* a doutrina foi assim considerada fonte formal do direito; a princípio a doutrina romana original, depois a doutrina mesma dos juristas contemporâneos, sobretudo a partir da Escola de Bolonha e dos glosadores do próprio *Corpus*, os quais o explicavam e até complementavam, adaptando-o ao direito do tempo e lugar.

Mesmo hoje não se nega que a doutrina é uma fonte material do direito de grande importância. Pois se a ideologia e as opiniões de qualquer grupo social são fontes materiais do direito, claro que também o serão as ideologias e opiniões dos juristas. A doutrina interfere profundamente sobre juízes e legisladores, mas hoje não se pode dizer que seja fonte formal. Entre outros motivos, porque pode ser objeto de contrato de consultoria, como nos pareceres, ou, em outras palavras, que a doutrina contemporânea pode ser comprada. Sim, porque nenhum empresário ou escritório de advocacia vai contratar um jurista para que simplesmente dê sua opinião sobre o problema; a opinião precisa ser do interesse do contratante e objetiva influir na decisão que o sistema vai tomar a respeito do conflito.

Problema bem específico enfrenta a doutrina jurídica (dogmática) no Brasil, na medida em que quase se reduz a relatos descritivos e superficiais do direito positivo, exposições de textos legais e de decisões dos tribunais. Em um sentido bem literal, ela forma a retaguarda do direito positivo e não sua vanguarda. Não desempenha sua função crítica como metodologia, de doutrina dogmática como estratégia de modificação da dogmática material. Os doutrinadores brasileiros relatam decisões, repetem magistrados, os quais não veem necessidade de acompanhar um debate doutrinário quase inexistente e declaram “já possuir notório saber e reputação ilibada”, além de “decidir conforme sua consciência”¹⁶.

O outro bastião da doutrina dogmática, os pareceres jurídicos enfrentam obstáculo diferente para legitimar o conhecimento do direito: têm muito mais qualidade e profundidade do

¹⁶ STRECK, Lenio. *O que é isto – Decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 24-25 e *passim*, referindo voto do Superior Tribunal de Justiça, no qual se afirma “não me importa o que pensam os doutrinadores”, “os senhores ministros decidem assim porque pensam assim”, “esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele” e “ninguém nos dá lições, não somos aprendizes de ninguém” (Agravo Regimental em ERESP nº 279.889-AL STJ).

que a doutrina dos grandes mercados de livros, porém são fruto de um contrato de consultoria muito bem remunerado. Um parecerista com ética profissional, evidentemente, só aceita a tarefa de defender um lado da questão, e para isso constrói e defende uma tese jurídica, se nele acredita. Mas o interesse econômico envolvido certamente não é um dos elementos presentes na concepção que hoje a ciência diz de si mesma.

Um último comentário a respeito: a doutrina, como qualquer metodologia, está ligada ao ensino, claro. Se a doutrina vai mal, o ensino vai mal e vice-versa. O estudo do direito no Brasil é hoje somente mnemônico, vez que a falta de bolsas, refeitórios, salários e outras infraestruturas impedem a dedicação em tempo suficiente e a imensa maioria dos estudantes e professores simplesmente não estuda. Assim o aprendizado é quase que exclusivamente dogmático, e mesmo assim mal feito, pois se reduz a descrever e decorar, sem sequer problematizar, textos legais e jurisprudenciais que constituem meros dados de entrada na concretização do direito positivo. Nem para a prática dogmática esse ambiente educacional e científico serve.

Tomem-se agora como parâmetros duas subdivisões conceituais para observar a educação dos juristas no Brasil: primeiro, dentre os três sentidos em que é utilizada a expressão “norma jurídica”, a educação jurídica brasileira concentra-se apenas no estudo (mnemônico) de uma parte das fontes do direito, vale dizer, dos significantes normativos mais importantes do sistema, ou seja, nos textos do *Vade Mecum*, volume que reúne as leis tidas como as mais importantes do Brasil, e das decisões dos tribunais superiores; segundo, dentre os quatro estágios da concretização dogmática, a educação jurídica brasileira só se volta para o primeiro, para a tarefa de escolher as fontes pertinentes, válidas e vigentes que vão dar início aos procedimentos metodológicos da dogmática jurídica. Isso porque quase nenhuma atenção é dedicada aos procedimentos hermenêuticos do segundo passo e absolutamente nenhuma atenção é dedicada à

estratégia da argumentação jurídica ou à teoria da decisão.

Esse dado revela-se nas sustentações orais de advogados e membros do ministério público nos tribunais, nas falas de alunos e professores em debates, exposições e salas de aula, nos questionamentos dos juízes em audiências e em todas as expressões escritas dessas atividades. “O resultado são textos feios, difíceis de entender e de leitura monótona.”¹⁷ Por isso o ministério da justiça alemão vem envidando esforços para tornar a educação jurídica em seu país menos dirigida a atividades contenciosas como a judicante, centrada na figura da atividade do magistrado, e cada vez mais direcionada para prevenção de litígios, aconselhamento jurídico, mediação, conciliação, arbitragem.

Evitar conflitos ganha. Decidir conflitos perde significação. Em consequência, a clara maioria dos estudantes de direito escolhe a profissão de advogado, a qual, por seu lado, passou por forte diferenciação. Daí crescem as exigências por capacidades e conhecimentos interdisciplinares, tais como ciências econômicas ou sociais, retórica, administração de negócios, arbitragem ou mediação.¹⁸

Tendo em vista essa relação entre regras e metarregras, propõe-se aqui uma classificação das fontes diferente da bipartição primárias e secundárias, mas que não é incompatível com ela: fontes que se referem à conduta e fontes que se referem a fontes, ou seja, significantes jurídicos de *primeiro nível*, que se dirigem a conflitos entre seres humanos (as pessoas casadas não podem casar), e significantes jurídicos de *segundo nível*, que se referem a conflitos entre os significantes de primeiro nível e que são, portanto, apenas mediatamente dirigidos aos conflitos de

¹⁷ SCHLIEFFEN, Katharina von; MICHAELIS, Lars Oliver. Schlüsselqualifikation Rhetorik. *Juristische Arbeitsblätter* Heft 8/9, Juni 2003, S. 718-725: „Das Resultat sind unschöne, schwer verständliche Texte, und eine gelangweilte Leserschaft“.

¹⁸ *Idem*, p. 718: „Streitvermeidung gewinnt. Streitentscheidungen verlieren an Bedeutung. Folglich ergreift der deutlich überwiegend Teil der Juristinnen und Juristen den Anwaltsberuf, der seinerseits starke Ausdifferenzierung erfahren hat. Hierdurch wachsen die Anforderungen an die interdisziplinären Fähigkeiten und Kenntnisse wie Wirtschafts- oder Sozialwissenschaften, Rhetorik, Verhandlungsmanagement, Streitschlichtung oder Mediation.“

conduta (a lei superior prevalece sobre a inferior).

Concentrar o estudo do direito na memorização dessas fontes de primeiro nível, tanto da parte dos estudiosos doutrinadores e profissionais, como da parte dos concursos públicos, dos estudantes e das faculdades de direito, é objetivo inútil. As fontes de primeiro nível são literalmente infinitas e modificam-se cotidianamente. O *Vade Mecum* pouco significa em muitos casos, na maioria deles. Há regras das quais nem se fala nas faculdades de direito, uma infinidade de instruções normativas, portarias e resoluções, que são muitas vezes cruciais para a questão dogmática que se quer tratar no momento. E é impossível que um currículo escolar consiga abarcar a descrição e a memorização de todas as possibilidades de regras jurídicas na sociedade complexa.

Claro que essas regras de conduta, de primeiro nível, são importantes, pois elas serão alegadas como pontos de partida da interpretação, da argumentação e da decisão jurídicas. Todo argumento dogmático precisa partir de fontes do direito, ou seja, da norma simbólica. O equívoco é concentrar nelas o estudo do direito, que deve atentar para o aprendizado dos métodos e metodologias de interpretação, argumentação e decisão, guiado por regras que não se dirigem diretamente a tratar conflitos de conduta, mas sim conflitos entre as regras de conduta.

Essas metarregras são em muito menor número e modificam-se em ritmo mais lento do que as regras do primeiro plano, mas compõem o ordenamento jurídico juntamente com elas. A doutrina deve se ocupar delas, pois são as mais importantes e decisivas.

5. A REVOLUÇÃO DO TEXTO E A ILUSÃO DA OBJETIVIDADE: AS RETÓRICAS DE PERTINÊNCIA, VALIDADE, VIGÊNCIA, EFICÁCIA JURÍDICA E EFICÁCIA SOCIAL

É curioso como esse terceiro elemento, linguístico, demorou a despertar a devida importância na teoria do conhecimento. A sensação de que a realidade é “independente” e “fora” do ser humano foi sempre tão forte e presente que só no século XX a linguagem vai deixar de se confundir tanto com o mundo real quanto com seus significados. Ainda assim o “preconceito do dado” empírico prevalece e a distinção parece de difícil compreensão para o senso comum.

Nos termos aqui, para aqueles que defendem que a linguagem significativa se confunde com o mundo real, como no caso dos autores que afirmam que o texto é um evento, pode-se falar de um *preconceito empirista*, do dado empírico.

Aqueles para os quais a linguagem se confunde com seus significados, como os autores que não enxergam distinção entre significativa e significado, por ter o significante apenas um significado “correto”, pode falar de um *preconceito racionalista*.

Quem se comunica, pensa que significou os significados que queria e por vezes surpreende-se quando percebe que os outros entendem diferentemente os significantes utilizados, ainda que partilhem de uma assim chamada língua comum. Isso existe em toda forma de linguagem, como na fala e no gesto, mas na textual o problema é mais claro, diante da suposta mágica de o texto aprisionar precisamente o significado.

A impossibilidade de correspondência entre significantes e significados não quer dizer que toda linguagem seja igualmente inútil, porém, como pregou Górgias. É possível que o significante se aproxime mais ou menos do significado pretendido, que a comunicação seja menos ou mais precisa. Um problema – quase lógico, de caráter semântico – é que quanto mais específica for a linguagem, quanto mais exaustiva a explicitação significativa, maior as possibilidades de desacordo na comunicação. Outro problema conexo – de cunho pragmático – é que quanto mais específica pretender ser a linguagem, mais requisitos (vo-

cabulário, passado, informações comuns, ou seja, acordos linguísticos em geral) e constrangimentos (temporais, de interesses, de pressupostos) haverá.

Daí a tendência e a necessidade espontâneas de procurar termos vagos e ambíguos para alcançar acordos, por momentâneos que sejam. Por vezes mais eficiente ainda é a *esfera do silêncio*, pela qual se supõe o *topos* “quem cala, consente” ou, pelo menos, quem cala está sem saber o que dizer. Releva assim a importância dos *topoi* (e da tópica), lugares-comuns que pressupõem um acordo o qual, se for discutido em detalhes, tende a se enfraquecer e daí a desaparecer. Sua força vinculante reside exatamente no caráter não explícito. Os participantes de um discurso no nível predominante do *logos* tendem a atribuir mais e mais diferentes significados à linguagem e ao desacordo, vale dizer, a utilizar menos catálogos de *topoi*. Já o *ethos* e o *pathos* oferecem um nível menor de explicitação argumentativa e tendem a ser mais entimemáticos.

Em síntese, as diferenças entre a norma como ideia (o significado ideal para controle de expectativas atuais sobre condutas futuras) e a norma como símbolo linguístico (os significantes que se percebem por meio da comunicação a partir das chamadas fontes do direito) são particularmente importantes para a interpretação e a argumentação jurídicas. Sem esquecer que, quanto mais diferenciada a sociedade, quanto maior a complexidade, maior a distância entre os textos normativos (fontes significantes) e as normas jurídicas (ideias significadas), por conta da pulverização das demais ordens éticas e da sobrecarga do direito positivo como único ambiente ético comum, conforme discutido alhures¹⁹.

Entender a norma como significante revelador do direito

¹⁹ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010 (2ª ed.) e *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

é o sentido mais antigo da expressão “norma jurídica”, a primeira metonímia. É o que ocorre quando o professor aponta para o código e diz que ali “estão as normas” do ordenamento jurídico, do mesmo modo que os hebreus viram normas no texto dos Dez Mandamentos. A perspectiva retórica não pode confundir esses dois elementos do conhecimento jurídico – significantes e significados – pois há um abismo entre eles.

Não se quer aqui dizer, contudo, que os textos, mídias para comunicação de normas, não têm qualquer força vinculante (*Verbindungskraft*) e que podem ser entendidos de qualquer maneira. Porém a relação entre a expressão simbólica prévia e a decisão, essa força e conexão, só é resolvida no momento da decisão, pelos próprios envolvidos na comunicação. O texto prévio impõe constrangimentos, sim, sintáticos, semânticos, mas dentro dessa “moldura” permanece possível uma infinidade de significados que precisam ser tratados e decididos a partir de *elementos que não estão no texto*.

Também as diferentes concepções sobre o que é norma demonstram o porquê da evolução, pois fica o velho sentido de norma (como “fonte”, lei, expressão simbólica significante) e vão aparecendo os outros (norma como ideia e depois norma como decisão concreta).

Outra tese aqui, talvez óbvia, é que, se todo significado necessita de um substrato físico para poder significar para alguém, a conduta dos indivíduos consiste num substrato físico do mesmo modo que o texto (diferentemente de Carlos Cossio, para quem a conduta não constituiria um substrato “mundanal” ou físico como o texto, mas sim “egológico”). Aqui não cabe essa distinção: a conduta já se expressa, no mínimo, por meio de gestos e, mais ainda, só subsiste em seu respectivo relato, o qual vai eventualmente precisar de substrato físico, mundanal ainda que oral, tanto quanto o significado que o texto busca expressar.

Menos evidente é a tese de que a via pela qual o veículo

significante (ou substrato físico), que conduz o início do processo de construção de significado, *interfere diretamente* sobre esse significado. Uma sociedade que se comunica de forma oral e gestual, por meio de significantes sonoros e visuais, constrói uma teia de significados supostamente mais simples, pois nesse tipo de comunicação a presença direta do outro é necessária, o que já reduz mais a complexidade.

Com o aparecimento da escrita, o significante textual passa a um artefato dentro da própria cognição humana e a cultura ganha uma nova dimensão, pois a tradição oral pode ser superada e ultrapassada por um contato mais direto com interlocutores mais distantes no espaço e com gerações anteriores e posteriores no tempo. Além da escrita, a imprensa de Gutenberg vai causar outra revolução, ampliando o número de emissores e receptores e tornando mais e mais complexa a comunicação.

Com a televisão e, mais ainda, com a rede mundial de computadores, os *significantes pictóricos* trazem outra nova dimensão aos textuais. Trata-se agora de uma variante do substrato gestual, posto que esse tipo de comunicação deixa de ser necessariamente presencial. Essa via significante já é hoje importante em vários procedimentos jurídicos e nota-se uma tendência de ampliar esse uso.

Mas as imagens, assim como o texto, que ainda parece o revelador de significados mais importante no mundo moderno, são artefatos da cognição humana. Além das dificuldades apontadas por especialistas, a postura retórica não se preocupa em determinar a relação entre esses artefatos e supostas relações com fontes biológicas ou físicas, pois a articulação desses significantes é fruto de invenção humana. A teoria tradicional, com base em Piaget, preocupa-se mais com a evolução biológica do cérebro e trata os artefatos como elementos da natureza biológica. Tudo indica que a linguagem escrita, contudo, assim como a própria linguagem, é *relativamente independente da biologia*,

ou pelo menos segue outros padrões, desenvolve-se diferentemente da evolução biológica.

Observe-se que o resultado dessa evolução para o texto na espécie humana demorou milhares de anos, mas pode ser adquirido hoje em poucos anos de aprendizagem. Com efeito, para crianças aprendendo a ler, uma palavra escrita é algo para ser lido e não para ser falado; descobrir que as palavras escritas podem representar palavras faladas é uma das percepções mais importantes nessa evolução, dizem. Estudos indicam que, a princípio, a criança assume que os sinais escritos representam eventos e não significados sobre eventos. Assim como as crianças e adultos em processo de alfabetização, culturas mais primitivas parecem não ter um conceito claro de significados ideais, pois os símbolos representam “objetos reais” e não significados. Daí a dificuldade, encontrada em experiências nesse sentido, para escrever negações e para compreender o zero. Três sinais representam três árvores, dois sinais, duas. Mas as crianças e os adultos em alfabetização reagem que “não há gatos” não pode ser escrito²⁰.

Para explicar esse processo e a função desses símbolos, há diferentes caminhos.

Para uma corrente mais inicial nesses estudos, mas que já tem clara a distinção entre significantes e significados, o texto é uma *extensão da memória*, um instrumento para armazenar informações complexas e deixar espaço para novas informações. Destarte, o texto não altera o processo de conhecimento, é apenas expressão simbólica de significados cognitivos preexistentes, numa relação, por assim dizer, de mão única, de dentro (ideias de razão) para fora (mídias de comunicação). Para a visão cibernética subsequente, atenta a redes neurais e relações cerebrais construtivistas, a notação textual não serve apenas para

²⁰ OLSON, David R. What writing does to the mind, in AMSEL, Eric & BYNES, James P. (eds.). *Language, literacy and cognitive development and consequences of symbolic communication*. Mahwah (New Jersey) – London: Lawrence Erlbaum Associates, 2002, p. 153-165.

lembrar e expressar, mas *possibilita e efetiva funções* cognitivas complexas que seriam impossíveis sem tal artefato.

A tese aqui é que a invenção do texto envolve a criação de novos significados e a produção de novos planos de conhecimento. Os significantes não são espelhos dos significados, mas também os constituem, vale dizer, o texto não apenas significa a ideia, mas também a conforma e produz, volta a ela e nela interfere em um entrelaçamento infundável.

No campo especificamente jurídico, isso faz com que as fontes do direito e os significados normativos interpenetrem-se de maneira intrincada e insuperável, insista-se que sua separação é uma necessidade epistemológica, artificial. Por isso fazer a ponte entre as regras genéricas do sistema e a decisão concreta se apresentar como “científica”, passando pela interpretação e pela argumentação, com todos os corolários de objetividade e neutralidade da ciência, parece ter sido projeto abandonado pela boa doutrina:

Anote-se que o suposto normativo não se dirige aos acontecimentos do mundo com o fim de regrá-los. Seria um inusitado absurdo obrigar, proibir ou permitir as ocorrências factuais, pois as subespécies deonticas estarão unicamente no prescritor. A hipótese guarda com a realidade uma relação semântica de cunho descritivo, mas não cognoscente, e esta é sua dimensão denotativa ou referencial.²¹

Em outras palavras, deduzem-se duas lições daí: em primeiro lugar, que a hipótese (ou “suposto”) da estrutura normativa vem antes do dever ser e da prescrição deontológica, ou seja, é descritiva, ainda que a prestação a ela conectada seja prescritiva (como a prescrição é o cerne da norma, daí a metonímia dos kelsenianos: a norma é um juízo prescritivo ou a disjunção de dois juízos prescritivos); em segundo lugar, por isso mesmo, o trabalho jurídico no nível material ou no nível estratégico não pode ser tido como científico, nem sequer cognoscente, pois ele

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 133.

literalmente fabrica a realidade. Rigorosamente falando, só a retórica analítica poderia se pretender científica, a depender do que isso signifique.

O primeiro passo da concretização normativa consiste, assim, na escolha de fontes do direito, aqui entendidas como significantes jurídicos dotados de pertinência, validade, vigência e eficácia jurídica. A ausência de uma delas já inviabilizaria o argumento construído a partir daquela fonte. Como são expressões extremamente ambíguas na doutrina, pois os autores variam sobremaneira em sua compreensão, cabe defini-las rapidamente. O nome que se dá é de menor importância, o principal é reter as diferenças conceituais, ou seja, há quatro significados que devem ser distinguidos.

A *pertinência* é entendida aqui como a qualidade do significante jurídico, da fonte do direito que o sistema dogmático determinou como adequada ao caso em tela. Isso significa que as fontes do direito pinçadas do ordenamento jurídico para fundamentar a interpretação, a argumentação e a decisão sugerida por qualquer dos participantes em uma lide dogmática precisam corresponder ao caso concreto. Assim, numa questão trabalhista, por exemplo, o código do consumidor ou precedentes judiciais sobre guarda de filhos não devem ser invocados pelos participantes por serem impertinentes. A dogmática jurídica estratégica desenvolve mecanismos para detectar e construir essa pertinência. Todos os participantes do discurso dogmático precisam fazer esse teste da pertinência com suas fontes e também com as fontes alegadas pelos demais, pois só assim pode continuar o procedimento. Demonstrada a falta de pertinência, de validade, de vigência ou de eficácia jurídica das fontes alegadas por qualquer das partes, o procedimento é interrompido com desvantagem para essa parte. Como se vê, a pertinência aqui não significa que a fonte existe e pertence a um sistema, mas sim que ela é em tese considerada adequada ao caso concreto.

Além de dogmaticamente adequadas ao caso concreto no

que diz respeito a seu conteúdo, ainda no primeiro passo da concretização, as fontes escolhidas precisam ser dotadas de *validade* formal. Essa qualidade quer dizer que a fonte foi criada e está até o momento de acordo com as regras sistêmicas que o ordenamento jurídico determina para sua positivação, ou seja, foi posta por autoridade competente e seguiu o rito de elaboração devido.

Uma terceira qualidade que as fontes escolhidas ainda precisam ter para que se possa passar para a retórica da interpretação, o segundo passo do procedimento, é a *vigência*. Isso significa que precisam, além de válidas, de estar prontas e acabadas para servir de ponto de partida para a concretização normativa que virá com a decisão do caso juridicamente relevante. Uma fonte só pode ser vigente se for previamente válida, mas há casos em que a fonte é dotada de validade, mas não tem alegabilidade dogmática, vale dizer, não está apta para servir de fundamento à decisão, como a vacância da lei. Mas a palavra “vigência” é também usada como sinônimo da ideia que aqui se denomina “validade”:

*A vigência, aqui, é tomada no seu sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada. Vigência (do verbo viger, do latim vigere) é, no sentido indicado, a qualidade da norma que a faz existir juridicamente e a torna de observância obrigatória, isto é, que a faz exigível, sob certas condições. Vigência, pois, é o modo específico da existência da norma jurídica.*²²

Diferentemente, a palavra “vigência” é utilizada aqui como aptidão para produzir efeitos, quer dizer que, além de válida, a fonte do direito está pronta para servir de base a interpretações, argumentações e decisões dogmáticas. Não está em vacância nem depende de que seja promulgada outra fonte para

²² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52.

produzir seus efeitos, por exemplo, como no caso de normas jurídicas regulamentadoras. Esse significado também se expressa, na teoria dogmática, por meio do termo *eficácia jurídica*, que se distingue de eficácia social ou efetividade e provoca no estudante e em muitos juristas uma grande confusão. Em resumo, essas duas ideias, “fonte elaborada de acordo com as regras do sistema” e “fonte pronta a produzir efeitos jurídicos, além de elaborada de acordo com as regras do sistema” vêm a ser denominadas validade e vigência, como aqui, mas também respectivamente validade e eficácia jurídica, vigência e eficácia jurídica, como termos intercambiáveis.

A tentativa de separar essa aptidão que se aduz à validade da expressão *aplicabilidade* não parece bem sucedida:

Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade. Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação.²³

Ora, dizer que eficácia é potencialidade e depois dizer que aplicabilidade é possibilidade de aplicação é dizer o mesmo, é falar da aptidão para produzir efeitos, para ter eficácia social. Por isso, aqui, eficácia jurídica é a qualidade que adere a uma fonte do direito no momento em que o fato juridicamente relevante a que ela se refere ocorre, o que não se confunde com a eficácia social ou efetividade. A eficácia jurídica é o quarto e último plano na dogmática das fontes do direito. Uma fonte (ou “norma jurídica”) pode ser pertinente, válida e vigente, mas não ter eficácia jurídica, como no caso da caducidade.

A *eficácia social* já implica constituição da realidade, interferência sobre a retórica material: diz-se que uma fonte é so-

²³ *Idem*, p. 60.

cialmente eficaz quando seus destinatários cumprem sua disposição ou quando, em caso de descumprimento, os órgãos competentes aplicam sua sanção.

Uma fonte torna-se então válida se foi completado o processo de sua produção de acordo com os requisitos do ordenamento jurídico e cada tipo de fonte (decreto, regulamento, sentença, jurisprudência, instrução normativa etc.) tem diferentes procedimentos de validade. Isso faz problemático distinguir validade de vigência a partir das fases do processo legislativo:

Por exemplo, terminada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais, que ocorre com sua sanção, temos uma lei válida. Sancionada a norma legal, para que se inicie o *tempo* de sua validade, ela deve ser publicada. Publicada a norma, diz-se, então, que a norma é vigente. *Vigência* é, pois, um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma.²⁴

Isso justamente porque a feitura das fontes do direito segue fases diferentes segundo a fonte. O critério de a validade completar-se com a sanção e a vigência, com a publicação, só se poderia aplicar a fontes como a lei ordinária, que passa por essas fases, mas já não serve para examinar uma resolução do Ministério da Educação ou uma portaria do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Pelo critério aqui sugerido, ficando no exemplo, uma lei ordinária adquire validade após sua publicação e torna-se vigente quando outros requisitos – se os houver – venham a ser preenchidos e ela esteja dogmaticamente pronta para ser alegada como fundamento de uma argumentação, de uma decisão. Nesses termos o conceito de vigência diz respeito a uma possibilidade. A eficácia jurídica vem juntar-se à vigência quando o fato previsto efetivamente acontece, mesmo que aquela interferência que a fonte prescreve não venha a acontecer. Se e quando essa alegação posteriormente constituir a retórica material e se tornar o relato vencedor já é uma questão de efetividade ou eficácia

²⁴ FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 165-166.

social daquela fonte.

Por efetividade deve-se entender a observância verificada, a aplicação e a obediência ocorridas. A norma efetiva é a norma observada em larga extensão. Já eficácia deve ser termo relacionado com as condições de aplicação e obediência, portanto, aquelas condições técnicas que tornam a norma aplicável e obedecível. Pode-se, assim, dizer de uma norma, já no momento inicial de sua vigência, se ela é eficaz, ainda que não tenha ocorrido de fato o fenômeno da sua aplicação e obediência.²⁵

Considerando os três sentidos de norma jurídica admitidos aqui, considerando que vigência é conceito dependente de validade (não há vigência sem validade, ainda que haja validade sem vigência) e que a distinção entre validade e vigência só tem significação no âmbito do direito estatal, entende-se que a *existência* de uma “norma” (fonte) pode dar-se pela porta da validade ou pela porta da efetividade, quer dizer, considera-se que uma fonte é direito positivo, existe, se foi elaborada de acordo com as regras do sistema (norma como significante) ou se seus destinatários comportam-se de acordo com ela (norma como significado ideal e como decisão concreta), independentemente das regras dogmáticas de validação. Nesses termos é possível existir uma norma jurídica contra um direito estatal que pretende, mas não consegue, monopolizar as regras de produção do direito positivo.

A dogmática jurídica, centralizada no Estado, privilegia a validade, conceito moderno. Um significante jurídico, porém, não precisa obedecer aos cânones estatais da validade para comunicar significados normativos, como mostra o direito que efetivamente funciona em países subdesenvolvidos, nos quais há validade sem efetividade e efetividade sem validade.

²⁵ FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. *Direito constitucional* – liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007, p. 15.