

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO:

**O PROCESSO JURISDICIONAL E A PRODUÇÃO DA NORMA
JURÍDICA CONCRETA: A ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ NA
REALIZAÇÃO DOS DIREITOS**

BRUNO COLODETTI

VITÓRIA

2010

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO:

**O PROCESSO JURISDICIONAL E A PRODUÇÃO DA NORMA
JURÍDICA CONCRETA: A ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ NA
REALIZAÇÃO DOS DIREITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem.

VITÓRIA

2010

BRUNO COLODETTI

**O PROCESSO JURISDICIONAL E A PRODUÇÃO DA NORMA JURÍDICA
CONCRETA: A ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ NA REALIZAÇÃO DOS
DIREITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem
Orientador

Prof. Dr. Jader Ferreira Guimarães
Membro (PPGDIR/UFES)

Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama
Membro (PPGDIR/PUC-SP)

Dedico este trabalho aos meus pais,
à minha esposa, Katherline, e aos
meus filhos, Carolina e Pedro.

Todas as coisas devem ser feitas da forma mais simples possível, porém não mais simples que o possível.

Albert Einstein.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente aos meus pais, Lauber e Therezinha, exemplos de caráter e dedicação à família, que sempre curaram pela minha formação.

À minha esposa Katherline, pela compreensão, pelo amor e por estar sempre ao meu lado.

Aos meus filhos, Carolina e Pedro, que são a minha felicidade e a minha motivação.

Ao meu orientador Prof. Tárek Moysés Moussálem, que, desde a minha graduação, incutiu-me o desejo pela busca do conhecimento jurídico que vai além dos manuais.

Sou agradecido a todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, ao pessoal da Secretaria do Mestrado e aos Colegas de minha turma. Dirijo especial agradecimento aos professores Angel Rafael Mariño Castellanos e Jader Ferreira Guimarães, pelos debates acadêmicos enriquecedores, bem como a Marcos Simões Martins Filho, companheiro de mestrado, pela ajuda em todas as horas.

Dispensar um sincero agradecimento a Claudio Penedo Madureira, cuja trajetória acadêmica e profissional tive a honra de compartilhar no Mestrado da UFES, em nosso escritório de advocacia e nos cargos de servidor da Justiça Federal, de Procurador Federal e, atualmente, de Procurador do Estado do Espírito Santo.

Expresso, por fim, minha gratidão aos meus amigos Luiz Colnago Neto e Lívio Ramalho de Oliveira, pelo apoio prestado, que, de uma forma ou de outra, foi determinante para a construção do presente trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 O FORMALISMO CONCEITUAL COMO TÉCNICA JURÍDICA DA CIÊNCIA DOGMÁTICO-ANALÍTICA DO DIREITO.....	19
1.1 O surgimento da ciência do Direito.....	20
1.2 O desenvolvimento da ciência dogmática do Direito.....	22
1.3 O formalismo conceitual e a dogmática analítica.....	31
2 A SEMIÓTICA COMO TÉCNICA ADEQUADA PARA O ESTUDO DA PRODUÇÃO NORMATIVA DESENVOLVIDA NO PROCESSO JUDICIAL.....	36
2.1 A insuficiência do formalismo conceitual para apreensão satisfatória do fenômeno jurídico-normativo a cargo do Juiz.....	36
2.2 A Semiótica como método adequado para o estudo da criação normativa a cargo do juiz diante do caso concreto.....	43
2.3 O neopositivismo lógico e a Semiótica.....	45
2.4 O giro linguístico: a realidade, a linguagem e o conhecimento.....	48
2.5 Processos de comunicação e processos de significação.....	52
2.6 A Linguagem, seus signos e planos de investigação.....	54
2.7 Funções e tipos da linguagem no contexto do processo de comunicação.....	58

2.8 A linguagem jurídica.....	63
2.9 Metalinguagem.....	68
2.10 Os Sistemas de Significação ou Códigos.....	69
2.11 O Interpretante e as particularidades do sistema semântico.....	74
<i>2.11.1 O significado como unidade cultural.....</i>	<i>75</i>
<i>2.11.2 A semiose ilimitada.....</i>	<i>77</i>
<i>2.11.3 Segmentação do Sistema semântico (denotações e conotações) e o Hipercódigo.....</i>	<i>78</i>
3 NORMA JURÍDICA E PRODUÇÃO NORMATIVA CONCRETA.....	83
3.1 Definição do conceito de norma jurídica.....	83
3.2 Tipos de normas.....	86
<i>3.2.1 Normas primárias e secundárias.....</i>	<i>86</i>
<i>3.2.2 Normas de conduta e de estrutura.....</i>	<i>88</i>
<i>3.2.3 Normas gerais e abstratas e individuais e concretas.....</i>	<i>91</i>
3.3 Produção normativa como ato de fala: a enunciação jurídica.....	93
3.4 Aspectos estruturais da enunciação concreta desenvolvida nos processos	

judiciais.....	96
3.4.1 <i>Da capacidade processual à decisão judicial</i>	96
3.4.2 <i>O juiz, ao fim do processo judicial, cria norma jurídica?</i>	103
4 A MENSAGEM PRESCRITIVA EMITIDA PELA SENTENÇA E SUA VINCULAÇÃO AO CÓDIGO JURÍDICO	106
4.1 A norma jurídica é um signo?.....	107
4.2 A norma jurídica e a enunciação dimanada pelo agente juridicamente competente.....	110
4.3 A construção do Código jurídico pelos agentes habilitados pelo sistema.....	111
4.4 A condição do Direito positivo legislado como Código e sua influência no processo de enunciação a cargo do Poder Judiciário.....	119
4.5 A decodificação do Código jurídico.....	130
4.5.1 <i>A vontade do legislador e a vontade do juiz no processo comunicacional jurídico</i>	132
4.5.2 <i>A metalinguagem jurídica como fixadora do Código jurídico: da doutrina à súmula vinculante</i>	142
4.6 A redundância parcial das normas concretas produzidas pelo Judiciário em seu processo de enunciação.....	155
4.6.1 <i>Dos juízos factuais provenientes da atividade probatória desempenhada pelos</i>	

<i>magistrados nos processos judiciais</i>	155
<i>4.6.2 Da resolução das lides como escopo determinante da atividade judicial</i>	161
4.7 O processo judicial como função conativa: o subcódigo elaborado pelo Poder Judiciário em sua atuação jurisdicional	162
4.8 Do resgate do formalismo pela semiótica	164
5 POSSIBILIDADE E LIMITES DA ENUNCIÇÃO CRIATIVA DOS MAGISTRADOS EM FACE DO CÓDIGO JURÍDICO ESTABELECIDO PELO LEGISLADOR	166
5.1. A sentença judicial e os seus juízos constituintes	167
5.2 A atividade criativa do juiz na aplicação concreta do Direito positivo	171
5.3 A inovação da enunciação judicial autorizada pelo Código jurídico legislativo . 174	
5.4. A atividade criativa do juiz como não-correspondência do juízo de conhecimento com o juízo de decisão posto na sentença: o plano pragmático	180
5.5 A sistematização e conceituação inovadora do Direito realizadas pelo juiz diante do caso concreto	188
<i>5.5.1 Sistema como resultado da atividade de conceituação</i>	190
<i>5.5.2 Os conceitos como instrumentos de decisão a serviço da pragmática jurídica</i> . 194	
<i>5.5.3 Os condicionamentos lógicos e processuais à produção de mensagens prescritivas inovadoras pelo juiz</i>	198

<i>5.5.4. Procedimentos do Código de Processo Civil que importam inovação no Código jurídico por conta de atos de fala prescritivos concretos do juiz.....</i>	204
CONCLUSÃO.....	207
BIBLIOGRAFIA.....	231

ABREVIATURAS

ADI - ação direta de inconstitucionalidade

ADI-MC - medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade

art. – artigo

arts. – artigos

Apud – indica fonte de uma citação indireta

CC – Código Civil Brasileiro

Cf. – confira

CF – Constituição Federal

cit. - citatum (citada)

CPC – Código de Processo Civil

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ – diário de justiça

DJU – diário de justiça da união

EC – Emenda Constitucional

Ibid. – Ibidem

HC – *Habeas Corpus*

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro

op. cit. – opus citatum (obra citada)

passim – em diversas passagens.

p. – página(s)

Rel. – relator

RESP – recurso especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

v.g. – verbi gratia (por exemplo)

vol. – volume

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo precisar se as decisões postas nos processos judiciais pelos magistrados, ao ensejo da realização concreta dos direitos, representam atividade inovadora em face das normas gerais e abstratas confeccionadas pelo legislador constitucional e infraconstitucional. Precisamente, buscar-se-á identificar se os magistrados inovam, de alguma forma, o ordenamento jurídico ao editar suas decisões, como também saber se tal inovação configura atividade originalmente criativa em face das mensagens prescritivas já constantes na linguagem jurídica abstrata. A análise do tema demanda inicialmente a utilização do ferramental teórico do formalismo conceitual, técnica própria da ciência dogmática do Direito. Todavia, essa técnica se mostra, ao fim e ao cabo, incapaz de estudar com a profundidade necessária a atividade normativa concreta a cargo dos juízes. Nesse panorama é que emerge a semiótica, que, quando aplicada ao Direito, apresenta-se como técnica eficiente para tal tarefa. A semiótica jurídica, além de ter o condão de realçar a importância da conceituação e da sistematização preconizadas pelo formalismo conceitual, permite um profundo estudo da influência das normas legisladas na aplicação judicial do Direito, como também da amplitude da criatividade dos juízes nesse procedimento. Assim é que os conceitos e figuras construídas pela semiótica possibilitam o estudo do Direito positivo como um Código, entendido como um sistema de significantes e significados correlacionados por convenções sociais, no qual o juiz atua como seu usuário, no contexto de um processo comunicacional. Tal visão se, de um lado, acentua a vinculação dos juízes ao sistema linguístico que visa a atuar, de outro, possibilita apreender que é possível a tais agentes criar, em específicas situações, normas jurídicas concretas inovadoras em face do Direito legislado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo – Teoria Geral do Direito – Hermenêutica jurídica – Criação Judicial do Direito – Liberdade Hermenêutica do Juiz – Formalismo Conceitual – Semiótica.

ABSTRACT

This present dissertation aims to clarify whether the decisions made in court by the judges, intending to materialize rights, represent innovative activity towards general and abstract rules made by the constitutional legislator and the legislature. Precisely, the aim will be to identify if the judges innovate in some way the legal system to edit your decisions, but also whether such an innovation originally set creative activity towards prescriptive messages already contained in the abstract legal language. The analysis of the topic requires the usage of formalism's theoretical tools, which is a technique of the dogmatic science of law. However, this technique has shown itself as unable to study with the necessary depth, the judge's activity in terms of materializing rights. In this picture that emerges semiotics, which, when applied to law, presents itself as an effective technique for this task. Legal Semiotics, has not only the power to highlight the importance of conceptualization and systematization suggested by the conceptual formalism, but also allows a thorough study of the influence of legislated standards for judicial enforcement of the law, as well as to investigate the possibility of judge's creativity in this procedure. Thus, the application of the concepts and figures constructed by semiotics allows to study the positive law as a code, understood as a system of signifiers and meanings related to social conventions, in which the judge acts as your user in the context of a communication process. If this view, on one hand, emphasizes the commitment of judges to the linguistic system, on the other hand permits to grasp that it is possible for such agents create, in specific situations, concrete innovative legal rules towards legislated law.

KEY-WORDS: Civil Procedure – Theory of Law Procedure – Theory of the Right – Legal Hermeneutic – Creation of Law by Judges – Freedom in the Judge's Hermeneutics Activity – Formalism Theoretical – Semiotics.

INTRODUÇÃO

É assunto muito discutido na teoria geral do Direito e do Processo saber se o Judiciário, ao julgar os conflitos de interesses que lhe são submetidos processualmente, cria ou não Direito. Apesar dessa abordagem “rotineira” por parte da doutrina, essa questão ainda rende intensos e complexos debates, sendo que a conclusão acerca do caráter inovador e criativo da atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário pode ser totalmente diferente de acordo com o foco que se imprima a tal análise.

Nesse contexto, precisas são as lições de Genaro Carrió¹, que chama atenção para a ambiguidade da expressão “os juízes criam direito”, explicitando que a palavra “juiz” pode significar cada um dos juízes, ou o conjunto dos juízes, ou ainda os juízes como um corpo. Também a palavra “criam” pode ser entendida como “sempre criam”, ou “dadas certas circunstâncias criam”. Some-se a isso toda a gama de acepções que a palavra “direito” suscita na mente das pessoas (direito objetivo, direito subjetivo, ciência do direito, etc.).

Mas, fora os aspectos pontuados pelo citado doutrinador, que já representam uma série de variantes, ao estudo satisfatório de tal temário deve ser acrescido mais um extremamente importante, que consiste em saber se a criação do Direito verificada nos processos judiciais representa uma atividade inovadora² em face do conteúdo prescritivo já existente nas normas gerais e abstratas postas pelo Legislador constitucional e infraconstitucional. De forma mais precisa, cabe inquirir se a atividade judicial, que se passa na realização concreta dos direitos, representa tão-só a criação de novas unidades do sistema jurídico, numa aplicação ancilar de conteúdos significativos pré-estabelecidos, ou se, ao revés, tal atividade pode, sempre ou em determinados casos, representar inovação, não apenas formal ou estrutural, mas sim reformuladora das significações prescritivas já veiculadas pelo ordenamento jurídico.

Esse último aspecto configura, a nosso sentir, a questão nodular e mais instigante de uma análise dos efeitos jurídicos das decisões dimanadas pelo Poder Judiciário. Assim, muito embora seja idéia aceita na doutrina a noção de que há criação de normas jurídicas ao fim do

¹ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994 apud MOUSSALLEM, Tárek Moisés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 160.

² Note-se que, no texto, o termo “inovação” ganha conotação diversa do termo “criação”.

processo jurisdicional, cabe precisar, com esmero metodológico^{3,4}, em que medida tais normas ostentam autonomia semântica em face do ordenamento jurídico abstrato que lhe supedita fundamento de validade, e quais são os efeitos dessa eventual autonomia no próprio sistema normativo construído pelo Legislador.

Para o desenvolvimento de tal tema, serão utilizados, dentre as inúmeras teorias que compõem as grandes matrizes do pensamento jurídico, dois modelos de compreensão do Direito, quais sejam, o *formalismo conceitual* e a *semiótica do Direito*, correntes técnico-teóricas que compõem o quadro evolutivo da ciência do Direito.

O método de análise do formalismo conceitual, concebido pela ciência dogmática do Direito, será utilizado devido a sua primazia na ciência e na prática jurídicas, por ser fundamental para o jurista que opera num país inserido no *civil law*⁵, bem como por ser ele a razão e a consequência da própria relevância e autonomia que o fenômeno jurídico adquiriu nos últimos séculos. Entretanto, esse método, na pureza analítica que lhe fora imprimida em seu desenvolvimento doutrinário, é incapaz de permitir uma adequada apreensão de todas as nuances que despontam da aplicação judicial do Direito. Notadamente porque, nesse campo, ganham especial relevância não só as sistematizações e conceituações abstratas, mas também o caso concreto *sub judice* e o agir prático do Poder Judiciário. De fato, se, para os atos de conhecimento do Direito, o método analítico apresenta ferramenta insuperável, a formulação dos atos de decisão judicial necessita de um método que leve em consideração o plano pragmático do Direito.

É em razão dessa incapacidade do formalismo conceitual que a semiótica jurídica representa método de investigação robusto para o estudo da atividade normativa desenvolvida nos

³ Método, no dizer de Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 09), é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado. Desse modo, tem-se que sem método não há ciência.

⁴ A importância do método para a ciência moderna é atestada por Alexandre Araújo, que preceitua o seguinte: “[...] não basta observar passivamente o mundo, mas é preciso investigá-lo de um modo correto, pois a identificação das leis que regem o mundo exige que a nossa observação do mundo seja racional, e a garantia dessa racionalidade é feita mediante a definição de métodos racionais de observação, que devem ser aplicados pelo intérprete. Sem esses métodos, o observador pode até chegar à verdade, mas ele não terá certeza de que chegou lá, pois seguir as próprias intuições nunca é garantia do acesso à verdade. [...]. Portanto, a mentalidade científica moderna compartilha o pressuposto grego de que existe uma verdade a ser descoberta, mas inova ao defender que o modo de alcançar a certeza da verdade é a aplicação de um método correto.” (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutoramento em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 79).

⁵ Cf. PASSOS, Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 7.

processos judiciais, já que ela, ao situar o Direito como fenômeno comunicacional, possibilita a análise dos planos sintático, semântico e pragmático que o constituem. Note-se, contudo, que a semiótica é método que possibilita investigar o plano dos atos de fala concretos do juiz, sem, contudo, descurar das atividades de sistematização e conceituação, que constituem a essência do formalismo conceitual.

Nessa ordem de idéias é que, no primeiro capítulo, será apresentado o panorama do desenvolvimento da ciência do Direito e da dogmática jurídica, para, ao cabo disso, pontuar o núcleo central do pensamento das teorias analíticas do Direito e sua principal técnica: o formalismo conceitual.

No Capítulo 2 será exposta a insuficiência do modelo meramente analítico para apreensão satisfatória do fenômeno normativo jurisdicional, para, logo em seguida, apresentar-se a semiótica como instrumental técnico adequado para tal estudo. Nesse ponto, serão esclarecidas as razões que levam a concluir que as noções fornecidas pela semiótica são imprescindíveis à análise da criação normativa por parte do Juiz. Ainda no Capítulo 2, serão delineados os conceitos elementares da semiótica; a saber: (i) língua e linguagem; (ii) signos; (iii) planos de investigação da linguagem; (iv) funções da linguagem; (v) metalinguagem; e (vi) Código e Hipercódigo.

Feito isso, passar-se-á ao estudo da formação da norma jurídica concreta no processo judicial, o que será realizado a partir de dois enfoques semióticos complementares: um centrado no aspecto estruturalista e sintático do procedimento de enunciação; outro centrado nas condicionantes e efeitos semânticos do enunciado posto pelo Poder Judiciário por meio do citado processo.

É justamente o primeiro enfoque, acima aludido, que ocupa o Capítulo 3. Seu objetivo é, pois, analisar a produção normativa a cargo do Judiciário com atenção no procedimento de enunciação que corporifica o processo judicial. Para tanto, serão apresentados, preliminarmente, o conceito de norma jurídica e outros correlatos, como também a visão do processo judicial como um processo de enunciação linguística. No final de tal estudo, restará atestado que a aplicação do Direito em tais processos cria, de fato, normas concretas que podem ser reputadas como novos enunciados jurídicos com plena autonomia do ponto de vista sintático e estrutural.

No Capítulo 4, a questão controversa será saber se é possível dizer que as normas concretas produzidas no âmbito judicial podem ser apreendidas como novas mensagens prescritivas, cujo significado seja realmente inovador para o respectivo sistema linguístico. Aqui o enfoque vai além de saber se há um produto linguístico novo do ponto de vista estrutural, mas sim investigar se esse produto ostenta criatividade também do ponto de vista semântico. As seguintes questões animarão tal abordagem: o novo enunciado-enunciado posto ao fim do processo judicial é realmente uma nova norma jurídica? Em que medida a decisão judicial inova a mensagem prescritiva que já se encontra veiculada pelos textos jurídicos pré-existentes a ela?

Para responder às indagações do Capítulo 4, o conceito de norma jurídica esposado anteriormente (especificamente, no Capítulo 3) deverá ser refundido, a fim de saber se a norma jurídica é ou não um signo linguístico. No transcorrer de tal capítulo, restará assentado que o Direito Positivo funciona tal qual um Código, que é utilizado pelos magistrados na condição de *usuários* de um sistema estabelecido institucionalmente, e em face do qual sua atividade comunicacional detém pouca ou nenhuma autonomia.

A semiótica procedimental, estruturalista e sistemática que governou os Capítulos 3 e 4 perde lugar no Capítulo 5, no qual se estuda a possibilidade de os magistrados produzirem atos de fala que resultam na própria alteração do Código jurídico posto pelo Legislador. Quanto a isso, analisar-se-ão tanto os juízos decisórios lançados sob o influxo de uma lide a ser decidida, os quais, apesar de seu caráter inicialmente subordinado, culminam na ressystematização dos sistemas semânticos do Direito, quanto a própria outorga, por parte das normas de sobredireito, de competências aos magistrados para inovar, sem maiores peias, o ordenamento jurídico.

Ao fim dessa pesquisa, será possível aferir que a semiótica permite reafirmar valores dogmáticos de apego à vontade do legislador e da prevalência da conceituação e sistematização do Direito, mas também possibilita identificar que o Direito, como sistema linguístico, está aberto a mudanças criativas no plano semântico, por meio da prática enunciativa diária, efetivada pelos atos de fala concretos postos pelo Poder Judiciário no bojo dos processos judiciais.

1 O FORMALISMO CONCEITUAL COMO TÉCNICA JURÍDICA DA CIÊNCIA DOGMÁTICO-ANALÍTICA DO DIREITO.

O objetivo deste capítulo é apresentar o formalismo conceitual, corrente técnico-teórica que compõe o quadro evolutivo da ciência do Direito, que servirá de suporte inicial para a análise do processo jurisdicional como ambiente de construção normativa.

Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁶ enfatiza que a ciência do Direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu objeto e pelo seu método. Sem tecer maiores considerações a respeito das divergências sobre o tema, fixa-se, em princípio, a premissa de que o distinto objeto da ciência jurídica são as *normas jurídicas válidas* e seu distinto método (ou melhor, técnica) é a *sistematização com base em conceitos*, própria do formalismo conceitual. O sobredito objeto traz à ciência o qualificativo de *dogmática* e o aludido método (ou técnica) traz consigo a denominação de *analítica*. Tem-se, assim, uma *ciência dogmático-analítica do Direito*.

Cumprido dizer, logo de antemão, que o formalismo conceitual, antes de constituir escola ou doutrina jurídica, representa, a bem da verdade, técnica da seara do Direito⁷, ou seja, conjunto de procedimentos e noções por meio dos quais se tornam mais fáceis e eficientes a criação, o conhecimento e a aplicação do Direito, como bem leciona Paulo Dourado de Gusmão⁸. Trata-se, pois, de *técnica jurídica*, e, enquanto tal, não se confunde com as ideologias específicas a respeito do Direito, configurando-se, tão-somente, instrumental de contato sujeito-objeto, necessário para demonstrar e possibilitar a atuação das diversas ideologias que compõem as correntes do pensamento jurídico a que se vinculam.

Todavia, tendo em conta a ligação existente entre as específicas técnicas jurídicas e as doutrinas jurídicas que as manejam, é certo que é preciso entender estas para compreender com exatidão aquelas, já que ambas se desenvolvem *pari passu*.

⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, passim.

⁷ Noção que vale também para a semiótica.

⁸ Assim se posicionou o citado doutrinador a respeito da questão comentada: “*A ciência do direito, como qualquer ciência, supõe uma técnica (técnica jurídica), que pode ser entendida como conjunto de procedimentos por meio dos quais se tornam mais fáceis e eficientes a criação e aplicação do direito, bem como se torna mais fácil, mais adequado e completo o seu conhecimento. Se distinguirmos a forma do conteúdo ou da matéria da regra de direito, acabaremos, como Gény, dizendo que a técnica jurídica torna possível a “forma” do direito, construindo-a, enquanto a ciência fornece o seu conteúdo, dando os elementos para que a técnica o construa [...]*.” (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 08).

Passa-se, pois, nos próximos tópicos, ao estudo do mencionado caráter dogmático da ciência do Direito e do instrumental analítico que ela utiliza, a fim de se poder delinear os limites do modelo de análise que se propõe inicialmente para o estudo da atividade normativa a cargo do Poder Judiciário.

1.1 O surgimento da ciência do Direito.

De um modo geral, pode-se dizer que, nas sociedades primitivas, dois aspectos culturais tinham invulgar autoridade: *parentesco* e *religião*, os quais acabam por determinar o modo de existir de outros fenômenos culturais, entre eles o Direito.

Com efeito, em tais grupamentos societários denominados arcaicos, o Direito possuía forte alicerce na relação de parentesco, que distribuía rigidamente os indivíduos na sociedade, segundo o esquema: ou se é membro da comunidade ou não. Assim, “se a sociedade da pré-história fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais considerar que a base geradora do jurídico encontra-se, primeiramente, nos laços de consanguinidade, nas práticas do convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições”⁹, como acentuado por Antonio Carlos Wolkmer.

O mesmo quilate deve ser atribuído à religião. John Gilissen atesta a prevalência da religiosidade nas sociedades arcaicas, reconhecendo que nelas o Direito está ainda fortemente impregnado de religião, em razão do que “a distinção entre regra religiosa e regra jurídica é aqui muitas vezes difícil”.¹⁰ Tanto é assim que esses tipos de sociedade são caracterizados pelo que o citado autor chama de *indiferenciação*. Ou seja, “as diversas funções sociais que nós distinguimos nas sociedades evoluídas – religião, moral, direito, etc. – estão ainda aí confundidas”.¹¹ Por força dessa prevalência do sobrenatural, a lei jurídica era fruto de uma vontade divina que submetia a todos, e cuja aplicação era o mesmo que seu conhecimento. Isto é, ao se aplicar a *lei*, efetivava-se o conhecimento do Direito divino. Tal se dava por não haver distinção entre o Direito dos Deuses e o Direito que dimanava dos sacerdotes e dos juízes. Nesse contexto, não havia lugar para uma visão distinta da lei, do aplicador e do estudo

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20.

¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 35.

¹¹ *Ibid.*, p. 35.

da lei. Essa tríade encontrava-se, portanto, enfaixada, impossibilitando o desenvolvimento de qualquer embrião, por mais rude que fosse, de uma ciência jurídica.

Destarte, prevalecia, sob tal ordem de condicionantes, uma sociedade rígida, com funções sociais indiferenciadas, na qual o Direito se confundia com determinadas posições sociais e com a própria religião.

Adiante, esse modelo de organização social calçado em relações de parentesco, que se exprimia de uma forma concreta e rígida, teve que dar lugar a uma compleição social mais abstrata e, de certa forma, mais maleável. Isso em razão do incremento das relações sociais, econômicas e políticas, que não mais se davam apenas entre os parentes, mas demandavam a participação, cada vez maior, de todos.¹² A sociedade, aos poucos, com o ressurgimento das cidades e do comércio, toma consciência de que só o Direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao seu desenvolvimento. Nessa transformação, deixa de se confundir a religião e a moral com a ordem civil e com o Direito, que passa a ostentar, paulatinamente, função própria e autonomia.¹³

O Direito passou a vincular-se, então, não a uma determinada casta, mas sim ao indivíduo, capaz de exercer funções no corpo social, sejam elas econômicas, sociais ou políticas; e, em certa medida, vai se desprendendo dos sujeitos portadores, ganhando certa autonomia e estabilidade. Nesse passo, tornou-se necessária a adoção de fórmulas prescritivas, de validade ampla, capazes de conferir estabilidade a essas funções sociais, já que não era mais factível que a regulação da sociedade ficasse adstrita ao que dizia um indivíduo (tendo em foco sua transitoriedade), pelo que se tornou imprescindível positivar o Direito para lhe garantir a abstração necessária para sua novel função.¹⁴

Em tal conjuntura é gestado o conceito de norma jurídica, escrita ou não, porém acima e fora do indivíduo que a aplica ou que a conhece. O Direito começa a ser visto como objeto específico, com uma função específica. Concebe-se, com isso, a separação entre o Direito

¹² Consoante Cristiano da Paixão Araújo Pinto, o desenvolvimento da escrita, das cidades e do comércio é que deu azo à “[...] derrocada de uma sociedade fechada, organizada em tribos ou clãs, com pouca diferenciação de papéis sociais e fortemente influenciada, no plano das mentalidades, por aspectos místicos ou religiosos”. (PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direitos e sociedade no oriente antigo: mesopotâmia e Egito*. In: Wolkmer, Antonio Carlos [org.]. *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 36-37).

¹³ Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

¹⁴ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

como objeto do conhecimento e o Direito como ciência, como estudo do Direito posto. Daí a seguinte afirmação de Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

O conhecimento do direito, como algo diferenciado dele, é, pois, uma conquista tardia da cultura humana. A distinção, pois, entre direito-objeto e direito-ciência exige que o fenômeno jurídico alcance uma abstração maior, desligando-se de relações concretas (como as de parentesco: o pai tem direito de vida e morte sobre o filho, porque é pai, sem que se questione por que a relação pai/filho identifica-se com uma relação jurídica de poder de vida e morte), tornando-se um regulativo social capaz de acolher indagações a respeito de divergentes pretensões. Assumindo o direito a forma de um programa decisório em que são formuladas as condições para a decisão correta, surge a possibilidade de o direito-objeto separar-se de sua interpretação, de seu saber, das figuras teóricas e doutrinárias que propõem técnicas de persuasão, de hermenêutica, que começam a distinguir entre leis, costumes, folkways, moral, religião etc.¹⁵

Surgem, então, indivíduos cuja função é conhecer e aplicar o Direito: os juristas. Desenvolve-se uma Ciência que, a partir do Direito colocado, estabelece critérios capazes de abalizar uma decisão. O Direito perde, então, embora gradativamente, a sua antiga função metafísica de revelar o bem, surgindo em seu lugar o papel de instrumento capaz de propiciar a integração de comunidades diversificadas, contexto em que não cabe mais a exclusão daquele que infringe a lei, mas seu julgamento com base em um procedimento decisório, segundo uma técnica desenvolvida por especialistas denominados juristas.

Uma vez exposta uma visão geral, arbitrariamente homogênea e linear, do início da cisão do direito em Direito-objeto e Direito-ciência, cabe apresentar, no próximo tópico, uma análise histórica do desenvolvimento da dogmaticidade enquanto um modo específico de apresentação da ciência jurídica.

1.2 O desenvolvimento da ciência dogmática do Direito.¹⁶

Por conta do caráter multifacetado de seu objeto de estudo, a Ciência do Direito é uma ciência complexa, que estuda os fatos tidos por jurídicos desde as suas manifestações iniciais até aquelas em que a sua forma particular se aperfeiçoa, como bem acentua Miguel Reale¹⁷.

¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54-55, grifo do autor.

¹⁶ Advirta-se que há quem entenda impossível unir ciência do Direito à dogmática. Nesse sentido é a lição de Hugo de Brito Machado Segundo (Cf. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *É apropriado falar-se em dogmática jurídica?* In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba, Número 09, 2008, p. 159-186).

¹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 316.

Ocorre, porém, que é possível adscrever o âmbito da Ciência do Direito ao estudo e à análise das normas jurídicas postas e vigentes. Daí se dizer que “a Ciência do Direito, enquanto se destina ao estudo sistemático das normas, ordenando-as segundo princípios, e tendo em vista a sua aplicação, toma o nome de Dogmática Jurídica, conforme clássica denominação”.¹⁸

O termo *dogma*, correntemente utilizado no pensamento teológico, significa nada mais que o ponto de partida da construção de um saber, sendo indiscutível por princípio. Elemento característico da dogmática é, nessa perspectiva, “a estrita observância de um princípio (no caso, a norma jurídica), sem a qual o resultado da atividade do jurista não seria de nenhum modo utilizável”.¹⁹

A dogmaticidade jurídica é resultado de uma lenta evolução do reconhecimento da autonomia do fenômeno jurídico, bem como de sua especial função social, cujo início pode ser fixado no Direito Romano²⁰, com a criação de um corpo de juízes profissionais, em substituição aos antigos jurados leigos, intitulado *Concilium Imperial*. Esse concílio era composto por jurisconsultos que teorizavam acerca do Direito, baseando-se principalmente na análise dos casos concretos, a partir da dialética (confronto de idéias contraditórias) e da retórica (acentuação das virtudes e dos defeitos das idéias, por força da arte da argumentação), donde retiravam regras gerais, que representavam conceituação da realidade.²¹ Tais orientações eram apresentadas por meio dos *responsa*²², que eram informações escritas das questões jurídicas levadas aos juristas por uma das partes, e que, com o tempo, foram ganhando sistematização teórica, conquanto originada de questões práticas. A práxis romana baseada na análise do caso

¹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 316.

¹⁹ LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito - vol I: das origens à estrutura histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 295. Note-se que, assim atuando, a dogmática jurídica limita as possibilidades de variação na aplicação do Direito e controla a consistência das decisões de seus aplicadores, conforme atesta Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, passim).

²⁰ Cumpre destacar que “a expressão ‘ciência jurídica’ é relativamente recente, constituindo uma criação da Escola Histórica do Direito, surgida na Alemanha no século XVIII. Entretanto, a primeira grande elaboração teórica do Direito deve-se aos romanos, que incorporam, para isso, as categorias forjadas pelos gregos para o conhecimento em geral”. (CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31).

²¹ Cf. CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

²² Leciona Ebert Chamoun que “as respostas dos jurisconsultos (*reponsa prudentium*) eram os pareceres e opiniões dos magistrados idôneos para criar direito: *sententiae et opiniones eorum, quibus permissum et iura condere*. A obra dos juristas, responsáveis pela criação da ciência do direito (*iurisprudencia*) foi sempre de capital importância para o direito romano”. (*Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1951, p. 23).

concreto desembocou, nesse passo, num modelo teórico, com a criação de conceitos bipolares como *actio in rem* e *actio in personam*, *res corporales* e *res incorporales*, *jus publicum* e *jus privatum*, etc.²³

Dessarte, a despeito de seu caráter privado, a produção escrita dos jurisconsultos romanos, sobre constituir verdadeira *fonte* do Direito na denominada época clássica do Direito Romano²⁴, apresentou-se, “pela abundância de matérias tratadas, e pela construção lógica das suas obras”, como uma “verdadeira ciência do direito”, como bem disse John Gilissen²⁵. Enfim, “a preocupação harmonizadora dos jurisprudentes romanos permitiu um passo da maior importância, que não mais perderia: a procura incessante de regras pré-estabelecidas ou pré-determináveis para a resolução dos problemas. Assim, do Direito, se fez uma Ciência”.²⁶

Esquadrinhando com maior vagar essa evolução, tem-se que o pensamento *prudencial* – baseado na idéia de sopesamento dos valores em jogo no caso concreto – desenvolvido por meio dos *responsa* – criou figuras teóricas, regras e princípios de interpretação que distanciavam o Direito, como ordem reguladora dotada de validade geral, dos fatos que ele disciplina, bem como dos debates acerca de sua forma de aplicação. Nesse novel panorama, “as figuras construtivas da dogmática nascente deixam de ser parte imanente da ordem jurídica para serem mediação entre esta e as decisões concretas”.²⁷ Essa separação retira qualquer tipo de conflito que poderia estar contido no próprio Direito e o joga para sua intelecção. Em suma: é na ciência do Direito que vai se dar o embate para se encontrar a

²³ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 58-59.

²⁴ Sobre a influência da produção escrita dos jurisconsultos romanos, Mario Bretores esclarece que “entre a actividade normativa imperial e a jurisprudência, a relação não é simples. Há antes de mais um aspecto prático mais imediato. Os juristas (como sabemos) não desempenhavam um papel subalterno no interior do conselho, e estavam em condições de influir sobre cada uma das decisões, favorecendo-as ou questionando-as. Mas a jurisprudência é também, e sobretudo, uma empresa científica que se exprime num corpo de doutrinas e numa literatura. [...]. Jurisprudência e legislação nunca se enfrentam como blocos de contornos rígidos. Há entre uma e outra, por assim dizer, um diálogo permanente. Se, como literatura, a jurisprudência oferece à legislação uma série de decisões possíveis, e em todo o caso um termo de comparação, as normas imperiais, uma vez promulgadas, são ainda submetidas a um exame crítico”. (BRETTORES, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 177-178).

²⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p.90.

²⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. XXV.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Hamburgo: Rowohlt Taschenbuch, 1972 apud FERRAZ JR. Tercio Sampaio, op. cit., p. 59.

decisão para o caso concreto, e isso se dá com o uso de um instrumental teórico de decidibilidade composto pelos conceitos criados pelos juristas.

Dá-se, nessa perspectiva, o primeiro passo para distinção de intensa importância para o desenvolvimento do Direito, que consiste na separação do Direito-objeto (neutro), da ciência do Direito (com seu instrumental teórico para a decisão) e do caso concreto que demanda uma decisão. O Direito não está neste último – no fato –, mas no primeiro – na norma –, o que possibilita a visão do Direito como instrumento de controle social e não como forma de revelação do bem e do mal imanente aos fatos humanos. Todavia, a sua aplicação demanda uma tomada de decisão, que se dá com base em fundamentos dados pela ciência jurídica, que constrói uma plêiade de conceitos que visam a garantir uma decisão harmônica e sistêmica, em consonância com a norma e com o fato.

Na Idade Média, o caráter dogmático da ciência jurídica ganha corpo, com a introdução dos estudos críticos de textos clássicos, principalmente nas universidades, entre eles o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, o *Decretum* de Graciano, além de fontes eclesiásticas e dos decretos papais, que eram aceitos como base indiscutível do Direito, em decorrência das limitações existentes nos ordenamentos locais.²⁸ Tem-se, nesse contexto, o início das excogitações assentadas em algo posto – escrito –, cujo intuito era sacar regras sistemáticas dos casos concretos debatidos nos aludidos textos, que eram vistos como paradigmas. Deixa-se de lado a pragmática romana, fulcrada em regras de aferição dos valores contidos no caso concreto, partindo-se para uma construção de cunho mais abstrato e geral.²⁹ Esse período é

²⁸ As razões de adoção do estudo do Direito Romano pelas universidades européias são apresentadas por René David na seguinte passagem: “[...] como seria possível organizar, na Idade Média, um ensino de direito orientado para o que nós hoje chamamos o direito positivo? Este, na maioria dos países, apresentava-se sob um aspecto caótico, incerto, extremamente retalhado, por vezes bárbaro. [...]. A hesitação era tanto menos possível quanto era certo que, em face da diversidade e da barbárie dos costumes locais, um direito se oferecia ao estudo e à admiração de todos, tanto professores como estudantes. Este direito era o direito romano.” (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43).

²⁹ Guerra Filho e Carnio ensinam que “[...] Franz Wieacker, em obra fundamental sobre História do Direito, mostra como a ciência jurídica européia se forma sob a égide da Igreja, donde advém uma influência marcante da teologia dogmática na metodologia jurídica. Assim, na Idade Média, com a sua redescoberta o corpus juris civilis vai representar para o Direito o que a Bíblia era para a religião: dogmas indiscutíveis, pois nesses textos a razão (logos) tinha-se convertido em palavra escrita, em ratio scripta”. (CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35).

marcado, na verdade, por uma reconstrução dos textos clássicos, para deles se extrair a essência, cada vez mais desconectada dos casos concretos neles contidos.³⁰

No fim da Idade Média, verificou-se uma crescente dessacralização da atividade jurídica, uma vez que o conhecimento das coisas humanas foi gradativamente separado do conhecimento do divino, muito embora permanecessem conectados e hierarquizados.³¹ Paralelamente, o crescimento do Estado, e de sua organização burocrática, deu lugar a um conhecimento racional do Direito, de caráter objetivo e impessoal, que pairava acima dos detentores dos cargos. Esses fatores levaram, cada vez mais, ao desenvolvimento de uma técnica jurídica.

Essa incipiente “ciência” jurídica europeia, fruto da romanização do Direito continental ocorrida na Idade Média³², apesar da diversidade verificada em função de cada específico território, originou elementos comuns presentes até hoje no discurso jurídico, entre os quais se destacam o uso de uma terminologia jurídica homogênea, a prevalência das regras gerais e abstratas oriundas da lei ou do raciocínio doutrinário para a solução dos casos e o princípio de que o Direito deve ser justo e razoável, com acentuado grau de racionalidade.³³

Já na Idade Moderna, a partir do Renascimento, perde primazia o caráter ético do Direito, que é próprio da jurisprudência romana³⁴ e que foi, de certo modo, conservado na Idade Média.³⁵

³⁰ Como acentuado por John Gilissen (*Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 204), a ciência jurídica nascida na Baixa Idade Média (a partir do século XII), apesar da semelhança, não era idêntica à da época romana, notadamente porque os professores das universidades eram influenciados pelas idéias e instituições vigentes, com especial relevo para a doutrina cristã, a fim de resolver questões atuais.

³¹ Cf. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

³² Como bem disse António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “a *Ciência Jurídica europeia nasceu com a primeira recepção do Direito Romano, levada a cabo nas Universidades medievais, a partir do século XII. Glosas e comentários permitiram a sua implantação numa sociedade muito diferente daquela para que ele fora, no início, pensado*”. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. LXXIV).

³³ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 204.

³⁴ Cabe, aqui, precisar o sentido romano do termo jurisprudência com as seguintes lições de Gilissen: “*A jurisprudência, no sentido romano, era o conhecimento das regras jurídicas e a sua actuação pelo uso prático. É antes aquilo que nas línguas novilatinas se designa por doutrina; porque a jurisprudência designa nestas línguas o conjunto das decisões judiciais; o termo inglês jurisprudence tem um sentido mais próximo do sentido romano*.” (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 90).

³⁵ Após o período dos glossadores, cujo vigor se verificou nos séculos XII, XIII e princípio do XIV, veio a lume a Escola Bartolonista, ou dos pós-glossadores, fundada por Bartolus de Saxoferrato. Essa escola preconiza uma ciência do Direito feita a partir de análises conceituais, mas com enfoque na ética e na justiça, originando, assim, uma conceituação casuística, típica da atividade romana.

Cada vez mais os pensadores são impelidos a solucionar as necessidades práticas do corpo social com fulcro em técnicas racionais. Nessa perspectiva, emerge a era do Direito racional, onde a exegese jurídica torna-se cada vez mais artificial e livre em relação aos textos clássicos, conquanto os tome, inicialmente, como pontos-de-partida. Essa teoria moderna do Direito “não rompe com o caráter dogmático que, ao contrário, tenta aperfeiçoar ao dar-lhe uma qualidade de sistema que constrói a partir de premissas, cuja validade repousa em sua generalidade racional”.³⁶ À razão, portanto, é dado conhecer e sistematizar o Direito, formalizando-o. E, assim, ganha força o jusnaturalismo.

Nessa senda, o conceito de sistema acaba por se converter, conforme Ferraz Jr., “na maior contribuição do chamado jusnaturalismo moderno ao direito privado europeu”.³⁷ Como bem leciona o jurista, “a teoria jurídica européia, que até então era mais uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e até hoje domina os códigos e os compêndios jurídicos”.³⁸ Daí a afirmação de Ferraz Jr. no sentido de que de uma “teoria que devia legitimar-se perante a razão por meio da exatidão lógica da concatenação de suas proposições, o direito conquista uma dignidade metodológica especial”.³⁹ Concebe-se, então, uma visão empírico-analítica do Direito, “num sentido que podemos chamar de pragmático, em que os modelos do direito natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, paradigma que se toma como viável na experiência”⁴⁰, como disse Tércio Sampaio Ferraz em outra passagem de sua obra.

Sob esse novel contexto, o teórico do Direito liberta-se da autoridade dos textos clássicos e passa a construir sistemas racionais, compostos de regras técnicas cujas situações sociais prescritas podem ser verificadas na realidade e são portadoras da função de estabelecer o bem-estar social. Com arrimo na razão, o jurista desvenda a natureza humana, alcançando princípios que podem balizar regras técnicas para o controle social. Tenta-se elevar a teoria dogmática do Direito ao patamar de ciência, a despeito da distância entre teoria e prática, já

³⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 68.

³⁷ *Ibid.*, p. 67.

³⁸ *Ibid.*, p. 67.

³⁹ *Ibid.*, p. 67.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 69.

que o Direito passa a ser criado racionalmente, não sendo mais colhido da experiência jurídica concreta.⁴¹ Essa passagem é bem ilustrada por Guerra Filho e Carnio:

Uma noção muito cara para a moderna metodologia das ciências é a de “sistema”. Em Direito, o termo aparece já no século XVIII, como o Movimento do Direito Racional Jusnaturalista, surgindo sob o influxo das meditações cartesianas, fundamentantes da concepção de ciência vigente nos tempos modernos. “Sistema”, conforme se entendia à época, coincidia com a idéia geral que se tem de um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum.

Nessa altura, a ciência jurídica rompe a dependência da prática jurisprudencial e dos procedimentos exegéticos dogmáticos, sem, entretanto, descartar-se do seu caráter dogmático, que na verdade tentou aperfeiçoar, inserindo-o em um sistema construído em bases racionais, conforme o rigor lógico da dedução. A teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento crítico da realidade, aguçando-se o sentido crítico-avaliativo do Direito em normas e padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão.⁴²

A partir do século XIX, três importantes efeitos despontaram do fenômeno da positivação do Direito.⁴³ Em um primeiro momento, (i) o Poder Público pôde editar inúmeras regras de direcionamento da conduta humana, nas mais diversas áreas da sociedade, que, por sua vez, tornava-se cada vez mais complexa. Na seqüência, (ii) os juristas se dedicaram ao estudo minucioso do conteúdo do Direito positivado, como também – em decorrência de seu aprisionamento em signos escritos – de sua limitação.⁴⁴ Esse esforço teórico, de seu turno, permitiu (iii) a fixação do caráter mutável do Direito, entrando em consideração a validade controlável das normas jurídicas, que pode ser sintetizada na noção de que o que hoje é considerado Direito não precisa ter sido sempre Direito, e nem será necessariamente Direito no futuro.

Ao mesmo tempo, ganhou pujança a teoria de separação dos poderes, que serviu para despolitizar o Poder Judiciário, preparando o terreno para o fortalecimento da ciência jurídica como ciência dogmática. Sob a ótica do paradigma liberal-burguês que orienta a conformação dessa teoria, não era tarefa do Poder Judiciário criar regras jurídicas, mas sim aplicar as regras

⁴¹ Condição denominada por *irrealismo metodológico* por António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. XXIV).

⁴² CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

⁴³ Positivação pode ser entendida como a limitação de significação das normas jurídicas, efetivadas a partir de sua transformação em linguagem escrita.

⁴⁴ Isso em decorrência de seu aprisionamento em signos escritos.

cunhadas pelo Poder Legislativo, cujo produto principal, a lei, era fonte privilegiada do Direito. Em tal conjuntura, atém-se o juiz ao seu dogma: a lei.

Na face oposta, o caráter mutável do Direito gerou reação, até certo ponto inevitável, a respeito da consideração de seu estudo como ciência. Veio a lume a natureza transitória e fugaz do objeto da ciência do Direito (o Direito positivo), o que inquinaria sua própria condição de ciência. A resposta a tal objeção veio com a intitulada Escola Histórica, que entendia o Direito não como “fenômeno que ocorre na História, mas que é histórico em sua essência, o que permitiria a qualificação do acontecimento presente também como história”⁴⁵, como disse Tercio Sampaio. Destarte, o objeto da ciência jurídica devia ser a história do Direito, sendo que a análise do Direito presente seria apenas sua continuidade, efetivada por meio da dogmática. Sob essa perspectiva, a História incorpora-se à análise do Direito, de modo que o objeto de estudo do cientista transporta-se da regra positiva para os institutos jurídicos (expressões das relações vitais, típicas e concretas: o *espírito do povo*), que definem e arrimam tais regramentos. Nesse quadro, apesar da precedência da lei, a doutrina ganha relevância, suplantando a prática e os profissionais jurídicos.⁴⁶

A Escola Histórica instaura uma contraposição que orientou as mais diversas teorias jurídicas aparecidas desde então. Trata-se da “oposição entre a concepção sistemática, de caráter formal-dedutivo, representada pelo jusnaturalismo racionalista, e aquela que acentua a inserção histórica e social do Direito, que determina a busca do jurídico onde ele se dê concretamente, ou seja, na experiência jurídica dos povos”.⁴⁷

A bem da verdade, o pensamento de Savigny, o maior expoente do pensamento da Escola Histórica, é no sentido de que a interpretação do fenômeno jurídico precisa de três elementos:

⁴⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 75.

⁴⁶ Manuel da Rocha Menezes Cordeiro assim explica o método da Escola Histórica do Direito: “[...] com SAVIGNY e a escola histórica, procedeu-se à confecção de um método puramente jurídico. Esse método, que era suposto corresponder a um discurso sobre o processo de realização do Direito vai, ele próprio, torna-se objecto de novos discursos. Ou seja, num fenómeno que a moderna Filosofia da Linguagem bem permite isolar, pode considerar-se que a autonomização metodológica do Direito comportou um preço: o do aparecimento dum metadiscurso que, por objecto, tem não já o Direito, mas o próprio discurso sobre o Direito. Surge, então, uma metalinguagem, com metaconceitos e toda uma sequência abstracta que acaba por não ter já qualquer contacto com a resolução dos casos concretos”. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. XXV).

⁴⁷ CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

um fenômeno lógico, um elemento gramatical e um elemento histórico.⁴⁸ Desse modo, o intérprete do Direito deverá tomar em consideração as circunstâncias históricas de seu surgimento, como também conhecer as particularidades e o significado de cada texto para o conjunto, já que a legislação só se exprime ao nível de um todo e o todo do Direito só em sistema é reconhecível. Havia, pois, uma sistematização filosófico-científica no pensamento de Savigny.⁴⁹

Ocorreu que essa análise histórica do Direito, em sua máxima amplitude (presente e passado), foi perdendo força à medida que foi aferindo importância o Direito presente, posto e vigente, bem como sua análise, ou seja, a dogmática. E não poderia ser diferente. Como o Direito nas sociedades modernas tem o caráter de instrumento de regulação social, somente se buscava na história do Direito aquilo que no momento presente tinha alguma relevância prática. Nesse estado de coisas, a teoria jurídica unifica-se em uma síntese do material jurídico romano com a sistematização lógica pugnada pelo racionalismo jusnaturalista. Em sùmula, o fundamento da sistematização do Direito vigente deixou de ser a razão humana e passou a ser a experiência normativa.

Como consequência dessa reafirmação da dogmática, paulatinamente a tarefa do jurista passa a ser de conferir sistematização aos juízos normativos, esgarçando-lhes os fundamentos até chegar ao positivismo legal, que limita o estudo do Direito à análise da lei positiva. Nasce, assim, a ciência dogmática do Direito e, a partir de então, o jurista centra-se na tarefa de construção de conceitos abstratos capazes de captar o Direito posto e organizá-lo sistematicamente.⁵⁰

⁴⁸ Vejamos o que diz Karl Larenz a respeito desses elementos do pensamento de Savigny: “[...] é característica de SAVIGNY a exigência de uma combinação dos métodos «histórico» e «sistemático», referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 18).

⁴⁹ Segundo Larenz (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 13-14), essa sistematização tinha, no início do pensamento de Savigny, como ponto de partida o direito legislado (viés legalista). Todavia, tal enfoque perdeu primazia posteriormente, passando a ganhar relevo a noção de *espírito do povo*, que seria a fonte originária do Direito, dando azo aos institutos jurídicos, que gerados por intuição, colmatavam, agora por abstração, as regras de Direito. Assim o pensamento jurídico deveria conciliar intuição (global) do instituto jurídico e conceito abstrato (parcial) das regras.

⁵⁰ Sobre as mudanças havidas no século XIX e sua influência na dogmatização da ciência jurídica, é oportuno citar a seguinte passagem da lavra de Carlos Alchourrón e de Eugenio Bulygin: “*Un importante cambio en la concepción del sistema jurídico se produce en el siglo XIX. Ese cambio se debió a la influencia de diversos factores, tanto jurídicos como filosóficos, entre los cuales cabe mencionar, como los más importantes: la codificación napoleónica en Francia, la escuela histórica de Savigny en Alemania, y el utilitarismo, con*

Foi assim que despontou a ciência do Direito como saber dogmático, condição essa que, como se pode entrever, verificou-se à medida que se fortalecia a importância da sistematização racional do Direito posto, tarefa que era efetuada com base na elaboração doutrinária dos conceitos jurídicos.

1.3 O formalismo conceitual e a dogmática analítica.

Na conclusão do tópico anterior, ficou evidenciado que a ciência dogmática do Direito, ao fim de seu processo de consolidação, passou a se centrar na construção de conceitos abstratos capazes de captar o Direito posto e organizá-lo sistematicamente.⁵¹ Cabe, então, pormenorizar as nuances próprias dessa técnica que conforma o que se denomina de *formalismo* conceitual, que se presta a sustentar, de seu turno, a *dogmática analítica*.

Como já dito linhas atrás, foi com o jusnaturalismo racionalista (com raízes mais profundas na filosofia do idealismo alemão⁵²) que ocorreu a conformação inaugural da sistematização mediante conceituação, própria da ciência do Direito. De fato, o jusnaturalismo racionalista iniciou a formação da corrente de conceituação abstrata do Direito, com sua concepção sistemática de caráter formal-dedutivo, noções que constituem o âmago da técnica denominada de *formalismo conceitual*.

*Bentham y Austin a la cabeza, en Inglaterra. El cambio mencionado se caracteriza por el abandono de las doctrinas del Derecho Natural y por una nueva concepción de sistema jurídico, que cristaliza en la dogmática jurídica. La ciencia dogmática mantiene la estructura deductiva, pero abandona resueltamente el Postulado de la Evidencia, al desechar los principios del Derecho Natural y sustituirlos por las normas del derecho positivo. El positivismo de la nueva ciencia del derecho consiste en la aceptación «dogmática» de las normas creadas por el legislador positivo; los axiomas del sistema jurídico no son ya principios evidentes e inmutables del Derecho Natural, sino normas contingentes, puestas por el legislador humano.» (ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Austrea, 1987, versão digitalizada. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005).*

⁵¹ Essa forma de pensar cientificamente o fenômeno jurídico erigiu-se em um movimento doutrinário especificamente cognominado de normativismo jurídico abstrato, que constitui, ao lado do eticismo jurídico e do empirismo jurídico, uma das grandes vertentes do pensamento doutrinário. A influência de tal vertente do estudo do Direito é indiscutível. Tanto assim que se afirma, com acerto, que “*a teoria do Direito como conjunto sistemático de normas é a concepção dominante entre os juristas, notadamente no Brasil*”. (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 410).

⁵² Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 21.

Representa muito bem essa corrente de pensamento a escola denominada *jurisprudência dos conceitos*⁵³, que enfatizava o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada.⁵⁴ O jurista alemão Puchta é, sem dúvida, o maior expoente da *jurisprudência dos conceitos*, tendo desenvolvido um processo lógico-dedutivo denominado *pirâmide de conceitos*, que acabou “preparando o terreno ao formalismo jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século”.⁵⁵

A *pirâmide de conceitos* se assenta no método de formação de um sistema que se assemelha a uma pirâmide (daí a razão da denominação), de acordo com os cânones da lógica formal. Nesse tipo de sistema há um conceito abstrato supremo que ocupa o vértice da pirâmide, situação que lhe permite uma maior extensão de perspectiva. Esse vértice, quando comparado à base da pirâmide, é mais estreito, de modo que, da base ao vértice, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância de matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva – e vice-versa. À largura corresponde a compreensão, e à altura a extensão (o âmbito de aplicação) do conceito abstrato. Nesse quadrante, tem-se que o ideal desse sistema é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, no qual se vão subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios. Bem por isso é que Puchta entendia que possui o conhecimento sistemático quem consegue seguir, tanto no sentido ascendente quanto no descendente, a proveniência de cada conceito através de todos os termos médios que participam na sua formação.⁵⁶

⁵³ Segundo Carnio e Guerra Filho (CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39), alinham-se entre as doutrinas que enfatizam o aspecto da conceituação abstrata as seguintes: jurisprudência dos conceitos (Windscheid, Wach), a Escola Exegética Francesa, a Escola Analítica Inglesa (Austin, Bentham), a Teoria Pura do Direito (Kelsen), Teoria fenomenológica do Direito (Gerhard Husserl) e o neopositivismo analítico (Hart).

⁵⁴ Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, passim.

⁵⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 29.

⁵⁶ Essa exposição da pirâmide dos conceitos toma por base as lições de Karl Larenz (*Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 23-24).

O “método” desenvolvido por Pucha exerceu notável influência nos juristas que lhe sucederam nos séculos XIX e XX. Representa muito bem esse fato a primeira fase do pensamento de Jhering.⁵⁷

A consolidação do *formalismo conceitual* se deu, contudo, com a fase final da Escola Histórica, denominada pandectística.⁵⁸ O pandectismo, apesar de se inserir no bojo da denominada Escola Histórica – que, por sua vez, contrapunha-se, por princípio, às elucubrações formais centradas no dado positivo do fenômeno jurídico –, foi extremamente importante para a construção e afirmação de uma sistematização conceitual iniciada pelo jusracionalismo, notadamente com Puchta.

Windscheid⁵⁹, expoente máximo do pandectismo, defendia a aplicação do Direito utilizando elementos exclusivamente jurídicos, com a separação de quaisquer outros. Para esse jurista alemão, o Direito também seria, na sua contingência histórica, algo racional, e, por conseguinte, susceptível de uma elaboração científica, não apenas de caráter histórico, mas também sistemático.⁶⁰ O testemunho de Larenz deixa evidente a continuidade do pensamento sistemático e abstrato na obra de Windscheid, que, no seu entender, “não deixou de manejar com soberba maestria o método de análise dos conceitos, da abstracção, da sistematização lógica e da «construção» jurídica”.⁶¹

A bem da verdade, a afirmação do formalismo conceitual foi resultado tanto da *Escola dos Pandectistas* como de outras duas escolas que a ela correspondem, quais sejam, a *Escola da*

⁵⁷ Jhering apoiou, em sua primeira fase de seu pensamento, a Jurisprudência dos conceitos formal, notadamente as idéias de Puchta. Tal jurista orienta-se para uma análise mais científica, própria das ciências da natureza, do fenômeno jurídico. A função sistemática da ciência do Direito, segundo o pensamento de Jhering, consiste em “desmontar cada um dos institutos e as correspondentes proposições jurídicas nos seus elementos lógicos, em destilar estes últimos na sua pureza e em deles extrair, então, através de combinações, tanto as normas já conhecidas como normas novas”. (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 31).

⁵⁸ A *Escola dos Pandectistas*, na Alemanha, corresponde, até certo ponto, à *Escola da Exegese*, na França, no que se refere ao primado da norma legal e às técnicas de sua interpretação. Em virtude, porém, da inexistência de um Código Civil, os juristas alemães mostraram-se, por assim dizer, menos *legalistas*, dando mais atenção aos usos e costumes e aceitando uma interpretação mais elástica do texto legal. (Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 279).

⁵⁹ Alguns autores, como Larenz (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005), classificam o pensamento de Windscheid como próprio da jurisprudência dos conceitos.

⁶⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 34-35.

⁶¹ *Ibid.*, p. 35.

Exegese (França)⁶² e a *Escola Analítica* (Inglaterra), visto que todas essas escolas comungavam a idéia nodular da prevalência da norma legal e das técnicas de sua interpretação, num sistema rígido de apego aos textos e de construção sistemática, na qual se articulavam argumentações dedutivas e indutivas.⁶³ De toda sorte, para os fins deste estudo, cumpre acentuar tão-somente que a *Escola Jusracionalista* e o *pandectismo* (e suas variações) contribuíram para a noção da sistematização conceitual do Direito, fazendo nascer a idéia central do positivismo científico, que separa a ordem jurídica da moral, resultando no formalismo como retor da prática científica, conforme registro de Willis Santiago Guerra e Henrique Carnio.⁶⁴

O formalismo conceitual, enquanto técnica de fixação e apreensão do objeto de estudo, acabou por conferir à ciência dogmática um caráter analítico, uma vez que centrada na formulação de juízos com tal natureza: formais, abstratos e dotados de validade universal.⁶⁵ Frise-se que, para qualificar uma teoria jurídica como analítica, não basta a existência de uma conceituação e sistematização geradoras de conceitos abstratos sacados do Direito positivo, é preciso mais que isso: os juízos formulados devem relevar notas essenciais e universais do objeto de análise, de modo que eles possuam pretensões de validez e aplicação universais. Essa é a lição de Brian Bix:

Las teorías del derecho son frecuentemente catalogadas como “analíticas” o “conceptuales” – tales teorías generalmente pretenden ser “descriptivas”, en el sentido de que pretenden describir el modo en que las cosas son antes que criticar o prescribir. De todos modos, tales teorías no son generalmente “meramente descriptivas”, en el sentido en que, en esos casos, los teóricos están haciendo algo más que el mero reporte de datos u observaciones. [...].

⁶² Como dito por Perelman (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 31), a Escola da Exegese pretendia realizar o objetivo de reduzir o Direito à lei, mas especificamente o Direito Civil ao Código de Napoleão.

⁶³ Cf. CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39. A imbricação entre os métodos dedutivos e indutivos nesse tipo de escola do Direito é exposta também por Araújo Costa, ao atetar que “a hermenêutica sistemática ofereceu uma articulação entre argumentações dedutivas e indutivas”, de modo que “a construção indutiva de regras gerais, a partir da recombinação dos conceitos descobertos por via analítica, abria uma maior aproximação entre o discurso jurídico e o científico”. (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutoramento em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 241).

⁶⁴ CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40-41.

⁶⁵ É importante lembrar, para uma exata compreensão desse caráter, que os juízos analíticos são aqueles puramente formais, “dotados de validade universal e necessária, independente da experiência: o seu valor é meramente explicativo, o que não impede possam ter a mais relevante significação, como ocorre em vários ramos do saber”, como disse o jusfilósofo Miguel Reale. (*Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 106).

El análisis conceptual usualmente involucra la aserción filosóficamente ambiciosa de que la teoría ha capturado aquello que es “esencial” a cierto concepto o práctica, características “necesarias” para que una práctica o institución justifique la etiqueta en cuestión.⁶⁶

Formou-se, assim, uma ciência que, sobre ser dogmática, é analítica, com enfoque na compreensão do Direito positivado como um sistema, e cuja intelecção se dá com base em juízos formais, racionais e lógicos preordenados à validade universal independentemente das especificidades dos casos a que visam a regular.⁶⁷ Surge, nesse quadrante, a *dogmática analítica*.

Nada obstante a ausência de uma firme coesão entre todas as teorias analíticas⁶⁸, tem-se que a conceituação abstrata e a sistematização formal e lógica (atividades coligadas que compõem o formalismo conceitual) são, a bem da verdade, o ponto comum de tal corrente de estudo do Direito. Vale dizer: dentre as inúmeras escolas analíticas, extrai-se a preocupação com a formulação de conceitos (lógico-formais) sistematizantes do Direito posto, próprios do formalismo conceitual. Tem-se, aqui, a idéia de sistema como método da ciência jurídica.

Daí a importância do formalismo conceitual, enquanto técnica jurídica composta pela atividade de conceituação formal e abstrata e sistematização lógica e fechada do Direito posto, alçado como instrumento primacial das teorias jurídicas analíticas.

⁶⁶ BRIX, Brian. *Teoría del derecho: tipos e propósitos*. In: Isonomia, nº 25, out. 2006. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 60.

⁶⁷ Ao ser articulada no modelo teórico analítico, a ciência do Direito apresenta-se como teoria da norma, levando o seu enfoque para a solução de problemas ligados aos temas das fontes do direito, do sujeito do direito, do direito subjetivo, da relação jurídica, entre outros. A solução a esses problemas levou a ciência jurídica a ser uma espécie de analítica das figuras jurídicas, que teria por escopo último encadeá-las num sistema, constituindo um saber sistemático. (Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994).

⁶⁸ A teoria analítica não tem unidade, comportando múltiplos desenvolvimentos independentes, conforme acentua António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: “[...] a teoria analítica é positivista no sentido mais estrito do termo, numa situação agravada, no Continente, pela aproximação ao normativismo kelseniano. Outras das suas características, em simplificada generalização, podem ser formuladas com recurso às seguintes proposições: ela implica uma posição empírica, mas racionalista e antimetafísica; ela cultiva a clareza conceitual, preocupando-se com a linguagem e a sua utilização; admite uma contraposição intrínseca entre proposições descritivas e prescritivas; aceita a adstringência da lógica; proclama a excelência da crítica ética às soluções preconizadas pelo Direito.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. XLI-XLII)

2 A SEMIÓTICA COMO TÉCNICA ADEQUADA PARA O ESTUDO DA PRODUÇÃO NORMATIVA DESENVOLVIDA NO PROCESSO JUDICIAL.

2.1 A insuficiência do formalismo conceitual para apreensão satisfatória do fenômeno jurídico-normativo a cargo do Juiz.

O formalismo conceitual, instrumento próprio das teorias que compõem a dogmática analítica, fez prevalecer, como esclarecido alhures, a conceituação formal e abstrata dos fenômenos jurídicos, com a consequente sistematização lógica e fechada do Direito positivo. Essa técnica, conquanto seja de incontável importância para o estudo acadêmico do fenômeno jurídico, não dá conta de apreender, com perfeição, o fenômeno da aplicação concreta do Direito, mormente aquela desempenhada pelos órgãos do Poder Judiciário.

Com efeito, destrinchando tudo o que já foi dito, pode-se concluir que a sistematização e a conceituação próprias do formalismo conceitual centram-se na análise das regras gerais e abstratas elaboradas pelo Legislador (objeto de estudo) e, num momento posterior, na elaboração de juízos, também gerais e abstratos, sacados dessas mesmas regras (proposições científicas). Tem-se, portanto, uma atividade calcada em uma dupla abstração, porquanto há formulação de juízos abstratos com base em outros juízos abstratos. Atividade essa que pode chegar até a caracterizar uma tripla camada de abstração, quando o foco da atividade do jurista passa a ser propor regras para sacar normas das regras jurídicas.⁶⁹

São justamente esses juízos abstratos que governariam a atividade de conhecimento e aplicação do Direito. Como bem acentuam Carnio e Willis Guerra, do formalismo advém, entre outras consequências, as noções de que “a ordem jurídica passa a ser vista como um sistema fechado e pleno, com autonomia e independência perante a realidade social, uma realidade *a se*”.⁷⁰ Nesse contexto, seria “sempre possível a subsunção lógica a princípios ou conceitos devidamente construídos”⁷¹, donde se concluiria que “a atividade judicial de aplicação do Direito é ‘automática’, por ser escrava dessa subsunção silogística”.⁷² Tal base

⁶⁹ Cf. FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

⁷⁰ CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40

⁷¹ *Ibid.*, p. 40.

⁷² *Ibid.*, p. 41.

teórica estava em perfeita consonância com os ideais políticos e as noções de ordenamento jurídico prevalentes no ocidente europeu pós-revolução. Bulygin dá o tom dessa imbricação:

Lo que chamo [...] “doctrina tradicional” se caracteriza por una tajante distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia. [...].

La separación entre el *poder legislativo* como poder político por excelencia, ejercido por el parlamento compuesto por los representantes del pueblo y encargado de la creación del derecho, y el *poder judicial*, un poder puramente técnico, ejercido por jueces profesionales cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo es uno de los puntos centrales de las propuestas de los teóricos de la ilustración para la organización política y jurídica del Estado. Por derecho se entiende aquí el conjunto de las normas generales dictadas por el parlamento y el poder ejecutivo, en primer lugar, las leyes. La tarea de los jueces se circunscribe a la aplicación de las normas generales a casos concretos. Este planteo no sólo supone una división tajante entre la creación y la aplicación del derecho, sino que además exige – para que los jueces estén en condiciones de cumplir su función – que el derecho suministre a los jueces la posibilidad de resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales. Esto implica que el derecho ha de ser completo y coherente, en el sentido de que debe contener una solución para todo problema que sea sometido al juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso.⁷³

Assim é que, nessa ordem de idéias, à doutrina caberia, de acordo com Perelman, “transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível, que conteria o conjunto das regras de direito, do qual tiraríamos a maior parte do silogismo judiciário”⁷⁴. Nesse passo, ao Juiz, uma vez estabelecidos os fatos, bastaria formular o silogismo judiciário, “cuja [premissa] maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas nas regras haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo”⁷⁵, como finaliza o citado jusfilósofo.

Ocorre que essa peculiar visão científica faz um corte arbitrário da realidade jurídico-normativa, abjungindo dois fenômenos que estão imanentemente ligados no *mundo do dever-ser*: separa as normas gerais e abstratas, postas mormente pelas Casas de Leis em aplicação à Constituição, das normas individuais e concretas, postas mormente pelo Judiciário em aplicação à legislação; dando primazia à análise daquelas em detrimento destas. Assim atuando, o formalismo conceitual apequena a atividade e os juízos elaborados ao ensejo da

⁷³ BULYGIN, Eugene. *Los jueces crean derecho?*. In: Isonomia, nº 18, abr. 2003. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2003, p. 08.

⁷⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 33.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 33 – explicação nossa.

aplicação do Direito pelos agentes credenciados (competentes) do sistema jurídico. E confere, ao revés, um papel de sombranceira importância à atividade científica da doutrina, como se fosse esta, e não a efetiva aplicação do Direito diante dos casos concretos que realmente ostenta primazia para a consecução da finalidade conatural às ordens normativas: a regulação das condutas humanas.

Ou seja, para tal visão o ponto central de sistematização do fenômeno jurídico seriam os juízos não-oficiais (notadamente aqueles postos na cátedra) e não juízos formulados ao ensejo da aplicação do Direito diante das idiosincrasias do caso concreto.

Resta estreme de dúvidas, então, que, no formalismo conceitual próprio da dogmática analítica, a atividade de aplicação do Direito geral e abstrato é relegada, pode-se dizer, ao segundo plano, como se bastassem, para a inteireza da compreensão da dinâmica jurídica, os modelos de casos e modelos de soluções erigidos pela doutrina com fundamento na legislação. Nesse contexto, sendo os juízos normativos postos pelo magistrado reféns dos juízos elaborados, notadamente pelos juristas, já no altiplano da legislação, é óbvio que não restaria qualquer atividade criativa/normativa a cargo do Poder Judiciário e demais órgãos aplicadores do Direito legislado. Caber-lhes-ia, tão-só, aplicar a lei, por meio de mera dedução lógica dos conceitos normativos, previamente sacados e sistematizados pela doutrina.

Não se nega, decerto, que a doutrina jurídica, amiudadas vezes, ao expor o seu raciocínio visa a fixar modelos de casos e modelos de soluções. Por isso é que, com Miguel Reale, se diz que “toda colocação teórica de um princípio jurídico representa momento condicionante da colocação de um princípio prático de ação”. Isto é, “a pesquisa, no mundo jurídico, visa sempre a um momento de aplicação”⁷⁶, seja para expor como ele vem sendo aplicado, seja para dizer como ele deveria ser aplicado. Assim atuando, é certo que a teoria do Direito deixa

⁷⁶ Essas são as lições literais de Miguel Reale sobre o ponto em questão: “A pesquisa, no mundo jurídico, visa sempre a um momento de aplicação. O sociólogo poderá estudar o fenômeno jurídico sem qualquer preocupação de ordem prática, buscando descobrir os nexos causais ou as constantes que existem entre o fato social e o mundo jurídico. O jurista, porém, como cientista do Direito, não poderá jamais parar ou suspender a sua pesquisa, no plano meramente compreensivo, porquanto, no mundo jurídico, a compreensão se converte necessariamente em normação. Toda pesquisa jurídica tem duplo momento: o momento compreensivo, ou seja, da descoberta de relações constantes ou daquilo que denominamos, de maneira geral, princípios, tipos e leis, e um momento consecutivo, não facultativo ou contingente, o momento normativo que implica um modelo de atividade ou de conduta a ser seguido. Toda colocação teórica de um princípio jurídico representa momento condicionante da colocação de um princípio prático de ação [...]” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 304).

de ser meramente analítica para se tornar também *descritiva*, na primeira hipótese aventada, ou mesmo *prescritiva*, na segunda hipótese aventada, segundo o escólio de Brian Brix^{77,78}.

Mas, mesmo voltado para a aplicação concreta de seus juízos, esse tipo de ciência jurídica prática, e não unicamente teórica, não tem o condão de afastar as limitações do método jurídico afeto à dogmática analítica tradicional⁷⁹, que pode levar, de forma declarada ou não, à *própria desconsideração do caráter normativo das sentenças judiciais*.

Como se era de esperar, tal modo de entender a operatividade do Direito, apesar de sua notável força e influência no século XIX e no início do século XX, sofreu sérios questionamentos.

Karl Larenz⁸⁰ sintetiza as críticas lançadas em direção à dogmática analítica e ao seu método, aduzindo que a perfeição do sistema por ela criado depende do ideal da possibilidade de subsunção de todos os casos jurídicos aos conceitos do sistema, e com isso a uma regra dada na lei. Todavia, esse ideal seria inatingível, no entender do citado jurista, por conta dos seguintes fatores: (i) o sistema nunca foi perfeito e fechado em si; (ii) seria impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida, significativos sob pontos de vista de valorações jurídicas, num sistema de compartimentos estanques e imutáveis, de modo que bastasse destacá-los para os encontrar um a um em cada um desses compartimentos; e (iii) o esvaziamento de sentido dos conceitos abstratos, notadamente aqueles situados no ápice da pirâmide conceitual, que os tornariam anêmicos em relação às condutas objeto de regulação.

Assim, emergiram movimentos que, sob o acicate dessa insuficiência, buscaram suplantar a técnica jurídica representada pelo formalismo conceitual. Pode-se dizer que encabeça tal

⁷⁷ BRIX, Brian. *Teoría del derecho: tipos e propósitos*. In: Isonomia, n° 25, out. 2006. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 57-68.

⁷⁸ Para o autor norte-americano, há uma teoria puramente descritiva quando o cientista do Direito visa a tecer considerações sobre como o Direito é aplicado na sociedade, antes de estabelecer proposições com conteúdo de verdade (teorias sociológicas, psicológicas do Direito). Ainda, quando o cientista jurídico visa a propor como devem ser aplicadas as normas pelos agentes competentes, teremos uma ciência prescritiva do Direito (aqui devemos ter cuidado de não confundir isso com a prescritividade imanente às normas jurídicas). Essas duas, junto com a teoria analítica, formam para Brix as grandes correntes do pensamento jurídico. (Cf. BRIX, Brian. *Teoría del derecho: tipos e propósitos*. In: Isonomia, n° 25, out. 2006. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 57-68).

⁷⁹ Precisam ser as advertências de Miguel Reale ao aduzir que é necessário que se compreenda a distância fundamental que existe entre a aplicação das leis, no mundo das ciências físico-matemáticas, e a aplicação das regras jurídicas (*Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 304).

⁸⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 644-650.

levante doutrinário a denominada *jurisprudência dos interesses*, no que foi seguida por teorias jurídicas *realistas, sociológicas, axiomáticas*, entre outras. Nesse contexto é que foram disseminadas críticas a respeito da atividade subordinada e passiva do Juiz quando da aplicação do Direito positivo, tal como preconizada pelo método próprio do formalismo conceitual. Dentre elas, cabe apresentar as que foram lançadas por Herbert L. A. Hart, Hans Kelsen e Salvatore Satta, tendo em vista a importância de tais proposições para a exata compreensão do papel decisório do juiz ao aplicar as normas gerais e abstratas que compõem o Direito positivo.

Hart⁸¹ ensina que, nos grandes grupos sociais, dois expedientes principais são utilizados para comunicar os padrões gerais de conduta: a legislação e o precedente. Explica, então, o jurista inglês que essas duas pautas linguísticas não impedem que casos particulares, concretos, façam surgir incertezas acerca da aplicação de determinada regra geral de conduta. Não por menos é que Hart aduz que “em todos os casos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis [...] mas haverá casos em que não é claro se se aplicam ou não”.⁸² Nessa ordem de idéias, o citado jurista apresenta a seguinte crítica ao formalismo e ao conceitualismo:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado de *textura aberta*. Até aqui, apresentamos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana; a incerteza na linha da fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeita a questões de facto.

[...]

Sistemas jurídicos diferentes, ou o mesmo sistema em momentos diferentes podem, quer ignorar, quer reconhecer mais ou menos explicitamente tal necessidade de ulterior exercício de escolha na aplicação de regras gerais a casos particulares. O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez que editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação. Para conseguir isto, podemos ligar-nos a certos

⁸¹ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 137-141.

⁸² *Ibid.*, p. 139.

aspectos presentes no caso simples e insistir que são ao mesmo tempo necessários e suficientes para trazer algo que os retém dentro do âmbito da regra, sejam quais forem os outros aspectos que possa ter ou que lhe possam faltar e sejam quais forem as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira. Fazer isto é conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma cega e preconceituosa, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância. Assim conseguiremos na verdade resolver antecipadamente, mas também sem uma visão clara, questões que só podem ser razoavelmente resolvidas quando surjam e sejam identificadas. [...].⁸³

O emérito ex-professor de Oxford conclui, então, que “a textura aberta do direito significa dizer que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso”.⁸⁴

Por mais surpreendente que possa parecer para alguns, a crítica mais contundente a esse aspecto mecanicista do formalismo é tecida por Hans Kelsen. Na visão de Kelsen, o processo de estabelecimento de uma norma individual pelos tribunais representa, do ponto de vista dinâmico, apenas um estágio intermediário do processo que começa na Constituição e segue até a execução das sanções estabelecidas concretamente.⁸⁵ Desse modo, não haveria diferenças substanciais na aplicação do Direito havida em cada um desses escalões, uma vez que tal atividade, sempre, redundaria na criação do Direito. Assim, os atos de aplicação do Direito são também atos de criação de Direito, e bem por isso são, todos, atos de vontade.⁸⁶

O citado jurista austríaco posiciona-se acerca da relação entre decisão judicial e a norma geral a aplicar com clareza nessas duas passagens, que dão o tom da liberdade do juiz nos julgamentos dos casos concretos:

A custo precisará de maior fundamentação a afirmação de que a imposição da sanção concreta tem um caráter constitutivo. A norma individual, que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada pela decisão judicial. Antes dela, não tinha vigência. Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a

⁸³ HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 141-143.

⁸⁴ *Ibid.*, p.148.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 263.

⁸⁶ São atos de vontade porque inexistem normas imediatamente evidentes. Somente com algo divino é que existiria uma norma evidente, fruto de uma razão conhecedora das coisas humanas, sobre-humana, portanto. Para esclarecer melhor esse ponto da teoria de Kelsen, recomenda-se a leitura de sua “Teoria Pura do Direito” (Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 218).

continuação do processo de criação jurídica e conduziu o erro de ver nela apenas a função declaratória.⁸⁷

No processo em que uma norma jurídica geral positiva é individualizada, o órgão que aplica a norma jurídica geral tem sempre necessariamente de determinar elementos que nessa norma geral ainda não estão determinados e não podem por ela ser determinados. A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual.⁸⁸

A doutrina processualista de meados do século XX também lançou ataques à restrição da atividade cognitiva desenvolvida pelos magistrados no bojo dos processos judiciais. Exemplo disso é o pensamento de Salvatore Satta. Eis o ensinamento do jurista italiano:

l'ordinamento si identifica dunque col giudizio, con la giurisdizione nei due indissociabili elementi della postulazione (azione) e del giudizio propriamente detto. La risoluzione dell'ordinamento nella giurisdizione è comprovabile in molti modi: storicamente in quanto è noto che la primitiva formazione dell'ordinamento è giudiziale (il giudice precede il legislatore), e del resto l'ordinamento è in ogni tempo in perpetuo divenire attraverso la giurisdizione; logicamente perchè la norma si pone nel concreto, cioè esiste in quanto è applicata, non avendo alcun valore la norma che rimane, come le famose gride manzoniane, pura enunciazione astratta, cui nessuno "pon mano" come dice Dante; senza considerare, ed è anzi preliminare constatazione, che la realtà è ordinata proprio perchè c'è il giudizio che la riconosce.⁸⁹

Para o citado pensador italiano, a doutrina tradicional, partindo da uma visão estática do ordenamento jurídico, dá prevalência à lei, atribuindo à jurisdição uma função secundária e de certo modo passiva, uma função de mera declaração de uma suposta vontade contida na lei. Tal visão, que, sob o ponto de vista didático, pode ser útil, cria, no entanto, um dualismo entre ordenamento e jurisdição⁹⁰. Mas, para Satta, conforme se infere do trecho acima citado, a norma *só existe quando aplicada*, não tendo valor algum uma norma abstrata, nunca aplicada, sendo que somente constatamos a ordenação da realidade a partir da atuação do juiz.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 265.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 272.

⁸⁹ SATTÀ, Salvatore. *Commentario al codice di procedura civile*. Vol. I. Edição de 1966. Milão: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, 1966 apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista. In: *Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2010. Em tradução livre: "O ordenamento se identifica, portanto, com o juízo, com a jurisdição nos dois indissociáveis elementos da postulação (ação) e do juízo propriamente dito. A resolução do ordenamento na jurisdição é comprovável de muitos modos: historicamente, na medida em que é notório que a formação primitiva do ordenamento é judicial (o juiz precede o legislador) e, de resto, o ordenamento está em cada tempo em constante transformação através da jurisdição; logicamente porque a norma se coloca em concreto, isto é, existe na medida em que é aplicada, não existindo nenhum valor na norma que permanece, como as famosas 'gride manzoniane', pura enunciação abstrata, na qual ninguém 'põe a mão' como disse Dante; sem considerar, e isso é antes uma constatação preliminar, que a realidade é precisamente ordenada porque há o juízo que a reconhece (ou a proclama)."

⁹⁰ Cf. SILVA, Ovídio Araújo Baptista. In: *Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

Como se nota, os três juristas sob enfoque criticam a posição passiva do Juiz na atividade de formulação do Direito do caso concreto e a prevalência dos juízos abstratos formados pela doutrina no altiplano da lei. Guardadas as devidas distinções entre eles, todos se inclinam em dizer que o juiz produz norma jurídica, com certo grau de liberdade, ao ensejo da aplicação do Direito geral e abstrato. Mais que isso: encontra-se subjacente às lições apresentadas, bem como a muitas outras apresentadas sob essa ótica, a noção de que um sistema jurídico perfeito, criado no altiplano das regras gerais, dependeria da ausência de ambiguidade e da univocidade dos signos utilizados na linguagem do Direito e da ciência jurídica, como também de uma tipologia cerrada dos casos a resolver.⁹¹ Condições essas que não podem existir no caos da realidade linguística e fenomênica.

Já se divisa, nesse passo, que a questão da sistematização e conceituação do fenômeno jurídico não prescinde do estudo da aplicação concreta do Direito e, principalmente, do *estudo da linguagem* utilizada pelo Direito em suas mais diversas camadas de atuação.

2.2 A Semiótica como método adequado para o estudo da criação normativa a cargo do juiz diante do caso concreto.

Do que foi dito até este ponto, chega-se à seguinte conclusão: um adequado entendimento do sistema jurídico precisa levar em consideração a atividade normativa que existe na aplicação concreta do Direito, o que demanda, por sua vez, investigar as peculiaridades linguísticas que se passam no procedimento que vai da criação do Direito até a subsunção efetiva dos fatos às normas jurídicas.

Quanto a esse ponto, Koch e Rüssman⁹², em seu modelo dedutivo de fundamentação, aduzem que a subsunção cuida, sobretudo, de superar um *hiato linguístico* entre a previsão legal, na maior parte das vezes descrita em termos muito gerais, e o recorte mais forte da situação de

⁹¹ Consoante Perelman (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 34), para constituir este instrumento perfeito necessário ao formalismo dogmático, o sistema deveria ser completo e coerente. Ou seja, haveria que regular todos os casos e estar isento de ambigüidade. Com exigência de univocidade dos signos assim como das regras de seu manejo, a fim de eliminar toda e qualquer controvérsia concernente à sua interpretação.

⁹² Koch e Rüssman, juntamente com outros nomes como Pawlowsky e Kikentscher, formam um conjunto de doutrinadores que buscaram resgatar o método da subsunção diante da crítica ao formalismo conceitual.

fato, que sublima os traços específicos da situação a julgar.⁹³ Tal ilação doutrinária representa um acerto. Com efeito, a subsunção, ou seja, a aplicação concreta do Direito, nada mais é que uma atividade de formulação (ou enunciação) linguística, a fim de efetuar a ligação necessária entre o evento jurídico e a norma jurídica abstrata e geral, a fim de conferir operatividade a esta e existência jurídica àquele.

Deve-se, pois, compreender o Direito positivo legislado como um sistema linguístico que visa a atuar, em prol de sua eficácia, numa comunicação concreta, por meio da enunciação de um novo texto a cargo do Poder Judiciário. Destarte, é preciso estudar a linguagem jurídica, para se saber como se dá a sistematização e conceituação do Direito tanto no altiplano geral quanto ao ensejo de sua aplicação.

Aqui entra em cena a técnica de análise fornecida pela *semiótica*, ou teoria geral dos signos, que estuda a relação formal entre os signos da linguagem entre si (sintática), a sua relação com os seus significados (semântica) e, por fim, as aplicações ou projeções dos signos no plano prático de seu uso efetivo (pragmática). A semiótica configura técnica de indelével utilidade para o Direito, porque permite, de um lado, analisar a importância da atividade concreta do juiz, destacando o seu papel normativo, e, de outro, não representa um abandono inconsequente da conceituação e da sistematização do Direito, muito menos do método subsuntivo. Com ela objetiva-se efetuar a *releitura* do fenômeno jurídico segundo o mecanismo de funcionamento da linguagem jurídica. Paulo de Barros Carvalho esclarece o papel e a importância da semiótica para o Direito:

O direito positivo, enquanto camada de linguagem prescritiva, se projeta sobre o contexto social, regulando as condutas intersubjetivas e direcionando-as para os valores que a sociedade quer ver praticados. Em momento algum, todavia, o fenômeno jurídico é reduzido à singela expressão das normas que integram a sua ontologia. A opção pelo tratamento semiótico da linguagem normativa é decisão de cunho metodológico, que se projeta na cognição do processo ontológico do objeto do conhecimento em que atua o homem pelo sistema lógico da linguagem. Eis o apontamento e o surgimento de um método científico que toma por base as evoluções nos campos da filosofia, epistemologia e teoria comunicacional destes últimos dois séculos.⁹⁴

Enfim, utilizar-se-á do ferramental teórico da semiótica tanto para potencializar o estudo da conceituação e sistematização do ordenamento jurídico propostos pelo formalismo conceitual

⁹³ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 218.

⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 204.

quanto para permitir o estudo da atividade a cargo do juiz, a fim de inquirir sua específica função normativa tendo como contraponto o Direito abstratamente fixado. Neste último aspecto, ganhará relevo o plano pragmático, isto é, a efetiva relação comunicacional que existe na aplicação concreta do Direito pelo magistrado, cuja apreensão seria extramente difícil com base exclusivamente na técnica formalista.⁹⁵

Mas, antes de adentrar efetivamente em tal disquisição, será preciso delinear, ainda que de forma rápida, o que é a semiótica e quais são os conceitos elementares de tal “ciência” que são capazes de auxiliar na busca acima aventada. É exatamente isso que será efetivado a seguir.

2.3 O neopositivismo lógico e a Semiótica.

O movimento conhecido como neopositivismo lógico surgiu, como uma corrente do pensamento humano, em decorrência de encontros realizados em Viena na segunda década do século XX, ocasião em que filósofos e cientistas de escol se reuniram para discutir problemas ligados a uma *Epistemologia Geral*, na condição de “uma teoria crítica voltada para o estudo e análise dos conceitos básicos, dos princípios e dos objetivos do conhecimento científico em geral, bem como dos resultados de sua efetiva aplicação”.⁹⁶ Os neopositivistas lógicos, conforme aduz Paulo de Barros Carvalho⁹⁷, foram além desse propósito inicial de preocupação com os princípios básicos do saber científico, e reduziram a própria Epistemologia à semiótica, entendida assim como a *teoria geral dos signos*, abrangendo todo e qualquer sistema de comunicação.

⁹⁵ Como já dito, o formalismo conceitual se prende aos sistemas linguísticos construídos pelo legislador e pela doutrina. Conforme disse Camatta, “o problema do dogma da onipotência do legislador está na sua pretensão de construção de uma linguagem hermética, autossuficiente e, conseqüentemente, na sua negação de um âmbito (insuprimível) da linguagem, que é o da pragmática”. (MOREIRA, Nelson Camatta. *O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei*. In: Revista Estudos Jurídicos, vol. 37, nº 100, mai./ago., 2004, p. 57-79. Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/estudos_juridicos/index.php?option=com_content&task=view&id=77&Itemid=161&menu_ativo=active_menu_sub&marcador=161>. Acesso em: 01 mar. 2010).

⁹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 21.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 22.

Sobre a semiótica, cabe esclarecer que tal termo vem da raiz grega *semeion*, que quer dizer signo. Trata-se, portanto, da *ciência dos signos*⁹⁸, e está preordenada ao exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno de produção de significação.⁹⁹ Seria, assim, a *doutrina formal dos signos*, como disse Peirce, o seu precursor.¹⁰⁰

Exsurgiu, então, por força dos neopositivistas, o conceito de semiótica na função de anteparo teórico para o conhecimento reputado científico. Desse modo, foi alçado à condição de fundamento da ciência o estudo da linguagem, que seria seu primacial instrumento, se não o único. Daí a premissa difundida por seus sectários no sentido de que “compôr um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que ali onde não houver precisão linguística não poderá haver ciência”.¹⁰¹

O certo é que, ao direcionar à linguagem o papel de instrumento de configuração e de controle do saber científico, o neopositivismo lógico se assenta na necessidade de construção de linguagens apropriadas para a comunicação científica, que seriam resultados do processo de *purificação* da linguagem natural, de modo a extirpar delas vocábulos que pudessem causar *ruídos* na comunicação. Assim, “o discurso científico, desse modo, aperfeiçoado, estaria apto para proporcionar uma visão rigorosa e sistemática do mundo”.¹⁰²

Mais que isso, o neopositivismo assumiu uma posição antimetafísica, sustentando que o discurso científico deveria se ater às proposições formuladas dos dados sacados do mundo.

⁹⁸ Há discussão na literatura se a semiótica é uma ciência, um método científico ou uma técnica de apreensão do conhecimento científico. Isso por conta, especialmente, de seu amplo objeto de investigação, que estuda todos os fenômenos que constituem o universo humano (a linguagem), sem representar, em si, método de aferição de conhecimento novo. Aliás, há quem considere a semiótica como uma metaciência (Cf. MARTINS, Moisés. *semiótica: programa e metodologia, relatório para provas de agregação*. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 1997).

⁹⁹ SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 7.

¹⁰⁰ Sobre as variações no estudo dos signos, cumpre citar o seguinte trecho da obra de Deely: “É importante dizer que há uma ‘divisão’ no estudo científico dos signos. Tem-se, de um lado, a *Semiologia* (ou *Semiótica estruturalista*), que seria a ciência que estuda os signos no seio da sociedade, foi apresentada pro Ferdinand de Saussure. A *semiótica*, com o mesmo campo objetual, mas com enfoque mais epistemológico, foi apresentada por Charles Sanders Peirce. Há, por fim, a *Semiótica russa* ou *semiótica da cultura*, cujo um dos seus mais proeminentes representantes é Jakobson. Mas, de uma forma geral, todas podem ser denominadas como *Semiótica*, e visam estabelecer uma teoria geral dos signos. O que diferencia um tipo de semiótica de outro é a concepção e a delimitação de seu campo de estudo. Resumidamente: a *Semiologia*, também conhecida como a *Linguística saussureana*, é ciência da linguagem verbal, e a *Semiótica* é a ciência de toda e qualquer linguagem. Desse modo, pode-se dizer que ‘a semiótica forma um todo do qual a semiologia é uma parte’.” (DEELY, John. *Semiótica básica*. São Paulo: Ática, 1990, p. 23).

¹⁰¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 22.

¹⁰² *Ibid.*, p. 28.

Assim dizendo, as proposições válidas para a ciência seriam somente aquelas que pudessem ser verificadas na realidade fenomênica, sendo todo o resto assunto alheio ao discurso científico.

Pode-se dizer, pelo quanto foi exposto, que o neopositivismo lógico estava centrado na investigação, segundo o método semiótico, da construção formal e rigorosa das proposições científicas e da relação lógica de verificabilidade destas com os objetos do mundo por ela referenciados. Seria necessário, segundo suas finalidades, curar pela construção lógica e esmerada das proposições científicas, a fim de lhes garantir significado preciso, que estaria assentado, de seu turno, numa relação de verificação entre a proposição construída e o fenômeno por ela indicado.

Em resumo, Mauro Lúcio Leitão Condé¹⁰³ leciona que o Empirismo lógico do Círculo de Viena assentava-se sobre três fundamentos basilares:

- a) o princípio da verificabilidade, consoante o qual é preciso tomar um enunciado significativo e reduzi-lo a enunciados protocolares (ao conjunto de dados empíricos imediatos), a fim de verificar se esses ocorrem ou não na realidade. A sua ocorrência confere veracidade ao enunciado, ao passo que sua não-ocorrência, falsidade;
- b) a filosofia deveria ficar restrita à elucidação das proposições científicas por meio da utilização do simbolismo lógico, tendo sempre como parâmetro o dado empírico. Sob essa ótica, a filosofia não seria outra coisa a não ser uma teoria metodológico-linguística das ciências, ou seja, uma análise rigorosa da significação dos enunciados das ciências e de sua verificabilidade;
- c) crítica à metafísica, a fim de afastar os erros que esta inculca à filosofia, tais como a ausência de clareza quanto à realização lógica do pensamento e a concepção de que o pensamento pode conduzir ao conhecimento a partir de si, sem a utilização de qualquer material empírico.

Como se vê, os aspectos estruturais e denotativos da linguagem estavam em evidência nesse momento da filosofia da linguagem, porquanto centrada nos ideais do neopositivismo lógico,

¹⁰³ CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *O círculo de Viena e o empirismo lógico*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~scientia/art_mauro2.htm>. Acesso em: 28.01.2004.

de modo que o vetor da prática científica era a construção de um discurso com um sentido preciso e verificável na realidade empírica, livre, assim, de considerações metafísicas.

2.4 O giro linguístico: a realidade, a linguagem e o conhecimento.

Restou assentado, no tópico predecessor, o valor atribuído à linguagem pelos integrantes do Círculo de Viena, sendo que ela poderia, desde que assumidas certas premissas, descrever a realidade com arrimo num vínculo verificável. Nesse contexto, destaca Mauro Lúcio Leitão Condé que “o Empirismo Lógico sustentava a inteligibilidade do mundo. A realidade poderia ser observada de modo neutro, bastando, voltar-se para ela. E, para que esta realidade inteligível, entretanto oculta, fosse apreendida com fidelidade, era necessário um absoluto rigor na linguagem que a exprime”.¹⁰⁴

Foi essa ordem de idéias do neopositivismo lógico acerca da linguagem e de seu papel na elaboração do conhecimento humano, notadamente o de cunho científico, que cunhou a forma inicial do movimento conhecido por *giro linguístico*.

O giro linguístico¹⁰⁵ indica, em síntese, o movimento do pensamento humano que deu causa ao surgimento e consolidação da filosofia da linguagem. Tal movimento englobou, num primeiro momento, o neopositivismo lógico (acima descrito) e, num segundo momento, evoluiu para uma nova vertente metodológica, em que a filosofia da linguagem se encontra mais centrada no plano de investigação pragmática, com abandono dos ideais essencialistas e descritivos que estavam subjacentes a sua corrente inaugural surgida com o Círculo de Viena.

Acerca desse assunto, não é nenhum absurdo dizer que a filosofia da linguagem, e, por conseguinte, o *giro linguístico*, iniciou-se e consolidou-se com Wittgenstein.

Com efeito, são justamente duas obras do citado filósofo que melhor representam os dois momentos do *giro linguístico* e suas respectivas mudanças de paradigmas, conquanto ambas se encontrem assentadas no eixo comum da filosofia da linguagem. A primeira fase do *giro linguístico*, centrada num critério puramente verificacional, possui como obra expoente *Tractatus Logico-Philosophicus*, na qual a linguagem é alçada por Wittgenstein como o meio

¹⁰⁴ CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *O círculo de Viena e o empirismo lógico*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~scientia/art_mauro2.htm>. Acesso em: 28.01.2004.

¹⁰⁵ Termo criado pelo filósofo Richard Rorty, em sua obra *O Giro Linguístico*.

de representação do mundo.¹⁰⁶ Já a segunda fase, centrada num critério comunicacional, possui como expoente a obra *Investigações Filosóficas*, por meio da qual foi inserido o caráter comunicacional da linguagem, com a teoria dos *jogos de linguagem*.

A influência de Wittgenstein e a exata noção da *virada* concretizada pela segunda fase do movimento filosófico em questão (daí a própria denominação *giro linguístico* e a sua aplicação apenas a esse segundo momento) são muito bem expostas por Adrualdo Catão¹⁰⁷.

Segundo tal autor, “no primeiro ‘giro linguístico’, com os positivistas lógicos do Círculo de Viena, tinha-se a idéia de que a linguagem deveria servir como instância mediadora entre o homem e o mundo, de forma que os problemas filosóficos deveriam ser resolvidos por uma linguagem perfeita, uma linguagem ideal”.¹⁰⁸ Tratava-se, destarte, “da tentativa de se encontrar um caráter designativo da linguagem, onde se tem ‘a teoria da afiguração como correspondência estrutural entre frase e estado de coisas, respectivamente, fatos, elaborada no *Tractatus*. [...]”¹⁰⁹ Assim é que, nessa perspectiva, há “uma preocupação central com as questões semânticas e sintáticas, donde os problemas pragmáticos, aqueles referentes à relação do signo com seu usuário, não se apresentarem a não ser em uma linguagem natural, sendo irrelevantes para o que se chama de neopositivismo lógico”.¹¹⁰ Já quanto ao segundo

¹⁰⁶ Analisando o eixo central da obra *Tractatus* de Wittgenstein, Bortolo Valle, Professor do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUC do Paraná, assim se posiciona: “Da mesma maneira que o Positivismo Lógico pretendeu eliminar a metafísica em nome da teoria do conhecimento, o *Tractatus* pretende construir uma metafísica sobre a lógica, livrando-se da psicologização do problema do conhecimento. Reconhecer no *Tractatus* uma teoria do conhecimento é admiti-la a partir de seu eixo fundamental, qual seja, o da conexão entre a proposição e o fato, entre a lógica e a ontologia [...]. Decorrem dessas considerações na teoria do conhecimento do *Tractatus* três níveis diversos. 1. Uma teoria sobre os processos do pensamento. Neste sentido a teoria do conhecimento não importa muito à filosofia, por sua vulnerabilidade aos elementos do psicologismo. 2. Uma teoria do conhecimento entendida como ‘aplicação’ da lógica. Trata-se de a posteriori uma análise (uma atividade como mostra Wittgenstein) voltada para descobrir as proposições elementares, ou seja, os fundamentos do conhecimento sobre os quais se assenta uma teoria da linguagem. Mesmo que neste nível se identifique uma tarefa legítima para a filosofia e ainda que Wittgenstein tenha dedicado alguns aforismas a esta análise, nela não se detém. 3. Um nível da lógica transcendental, na realidade uma teoria do conhecimento que, ao refletir a priori a estrutura lógica da linguagem, permite que se chegue ao núcleo do que é o conhecer e sua conexão com a realidade. Neste último nível, no *Tractatus*, encontramos as linhas transcendentais de todo o conhecimento e seu necessário caráter empírico sobre a base das proposições elementares e sua comparação com o mundo. As teses fundamentais daí decorrentes são: primeira, que o conhecimento tem uma estrutura piramidal, ou seja, tem uma base de apoio na realidade, por meio da experiência, que de tal base se constrói o edifício cognitivo; segunda, que todo conhecimento depende de uma referência linguística dada.” (VALLE, Bortolo. *A conexão entre pensamento e realidade: sobre a teoria do conhecimento no tractatus lógico-philosophicus de ludwig wittgenstein*. In: Revista de Filosofia, Curitiba, v. 16, n.18, p. 139-148, jan./jun. 2004, p. 139-148).

¹⁰⁷ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: EDUFAL, 2007, p. 28

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 28.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 28.

momento, cabe continuar seguindo a trilha do doutrinador sob enfoque, transcrevendo o seguinte trecho de sua lavra:

[...] o giro linguístico [...] teve um momento inicial no qual ainda se deixava levar pelos dualismos gregos, apegando-se a uma tentativa de se encontrar, através da linguagem, a essência do conhecimento, ou das coisas do mundo.

A despeito desse momento inicial, Rorty apresenta o ‘linguistic turn’, num segundo momento, com características das linhas de pensamento antirrepresentacionistas, quando se passou a considerar o pensamento do último Wittgenstein como tendo dado uma nova forma de se pensar sobre a suposta relação entre linguagem e a realidade, em contraste com os neopositivistas lógicos, e com o próprio Wittgenstein do *Tractatus*.

A ‘viragem pragmática’ veio, pois, com o próprio Wittgenstein ao rever sua postura filosófica em relação à linguagem, trazendo a noção de que a linguagem não é representação do mundo. Isso passa pela consideração antiessencialista de que não há um mundo com essências a serem descobertas pelo homem, que deve percebê-las e, depois, utilizar-se da linguagem para sua transmissão.¹¹¹

Como se nota, a *viragem pragmática* da filosofia da linguagem estava assentada nas idéias veiculadas na obra *Investigações Filosóficas*, de Wittgenstein, e voltou-se para a investigação do uso que se faz da linguagem. Portanto, ganha relevo a investigação do contexto no qual está inserida a linguagem, segundo um jogo linguístico que segue determinadas regras. Assim, do paradigma verificacional que vinha dominando a filosofia da linguagem passou-se para o paradigma comunicacional.¹¹² Explica Adrualdo Catão¹¹³ que há, com isso, o rompimento dos dualismos metafísicos sujeito-objeto, aparência-realidade, essência-acidente. Exsurge, então, o não-representacionismo da linguagem. Sedimenta-se, enfim, a idéia de que “não se deve tentar encontrar na linguagem ou no pensamento representações da realidade, desde que o conhecimento não é o conhecimento de essências, ou da coisa em si, mas sim um ato condicionado aos interesses e necessidades humanos, sempre inserido num ambiente linguístico, abrindo espaço à concepção pragmática da linguagem”.¹¹⁴

¹¹¹ CATÃO, Adrualdo de Lima. *Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: EDUFAL, 2007, p. 32-33.

¹¹² Cf. MENDES, Sonia. *A validade jurídica pré e pós giro linguístico: uma leitura das teorias da validade de Hans Kelsen e herbert L. A. Hart a partir do Tractatus Logico-philosophicus e Investigações Filosóficas de Ludwig Wittgenstein*. São Paulo. Noeses, 2007.

¹¹³ CATÃO, Adrualdo de Lima, op. cit., p. 23.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 23. Nessa mesma página o citado autor, com fundamento nas lições de Rorty, expõe a mudança de enfoque havida nos seguintes termos: não cabe perguntar se se está descrevendo o objeto em sua realidade ou apenas em sua aparência, mas questionar se se está usando a melhor descrição possível para a situação (contexto) em que se encontra o sujeito.

A semiótica tornou-se, nesse passo, uma ciência geral e empírica, que sob a forma prognóstica procura estabelecer como devem ser os signos, como disse Lauro Frederico Barbosa da Silveira.¹¹⁵

Robson Maia Lins representa com perfeição a conformação final do *giro linguístico* ao defini-lo como “uma vertente da Filosofia da Linguagem que rediscute os conceitos de verdade com olhos voltados para a linguagem, cuja função, longe de ser meramente descritiva de qualquer ‘realidade dada’, é constitutiva dessa realidade. Por isso, anota-se como traço principal dessa escola a autorreferencialidade da linguagem, ou seja, a linguagem, descrevendo a realidade a constitui, independentemente do ‘dado’ objetivo que descreve”.¹¹⁶

As consequências dessa novel visão para o modo de compreender a existência humana e o mundo circundante são notáveis. Por ela, a linguagem deixa de ser espelho da realidade, assentando-se a noção do caráter distinto de tais planos. O homem deixa de ser habitante do mundo físico e passa a inserir-se num mundo linguístico, cultural. A linguagem é, então, o universo humano, de modo que o mundo físico passa a ser acessível ao homem por meio da linguagem, já que os acontecimentos físicos exaurem-se no tempo e no espaço, são fugidios, e só são reconstruídos, resgatados, a partir daquela. Nada passa a existir fora de interpretações, e o mundo passa a ser uma construção de significações, autorreferenciais. Lições essas que são fruto do engenho do professor Tarék Moysés Moussallem, que tão bem difundiu a doutrina do *giro linguístico* no âmbito jurídico.¹¹⁷

A teoria do conhecimento, que foi o centro dos debates desde os primórdios do movimento em tela, recebe o influxo dessas novas idéias, deixando de ser uma relação entre sujeito e objeto, para ser uma relação comunicacional, que ocorre pela interação de linguagens distintas. Mais uma vez o citado professor capixaba dá o exato tom do que seria conhecimento de acordo com a filosófica da linguagem pós-virada:

O conhecimento é um fato complexo que ocorre dentro de um processo comunicacional. É a relação que se dá entre: (1) a *linguagem* do sujeito cognoscente e (2) a *linguagem* do sujeito destinatário sobre a (3) *linguagem* do objeto – enunciado.

¹¹⁵ SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. In: *Na origem está o signo*. Revista Trans/Form/Ação, v. 14, São Paulo: Unesp, 1991, p. 45-52.

¹¹⁶ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 45.

¹¹⁷ MOUSSALLEM, Tarék Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 26-28.

O homem, como ser cultural, habita uma linguagem. O sujeito emissor edifica *seu* mundo de acordo com *sua* linguagem e emite enunciados ao destinatário. Este, por sua vez, deverá coabitar o mesmo mundo linguístico do emissor para que possa compreender a mensagem (comunicação).

Não há que se falar em conhecimento apenas na experiência (percepção) ou tão-só na realidade (plano dos objetos). Faz-se necessária a interposição do plano linguístico (dos enunciados), estruturando os universos dos termos-sujeitos e do objeto.¹¹⁸

O conhecimento, nessa perspectiva, deixa de ser algo fruto da experiência, da habilidade e da intuição, para ser algo que se torna possível por causa da linguagem, que sempre medeia a formulação dos juízos humanos frente ao mundo real. Como disse Moussallem, “a palavra não é só a materialização do pensamento, é o próprio pensamento”.¹¹⁹

Essa nova concepção do conhecimento influencia, via de consequência, a própria estipulação de critérios sobre a busca da verdade. Precisamente, tem-se que sofre abalos a teoria da *verdade por correspondência*, segundo a qual o enunciado seria verdadeiro tão-só quando se verificasse a correspondência deste ao fato que o objetifica. Ganha fôlego, em contrapartida, a teoria da *verdade por coerência*, segundo a qual a verdade emerge como uma relação de coerência do discurso, que deveria ser escoimado de vícios e contradições. Nessa visão, a verdade decorreria de uma relação entre linguagens, ou melhor, uma relação de não-contradição entre os enunciados de um mesmo sistema. Isto é, a verdade de um enunciado seria criada dentro de um sistema, com especial atenção para a autoridade de seu emissor.

Enfim, com o *giro linguístico* a realidade para o homem passar a ser um dado linguístico assim como o conhecimento que o ser humano detém sobre ela, inclusive a aferição da verdade de seu conteúdo.

2.5 Processos de comunicação e processos de significação.

A semiótica estuda tanto os *sistemas de significação* quanto os *processos de comunicação*. Pode dizer que há, pois, uma semiótica da significação e uma semiótica da comunicação, sendo que ambas estão conectadas.

¹¹⁸ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 29.

Seguindo as lições de Umberto Eco¹²⁰, tem-se que o processo de comunicação se dá com a passagem de um *Sinal* (com natureza de signo ou não) emitido por uma *Fonte*, através de um *Transmissor*, ao longo de um *Canal*, até um *Destinatário*.¹²¹ Os processos de comunicação pressupõem, então, um conjunto de elementos, que é denominado de modelo comunicativo.

Aprofundando esse ponto, tem-se que, para Roman Jakobson, qualquer ato de fala envolve uma mensagem e quatro elementos que lhe são conexos: o emissor, o receptor, o tema da mensagem (*topic*) e o código utilizado. Esses seriam os fatores fundamentais da comunicação linguística.¹²² Adiciona-se a tais, ainda, o contexto, que é de notável importância nos processos de significação. Vale dizer, para Jakobson, na esteira dos estudos da informação, “há na comunicação um remetente que envia uma mensagem a um destinatário, e essa mensagem, para ser eficaz, requer um contexto (ou um ‘referente’), a que se refere, apreensível pelo remetente e pelo destinatário, um código, total ou parcialmente comum a ambos, e um contato, isto é, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacitem a entrar e a permanecer em comunicação”.¹²³

Clarice Von Oertzen de Araujo¹²⁴, sintetizando as idéias assentadas pelas teorias a respeito do assunto, aponta os seguintes elementos de um processo comunicacional: (i) emissor ou remetente, (ii) o receptor ou destinatário, (iii) mensagem (conteúdo da comunicação), (iv) o canal (todo suporte material que veicula uma mensagem de um emissor a um receptor através do espaço e tempo), (v) o sinal (estímulo físico que se utiliza para efetuar a comunicação), (vi) o código (sistema ao qual a mensagem se refere e que lhe proporciona significado) e o (vii) contexto (conjuntos de circunstâncias físicas, sociais e psicológicas que envolvem e determinam o ato de comunicação).

Ocorre que, a despeito do modelo de comunicação adotado, quando o destinatário é o ser humano, deixa de existir mera passagem de informação para haver um processo de

¹²⁰ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 05.

¹²¹ Esses conceitos serão tratados com maior vagar abaixo.

¹²² JAKOBSON, Roman. *Linguística e Comunicação*. 18. ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 19.

¹²³ BARROS, Diana Luz Pessoa de. *A comunicação humana*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 28.

¹²⁴ ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 44.

significação (desde que o sinal não seja um simples estímulo), exigindo, pois, uma resposta interpretativa do destinatário.

Entretanto, é preciso ter em mente que o processo de comunicação apenas se transmuda para um *processo de significação* diante da existência de um *sistema de significação*, denominado de *Código*. Cabe conferir o que diz Umberto Eco a respeito desse assunto:

O processo de significação só se verifica quando existe um código. Um código é um SISTEMA DE SIGNIFICAÇÃO, que une entidades presentes e entidades ausentes. Sempre que, com base em regras subjacentes, algo MATERIALMENTE presente à percepção do destinatário ESTÁ PARA qualquer outra coisa, verifica-se a significação. Fique bem claro, porém, que o ato perceptivo do destinatário e seu comportamento interpretativo não são condições necessárias da relação de significação: basta que o código estabeleça uma correspondência entre o que ESTÁ PARA e seu correlato, correspondência válida para todo destinatário possível, ainda que não exista ou não possa existir nunca um destinatário.¹²⁵

Assim, um sistema de significação (Código) é uma construção semiótica autônoma, com existência abstrata e independente de qualquer ato de comunicação possível que as atualize. Desse modo, conclui-se que o sistema de significação independe do processo de comunicação, mas, por outro lado, é certo também que todo processo de comunicação entre seres humanos pressupõe um sistema de significação como condição necessária.¹²⁶

2.6 A Linguagem, seus signos e planos de investigação.

A aplicação das noções da semiótica aos quadrantes do fenômeno jurídico, para melhor compreendê-lo, necessita, antes que tudo, que se avance no estudo de seu principal aspecto, que é a *linguagem*, a fim de definir tal conceito com precisão, expondo suas funções e tipos. Somente ao cabo disso é que se poderá efetuar o enquadramento da linguagem jurídica nos esquemas rigorosos construídos pela filosofia da linguagem, desnovelando, a partir daí, e sob o ponto de vista semiótico, as particularidades da atividade a cargo do juiz nos processos judiciais.

¹²⁵ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 06.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 06.

Nesse passo, e de forma inicial, pode-se dizer que *linguagem* significa “a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistemático é a língua”.¹²⁷ Esta (a língua) representa, por sua vez, “sistema de signos, em vigor numa determinada comunidade social, cumprindo o papel de instrumento de comunicação entre seus membros”¹²⁸. Tal termo, muitas das vezes, adéja ao conceito de fala, entendido como ato de seleção, utilização e atualização da língua. Pode-se dizer, então, que uma língua pode dar azo a várias linguagens (atos de fala).¹²⁹

A linguagem se assenta na sua unidade mínima de representação: o signo. Signo é, destarte, a “unidade de um sistema que permite a relação inter-humana”.¹³⁰

Sem prejuízo dessa definição reveladora de sua nota essencial, o entendimento dos pormenores caracterizadores do conceito de signo varia de acordo com o enfoque semiótico que se imprima à análise. Sausurre, por exemplo, definiu o signo sob o prisma de um processo de comunicação significativa, onde a *Fonte* e o *Destinatário* desse processo de comunicação são necessariamente seres humanos. Nessa visão, o signo era considerado um artifício comunicativo de dois seres humanos. Daí a razão pela qual os defensores das idéias de Sausurre preconizam que os signos formam sistemas artificiais e convencionalizados, de modo que os fenômenos da natureza e os não-intencionais estariam alijados de tal classe.¹³¹ Peirce, noutra banda, não entendia como condição necessária para a definição do signo a emissão intencional e a sua produção artificial. Para alçar a condição de signo, bastaria que existissem atos de significação. Ou seja, somente seria necessário que o *Destinatário* fosse humano, mas não era imprescindível que o emitente também fosse humano, em razão do que poderiam ser signos os eventos da natureza e comportamentos inconscientes dos seres humanos.^{132,133}

¹²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 32.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 30.

¹²⁹ Como disse Tercio Sampaio Ferraz Jr., “a língua e o sistema dos signos e o discurso [fala] é o ato que põe em uso o sistema” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A filosofia como discurso aporético*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 22 abr. 2010).

¹³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 33.

¹³¹ Cf. ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 10.

¹³² Cf. *Ibid.*, p. 11.

¹³³ Explicando os efeitos dessas distinções, cabe citar Umberto Eco: “Os que reduzem a semiótica a uma teoria dos atos de comunicação não podem considerar os sintomas como signos, nem podem aceitar como signos

Importa, porém, é fixar a idéia central de que o signo configura um “ente que tem o *status* lógico de relação. Nele, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação”^{134,135}, como disse Paulo de Barros Carvalho, com fundamento na terminologia cunhada por Edmund Hurssel. Em síntese didática construída pelo citado jurista paulista acerca desse tema, tem-se que “o suporte físico da linguagem idiomática é a palavra falada [...] ou a palavra escrita [...]. Esse dado, que integra a relação sgnica, como o próprio nome indica, tem natureza física, material. Refere-se a algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, idéia ou conceito, que chamamos de ‘significação’”.¹³⁶

Como consequência dessas relações que estão embutidas no conceito *signo*, o neopositivismo lógico e a *viragem pragmática* buscam analisar a linguagem sob três planos de investigação que dele despontam; a saber: (i) o plano sintático (relações dos signos entre si, buscando verificar as regras de formação sintática das mensagens), (ii) o plano semântico (relação dos signos com os objetos que eles representam, de modo a analisar a relação de verificabilidade), (iii) e o plano pragmático (relação do signo com os utentes da linguagem). Sendo que o neopositivismo lógico deu especial atenção aos dois primeiros planos, e a viragem pragmática buscou centrar suas investigações no terceiro plano. Aqui, novamente, vale a citação da doutrina de Paulo de Barros Carvalho:

Peirce e outro americano – Charles Morris – distinguem três planos na investigação dos sistemas sgnicos: o sintático, em que se estudam as relações dos signos entre si, isto é, signo com signo; o semântico, em que o foco de indagação é o vínculo do signo (suporte físico) com a realidade que ele exprime; e o pragmático, no qual se examina a relação do signo com os utentes da linguagem (emissor e destinatário). Exemplo da dimensão semiótica da sintaxe é a gramática de um idioma, conquanto a pesquisa gramatical vá além, ocupando-se da morfologia e da fonologia. A sintaxe, entretanto, pode ser definida como o sistema finito de regras capaz de produzir infinitas frases.¹³⁷ Já o ângulo semântico cuida da associação que se instala entre o signo (como suporte físico) e o objeto do mundo (exterior ou interior) para o qual aponta. Modelo de trabalho semântico são os dicionários, que, inspirados pela

outros comportamentos, sejam embora humanos, dos quais o destinatário infere algo a respeito da situação de um emitente que não tem consciência de estar emitindo mensagens para alguém.” (Tratado geral de semiótica. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 11).

¹³⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 33.

¹³⁵ Essa é a relação triádica do signo, que configura o triângulo semiótico.

¹³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., p. 33-34.

¹³⁷ São regras sintáticas da linguagem, que presidem o relacionamento dos signos. Nesse plano temos dois tipos de regras: (a) regras de formação: indicam a maneira de combinar signos elementares, visando a formar signos mais complexos e permitindo a construção de expressões bem formadas; (b) regras de derivação: permitem gerar novas expressões a partir de outras já existentes.

lexicografia, colecionam ordenadamente os signos de uma língua, tendo em vista a explicação de seu significado. [...]. Por fim, o plano pragmático, que é de extrema fecundidade, sendo infinitas as formas de utilização dos signos pelos sujeitos da comunicação, em termos de produzir mensagens.¹³⁸

Apenas deve ser aprofundado um ponto atinente à relação suporte físico/significado. É que a associação que ocorre nos utentes da linguagem entre o suporte físico e o objeto que ele referencia não se dá por conta de condições psíquicas imanentes ou por conta de uma causalidade necessária. Vale dizer: *a associação da coisa presente (plano da expressão ou suporte físico) a um específico objeto (significado) é efetuada por outros signos com base em uma convenção social.*

Desde Saussure a relação entre signo e significante se dá com base em um sistema de regras (a língua), embora seja conferido destaque ao signo como entidade de *dupla face*. Peirce, por sua vez, vai além e identificava na semiose uma ação, uma influência que seja ou envolva uma cooperação de três sujeitos: o signo, o objeto e seu interpretante.¹³⁹ Assim, entre o signo e o objeto deve existir um interpretante, que é, diga-se, um outro signo, que explica ou traduz o signo precedente. Donde se pode dizer que “um signo pode estar para algo aos olhos de alguém somente porque essa relação (estar-para) é mediada por um interpretante”.¹⁴⁰

Via de consequência, a relação “plano da expressão/objeto referenciado” deixa de ser mediada por mecanismos particulares da mente humana, para ser algo posto mediante um sistema de signos convencionalmente estabelecidos. Tal noção não passou despercebida pela percepção de Tárek Moussallem, que entende o significado como “relação entre significações, já que uma palavra somente é explicada por outra palavra”.¹⁴¹⁻¹⁴²

Destarte, nesse novel sentido signo seria então “tudo quanto, à base de uma convenção social previamente aceita, possa ser entendido como ALGO QUE ESTÁ NO LUGAR DE OUTRA

¹³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 36-37.

¹³⁹ Cf. PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.

¹⁴⁰ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 10.

¹⁴¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 27.

¹⁴² Como disse Umberto Eco (*Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 56), conhecemos apenas uma unidade cultural comunicada a nós mediante palavras, desenhos ou outros meios e não a coisa em si. Assim, o significado seria uma unidade cultural.

COISA”¹⁴³, conforme esclarece Umberto Eco. Assim, a definição de Peirce de que o signo “é aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém”¹⁴⁴, ganha, nesta altura, contornos culturais e sociais, e não processos individuais e mentais.

Nessa perspectiva, a relação imediata do plano de expressão com o seu significado somente terá lugar nos fenômenos de inferência, e ainda assim em específicos casos inaugurais, bem como nos estímulos. Mas ambos, se assim ocorrem, não poderão alçar a condição de signos.¹⁴⁵

2.7 Funções e tipos da linguagem no contexto do processo de comunicação.

Fixadas essas premissas, cumpre dizer que as linguagens produzidas pelo homem podem ostentar específicas funções no bojo de um processo de comunicação significativa. Assim, a linguagem, sem perder seu papel de instrumento de comunicação, visará, sempre, a uma específica função (ou funções¹⁴⁶) dentro do contexto das interações e dos propósitos humanos. Enfim, todo ato de fala é uma ação dirigida a alguém e em busca de certas consequências.

Ocorre que, para aferir a função que uma determinada linguagem desempenha, é necessário investigar os seus três planos constituintes, notadamente o pragmático, no qual o contexto da comunicação e a finalidade da mensagem emitida despontam com maior clareza. Tal se deve porque não há correspondência entre a forma e a função da linguagem, além do que as estruturas gramaticais fornecem precários indícios a respeito da função, como disse Paulo de

¹⁴³ *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 11.

¹⁴⁴ PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 46.

¹⁴⁵ Muito embora a filosofia clássica (Hobbes, Wolff) tenha erguido correlação entre inferência (que ocorre entre eventos físicos provenientes de uma Fonte natural) e significação, por meio do qual um signo era definido como o antecedente evidente de um conseqüente (ou vice-versa), quando conseqüências similares eram previamente observadas, é certo que, mesmo nesses casos, se mostra presente, para fins de comunicação, que tal relação seja culturalmente reconhecida e sistematicamente codificada. Ora, quando uma relação entre signo e objeto é estabelecida no campo da experiência empírica humana de forma inaugural, há uma inferência. Entretanto, quando essa relação é convencionalizada ocorre uma “convenção semiótica” e esse evento natural passa a ser um signo. Há ainda os estímulos, nos quais um sinal, considerado independentemente de seu significado, suscitada no destinatário de forma inconsciente um comportamento esperado. Quanto ao tema confira-se: ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p.12-15.

¹⁴⁶ As manifestações linguísticas encerram, no mais das vezes, mais de uma função, sendo que uma sempre predominará.

Barros Carvalho com assento nas lições de Irving M. Copi.¹⁴⁷ Por isso, “compele o intérprete a sair da significação de base (que toda palavra tem) em busca da amplitude do discurso, onde encontrará a significação contextual, determinada por uma série de fatores, entre eles e, principalmente, pelos propósitos de emissor da mensagem”.¹⁴⁸ Ganha relevo, como já mencionado, o plano pragmático da linguagem, no qual se considera o ser humano enquanto produtor de mensagens que visa a obter, por meio delas, certos efeitos. Bem por isso, além do arranjo sintático, é preciso situar o contexto comunicacional e o *animus* do emissor.

Tecidas essas considerações, passa-se a expor abaixo o elenco resumido das funções da linguagem, que foi extraído do Capítulo 2 da obra *Direito tributário: linguagem e método*, de Paulo de Barros Carvalho¹⁴⁹:

- a) *Linguagem descritiva*: consiste no veículo adequado para a transmissão de notícias, tendo por finalidade informar o receptor acerca de situações objetivas ou subjetivas que ocorrem no mundo existencial. Seus enunciados submetem-se aos valores de verdade e falsidade, razão pela qual essa sintaxe é estudada pela Lógica Clássica, Apofântica ou Alética. Como discurso descritivo que é, mantém vetor semântico com as situações indicadas, de modo que seus enunciados são verdadeiros ou falsos se os fatos relatados tiverem realmente acontecido na conformidade do descrito (verdade por correspondência).
- b) *Linguagem expressiva de situações subjetivas*: configura veículo adequado para a expressão de sentimentos do emissor, por meio do uso de interjeições, palavras interjeicionais ou expressões interjeicionais, orações ou períodos. Não se submete a critérios de verdade e de falsidade. Presta para comunicar as emoções do remetente da mensagem na expectativa de despertar um estado emotivo também no receptor. Não se tem notícia da descoberta de sistema lógico capaz de explicar o funcionamento sintático da linguagem expressiva, que não se submete a critérios de verdade e de falsidade.
- c) *Linguagem prescritiva de condutas*: presta-se à expedição de ordens dirigidas ao comportamento humano, abrangendo condutas intersubjetivas e intrassubjetivas. As

¹⁴⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 37.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 38.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 37-53.

organizações normativas operam com essa linguagem para interferir nas condutas humanas a fim de implantar valores. As ordens não são verdadeiras ou falsas, mas sim válidas ou inválidas. A sintaxe de tal linguagem é estudada pela Lógica Deôntica. A linguagem prescritiva se projeta para a região material da conduta humana possível, sendo alheia aos fatos naturais e aos comportamentos necessários e impossíveis.

- d) *Linguagem interrogativa*: é aquela utilizada pelo ser humano diante de objetos e situações que desconhece, ou ainda quando pretenda obter alguma ação de seus semelhantes. Exige uma tomada de posição (ainda que seja a indiferença) por parte do receptor. Não está sujeita aos valores da Lógica Clássica: verdadeiro e falso, já que os critérios aplicáveis são outros, como o da pertinência (uma pergunta é pertinente ou impertinente). Além disso, a linguagem em questão há que ser bem construída sintaticamente, para portar sentido.
- e) *Linguagem operativa ou performativa*: é o discurso em que os modos de significar são usados para concretizar alguma ação. Como efeito imediato nada informam, pois sua função primordial é operativa, dando a concretude factual que certos eventos exigem para sua efetiva realização. As palavras em tal linguagem constituem o ato em si, sendo emitidas sem o escopo imediato de informar. Pressupõe a existência de um sistema normativo vigente que outorga sentido objetivo a certos atos de vontade.
- f) *Linguagem fáctica*: linguagem introdutória da comunicação englobando os demais recursos linguísticos destinados a manter ou encerrar o contato comunicacional estabelecido. Enfim destina-se a estabelecer, manter ou encerrar o vínculo da comunicação.
- g) *Linguagem propriamente persuasiva*: aquela animada com o intento imediato de convencer, persuadir, induzir. O intuito de quem a expede é prioritariamente convencer o interlocutor, induzindo-o a aceitar sua argumentação. Formulando conceitos, que são invariavelmente seletores de propriedades, o emissor acentua os aspectos que correspondam aos seus valores, passando-os ao receptor. O intuito de quem expede a comunicação é prioritariamente convencer o interlocutor, induzindo-o a aceitar sua argumentação a ponto de estabelecer um acordo de opiniões. É a linguagem que ocorre quando existirem interesses conflitivos ou em situações em que

alguém postula algo. A lógica de tal linguagem é a lógica da argumentação ou lógica dialógica orientada para decisão.

- h) *Linguagem afásica*: conjunto de enunciados que alguém dirige contra mensagem de outrem, visando a obscurecê-la, confundi-la ou dificultar a sua aceitação por terceiros. Pode também encobrir vazios de significação, de modo a escapar dos domínios estritos da literalidade da lei, permitindo o preenchimento de lacunas em nome da equidade.
- i) *Linguagem fabuladora*: linguagem descritiva sem pretensão de verdade (tal linguagem pode se verificada segundo a verdade ou falsidade de seus enunciados, mas isso não importa para sua função), com exigência apenas de significado. É representada pelos textos fictícios.
- j) *Linguagem com função metalinguística*: é aquela que focaliza o código, ou seja, o próprio discurso em que se situa. Fornece informações adicionais sobre a própria mensagem. A função metalinguística pressupõe um único código e, dentro dele, dois níveis de linguagem convivendo na mesma sequência contextual. Difere, portanto, daquelas circunstâncias em que linguagem-objeto e metalinguagem aparecem em momentos distintos e, muitas vezes, elaborados por sujeitos diferentes.

Afora o estudo da linguagem segundo a função, é possível apreendê-la tendo por base o grau e modo de elaboração das mensagens que a objetificam. Assim é que Paulo de Barros Carvalho¹⁵⁰ admite seis tipos de linguagem: natural ou ordinária, técnica, científica, filosófica, formalizada e artística. Eis as suas principais características segundo a lição do mencionado autor:

- a) *Linguagem natural*: instrumento por excelência da comunicação entre as pessoas. Não encontra limitações rígidas, sendo influenciada por outros sistemas de significação coadjuvantes. São características de tal tipo de linguagem o descomprometimento com aspectos demarcatórios do assunto, a ampla liberdade em sua fluência, a veiculação de significações imprecisas, ausência de esquemas rígidos de formação sintática de enunciados. Nesse campo, tem-se que a compreensão da mensagem perpassa pelo conhecimento do contexto e riqueza no plano pragmático, percebendo-se as pautas

¹⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 55-67.

valorativas e as inclinações ideológicas dos interlocutores. O discurso natural, em decorrência das indeterminações semânticas que provoca e da flexibilidade na construção sintática de suas proposições, não atende ao caráter analítico-descritivo do saber científico.

- b) *Linguagem técnica*: assenta-se no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinente ao domínio das comunicações científicas, sem ostentar, contudo, caráter sistemático. Seu objetivo é transmitir informações imediatas acerca da funcionalidade do objeto, utilizando termos científicos.
- c) *Linguagem científica*: discurso artificial, pois tem origem na linguagem comum, passando por um processo de depuração, em que se substituem as locuções carregadas de imprecisão significativa por termos na medida do possível unívocos e suficientemente aptos a indicar com precisão os fenômenos descritos. Na impossibilidade de tal conduta, faz-se uso do processo de elucidação, que consiste no emprego da palavra com a posterior explicitação do sentido utilizado. Caminha para a formação de um sistema, preciso e rigoroso, preordenado à descrição do objeto que se ocupa, com proposições racionalmente controláveis, seja porque empiricamente verificáveis ou seja porque logicamente derivadas de outras proposições cuja verdade se assume. Por isso, a delimitação do objeto é pressuposto do controle da incidência das proposições descritivas, que não poderão extrapolar as lindes traçadas. A linguagem científica é bem esquematizada sintaticamente, com plano semântico cuidadosamente elaborado, mas enfraquecida no plano pragmático. Evitam-se confusões significativas, e o texto referencial não deve conter palavras emotivas e argumentos de cunho retórico.
- d) *Linguagem filosófica*: linguagem saturada de valores, com terminologia própria, destinada a investigar o próprio conhecimento, a realidade circundante e o universo interior do homem, em busca do ser em sua totalidade universal. Trata-se de uma linguagem que incide em todas as regiões ônticas (natural, física, metafísica, ideal e cultural), de modo que seu objeto poderá ser linguístico ou extralinguístico. Tanto o saber comum como o científico marcam o ponto de partida da investigação filosófica, que busca esclarecer-lhes as causas e assentar-lhes os fundamentos. Destaque para o enfoque zetético da investigação.

- e) *Linguagem formalizada*: advém da necessidade de se abandonar os conteúdos de significação das linguagens idiomáticas, a fim de surpreender as relações entre classes de indivíduos ou de elementos. Permite estudos dos vínculos associativos existentes entre os termos e as proposições, de modo a exhibir, com clareza, as relações havidas no discurso científico. Possui estrutura sintática rígida, plano semântico com unidade de significação e plano pragmático pobre. Todavia, note-se que a retirada do conteúdo idiomático da linguagem deve preservar um mínimo de significação, sob pena de transformar o conjunto em mero cálculo, sem qualquer utilidade significativa e comunicacional.
- f) *Linguagem artística*: linguagem que veicula modos de significar, de funções variadas, reveladores de valores estéticos. Discurso que chama a atenção pelo valor artístico, assumindo qualquer das funções da linguagem, revestindo-se das formas gramaticais disponíveis à expressão do pensamento. O subjetivismo preside a utilização dessa linguagem.

Com isso, fixam-se as noções elementares de função e tipos de linguagem, entendimento que será essencial para o deslinde das nuances que envolvem a aplicação/criação do Direito nos processos judiciais.

2.8 A linguagem jurídica.

Bosquejada em curtas linhas as noções centrais da semiótica, que servirão de substrato essencial para a análise que objetifica esta dissertação, cabe, a partir deste ponto, aplicá-las ao estudo dos fenômenos jurídicos que dizem respeito ao tema versado.

É nessa perspectiva que o foco de atenção passa a ser, logo em primeira plana, a linguagem jurídica, isto é, as formas de apresentação linguística do acontecimento social cognominado *Direito*. O problema que se coloca em estudos que tais consiste no fato, assaz tratado na melhor doutrina, de que o vocábulo da língua portuguesa *direito* é impreciso sintaticamente e semanticamente¹⁵¹, sem contar ainda que seu uso normalmente carrega consigo forte carga

¹⁵¹ A imprecisão semântica dos vocábulos possui duas facetas: a *vagueza* e a *ambigüidade*. Para o Professor Tárek Moysés Moussallem (*Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 53-58), esses fenômenos constituem ruídos no processo comunicacional, sendo que a ambigüidade é o uso da palavra com mais de um significado. Isto é, o signo possui propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos

emotiva. Donde se atesta que, do ponto de vista linguístico, estudar o vocábulo em questão demanda efetuar as abjunções e distinções que defluem como consequência necessária de sua complexidade enquanto signo. Tercio Sampaio Ferraz Jr. expõe o pormenor em tela na seguinte passagem:

[...] o termo *direito*, em seu uso comum, é sintaticamente impreciso, pois pode ser conectado com verbos (meus direitos não valem), com substantivos (o direito é uma ciência), com adjetivos (esse direito é injusto), podendo ele próprio ser usado como substantivo (o direito brasileiro prevê...), como advérbio (fulano não agiu direito), como adjetivo (não se trata de um homem direito). Já do ponto de vista semântico, se reconhecemos que um signo linguístico tem uma *denotação* (relação a um conjunto de objetos que constitui sua extensão – por exemplo, a palavra *planeta* denota os nove astros que giram em torno do Sol) e uma conotação (conjunto de propriedades que predicamos a um objeto e que constituem sua intensão – com *s*, em correlação com sua extensão –; por exemplo, a palavra *homem* conota o ser racional, dotado de capacidade de pensar e falar), então é preciso dizer que *direito* é, certamente, termo denotativa e conotativamente impreciso. Falamos, assim, em *ambiguidade* e *vagueza* semânticas. Ele é denotativamente vago porque tem muitos significados (extensão). Veja a frase: “*direito* é uma ciência (1) que estudo o *direito* (2) quer no sentido de direito objetivo (3) – conjunto das normas –, quer no de direito subjetivo (4) – faculdades”. Ele é conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa. Por exemplo, se definirmos *direito* como conjunto de normas, isto não cabe para direito como ciência. Ou seja, é impossível uma única definição que abarque os dois sentidos. Por fim, pragmaticamente, *direito* é uma palavra que tem grande *carga emotiva*.¹⁵²

Sem recidivas, tem-se que o trecho acima transcrito permite afirmar que a palavra *direito* designa, em síntese, o Direito positivo – normas jurídicas, seja o Direito objetivo ou o direito subjetivo – e, outrossim, a ciência do Direito – que visa justamente ao estudo de tal objeto normativo. Esses são os campos objetais do termo em foco, que constituem, assim, as principais idéias que seu uso corrente suscita.

Desenvolvendo rapidamente tais conceitos fundamentais, estabelece-se que o Direito positivo é produto cultural, cuja finalidade é influenciar o comportamento humano interpessoal, mediante a imposição de condutas proibidas, obrigatórias e permitidas (modais deônticos), cuja prescrição é imputada sob o acicade da coerção estatal organizada. Para aqueles já introduzidos no universo jurídico, pode-se dizer, mais especificamente, que se trata do conjunto de normas jurídicas válidas num determinado intervalo de tempo e sobre específico espaço territorial. D’outro lado, há a ciência que visa a estudar esse específico fenômeno

diferenciáveis. Trata-se, pois, de problema de conotação. Por sua vez, a Vaguidade é o estado de indeterminação da palavra. É a impossibilidade de aplicarmos o conceito da palavra à realidade social. Trata-se, assim, de problema denotativo, onde não existe uma regra definida quanto à sua aplicação.

¹⁵² Ferraz. Jr., Sampaio Tercio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 38.

normativo (o Direito positivo), da sua validade até o último estertor de sua eficácia, a qual se denominada usualmente ciência do Direito.¹⁵³

Essas duas acepções do vocábulo *direito*, quais sejam, *normas prescritivas estatais e ciência a respeito de normas prescritivas estatais*, representam, ambas, *sistemas sociais* que se manifestam por meio da linguagem, que é, usualmente, escrita.

A identificação do Direito com a linguagem se faz sem maiores esforços intelectivos nesta altura da argumentação. De fato, uma vez visto que sem linguagem não há realidade, notadamente não há cultura (objetivação da vida humana), e sendo o Direito um fenômeno componente da realidade e dado cultural por excelência, é consequência apodídica que sem linguagem não há, portanto, Direito positivo (normas jurídicas), nem sequer conhecimento a seu respeito, notadamente o científico denominado ciência do Direito. Aliás, como bem disse, em síntese e percuciência, Tárek Moysés Moussallem¹⁵⁴, toda e qualquer prática social (e o Direito, nessas duas acepções, é uma delas) são práticas de produção de linguagem e de sentido.

A conclusão acerca da natureza linguística do Direito-norma e do Direito-ciência pode ser alcançada por via paralela, que acaba por reforçar a ligação exposta. É que tais manifestações são fenômenos comunicacionais – o primeiro visa a comunicar ordens, o segundo, proposições científicas – e, para tanto, ou seja, para se comunicarem, precisam obviamente estar estruturados como linguagem, já que esta representa a própria capacidade para a comunicação.

A linguagem que corporifica o Direito positivo e a ciência do Direito é simbólica, porque é artificialmente criada pelo homem, no sentido de que os signos (símbolos) que lhe compõem são despidos de relação natural com os fenômenos que fazem representar. São, destarte, arbitrariamente fixados, constituindo, na verdade, signos artificiais, dependentes de alguma convenção tácita entre os membros de um determinado grupo social.¹⁵⁵ A bem da verdade, tais sistemas linguísticos se assentam, em maior ou menor medida, na linguagem natural, até porque o vernáculo, código primacial de tal linguagem, “acompanha as atividades sociais e sua quase onipresença nas relações semióticas das pessoas, com o seu meio e consigo

¹⁵³ No mais, valem as considerações expostas no Capítulo 1.

¹⁵⁴ *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 41. Ainda quanto ao ponto, confira-se: SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

¹⁵⁵ GUIBOURG, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, passim.

mesmas, forma a própria personalidade muito antes de que da linguagem e da personalidade tenha se formado a consciência”.¹⁵⁶

A despeito desses elos comuns, as identidades entre o Direito positivo e a ciência do Direito param por aqui. Com efeito, há discrepância de tipo e de função nas respectivas linguagens.

O Direito positivo, sejam as normas gerais e abstratas, sejam as normas individuais e concretas¹⁵⁷, enquadra-se como *linguagem técnica*. Decerto, as regras emanadas pelo Poder Legislativo relevam a presença de termos com acepção precisa (sacados, mormente, do plano científico), porém, em razão de sua compostura heterogênea, decorrência indelével da representatividade política própria da democracia, bem como de seu escopo regulatório da conduta do homem comum, existe uma clara predominância da linguagem natural, de cunho ordinário. É fato que as normas individuais e concretas exaradas pelo Poder Judiciário costumam revestir-se de maior precisão terminológica, uma vez que impregnadas em maior medida pelos vocábulos próprios da ciência do Direito. Todavia, a despeito da percutiência e comprometimento dos magistrados com a precisão e logicidade de seu discurso, o produto linguístico da atividade judicial, essa parcela do Direito positivo, jamais poderá ser considerado como linguagem científica, já que não é descritiva de objetos, mas sim prescritiva de condutas intersubjetivas. Vale dizer, na linguagem jurídico-normativa que é produzida pelo Poder Judiciário há *função prescritiva de condutas*, apesar de sua forma muitas vezes dissimular esse aspecto relevante.¹⁵⁸

É, então, o Direito positivo uma linguagem técnica com função prescritiva, configurando um conjunto de ordens, de comandos, enfim, normas, criadas pelos órgãos do Estado ou sob autorização dele, e que visam a alterar comportamentos humanos no seio da sociedade¹⁵⁹, sob pena da imputação de um ato coercitivo¹⁶⁰, funcionando sob a lógica deôntica.

¹⁵⁶ SILVEIRA, Lauro F. B. da. *Semiose: diálogo e linguagem*. In: Galáxia: revista transdisciplinar de comunicação, semiótica e cultura. nº 01. São Paulo: EDUC, 2001, p. 101.

¹⁵⁷ O conceito de normas gerais e abstratas e individuais e concretas será tratado no próximo capítulo.

¹⁵⁸ Cumpre logo dizer que as sentenças judiciais, em sua totalidade estrutural, ou seja, não se considerando apenas o seu dispositivo, também ostentam *função descritiva*, representada pelos juízos de conhecimento que ocupam a fundamentação das sentenças, assunto que será tratado linhas abaixo. Entretanto, como, via de regra, a fundamentação não configura unidade constituinte do ordenamento jurídico, pode-se afirmar que a função da linguagem posta pelas sentenças é prescritiva e não descritiva.

¹⁵⁹ A realidade normativa do Direito é voltada para o mundo real, especialmente, o mundo das condutas humanas. Esse é o escólio de Lourival Vilanova: “*Define-se o direito como um conjunto de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada e, ainda, dotadas essas normas de uma organização no emprego da coação [...]. Mas esse é um ângulo de consideração abstrata do direito. O outro ângulo,*

Noutra margem, a linguagem da ciência do Direito é, como a expressão deixa claro, científica, atraindo para si todas as peculiaridades já expostas a esse respeito. De todo modo, cabe registro de que se trata de linguagem confeccionada pelos juristas que fala a respeito de outra linguagem: a linguagem técnica do Direito positivo. Por conta de seu viés científico, a ciência do Direito deve manejar palavras emotivamente neutras e deve evitar, mais do que nas outras linguagens, o uso da retórica para fins de persuasão. Ocorre que o esforço de estruturação sintática e a depuração semântica dessa linguagem trazem como resultado a diminuição do quadro de manobras de que dispõem os seus usuários, como assevera Paulo de Barros de Carvalho¹⁶¹. Enfim, trata-se de uma linguagem artificial, científica, e com função descritiva, na medida em que se preordena a descrever, com pretensão de verdade, o Direito positivo, ou seja, as normas jurídicas válidas, estando, por isso, submetida a critérios de verdade ou falsidade.

Afora essas funções proeminentes, no Direito positivo e na ciência do Direito também pode ser identificada a existência de linguagem com função propriamente persuasiva, ou seja, com intuito imediato de convencer ou persuadir seus destinatários. Na ciência do Direito, como um elemento que lhe é imanente, por visar, esta, estabelecer uma relação de correspondência (verdade) que depende de convencimento de seus destinatários (ainda que a existência dessa função deva ser, na maior medida possível, mitigada). No Direito positivo, a função persuasiva está presente notadamente nos procedimentos que estão afetos à dinâmica jurídica de produção normativa. Especialmente, a que resulta na criação de normas concretas, no bojo das quais os interlocutores procuram fazer valer suas teses, e o ato decisório final, dimanado

*complementar ao primeiro, reside em considerar o direito o sistema da conduta humana que efetiva as prescrições primárias (deveres e sanções espontaneamente cumpridos). E mais, as secundárias, que compulsoriamente, através da prestação jurisdicional, efetivam as primárias. Donde ser procedente ver o direito, sob um lado, como sistema de normas, de outro, como um sistema de conduta, ou ordenamento. Como ordenamento, tem-se a efetivação (a realização no sentido de Ihering) do sistema de normas. Kelsen, apesar do tão sublinhado normativismo, diz acertadamente que o direito é o sistema de normas que regula a conduta humana, ou a conduta normativamente regulada.[...].” (Causalidade e relação no direito. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 110-111). No mesmo sentido são as palavras de Recaséns Siches: “Conviene insistir em que el Derecho es un medio especial, cuya especialidad consiste en su normatividad coercitiva, adoptado por los hombres en sociedad para asegurar la realización de los fines cuyo logro consideran necesario para su vida.” (Introducción al estudio el derecho. México: Porrúa, 1970 apud CARVALHO, Paulo de Barros, *Teoria da norma tributária*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 31).*

¹⁶⁰ Essa é uma definição que decorre de uma concepção formal do Direito, já que define este exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente como o Direito se produz e não o que ele estabelece. Quanto ao tema, confira-se: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 145.

¹⁶¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 60.

pela autoridade competente, busca justificar-se com fatores axiológicos, a fim de conquistar, mais que validade, legitimidade.

O modelo aqui descrito, que propugna pela díade *Direito positivo*, com linguagem técnica e função prescritiva, e *ciência do Direito*, com linguagem científica e função descritiva, é extremamente útil para fincar, de forma inicial, a distintividade da atividade desenvolvida ao ensejo da produção normativa daquela realizada pelo observador ao contemplar as normas jurídicas com pretensão de conhecimento.

2.9 Metalinguagem.

Da relação existente entre Direito positivo e ciência do Direito desponta noção que é extremamente importante para esta dissertação: a função metalinguística da linguagem.

Conforme explanado, “o Direito apresenta-se em duas dimensões linguísticas: a dimensão de linguagem prescritiva de condutas, [...] bem como a dimensão descritiva desta primeira, sua metalinguagem, consubstanciada da Ciência do Direito”.¹⁶² Enquanto o Direito positivo em si não é, via de regra, metalinguagem, já que suas proposições descritivas apontam para fatos e condutas intersubjetivas (entidades extralinguísticas), a ciência jurídica, ao revés, veicula uma metalinguagem, pois *seu objeto é outro discurso linguístico*. Entra em cena, então, o conceito de metalinguagem, ou níveis de linguagem.

Há, nos campos da semiótica, a figura da hierarquia de linguagens (ou níveis de linguagens), que se passa quando uma linguagem se ocupa de direcionar mensagens a uma outra, que constitui, assim, seu objeto. Nessa situação comunicacional, aquela de que se fala é a *linguagem-objeto*, ao passo que a empregada para falar da linguagem-objeto denomina-se *metalinguagem*. Ser metalinguagem é, portanto, posição relativa.¹⁶³

Porém, ao contrário do que se possa parecer num primeiro conspecto, nos quadrantes do Direito não é necessário que a metalinguagem exerça, sempre, função descritiva. De fato, há também *metalinguagem prescritiva*. Ricardo Guibourg¹⁶⁴ ensina, quanto a isso, que existem

¹⁶² ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 21.

¹⁶³ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 52.

¹⁶⁴ GUIBOURG, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 26.

normas que falam de normas, como, por exemplo, as normas de competência¹⁶⁵, estando aí o exemplo da denominada metalinguagem prescritiva. Mas há, também, outras metalinguagens prescritivas no discurso jurídico que o conceito de metalinguagem permite identificar, as quais serão apontadas com maior detalhamento mais abaixo.

Mas importa dizer, neste tópico, que a função da metalinguagem, seja prescritiva ou descritiva, é auxiliar na compreensão pelos seus destinatários da idéia suscitada pela linguagem objeto, seja da mensagem por ela veiculada propriamente dita, seja do contexto comunicacional na qual a linguagem de que se fala está inserida.

2.10 Os Sistemas de Significação ou Códigos.

Ricardo Guibourg¹⁶⁶ ensina que, quando aprendemos o nome de uma coisa, não aprendemos algo sobre a coisa, mas sim sobre os costumes linguísticos de um dado grupo social, que faz uso do respectivo vocábulo. Afirma, então, o mencionado autor que, nessa ótica, a relação entre a palavra e a coisa é artificial, fruto de decisões alheias às características observadas da coisa mesma, decisões essas que poderiam ser, segundo seu entendimento, individuais ou sociais.

Porém, adentrando com maior profundidade no estudo dos fenômenos semióticos, principalmente no seu aspecto de processo de significação, tem-se que *a correspondência sinal¹⁶⁷/objeto (significado) é decorrência da existência de um sistema social, e não de uma decisão individual* que regra essa relação essencial para o estabelecimento da comunicação significativa. Em suma: a relação de correspondência sinal/significado, num contexto de um processo de significação, deve ser estabelecida por um *sistema de significação* ou *Código*, que, como já dito anteriormente, une entidades presentes a entidades ausentes, sempre com base em regras convencionais, de modo que algo *materialmente* presente à percepção do destinatário *está para* qualquer outra coisa do mundo.

¹⁶⁵ O conceito de normas de competência será exposto no próximo capítulo.

¹⁶⁶ GUIBOURG, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 34-38.

¹⁶⁷ Sinal é, no entender de Clarice von Oertzen de Araujo (*Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 52), o modo de concretização física da mensagem; ou, com Umberto Eco (*Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 15), as “*unidades de transmissão de informação que podem ser computadas quantitativamente independente de seu significado possível*”. Sinal é conceito que engloba, portanto, estímulos e signos.

Conforme esclarece Umberto Eco, “todo processo de comunicação entre seres humanos [...] pressupõe um sistema de significações como condição necessária”.¹⁶⁸ Sem o *Código*, o máximo que pode acontecer é a presença de meros estímulos, numa relação causa-efeito sem qualquer significação/interpretação por parte de seus destinatários.

Em verdade, a própria existência da figura *signo* depende da atuação de um sistema de significação ou Código: qualquer coisa pode ser entendida como signo desde que haja uma convenção que lhe permita ficar no lugar de outra coisa ausente. E se as respostas comportamentais não forem solicitadas por convenção, estaremos diante de meros estímulos.

Cabe, então, aprofundar o estudo das nuances do *sistema de significação* ou *Código*, em consequência de sua importância para o vertente estudo. E isso será feito com base nas lições de Umberto Eco, lançadas em sua obra *Tratado Geral da Semiótica*.¹⁶⁹

O *sistema de significação* ou *Código*, para o filósofo e escritor italiano sob enfoque, é um sistema que possibilita a um dado sinal produzir uma dada mensagem e ser capaz de solicitar uma dada resposta. Em sua máxima compostura, o Código, com base no uso conferido ao termo na literatura especializada, pode compreender vários fenômenos sistemáticos, que podem ser apreendidos conjuntamente ou isoladamente. Assim, num modelo esquemático de processo de comunicação, teremos presente os seguintes sistemas que recebem a qualificação *Código*:

- a) uma série de sinais regulados por leis combinatórias internas, que compõe o plano da expressão da comunicação, cuja organização se dá com fulcro em leis sintáticas. Trata-se de um *sistema sintático*.
- b) uma série de noções acerca de um determinado objeto, com potencial para serem alçados à condição de uma série de conteúdos organizados, aptos, destarte, a serem veiculados num processo de comunicação. Trata-se de um *sistema semântico*.
- c) uma série de possíveis *respostas comportamentais* por parte dos destinatários de um dado sinal. Esse sistema não depende necessariamente do sistema semântico, pois pode haver uma relação de causa-efeito entre sinal e resposta comportamental

¹⁶⁸ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 06.

¹⁶⁹ Ibid., p. 26-30.

(condição na qual o sinal seria um estímulo), sem qualquer processo de significação/interpretação por parte do destinatário da comunicação.

- d) uma série de regras que associa elementos do sistema sintático a elementos do sistema semântico ou a elementos do sistema de respostas, ou ainda a ambos. Essa regra estabelece que uma série de sinais sintáticos do sistema descrito em (a) se refere a uma dada segmentação do sistema semântico (b). Ou que uma associação das unidades do sistema sintático (a) e semântico (b) correspondem a dada uma resposta (c). Ou que uma série de sinais (a) corresponde a uma dada resposta (c), a despeito da demarcação das unidades do sistema semântico. Apenas esse sistema de regras é que pode ser chamado, em verdade, de *Sistema de Significação* ou *Código*.¹⁷⁰

Todavia, como acentua Umberto Eco, não se pode negar que, em determinados contextos, o termo Código é utilizado não apenas para cobrir os fenômenos do tipo “d”, sendo aplicado aos demais sistemas supramencionados.¹⁷¹ Porém, tal aplicação, apesar de sua utilidade no discurso comunicacional, pode gerar uma série de equívocos. Para evitar tais imprecisões é o citado autor confere a nova denominação *s-códigos* (que quer dizer “código enquanto sistema”) aos demais sistemas articulatórios descritos em “a”, “b” e “c”.¹⁷²

Explicando os pormenores dos s-códigos, Umberto Eco enfatiza que tais figuras “são, na verdade, SISTEMAS ou ESTRUTURAS que podem muito bem subsistir independentemente do propósito significativo ou comunicativo que os associa entre si”¹⁷³, sendo “compostos por um conjunto finito de elementos estruturados oposicionalmente e governados por regras

¹⁷⁰ Como disse António Fidalgo e Anabela Gradin, “*se Saussure empregou o termo código para designar o sistema da língua é porque nesta existem os planos dos significantes e dos significados numa correspondência de um a um, em que a cada significante corresponde um significado e vice-versa. Dominar o código da língua é saber qual o significado que corresponde a determinado significante*”. (*Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>>, p. 97. Acesso em: 29 mar. 2010).

¹⁷¹ “*Desde Aristóteles, até a semiótica moderna, todas as teorias da comunicação foram baseadas num único modelo: o modelo de código. Ou seja, a comunicação seria alcançada pela codificação e decodificação de mensagens. O modelo de código é uma concepção bastante divulgada, que considera a língua um repertório, no qual a cada coisa do mundo exterior corresponderia um nome. O sentido seria então a relação entre a coisa e o nome. Um ‘código’ seria uma série de sinais associados a representações internas do mecanismo. Ou seja, é um sistema que emparelha mensagens internas com sinais externos, possibilitando, assim, que dois organismos ou mecanismos de processamento de informação (organismo ou máquinas) se comuniquem.*” (PORTANOVA, Rui. *A pragmática das implicaturas e a linguagem jurídica*. In: Ibaños, Ana Maria T.; Silveira, Jane Rita Caetano da (Orgs.). *Na interface semântica/pragmática: programa de pesquisa em lógica e linguagem natural*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 218)

¹⁷² ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de António de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 30.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 30.

combinatórias mediante as quais podem dar origem a liames finitos ou infinitos”.¹⁷⁴ Enfim, os s-códigos podem ser considerados como sistemas em que cada valor se institui pela possibilidade e diferença e que se evidenciam apenas quando diferentes fenômenos são mutuamente comparados em referência ao mesmo sistema de relações. Cada sistema s-código deve se fundar na mesma matriz estrutural, capaz de gerar combinações diferentes, seguindo diferentes regras combinatórias.

Muito embora seja o Código que permita que um processo de comunicação seja alçado à condição de processo de significação, é o arranjo em sistema dos s-códigos, isto é, sua estruturação por meio de regras de organização, que torna compreensível um determinado *estado de fatos* e o faz comparável a outros *estados de fatos*, preparando, destarte, as condições para uma possível correlação capitaneada pelo Código.¹⁷⁵ Vale dizer: sem a logicidade organizadora dos sistemas sintático, semântico e de resposta, que reduz as suas potencialidades informativas, de modo a tornar racional e econômico o processo de comunicação e significação, não haveria campo propício para atuação do Código e a emersão da relação sígnica. Eis o que diz Umberto Eco a respeito disso:

[...] é mais fácil transmitir uma mensagem que deve fornecer informações sobre um sistema de elementos cujas combinações são regidas por um sistema de possibilidades pré-fixadas. Quanto mais reduzidas as alternativas, mais fácil a comunicação. Um s-código introduz, com seus critérios de ordens, essas possibilidades de comunicação; o código representa um sistema de estados sobreposto à equiprobabilidade do sistema de partida, para permitir seja ele dominado comunicativamente. Todavia, não é o valor estatístico informação que requer esse elemento de ordem, mas sua transmissibilidade.¹⁷⁶

Se, como visto, são as regras de combinação interna dos sistemas que facilitam e condicionam o processo de comunicação, é a compatibilidade dessas estruturas internas (regras de organização do sistema), que se encontram a eles subjacente, que, de fato, configura a condição *sine qua non* para a existência de relações recíprocas entre os três sistemas. Frise-se: mostra-se necessário que os sistemas envolvidos em um dado processo comunicacional possam ser considerados de forma recíproca, em suas identidades, diferenças, simetrias e dissemetrias.¹⁷⁷ Avançando nesse ponto, tem-se que *as relações s-códigos e o Código surgem*

¹⁷⁴ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 30.

¹⁷⁵ Ibid., p. 33.

¹⁷⁶ Ibid., p. 37.

¹⁷⁷ Por exemplo, no caso do Direito, a formação do significado de uma dada norma jurídica tem que levar em conta a sua específica estruturação sintática.

porque um s-código é estabelecido para permitir às suas unidades sintáticas que veiculem unidades semânticas. Ou seja, “sempre um código existe porque existem s-códigos, e os s-códigos existem porque existe – ou existiu, ou poderá existir – um s-código. Assim, a significação penetra a vida cultural em sua totalidade”.¹⁷⁸ Quer-se dizer com isso é que, na verdade, apesar da autonomia dos s-códigos entre si e destes para com o Código, o desenvolvimento de um processo de significação é que influencia, em última análise, a construção de todos.

Aqui chegado, já há cabedal de informações suficiente para entender, realmente, a figura do signo enquanto ente relacional. É que a existência de um Código é que permite a existência de um signo. De fato, “quando um código associa os elementos de um sistema veiculante aos elementos de um sistema veiculado, o primeiro se torna a *expressão* do segundo, o qual, por seu turno, torna-se o *conteúdo* do primeiro”.¹⁷⁹ É nesse quadrante que desponta a denominada *função sígnica*, “quando uma expressão se correlaciona a um conteúdo, tornando-se ambos os elementos correlatos *funtivos* da correlação”.¹⁸⁰

O signo, pois, não é uma entidade física (esse aspecto diz respeito, tão-só, à ocorrência concreta de elemento pertinente ao plano de expressão) nem fixa. Revela-se, ao contrário, como um “local” de encontro de elementos mutuamente independentes, oriundos de dois sistemas diferentes e associados por uma correlação codificante. Propriamente falando não há, pois, signos, mas sim *funções sígnicas*.¹⁸¹

Uma função sígnica se realiza quando dois funtivos (expressão e conteúdo) entram em mútua correlação, mas o mesmo funtivo pode também entrar em correlação com outros elementos, tornando-se assim um funtivo diferente, que dá origem a uma outra função sígnica. “Assim, os signos são o resultado provisório de regras de codificação que estabelecem correlações transitórias em que cada elemento é, por assim dizer, autorizado a associar-se com um outro elemento e a formar um signo somente em certas circunstâncias previstas pelo código”.^{182,183}

¹⁷⁸ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 38.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 40.

¹⁸² *Ibid.*, p. 40.

Em última análise, os Códigos não produzem signos, mas sim estabelecem *tipos gerais*, fixando, destarte, regras capazes de gerar *ocorrências concretas (tokens)*, que são as unidades que se realizam no processo de comunicação, denominados signos. Desse modo, os signos só se verificam num efetivo processo de comunicação.

2.11 O Interpretante e as particularidades do sistema semântico.

De acordo com o exposto, Peirce entendia que a semiose seria uma ação que envolvia três figuras: o signo, o objeto e o seu interpretante. Nessa perspectiva semiótica, deveria existir, entre o signo e o objeto, um interpretante, que seria um outro signo, o qual, numa forma simples de dizer, explicaria ou traduziria o signo precedente.

Avançando nesse ponto, dizia literalmente o “pai” da semiótica que “um signo, ou *representámen*, é aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria, na mente dessa pessoa, um signo equivalente, ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado denomino interpretante do primeiro signo”.¹⁸⁴ Do trecho se infere claramente que Peirce denomina *interpretante* o signo secundário que desponta diante do suporte físico de um outro signo primário, que é decisivo na formação desse primeiro signo, por conta da referência que mantém em relação a este. Em síntese, trata-se de uma outra representação referida ao mesmo objeto, arrimada em um outro signo, que auxilia e condiciona a primeira representação. Há, então, por força do interpretante uma representação mediadora, por assim dizer.

Ocorre, porém, que tal definição, de certo modo, é apenas uma das muitas definições que podem ser sacadas da doutrina de Peirce acerca do elemento semiótico *interpretante*. É que,

¹⁸³ Essa visão de função sígnica, esposada por Umberto Eco, tem por calço as idéias de Hjelmslev, que acreditava ser necessário “abolir” a noção até então em vigor de signo, já que tal conceito levaria à concepção errada de que as grandezas da expressão e conteúdo possam existir separadamente. Desse modo, as duas consequências dessa definição são que um signo não é uma entidade física e o signo não é uma entidade semiótica fixa. (Cf. KIRCHOF, Edgar Roberto. *Estética e semiótica: baumgarten e kant a umberto eco*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 174)

¹⁸⁴ PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 46.

conforme atestado por José Fernandes da Silva¹⁸⁵, no trecho que segue logo abaixo, o conceito de interpretante sofreu várias definições na obra de Charles S. Peirce:

Peirce, na mais conhecida de suas afirmações acerca do conceito de *interpretante*, caracteriza-o como *aquilo* que o próprio signo, ao ser percebido por alguém, *cria* na mente deste alguém. Só que, neste caso, surge uma dúvida: como pode uma determinada coisa, ao ser percebida por alguém, criar ela mesma, na mente deste alguém, aquilo a partir do qual ela é por ele interpretada? Em algumas passagens, as afirmações são relativamente diversas, e o conceito de interpretante aparece ora como “a cognição de certo espírito”, ora como “os sentidos ou memória da pessoa para quem ele atua como um signo”, e ora como “mera qualidade de sentimento” [...], e assim por diante.

Aquilatando esse pormenor do pensamento de Peirce, Umberto Eco assevera que o interpretante pode assumir formas diversas, pode ser um significante equivalente a um primeiro significante, uma definição científica ou ingênua, uma associação emotiva, ou anda uma tradução para uma outra linguagem.¹⁸⁶

Mas o certo é que, mesmo com tal amplitude, a figura do *interpretante* de Peirce, quando devidamente apreendida, depurada e condensada, permite avançar em três frentes importantes para a semiótica; que são: (i) retirar o caráter subjetivo do significado, (ii) retirar o caráter referencial do significado, (iii) trazer à tona o conceito de semiose ilimitada e a complexidade do sistema semântico no processo comunicacional. Essas novéis noções, por sua vez, supeditam fundamentos para uma análise da (iv) segmentação do sistema semântico e a formação do Hipercódigo.

2.11.1 O significado como unidade cultural.

Quanto ao primeiro aspecto acima pontuado, tem-se que, muito embora exista, em algumas passagens, certa confusão entre as figuras *intérprete* e *interpretante* na obra de Peirce¹⁸⁷, tem-se que esta última, em sua dinâmica operacional, torna possível chegar à seguinte conclusão: *o significado, num processo comunicacional, decorre de ligações criadas por convenções*

¹⁸⁵ SILVA, José Fernandes da. *O interpretante: como aquilo que possibilita e, ao mesmo tempo, condiciona o processo interpretativo*. In: Cadernos de Semiótica Aplicada, Vol. 7. n.1, julho de 2009. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/grupos/casa/artigos/V5n1/CASA2007-v5n1-Art-Silva.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

¹⁸⁶ *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 59.

¹⁸⁷ Tal imprecisão tem o condão de fazer crer que o interpretante também seria resultado de fenômenos mentais ligados aos sujeitos que atuam na comunicação.

sociais, seja de forma arbitrária, seja por conta de experiências passadas. Nesse exato sentido é a definição esposada por Robert Marty¹⁸⁸ ao afirmar que “el interpretante es a la vez una norma social o um hábito coletivo ya instalado y la determinación aquí ahora de una mente que interiorice esta norma”. Ou seja, trata-se de uma norma social ou um hábito coletivo, materializações objetivas, portanto, que se instalam na mente dos usuários de um processo comunicacional.

Outra consequência que exsurge da interação de signos para a formação da função sígnica, por intermédio da atuação do interpretante, é que o *referente*, essa entidade concreta (objeto a que o signo corresponde), *deixa de ter importância para a postura semiótica de um processo de significação.* De fato, nessa ordem de coisas, o campo semântico passa a auferir autonomia em si, por força de um processo de significados cumulados e ordenados a partir de signos que se autorrefereciam segundo processos abstratamente construídos no seio da sociedade. Assim é que a “a idéia de interpretante faz de uma teoria da significação uma ciência rigorosa dos fenômenos culturais e a separa da metafísica do referente”, como bem sintetizou Umberto Eco.¹⁸⁹

E não poderia ser diferente, na medida em que toda tentativa de estabelecer o referente de um signo, ou seja, de indicar o objeto real a que um dado suporte físico faz referência, nos leva a defini-lo em termos de uma entidade abstrata que representa uma convenção cultural.¹⁹⁰ Em palavras mais diretas, ao dizermos *sente-se na mesa* o destinatário dessa mensagem senta-se em um determinado objeto que está diante dele por conta da noção abstrata que possui do objeto *mesa*, isto é, da convenção cultural que individuou essa entidade abstrata no contínuo da matéria da realidade fenomênica. Numa outra forma de dizer: *as características definitórias das coisas, que fazem com essa coisa seja representável em nossa mente e em nossa comunicação, é fruto de decisões humanas que são interiorizadas pela sociedade falante, e não estão nas coisas em si.* Ricardo Guiborg dá o exato tom de tais noções ao explicar que “[...] las características definitórias no son las que hacen que algo sea una cosa y no outro, sino las que, de hallarse presentes en un objeto, *nos mueven* a llamarlo con cierto nombre según la clasificación que hemos escogido o aceptado. [...] una característica no es

¹⁸⁸ MARTY, Robert. *¿Que es un interpretante?*. Disponível em: <<http://robert.marty.perso.cegetel.net/semiotique/preg39.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2009.

¹⁸⁹ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 59.

¹⁹⁰ Cf. *Ibid.*, p. 56.

definitória por si mesma, em forma absoluta o abstracta, sino *en relación con* cierto nombre. Y luego, a través de la instrospección, ya que las clasificaciones están dentro de nosotros y no en el objeto mismo”.¹⁹¹

Conclui-se, então, que uma coisa é o que é para o universo comunicacional humano não por conta dela mesma, mas sim pelas convenções e sistematizações linguísticas que o homem faz em relação ao mundo que o cerca e em relação ao mundo interior, segmentando, com isso, a realidade.

Assim, tem-se que “a referência do signo ao objeto não é dependente de qualquer interpretação particular”.¹⁹² Estabelece-se, com isso, o caráter linguístico da semântica, que passa a ganhar o mesmo *status* semiótico do plano sintático, como assevera Roman Jakobson na seguinte passagem de sua obra *Linguística e Comunicação*:

Será novidade insistir no caráter intrinsecamente linguístico da semântica? Não, trata-se de algo que já havia sido dito muito claramente; mas acontece que as coisas que são ditas muito claramente caem por vezes em esquecimento total. Desde 1867, C. S. Peirce, que, repito, deve ser considerado como o autêntico e intrépido precursor da Linguística estrutural, estabeleceu nitidamente o caráter linguístico da semântica. Como dizia ele, o signo – e em parte o signo linguístico – para ser compreendido exige não só dois protagonistas que participem do ato da fala, mas, além disso, de um “interpretante”. Segundo Peirce, a função desse interpretante é realizada por outro signo ou conjunto de signos, que são dados juntamente com o signo em questão ou que lhe poderiam ser substituídos. Depois diz que é preciso incorporar as significações gramaticais à análise estrutural.¹⁹³

Afastadas, nesse diapasão, noções essencialistas que contaminam o campo linguístico, pode-se dizer, com Umberto Eco¹⁹⁴, que o significado de um termo, ou seja, o objeto que o termo denota, é uma *unidade cultural* que demarca um campo semântico no sistema de significados (sistema semântico).

2.11.2 A semiose ilimitada.

¹⁹¹ GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alessandro; GUARINONI Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 47.

¹⁹² SANTAELLA, Lúcia. *A teoria geral dos signos semiose e autogeração*. São Paulo: Ática, 1995, p. 38.

¹⁹³ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 18. ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 31.

¹⁹⁴ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 57.

A noção de *interpretante* faz incutir a idéia da existência de uma cadeia de significantes que explicam o significado de significantes anteriores (em uma regressão com potencialidade para o infinito).

Recuperando o processo já descrito, tem-se que, para estabelecer o significado de um significante, é necessário nomear o primeiro significante por meio de um outro significante (seu interpretante), que a seu turno conta com outro significante (interpretante imediato do segundo significante e mediato do primeiro), que pode ser interpretado por outro significante, e assim sucessivamente. Esse é, em fórmula extremamente reduzida, o que se chama de *semiose ilimitada*.

Um dos *legados* do interpretante é essa propensão ao infinito, no qual há uma rede de signos que se comunicam em determinados contextos comunicacionais, um servindo de calço para a significação do outro, em processos intelectuais dos mais variadas matizes, tendo como ligação uma determinada unidade cultural. Por conta dessa amplitude é que Umberto Eco enfatiza que a figura semiótica do interpretante exaure a figura semiótica dos Códigos, englobando outros juízos semióticos.¹⁹⁵

Portanto, apenas com base na relação de um signo com outros signos, ou seja, nesse específico contexto do interpretante, o significado seria algo fluido, sem contornos precisos, com alta dependência da mensuração da intencionalidade do emissor e do contexto circundante por parte do destinatário.

2.11.3 Segmentação do Sistema semântico (denotações e conotações) e o Hipercódigo.

Enfatiza Umberto Eco que “a unidade cultural não pode, porém, ser identificada apenas através dos seus interpretantes. Deve ser definida como POSTA num sistema de outras unidades culturais que se lhe opõem ou a circunscrevem. Uma unidade cultural ‘existe’ tão-somente enquanto é definida numa outra que se lhe opõe”.¹⁹⁶

A linha de raciocínio é a seguinte: no processo comunicacional existe um sistema de significações que é composto não pelos objetos em si, mas por unidades culturais que

¹⁹⁵ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 60.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 62.

formam, numa relação de oposição com outras unidades culturais correlatas, campos semânticos segmentados, que demarcam posições no bojo de tal sistema.

São justamente as estruturações dos campos semânticos, suas segmentações, que dão forma ao conteúdo. Como exemplo clássico, temos a palavra *neve*, que em língua portuguesa cobre um fenômeno que é segmentado em várias unidades culturais pelos esquimós, os quais, portanto, utilizam várias palavras para designar o mesmo campo abrangido pela palavra portuguesa. Outro exemplo interessante é que o nosso azul é segmentado pela cultura russa em duas palavras *goluoj* e *sinij*, ao passo que a civilização grego-romana não fazia distinções entre o nosso *azul* e o nosso *verde*¹⁹⁷, denominando-os, ambos, de *glaucus*.

Assim poderia ser segmentado o plano do conteúdo (a forma do conteúdo) quanto ao objeto em foco¹⁹⁸:

Comprimento da onda	Significado para os Brasileiros (Campos semânticos)	Significado para os greco-romanos (Campos semânticos)	Significado para os russos (Campos semânticos)
460-540 milimícron	Azul	<i>glaucus</i>	<i>sinij</i>
			<i>goluoj</i>
	verde		<i>zelenhei</i> ¹⁹⁹

O campo semântico manifesta, pois, a visão de mundo própria de uma determinada cultura, que segmenta a realidade de forma arbitrária. A experiência retalha a matéria (o contínuo) e

¹⁹⁷ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 67.

¹⁹⁸ Ainda sobre o tema conferir: *A língua como objeto da linguística* (PIETROFORTE. *A língua como objeto da linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 86).

¹⁹⁹ Tradução livre do alfabeto cirílico do vocábulo russo “зеленый”, que significa verde em tal idioma.

torna pertinentes algumas unidades culturais às quais se atribuem *nomes*, que, por relação de oposição, formam um campo semântico.

Assim, o sistema semântico é formado pelos objetos, assim entendidos como unidades culturais, que são postos em organização tendo em conta outras unidades culturais em uma relação de oposição. O campo semântico é definido por diferenciações onde um elemento é diferenciado de outro elemento que a ele se opõe. Nessa organização do sistema do conteúdo, três elementos entram em cena (não necessariamente nessa ordem): unidades de experiências materiais, unidades culturais e nome (significante).²⁰⁰

Diante do que foi dito, pode-se falar, de forma simplificada, que o significado seria assim a posição do significante na segmentação do sistema semântico. Ou melhor: “[...] o significado é uma unidade semântica ‘posta’ num ‘espaço’ preciso dentro de um sistema semântico”²⁰¹, também denominado de *semena*.

Ocorre, porém, que a relação significante/significado é mais complexa que essa ligação linear com uma dada posição no campo semântico. Decerto, o significante se refere a uma rede de posições no interior do mesmo campo semântico, como também a uma rede de posições no interior de outros campos semânticos.²⁰² Essas posições demarcadas dentro de um mesmo campo semântico, como também dentro de outros campos, são nada mais nada menos que as denominadas, respectivamente, marcas denotativas e conotativas do significado (*semena*), que, em seu conjunto, formam tal figura semiótica.

Note-se que a premissa assumida (de que o significado não é um objeto do mundo, mais sim uma segmentação do sistema de conteúdo) gera por consequência a insuficiência do modelo explicativo referencial (isto é, que faz referência à realidade fenomênica) para o estudo da denotação e conotação, tornando-as, por conseguinte, figuras semióticas mais complexas como também mais “indiferenciadas”.

De fato, continuando nas premissas da doutrina de Umberto Eco, as marcas denotativas seriam então aquelas cuja soma identifica a unidade cultural à qual o significado corresponde em *primeira instância*. Veja-se que denotação não é um equivalente de *extensão*. Trata-se,

²⁰⁰ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 69.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 73.

²⁰² *Ibid.*, p. 73.

pois, de uma propriedade semântica e não de um objeto. De seu turno, sobre as marcas denotativas é que se baseariam as denominadas marcas conotativas, que seriam aquelas que contribuem para a constituição de uma ou mais unidades culturais expressas pela função sígnica anteriormente constituída. Nas precisas palavras do filósofo citado, “uma marca denotativa é uma das posições dentro de um campo semântico à qual o código faz corresponder um significante *sem prévia mediação*”²⁰³, já “uma marca conotativa é uma das posições dentro de um campo semântico à qual o código faz corresponder um significante *através da mediação de uma marca denotativa precedente*, estabelecendo a correlação entre função sígnica e uma nova entidade semântica”.²⁰⁴ Vejamos o que diz Edgar Roberto Kirchof a respeito dessa noção esposada por Umberto Eco:

Ainda da teoria de Hjelmslev, Eco também se apropria da noção de conotação e denotação, que assume grande importância no tratamento da estética semiótica. De maneira simplificada, a partir de Hjelmslev, pode-se entender a denotação como a primeira operação realizada pelo signo, a saber, sustentar a função semiótica a partir da relação de solidariedade entre os planos da expressão e do conteúdo. A conotação, por outro lado, é a operação em que o plano da expressão se torna uma semiótica autônoma, ligada a uma função semiótica anterior.²⁰⁵

Dessa lição desponta que o significante aponta um determinado segmento do campo semântico correspondente a uma unidade cultural, que é delineado pelas marcas denotativas. Assim é denotativa a marca à qual o significante é referido sem mediação de marcas precedentes. Por outro lado, essa marca denotativa, apontada precedentemente, dá azo a outras associações que a ela se referem, as quais, ao fim do processo, auxiliam na própria compostura da unidade cultural referenciada pelo significante. Entra em cena a denominada *função conativa*, que se verifica quando o conteúdo de um primeiro significante vira plano de expressão de um segundo signo que àquele também se refere em segunda instância.

Como exemplo, temos a palavra “cão”, que denota um dado animal, segundo características essenciais aceitas convencionalmente, em contraposição a outros animais. “Cão”, de seu turno, também conota, por exemplo, “fidelidade”. Nesse caso, a associação da palavra ao animal é feita pelo Código de forma imediata, identificando-se um segmento do campo semântico relativo aos animais. Por sua vez, a qualidade “fidelidade” é associada a partir do significado “cão”, que auxilia, de seu turno, a reforçar a própria existência da denotação. O

²⁰³ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 74.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 74.

²⁰⁵ KIRCHOF, Edgar Roberto. *Estética e semiótica: Baumgarten e Kant a Umberto Eco*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 175.

suporte denota a unidade cultural. Esta é explicada por conotações que fazem parte da conotação do suporte, por seu turno. Digamos assim: as conotações são os interpretantes das denotações subjacentes.²⁰⁶

Do que foi dito, ficam claras duas coisas. A primeira é que nenhuma marca semântica (denotativa ou conotativa) realiza por si só a função sígnica: o Código associa um conjunto de marcas semânticas funcionando como um todo indivisível. A segunda é que, na complexidade das linguagens humanas, notadamente da linguagem verbalizada, não se pode pensar num Código, mas num sistema de Códigos inter-relacionados.²⁰⁷ De fato, podem existir muitas árvores componenciais para um só significante, que o conectam simultaneamente a diversas posições em diversos campos semânticos. Destarte, “o que se chamou de ‘o código’ é, pois, um *complexo retículo de subcódigos* que vai muito além do que podem exprimir categorias como ‘gramática’, por mais compreensivas que se apresentem. Deveríamos chamá-lo de HIPERCÓDIGO [...] que reúne vários subcódigos, alguns dos quais fortes e estáveis, outros mais fracos e transitórios”.²⁰⁸

Surge, então, a figura do Hipercódigo, que deixa patente a complexidade dos processos de significações.

²⁰⁶ Admite-se que o interpretante seja o conjunto das denotações de um signo, que as conotações sejam o interpretante das denotações subjacentes, e que uma nova conotação seja o interpretante da primeira. (Cf. ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 60).

²⁰⁷ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 80.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 114.

3 NORMA JURÍDICA E PRODUÇÃO NORMATIVA CONCRETA.

Cumprido, neste capítulo, estudar a atividade processual a cargo dos magistrados como um processo de produção normativa, assim entendido como atividade linguística (enunciação) que produz novas unidades estruturais (enunciados) do sistema do Direito positivo, com existência sintática autônoma.

Antes, porém, é preciso apresentar o conceito de norma jurídica e demais figuras jurídicas que dele decorrem, de modo a possibilitar um adequado entendimento da razão da afirmação de que o processo de aplicação do Direito a cargo do Poder Judiciário culmina na produção de normas concretas.

3.1 Definição do conceito de norma jurídica.

Por se tratar de um fenômeno linguístico fruto do engenho humano, a expressão *norma jurídica* não possui uma definição unívoca. Ao contrário, tal relevante assunto vem gerando controvérsias jurídicas ao longo dos séculos.

No entanto, ainda no início do século XX, a partir de Hans Kelsen, aprofundou-se a idéia da cientificidade do Direito e se reconheceu nas normas jurídicas o mínimo irreduzível de qualquer estudo rigoroso na área jurídica. Destarte, com o mestre de Viena, pode-se dizer que o Direito “[...] é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam um comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira”.²⁰⁹

Lourival Vilanova é quem melhor desenvolveu, na doutrina pátria, a estruturação do conceito de norma jurídica, assim apresentado como um juízo hipotético condicional²¹⁰, decorrente da significação sistemática dos enunciados jurídicos, onde há uma hipótese conectada a uma

²⁰⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 05.

²¹⁰ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 129.

consequência por um funtor deôntico²¹¹: o dever-ser interproposicional, que é, aqui, neutro, ou seja, não modalizado nas apresentações deônticas *permitido*, *obrigatório* e *proibido*.

Aprofundando tal noção com auxílio nas lições de Paulo de Barros Carvalho²¹², tem-se que a hipótese refere-se a um evento, dando notas para a sua identificação na realidade (abstração), caracterizando, assim, um enunciado conotativo, que contém usualmente um verbo no infinito (v.g. importar produtos industrializados). A essa hipótese imputa-se (o legislador) uma consequência, que é uma relação jurídica, onde verificamos a presença de um direito e de um dever, ambos referidos a um mesmo objeto. Rigorosamente, tem-se que o consequente abriga, na verdade, não uma relação jurídica efetivada, mas sim critérios que auxiliarão o aplicador dessa norma a compor uma relação jurídica, passando a determinar os sujeitos, mormente o passivo, que se encontram nela indeterminados (generalidade), assim como o objeto da relação jurídica.

A descrição do parágrafo anterior é de uma *norma geral e abstrata*, que se encontra no cume do processo de positivação jurídica. Tal estrutura, como visto, apresenta critérios para a identificação de um evento, que se tornará, pela formalização linguística, um fato jurídico (concretude), autorizando a constituição da relação jurídica, que não é mais efectual²¹³, mas sim real, apresentando um dever-ser intraproposicional modalizado (*permitido*, *proibido* e *obrigatório*), onde se encontra determinado o sujeito passivo, o sujeito ativo e o objeto de uma relação jurídica (individualidade). Essa última é, por sua vez, a denominada *norma individual e concreta*, que leva o Direito mais próximo da realidade social, abrindo caminho para efetiva regulação da conduta humana.²¹⁴

²¹¹ Sobre o conceito de funtor, eis o que diz Tercio Sampaio: “O termo funtor vem da lógica. Trata-se de operadores linguísticos que nos permitem mobilizar asserções. [...] Entre os inúmeros funtores de que se vale a linguagem normativa, a doutrina seleciona três e distingue três tipos de normas: preceptivas, proibitivas e permissivas. As primeiras regem-se pelo funtor deôntico (deontos: dever-ser) é obrigatório. As segundas, pelo funtor é proibido. As terceiras, pelo funtor é permitido.” (FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 128)

²¹² Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

²¹³ Quanto ao conceito de relação jurídica efectual, confira-se: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

²¹⁴ Como diz Paulo de Barros Carvalho, “os enunciados das normas gerais e abstratas, por isso que lidam com uma acentuada carga de indeterminação (vaguidade), necessitam dos enunciados denotativos das normas individuais para atingirem a concretude da experiência social”. (*Curso de Direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 354).

Nota-se, portanto, que normas jurídicas não são os textos nem o conjunto deles, mas os *juízos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos*. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem o objeto da interpretação; e as normas, o seu resultado. Mas, o importante é dizer neste momento que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte, como bem acentua Humberto Ávila²¹⁵.

Assim, com Eros Grau, conclui-se que “as normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é *um conjunto de interpretações*, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas ordenamento em potência, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa”.²¹⁶ E arremata, em seguida, que “as *disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas* (isto é, quando – através e mediante a *interpretação* – são transformados em *normas*)”.²¹⁷

Paulo de Barros Carvalho teve o mérito de sistematizar o caminho trilhado pelo intérprete/aplicador ao demonstrar a necessidade do contato direto do operador do Direito com os enunciados que o compõem para, ao final, culminar na construção da norma jurídica. Para tanto, identificou a presença de três subsistemas assim resumidos: (i) o subsistema das formulações literais, (ii) o subsistema de significações isoladas de enunciados prescritivos, e (iii) o subsistema das normas jurídicas, como unidades de sentido deôntico obtidas mediante o grupamento de significações organizadas em um arquétipo formal de implicação.²¹⁸ Veja-se a sua lição quanto ao pormenor:

Enquanto se movimenta entre os enunciados, para compreendê-los na sua individualidade, o intérprete dos textos jurídicos deve saber que manipula frases prescritivas, orientadas para o setor dos comportamentos estabelecidos entre sujeitos de direito. É preciso, contudo, considerá-las na forma em que se apresentam, para que seja possível, posteriormente, congregá-las e convertê-las em unidades normativas, em que o sentido completo da mensagem deôntica venha a aparecer com toda a força de sua juridicidade. E esse “considerá-las na forma que se apresentam”

²¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

²¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 86.

²¹⁸ Cf. MOUSSALLEM, Târek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 83.

implica, muitas vezes, a utilização da Lógica Apofântica, com o modelo clássico “S é P”. Nesse intervalo, a tomada de consciência sobre a prescritividade é importante, mas o exegeta não deve se preocupar, ainda, com os cânones da Lógica Deôntico-jurídica, porque o momento da pesquisa requer, tão-somente, a compreensão isolada de enunciados e estes, quase sempre, se oferecem em arranjos de forma alética.

Sobre o sentido dos enunciados, é preciso dizer que ele é construído, produzido, elaborado, a contar das marcas gráficas percebidas pelo agente do conhecimento. [...]

Travado o primeiro contato com o texto jurídico-positivo, que se dá pelo encontro com o plano da expressão, plano dos significantes ou, se parecer mais adequado, o da literalidade textual, ingressa o intérprete no universo dos conteúdos significativos, enfrentando o tantas vezes processo gerativo de sentido. Suas primeiras realizações surgirão, como vimos, no campo das significações de enunciados isoladamente considerados. Mas, é evidente que isso não basta, devendo o exegeta promover a contextualização dos conteúdos obtidos no curso do processo gerativo, com a finalidade de produzir unidades completas de sentido para as mensagens deônticas.²¹⁹

Conclui-se, então, que a norma jurídica não se confunde com os suportes físicos formalizadores de enunciados prescritivos, mas vem a lume como juízo hipotético condicional construído pela conjugação sistemática das significações sacadas dos textos jurídicos.

3.2 Tipos de normas.

3.2.1 Normas primárias e secundárias.

Lourival Vilanova, em dois trechos a seguir transcritos, tece a conceituação de norma jurídica e nos informa da importância recíproca das normas primárias e secundárias:

Em reescritura reduzida, como vimos, a norma jurídica total tem composição dúplice: norma primária e norma secundária. Na primeira, efetivada a hipótese fática, *i.e.*, dado um fato sobre o qual ela incide, sobrevém a relação jurídica, com os necessários termos-sujeitos, com pretensões e deveres reciprocamente implicados. Na segunda, a hipótese fática de incidência é o não-cumprimento do dever do termo-sujeito passivo. Ocorrendo o não-cumprimento, dá-se o fato cujo efeito (por isso o não-cumprimento é fato jurídico) é outra relação jurídica, na qual o sujeito ativo fica habilitado a exigir coativamente a prestação, o objeto jurídico.²²⁰

Norma primária (oriunda de normas civis, comerciais, administrativas) e norma secundária (oriunda de norma de direito processual objetivo) compõem a bimembridade da norma jurídica: a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a

²¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118-120.

²²⁰ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 192.

secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte do substantivo.²²¹

Hans Kelsen também atesta o afirmado acima, conquanto pugne pela primazia das normas secundárias, as quais, em sua visão, seriam, na verdade, primárias. Confira-se o seu posicionamento quanto ao tema:

Se o contrato cria deveres para as partes contratantes, é porque a ordem jurídica liga à conduta anticontratual, quer dizer, à conduta contrária à norma contratualmente produzida, uma sanção. A norma produzida por um negócio jurídico é, nesse sentido, uma norma não-autônoma. Se o contrato cria direitos subjetivos para as partes contratantes, é porque a ordem jurídica, enquanto autoriza os indivíduos a concluírem contratos, atribui às partes contratantes o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento dos deveres estatuídos pela norma contratual, ou seja, a violação da norma jurídica produzida pelo contrato – quer dizer: atribui-lhes o poder jurídico de intervir na produção da decisão judicial que representa uma norma jurídica individual.²²²

É justamente da bimembridade constitutiva das normas que surge a figura da norma jurídica completa, cuja composição decorre da completariedade entre a norma primária, que estabelece as relações de direito material, e a norma secundária, veiculadora da atuação judiciária por meio do direito processual positivado²²³, tendo cada qual um particular juízo hipotético condicional.²²⁴

Sublinhe-se a referência direta à expressão *atuação judiciária* como prescriptor da norma secundária em detrimento da corriqueira utilização do termo “sanção”. Isso porque a atividade jurisdicional no âmbito processual não se resume a veicular enunciados típicos de normas de conduta a serem coercitivamente impostas pelo Estado-Juiz, mas também é capaz de introduzir no sistema jurídico normas sistêmicas de revisão, a exemplo do que ocorre com as sentenças declaratórias.

Com efeito, deflagrado o processo judicial por provocação do jurisdicionado, o papel primordial do Poder Judiciário na aplicação da norma secundária é inovar estruturalmente o Direito positivo, com a produção de enunciados de comportamento ou revisionais de índole

²²¹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 190.

²²² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

²²³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 43-44.

²²⁴ Nas palavras de Paulo César Conrado a norma completa é o “[...] resultado último da adição de duas normas jurídicas em sentido estrito, as quais, desde que conjugadamente consideradas, representarão as duas faces (obrigatórias) de toda norma jurídica que se pretenda completa”. (*Compensação tributária e processo*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 50).

concreta. Vale observar, quanto ao pormenor, a doutrina de Tárek Moysés Moussallem, ao esclarecer, de forma precisa, que “a norma secundária não visa somente a efetivar o cumprimento coativo do disposto no conseqüente da norma primária, mas prevê uma atuação do Estado-Juiz para expedir uma outra norma que, por sua vez, (1) pode ser pressuposto de uma coação – execução forçada – em virtude de o ‘conteúdo’ da sentença transparecer uma norma de conduta ou (2) de se referir a uma norma para expulsá-la do sistema (norma de revisão sistêmica)”²²⁵.

3.2.2 Normas de conduta e de estrutura.

A célebre classificação das normas em *normas de estrutura* e *normas de conduta* é fruto do engenho de Noberto Bobbio, que tem por calço a diversidade semântica das normas jurídicas. O citado jurista italiano identificou a existência de normas jurídicas que visam a regular, de forma imediata, o processo de produção normativa, ao lado de normas jurídicas que visam, imediatamente, à regulação do comportamento humano. Vale a transcrição, *in verbis*, de sua lição:

Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica: quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras.

[...]

Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas [...].²²⁶

Conclui, nesse passo, o jurista em foco, que ao lado das normas de conduta, imperativas, entendidas como comandos de fazer ou de não fazer, e que se podem chamar de imperativas de primeira instância, existem as imperativas de segunda instância, entendidas como comandos de comandar, o que acaba gerando nove tipos de normas de estrutura: (i) normas que mandam ordenar, (ii) normas que proíbem ordenar, (iii) normas que permitem ordenar, (iv) normas que mandam proibir, (v) normas que proíbem proibir, (vi) normas que permitem

²²⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 88.

²²⁶ BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999, p. 45-46.

proibir, (vii) normas que mandam permitir, (viii) normas que proíbem permitir e (ix) normas que permitem permitir.

Tal classificação é de extrema importância para uma perfeita compreensão da dinâmica do Direito, sendo encontrada em diversos autores, muito embora sob rotulação diversa.^{227,228} Todavia, entre eles, o que alcançou o maior rigor na pormenorização desse aspecto normativo foi o Professor Tárek Moysés Moussallem.

Consoante os ensinamentos do professor capixaba, a díade proposta pelo eminente jusfilósofo italiano não se mostra suficiente para albergar todas as apresentações das normas jurídicas, sendo necessário vislumbrar normas que não se referem ao modo de produção normativa, mas sim à forma de revisão de outras normas do conjunto. Classifica, então, as normas em *normas de produção normativa*, *normas de revisão sistêmica* e *normas de conduta*; eis os seus ensinamentos:

Cabe de pronto ressaltar que toda norma jurídica tem como vetor semântico a conduta humana. Dirige-se à conduta humana como escopo final (norma de conduta), volta à conduta humana com a finalidade de pautar a produção normativa (norma de produção normativa), ou dirige-se imediatamente a uma norma para mediadamente regular a conduta humana (norma de revisão sistêmica).

Para classificarmos as unidades do direito positivo em normas de condutas, normas de produção normativa e norma de revisão sistêmica, tenhamos em mente o efeito do ato de aplicação de uma norma: (1) quando a aplicação da norma N1 tiver como efeito imediato e mediato regular uma conduta C, chamaremos N1 de norma de conduta; e (2) quando a aplicação de uma norma N1 tiver como objetivo imediato regular uma conduta C para mediadamente produzir uma norma N2, chamaremos N1 de norma de produção normativa; quando a aplicação de uma norma N1 tiver como escopo principal não uma conduta humana, mas a modificação e uma extinção de uma norma N2, estaremos diante de uma revisão do sistema do direito positivo e

²²⁷ Segundo Vasconcellos, “[...] *Alf Ross divide as normas, segundo seu conteúdo imediato, em normas de conduta e normas de competência. No primeiro, situam-se aquelas que estabelecem regras de ação; no segundo, as que criam competência (poder, autoridade)*”. (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 164).

²²⁸ Sobre a norma de estrutura, Hans Kelsen admite que não estão ligadas a uma sanção, sendo, portanto, em sua visão, normas não-autônomas, que não veiculam diretamente uma sanção, mas devem estar em ligação essencial com as normas estatuidoras de atos de coerção, constituindo um dos pressupostos sob os quais são aplicados e executados os atos de coação estatuidos por outras normas. Confira-se: “*São ainda normas não-autônomas as normas jurídicas que conferem competência para realizar uma determinada conduta, desde que por ‘conferir competência’ entendamos conferir a um indivíduo um poder jurídico, ou seja, conferir-lhe o poder de produzir normas jurídicas. Com efeito, elas fixam apenas um dos pressupostos aos quais – numa forma autônoma – se liga o ato de coação. Trata-se das normas que conferem competência para a produção de normas jurídicas gerais, as normas da Constituição que regulam o procedimento legislativo ou põem o costume como fato produtor de Direito, e das normas que regulam os procedimentos jurisdicional e administrativo nos quais as normas gerais produzidas através da lei ou do costume são aplicadas, pelas autoridades jurisdicionais ou administrativas para o efeito competentes, nas normas individuais a produzir por estes órgãos*” (*Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 62).

passaremos a designá-la norma de revisão sistêmica. Nesta, o efeito imediato é a norma N2, a conduta é o efeito mediato.²²⁹

Desenvolvendo as noções acima descritas, tem-se que a norma de produção normativa é que possibilita a dinâmica do ordenamento jurídico, pois estabelece as *regras* para a aplicação/criação do Direito.²³⁰ O antecedente contém critérios de identificação de um evento específico: a enunciação, que é a atividade jurídica *tendente* à produção de enunciados jurídicos. Nesse enunciado conotativo qualifica-se um agente, um procedimento e os produtos jurídicos contidos entre as atribuições desse agente. Por sua vez, o conseqüente é a previsão de uma relação jurídica, na qual é imputado a todos o dever de respeito ao enunciado lançado pelo uso da norma de produção normativa (vinculação dos destinatários ao conteúdo do enunciado ejetado).

Qualquer criação ou extinção de uma norma jurídica (que é, em suma, a aplicação do direito), seja ela de conduta, de revisão sistêmica ou mesmo de produção normativa, dar-se-á a partir da aplicação de uma norma geral e abstrata de produção normativa. Aplicando-a, geraremos uma norma geral e concreta chamada *veículo introdutor*, que possibilita a entrada no sistema jurídico de um enunciado jurídico (enunciado-enunciado), fim imediato da enunciação, e que, como dito, pode ser qualquer das três espécies normativas suscitadas. O veículo introdutor tem em seu antecedente o relato linguístico da atuação de um agente qualificado (capaz/competente), por meio de um procedimento, ou forma estabelecida, em prol da dimanação de um produto contido no seu rol de atribuições. Esses aspectos, referentes à hipótese abstrata da norma, são vertidos em linguagem pelo próprio agente competente que relata sua enunciação, compondo esse fato jurídico, que, por se referir à enunciação, chamamos de fato enunciativo ou enunciação-enunciada. Já o conseqüente trará um dever imputável à comunidade jurídica de respeito, de vinculação, à norma lançada (o denominado enunciado-enunciado).²³¹

²²⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 93.

²³⁰ Toda criação de uma norma é resultado da aplicação de uma outra norma. E, ao revés, toda aplicação se dá com a criação de outra norma de maior concreção. De fato, para criar uma norma individual e concreta de conduta, aplica-se uma norma geral e abstrata de conduta e uma norma geral e abstrata de produção normativa (que regula a feitura daquela), criando uma norma individual e concreta de conduta e uma norma geral e concreta que estabelece o dever de observância do enunciado posto (veículo introdutor).

²³¹ Sobre os arranjos da díade enunciado/enunciação: “A enunciação seria o ato produtor de enunciado, enquanto o enunciado, o produto de tal ato. [...]. Nesse conjunto enunciativo (documento normativo), distinguiremos duas espécies de enunciados: os enunciados-enunciados, compostos dos dispositivos legais, tais como artigos, parágrafos, incisos e alíneas, e a enunciação-enunciada, composta pelos fatos enunciativos que nos remetem à instância da enunciação normativa (produção normativa).” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 78-79).

Usualmente a norma de produção normativa é aplicada a fim de aplicar uma outra norma: a norma geral e abstrata de conduta. Nesse quadrante, temos que o agente qualificado pela norma de produção normativa deverá verter em linguagem um dado evento em atenção aos critérios estabelecidos em uma norma geral e abstrata de conduta, compondo um fato jurídico do qual, por conta da eficácia jurídica, despontará uma relação jurídica que será individualizada com fulcro nos dados contidos no fato jurídico recém-constituído. Essa norma individual e concreta só ganha respeitabilidade (imunidade de seu cometimento – para usarmos a linguagem de Tércio Sampaio Ferraz²³²) por conta do dever contido no consequente do veículo introdutor de normas, que exsurge em razão da aplicação da norma de produção normativa. Nesses termos, há duas aplicações de normas gerais e abstratas (de produção normativa e de conduta), e paralelamente há, também, a criação de duas normas concretas, quais sejam, o veículo introdutor (norma geral) e a norma individual e concreta de conduta (norma individual). Isso se dá porque a aplicação de uma norma de superior hierarquia nada mais é que a criação de uma norma de inferior hierarquia que nela retira seu fundamento de validade.

Todavia, pode-se ter somente a aplicação da norma de produção normativa, sem uma correspectiva aplicação de uma norma de conduta. Isso se dá, por exemplo, na capacidade negocial e na competência legislativa ordinária. Essa situação confere extrema liberdade para o agente competente, porquanto estará livre da verificação de ocorrência de determinados pressupostos de fato de uma dada norma de conduta para que possa confeccionar o enunciado-enunciado, e este, por sua vez, não deverá ter que se prender a coordenadas rigidamente dadas por uma outra norma. Nesse caso, o início e o fim da enunciação não estão presos a determinações materiais especificamente impostas por outras normas jurídicas.

Estabelecida está, diante do exposto, a classificação das normas jurídicas segundo a sua função na dinâmica do Direito, bem como sua ligação com a teoria jurídica da enunciação.

3.2.3 Normas gerais e abstratas e individuais e concretas.

A análise da classificação das normas em *abstratas* ou *concretas* e *gerais* ou *individuais* remonta à compreensão da norma jurídica como um juízo hipotético condicional prescritivo,

²³² Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

no qual o antecedente encarta o aspecto descritivo de eventos fenomênicos de possível realização e o conseqüente se configura como a “estrutura prescritiva de condutas intersubjetivas”²³³, ou seja, o prescritor das relações jurídicas estabelecidas entre dois sujeitos de direito.

A partir dessa lógica condicional ínsita à norma jurídica, tem-se que as características de abstração e concretude estão intimamente atreladas à hipótese normativa, enquanto a generalidade e individualidade se fazem presentes no conseqüente, com especial vinculação ao sujeito passivo da relação jurídica.²³⁴

Nota-se, portanto, que tomando o antecedente como critério distintivo a norma será considerada abstrata quando descrever situações de fato sem qualquer lastro de espaço ou tempo capazes de identificar um evento especificamente ocorrido. Na elucidativa explicação de Paulo de Barros Carvalho, a abstração normativa se notabiliza quando apenas estiverem narradas as indicações de “[...] classes com as notas que um acontecimento precisa ter para ser considerado fato jurídico [...]”²³⁵.

Por sua vez, a norma concreta traz à hipótese normativa a apreensão de um fato com delimitação temporal e espacial convertido em linguagem competente. Trata, nesse passo, da efetiva captura de marcas do evento empírico passado após o regular processo de incidência ou subsunção da norma abstrata. Bem por isso, “fala-se em norma concreta quando a situação fática descrita na hipótese da norma abstrata (enunciado conotacional) ocorre na realidade empírica, adquirindo identidade linguística competente, ou seja, revestimento em linguagem hábil”²³⁶.

A norma ainda pode ter o caráter individual ou geral se adotado o conseqüente como objeto de pesquisa; dependendo a distinção entre ambas justamente do grau de determinação dos sujeitos de direito que figuram na relação jurídica.

A norma jurídica geral trabalha com o conceito de indeterminação dos destinatários, na medida em que não se pode identificar o número de indivíduos passíveis de sujeição à

²³³ CONRADO, Paulo César. *Compensação tributária e processo*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 48.

²³⁴ Cf. MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 103.

²³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 129.

²³⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 103.

imposição normativa, ao passo que na individual há singularidade dos sujeitos na relação jurídica, podendo ser eles devidamente apontados.

Paulo de Barros Carvalho confirma a distinção ao lecionar que “[...] a relação jurídica será geral ou individual, reportando-se o qualificativo ao quadro de destinatários: geral, aquela que se dirige a um conjunto de sujeitos indeterminados quanto ao número; individual, a que se volta a certo indivíduo ou a grupo identificado de pessoas”.²³⁷

A construção da classificação das normas em abstratas ou concretas e gerais ou individuais traz como consectário a viabilidade do agrupamento de quatro espécies normativas perfeitamente caracterizadas: (i) abstrata e geral; (ii) abstrata e individual; (iii) concreta e geral; e (iv) concreta e individual.

Essa constatação metodológica permite indagar sobre o real alcance do papel exercido pela autoridade judiciária no processo aplicativo do Direito, porquanto restringe a quatro espécies normativas possíveis a aptidão de criação de normas jurídicas por meio de decisões judiciais, sejam elas de produção normativa, de conduta ou de revisão sistêmica.

Surge, então, a necessidade de se aprofundar a investigação dos conceitos de enunciação, enunciação-enunciada e enunciado-enunciado, por cuidarem de aspecto semiótico imprescindível na correlação entre a atividade criativa do Poder Judiciário e os conceitos de normas de produção jurídica, normas de conduta e de revisão sistêmica, sob a ótica da abstração, concretude, generalidade e individualidade.

3.3 Produção normativa como ato de fala: a enunciação jurídica.

Escreveu J. J. Calmon de Passos que “[...] não há um direito fora do processo de sua produção; só há direito que o processo produz”.²³⁸

Em consonância com a noção de que o Direito advém de um processo formalmente regulado que visa a sua constituição está a percepção da dinâmica da produção das normas jurídicas como autêntico *ato de fala*. Isso porque no “direito as palavras ‘fazem’ tudo ou quase tudo –

²³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 140.

²³⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. *É possível pensar o direito processual*. In: Informativo Incijur, n. 63, Joinville, Santa Catarina, outubro de 2004, p. 2.

elas atam e desatam matrimônios, transferem ou partilham os bens, condenam, colocam na prisão, às vezes matam, criam as coisas e os fatos (jurídicos, claro, não materiais) ou os fazem desaparecer sem marcas”.²³⁹

Prosseguindo na importância da fala e da linguagem para a produção normativa, afirma Tárek Moysés Moussallem que “[...] se fazem *normas com palavras*. A linguagem é usada para criar normas (em sentido amplo). O legislar (Poder Legislativo), o julgar (Poder Judiciário), o executar (Poder Executivo) e o contratar (particulares) nada mais são do que ações realizadas mediante o proferimento de palavras”.²⁴⁰

Se dos atos de fala surgem os enunciados prescritivos²⁴¹, estes se transformam no ponto de partida do intérprete/aplicador do Direito para a construção do juízo hipotético condicional que caracteriza qualquer norma em sentido estrito, pois convertem em linguagem competente a manifestação natural da ação comunicativa humana.

É justamente para entender todo o processo de positivação dos enunciados prescritivos que se faz imprescindível entender a diversidade de conceitos que envolvem os signos enunciação, enunciação-enunciada e enunciado-enunciado, além do papel que representam na estrutura dinâmica de criação de normas.

Nesse particular, lembra Gabriel Ivo, em apertada síntese, que “o processo de produção do direito consiste na enunciação. O produto deste processo são os enunciados prescritivos. Destes enunciados, produto do processo de transformação, podemos fazer a seguinte distinção: (i) enunciação-enunciada e (ii) enunciado-enunciado. A partir desses enunciados prescritivos construímos as normas jurídicas”.²⁴²

²³⁹ GRZEGRCZYK, Christophe; STUDNICKI, Tomasz. Les rapports entre la norme et la disposition légale. In: VILLEY, Michel e KALINOWSKY, Georges (Coord.). *Archives de philosophie du droit: la langage du droit*. T. XIX. Paris: Sirey, 1974 *apud* MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 61.

²⁴⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 61.

²⁴¹ Conforme Moussallem, “os enunciados prescritivos são orações bem construídas de acordo com as regras do idioma, com eminente função prescritiva”. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p 74)

²⁴² IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 02.

Sem que ainda se possa falar em fato jurídico²⁴³, percebe-se de imediato que a enunciação trata da representação das ações humanas na realidade fenomênica tendentes à produção de enunciados prescritivos. Note-se que a enunciação não é totalmente livre de amarras, mas, ao contrário, é regulada por normas de estrutura que outorgam competência, estabelecem o procedimento e delimitam a matéria a ser veiculada.²⁴⁴

Tomando como exemplo a atividade legiferante, verifica-se que boa parte dos momentos pré-legislativos não é alcançada por qualquer regulamentação normativa, seja porque se referem à motivação político-social na elaboração do projeto de lei, seja pela ausência de relevância para ao controle da produção normativa. No entanto, é com a instauração do processo legislativo (= fase legislativa da enunciação) que surge a forte normatização constitucional e infraconstitucional (Lei Complementar nº 95/1998) das ações humanas²⁴⁵, estabelecendo, portanto, limites ao exercício do poder político.

Da enunciação resulta o documento normativo no qual está reduzido em linguagem competente o enunciado prescritivo, que, por sua vez, subdivide-se em enunciação-enunciada e enunciado-enunciado, cada um com o próprio campo de significação.

Em um primeiro momento, os documentos normativos são de fundamental importância porque formalizam em textos escritos (suporte físico) as marcas, os dêiticos de tempo, espaço e autoridade do processo de positivação, tão caros à cognição da validade sistêmica das normas jurídicas produzidas. Nesse particular, a enunciação-enunciada documenta no enunciado prescritivo produzido a maneira como ocorreu a aplicação da norma de estrutura limitadora da enunciação, juridicizando, portanto, as ações humanas até então relegadas puramente ao plano do ser.²⁴⁶

²⁴³ “O fato produtor de normas é o fato-enunciação, ou seja, a atividade exercida pelo agente competente. Falamos em fato-enunciação porque a atividade de produção normativa é sempre realizada por atos de fala. Não podemos denominar o fato-enunciação de fato jurídico, pois jurídico é aquele fato que sofreu incidência normativa, que, como dissemos, só sobrevém com o ato de aplicação do direito, transfigurado no seio de uma norma concreta.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 150).

²⁴⁴ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007, passim.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 08-13.

²⁴⁶ A questão da identificação da invalidade jurídico-normativa é feita nos sistemas jurídicos *a posteriori*: “O fato é que a produção de uma norma somente é controlada após seu ingresso no sistema. A enunciação é controlada mediante o cotejo entre a enunciação-enunciada e as normas que regulam a produção normativa.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 79-81).

Assim, é na enunciação-enunciada que se encontram os registros capazes de construir a norma jurídica concreta e geral veiculadora da imposição do dever de observância do conteúdo do documento normativo construído por meio da significação do enunciado-enunciado. Para Eurico Marcos Diniz de Santi é “[...] concreta porque indicativa do exercício de dada competência normativa realizada no plano do conhecimento; geral, porque determina a todos a obrigatoriedade de reconhecer o conteúdo veiculado pela lei como pertinente *a priori* ao sistema jurídico, como produto da conduta legítima da autoridade em exercer a permissão de criar a norma”²⁴⁷.

Junto da enunciação-enunciada no documento normativo se encontra o enunciado-enunciado responsável pela conversão em linguagem da matéria que se pretende ver observada nas relações jurídicas a serem travadas pelos sujeitos de direito. Com efeito, “por meio do enunciado-enunciado, após o processo de interpretação, constroem-se as demais normas que o instrumento introdutor pretendia introduzir no mundo jurídico”²⁴⁸.

É, portanto, o enunciado-enunciado que cumpre o papel de apresentar o suporte físico necessário à elaboração de juízos hipotéticos condicionais que podem ser abstratos ou concretos no antecedente e gerais ou individuais no conseqüente. Sublinhe-se, todavia, que as diversas possibilidades de composição da norma jurídica a partir desses elementos sempre dependerão das peculiaridades que envolvem o círculo de competência constitucional de cada um dos poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo)²⁴⁹, além das limitações à capacidade negocial dos particulares impostas pela legislação.

3.4 Aspectos estruturais da enunciação concreta desenvolvida nos processos judiciais.

3.4.1 Da capacidade processual à decisão judicial.

²⁴⁷ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 66-67.

²⁴⁸ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 75.

²⁴⁹ Pode-se tomar como exemplo a atividade jurisdicional: “*A aplicação da norma secundária, ao se referir à atuação jurisdicional, tem por consequência a produção de normas gerais, individuais ou concretas (jamais abstratas), como teremos a oportunidade de observar*” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 90).

Pode-se dizer, de certo modo, que a *capacidade processual* é o poder, conferido pelo ordenamento jurídico aos cidadãos, que não auferem a qualificação de agentes estatais, para a produção de enunciados jurídicos.

Fazendo-se uso dos conceitos traçados na seara processualista, pode-se dizer que ela é, em regra, dividida em três aspectos: (i) capacidade de ser parte, (ii) capacidade de estar em juízo e (iii) capacidade postulatória.²⁵⁰

A capacidade processual, que ora nos ocupa neste estudo da produção normativa judicial, é a chamada *capacidade de estar em juízo*, ou seja, a *legitimatío ad processum*, que tem a ver com a possibilidade de atuar no procedimento tendente à enunciação jurídica concreta.

Cabe observar que a *capacidade de ser parte (legitimatío ad causam)* é consectário lógico da capacidade de direito²⁵¹, porquanto esta é a possibilidade de ser portador de um direito ou dever, enquanto aquela é o reflexo de tal situação estática dentro do processo, onde é discutida a relação jurídica que origina o dever ou o direito de que alguém é portador. Seu caráter meramente estático faz com que o portador da capacidade de ser parte, por si só, não tenha qualquer relevância para a atuação procedimental tendente à feitura da norma jurídica concreta, na medida em que seu conteúdo se esgota na própria definição da capacidade de direito.²⁵² Não há, enfim, que se falar em participação volitiva daquele que possui apenas a capacidade de ser parte.

Por outro giro, a *capacidade de estar em juízo* é o poder de emitir vontade que terá efeito jurídico, a qual deve ser levada a cabo por intermédio da atuação de indivíduo com *capacidade postulatória*. Aqui entra em cena conceito estritamente processual, ligado à enunciação que se passa nos processos judiciais.

²⁵⁰ Cf. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 99-106.

²⁵¹ Não olvidamos que há entes sem capacidade de direito, mas que possuem capacidade de ser parte. São os entes despersonalizados. Tal fato demonstra a artificialidade do conceito de sujeito de direito, importando tão-somente o sujeito ao qual é imputado o direito ou o dever. Muitas vezes existem entes que não possuem patrimônio próprio, todavia lhes são imputados deveres ou são objetos de deveres (direitos subjetivo) de outras pessoas.

²⁵² Há atualmente grande discussão sobre a qualidade de certos entes, como, por exemplo, o Ministério Público, nas ações coletivas. Teria esse órgão capacidade de ser parte ou tão-só capacidade processual (substituto processual)? Ele seria o titular do direito ou defenderia direito alheio em nome próprio, falecendo-lhe, portanto, a capacidade de ser parte? Quanto ao tema, conferir: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

A produção normativa decorrente da capacidade processual apresenta aspectos semelhantes e dessemelhantes em relação àquela decorrente do uso da *capacidade negocial*, que configura, em síntese, a segunda hipótese em que o ordenamento jurídico atribui aos particulares a possibilidade de produzir normas jurídicas.

Entre as diferenças, a primeira reside no fato de que a capacidade processual visa à produção, como regra geral, de normas jurídicas sancionatórias, ou seja, aquelas que imputam uma sanção ao relato linguístico de um fato ilícito. A segunda diferença é que na produção normativa advinda da capacidade processual são chamados a atuar como agente não somente os interessados na relação jurídica a ser produzida (como acontece na capacidade negocial), no caso, o autor e o réu, mas também um órgão estatal, imparcial, e que exerce competência. Esse ente imparcial é o órgão jurisdicional, cuja função é proeminente nesse tipo de enunciação.

N'outra banda, pode-se afirmar que a capacidade processual, enquanto capacidade de estar em juízo, é semelhante à capacidade negocial, pois em ambas tem-se o poder conferido à vontade tendente à produção de enunciados jurídicos. Podemos dizer, seguindo as lições de Alexandre Freitas Câmara, que a capacidade processual é o “reflexo processual da capacidade de fato ou de exercício, regida pelo Direito Civil”.²⁵³

De toda sorte, a capacidade processual em foco apresenta dois aspectos, que irão reverberar em efeitos distintos.

Um aspecto da capacidade processual está ligado, como visto, à capacidade negocial. O outro aspecto está em conexão com a capacidade de ato jurídico *stricto sensu*.²⁵⁴ Na primeira hipótese, a vontade da pessoa portadora da capacidade processual é imprescindível para que

²⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. v. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 231.

²⁵⁴ Sobre a classificação da capacidade adotada, conferir a obra de Hans Kelsen (*Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, passim) e de Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. Tomo I. 1. ed., atual. por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999, passim). Sintetizando tais ensinamentos, tem-se que o sujeito, cuja conduta compõe (em sentido amplo) a hipótese de uma norma de estrutura, possui a *capacidade em sentido estrito* (negocial ou processual). Já o indivíduo cuja conduta está referida à norma de conduta possui *capacidade de ato jurídico stricto sensu* ou *capacidade delitual*. A primeira está presente quando sua conduta é objeto da relação jurídica contida na norma de conduta; a segunda quando a conduta do indivíduo compõe o antecedente da norma sancionatória. Assim, a conduta de um indivíduo portador da capacidade negocial cria uma norma jurídica (de conduta), normalmente dirigida à conduta de um indivíduo capaz de se obrigar, ou seja, um indivíduo com capacidade de exercício em sentido estrito. Por sua vez, o indivíduo obrigado, caso não efetive a conduta prescrita, cometerá um ilícito (capacidade delitual), pressuposto que possibilitará ao indivíduo lesado o uso da capacidade processual para impulsionar a construção da norma secundária.

se efetive o início do procedimento de elaboração da norma a ser ejetada via processo judicial. Na segunda hipótese, a vontade do agente com capacidade processual irá ser relevante para sua participação no ulterior desenvolvimento do processo, efetivando para tanto atos jurídicos processuais, que são os atos emitidos em cumprimento de norma de conduta, ou, ao revés, e, em sua maioria, de normas (regras) meramente processuais (as quais não imputam deveres), mas sempre conectados à feitura da norma jurídica a ser dimanada. São essas regras meramente processuais que constituem os famosos ônus e faculdades processuais²⁵⁵, que tornam a participação tanto do autor como do réu facultativa, conquanto, quando realizada, de suma importância para o desfecho da produção dos enunciados.

Na verdade, a capacidade processual é uma figura situada entre a capacidade negocial e a capacidade de ato jurídico *stricto sensu*.

Com efeito, nesse tipo de capacidade, em um primeiro momento, a atuação da vontade participará como o impulso inicial do procedimento de enunciação normativa, delimitando, também, por meio do pedido, a possível compostura do enunciado a ser lançado. Percebe-se, assim, que nesse primeiro momento há aspectos da capacidade negocial, porquanto o agente, por sua potestade, dá início à produção normativa, como também delimita o conteúdo possível da norma em produção. Contudo, não há a mesma liberdade na confecção do produto, pois, além de a atividade em foco visar a concretizar, normalmente, uma sanção previamente estabelecida, quem irá compor o enunciado será o órgão jurisdicional tendo como parâmetro a lei.

Já num segundo momento, a atuação volitiva ligada à capacidade processual assemelha-se à capacidade de ato jurídico *stricto sensu*, uma vez que, na feitura dos atos jurídicos processuais no bojo do processo, essa vontade emitida terá como objeto apenas a composição do ato, cujos efeitos decorrem da lei. Entrementes, não há como negar que a participação nesse procedimento em contraditório dá ensejo que o agente capaz tenha uma performance que reverberará, de certo modo, em qual maneira irá emergir a norma em confecção. Nesse

²⁵⁵ Aqui cabe uma ressalva digna de nota. As normas processuais dirigidas ao autor e ao réu que participam do procedimento jurisdicional, conquanto não imputem, como toda norma processual eminentemente processual, um dever aos seus destinatários, não possibilitam também, em caso de desrespeito, a desconstituição do produto lançado. Isso ocorre porque o agente competente para a constituição do produto (que é qualificado pela regra de competência) é o órgão jurisdicional. Dessa feita, somente as regras processuais dirigidas ao agente qualificado para a produção normativa poderão, em caso de inobservância, levar à desconstituição do respectivo produto. Efeito que é estendido aos atos de atuação obrigatória (que não seriam, portanto, ônus processuais) do autor (como, por exemplo, a citação).

quadrante, essa última manifestação volitiva, de uma maneira tênue, também se aproxima da capacidade negocial.

A situação acima descrita deixa transparecer que a capacidade processual, vista como um todo, não possibilita ao seu portador uma liberdade total em sua vontade, nem tampouco a aprisiona irremediavelmente aos efeitos previstos nas normas abstratas a serem aplicadas. Tal se dá em razão do caráter definitivo da norma a ser lançada pelo órgão judiciário, o que demanda a sua feitura por um órgão imparcial, mas sem negar a participação dos interessados nessa atividade inovadora.

Como se vê, a capacidade processual, nos termos em que está sendo exposta, realmente é consequência lógica da capacidade de fato, já que esta engloba tanto a capacidade negocial quanto a capacidade de ato jurídico *stricto sensu*.

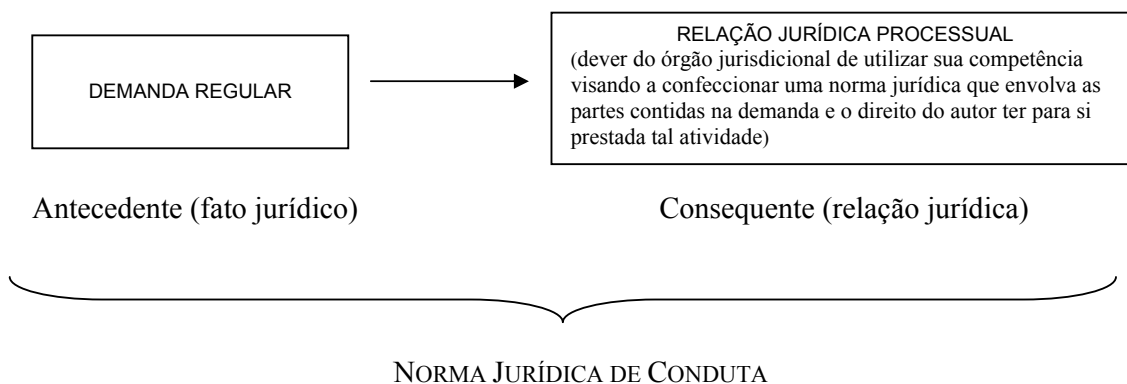
Esses dois aspectos da capacidade processual têm atuações distintas e momento específico de apresentação.

O primeiro aspecto da capacidade processual é a possibilidade de seu portador emitir vontade juridicamente qualificada, consubstanciada na demanda apresentada a um órgão jurisdicional, fato imprescindível para o início do processo de aplicação de uma outra norma que regula o exercício da competência jurisdicional (norma de produção normativa). Essa vontade exalada é, em última análise, fato jurídico de uma norma, que, por sua vez, terá como consequência o dever do Poder Judiciário de confeccionar uma outra norma em que estarão situados, em caso de análise do mérito, o autor e o réu da demanda apresentada, por intermédio da aplicação da norma de produção normativa que disciplina o uso de sua competência.

A partir dessa externalização de vontade, a atuação primordial tendente à produção jurídica é a do magistrado, tornando, até certo ponto, secundária a atuação do autor da demanda, e totalmente prescindível a do réu da demanda.

Note-se que a relação jurídica, na qual está embutido o dever do órgão jurisdicional de aplicar sua norma de produção normativa para a dimanação de uma sentença/acórdão, é a chamada *relação jurídica de direito processual*, com todos seus pressupostos de existência: a) demanda regularmente formulada (fato jurídico), b) órgão investido de função jurisdicional (dever de prestar a tutela jurisdicional), e c) partes capazes (direito de receber a tutela jurisdicional). Todavia, entendemos que essa relação jurídica não é de direito processual, mas sim

material²⁵⁶, uma vez que institui um dever jurídico ao órgão jurisdicional. Podemos esquematizar essa norma nesses termos:



Pode-se chamar tal relação jurídica de relação jurídica processual apenas se se tem em mente que é essa relação jurídica que vai *animar* as demais relações jurídicas, reguladoras, agora sim, do processo, conferindo-lhes, outrossim, unidade, pois todas gravitam em torno dela.

Com essa visão, ficam claras certas considerações comumente apresentadas nos campos da ciência processual. Podemos notar que a relação jurídica processual é distinta da relação jurídica de direito material, e que a atividade do órgão jurisdicional tem por função inserir novel unidade normativa no ordenamento jurídico, a partir da aplicação da norma de estrutura que regula o exercício de sua competência. Outro ponto interessante é que, como o pressuposto de fato dessa norma é um fato (ato) renovável segundo o alvedrio do demandante, não há que se falar em coisa julgada acerca da relação jurídica processual, pois ela se renova à medida que a demanda é apresentada, ao contrário da relação que será confeccionada pelo juiz, que é fruto de fato jurídico pontualmente ocorrido.

Em súmula: há uma norma que tem como antecedente a manifestação volitiva de uma pessoa portadora da capacidade processual, por intermédio de uma determinada forma, qual seja, a petição inicial, carreada com todos os seus pressupostos, e no consequente o dever do judiciário de prestar a tutela jurisdicional, que tende, *conquanto nem sempre consiga* (dever

²⁵⁶ Marcos Bernades de Mello igualmente afirma que a possibilidade de um ente figurar na relação jurídica processual tem natureza material e se dá anteriormente ao processo: “Apesar de referir-se, especificamente, à matéria processual, por que diz respeito ao direito de provocar a jurisdição estatal no sentido de obter a prestação jurisdicional, a pretensão à tutela jurídica: (a) é pré-processual, porque, constituindo pressuposto para que se possa invocar a proteção da jurisdição estatal, existe antes do processo e (b) tem natureza de direito material, não formal (= processual).” (MELLO, Marcos Bernades de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 116).

de meio, não de fim), a gerar uma novel norma jurídica. Essa norma, aqui descrita em sua compostura, é uma norma de conduta com status constitucional, sendo veiculada pelo art. 5º, XXXV, da CRFB de 1988.

Por sua vez, o dever de exercitar a competência jurisdicional faz com que o magistrado aplique a norma de produção normativa que regula a sua competência jurisdicional. Essa norma tem como antecedente um órgão qualificado: o juiz/tribunal. Um produto qualificado: a sentença/acórdão. E um procedimento qualificado: o processo civil. O conseqüente prevê a colocação de um enunciado-enunciado, onde se constitui uma norma jurídica concreta, lançada por intermédio de um veículo introdutor (sentença) que institui o dever de respeito àquela.

Quanto ao processo, conquanto a vontade que irá determinar a norma seja do magistrado, ele prevê a participação de outros entes portadores da capacidade processual, no caso, autor e réu. Por essa razão o procedimento pode ser rotulado de contraditório. É essa participação da capacidade processual, no bojo do processo contido no antecedente da norma de produção normativa que regula o exercício da competência jurisdicional, que consubstancia a segunda apresentação da capacidade processual.²⁵⁷ Essa capacidade processual é o poder de efetivar atos jurídicos processuais, aplicando as normas que regulam o procedimento jurisdicional, e que, pelo seu conteúdo eminentemente processual, não trazem consigo deveres, sendo meras faculdades/ônus do agente capaz.

Como se vê, a externalização de vontade que tem maior destaque na capacidade processual é a que dá ensejo ao uso da competência jurisdicional. A uma porque a vontade que irá compor a norma jurídica concreta a ser veiculada pela sentença será apenas a do magistrado. A duas porque é a vontade exordialmente cristalizada que determinará quem poderá, exercendo a outra faceta da capacidade processual, participar do processo jurisdicional.

Analisando com mais vagar essa configuração, tem-se que o ato inaugural da capacidade processual (demanda) é fato jurídico para inúmeras normas, quer de direito material, quer de direito processual, formando uma situação jurídica complexa²⁵⁸, pois engloba várias relações

²⁵⁷ De acordo com a perspectiva apresentada, a capacidade processual ora será pressuposto processual de existência da relação jurídica processual (quando se trata do ato de apresentação da demanda), ora será pressuposto processual de desenvolvimento válido do processo (quando está afeta à efetivação dos atos processuais ulteriores).

²⁵⁸ Sobre a consideração do processo como uma situação jurídica complexa, cabe apresentar as idéias de James Goldschmidt: *“Claro que o processo não há de ser considerado como uma série de atos isolados. Mas um*

jurídicas enfaixadas por conta de uma relação jurídica central que estabelece o início (exercício da capacidade processual) e fim comum (confeção de uma relação jurídica) de todas essas outras relações: a relação jurídica processual.

As ligações efetivadas entre autor e réu, contendo deveres jurídicos, v.g., dever de devolver as custas, dever de lealdade, o direito do autor e do réu de efetivar o *modus operandi* previsto no ordenamento jurídico, etc., são frutos da mesma vontade externada que é suporte fático da norma que imputa o dever ao magistrado de efetivar o uso da competência jurisdicional. Já as demais relações jurídicas, são de índole processual, em sua maioria, dadas pelo procedimento contido na norma de atuação da competência jurisdicional, que nada mais é que um conjunto de atos jurídicos processuais que são animados e conectados pela relação jurídica processual.

Não por outro motivo que Alexandre Câmara aduz, com fulcro nos ensinamentos de Fazzalari, que “o procedimento é uma sequência de normas, destinadas a regular uma conduta, qualificando-a como lícita ou devida, e que enunciam, como pressuposto de sua própria incidência, o cumprimento de um ato prévio, regulado por outra norma da mesma série, e assim sucessivamente até a norma regulamentadora de um ‘ato final’, em relação ao qual todos os precedentes podem dizer-se ‘preparatórios’”.²⁵⁹

Conclui-se, assim, que a efetivação do procedimento contraditório é pressuposto necessário para a composição completa do antecedente da norma de produção normativa que regula o exercício da competência jurisdicional a cargo dos magistrados. Sem tal seqüência de atos não há como produzir o enunciado-enunciado que cristaliza a aplicação/criação do Direito a cargo do Judiciário.

3.4.2 O juiz, ao fim do processo judicial, cria norma jurídica?

*complexo de atos encaminhados a um mesmo fim, ainda quando haja vários sujeitos, não chega a ser, por isto, uma relação jurídica, a não ser que este termo adquira uma acepção totalmente nova. Um rebanho não constitui uma relação porque seja um complexo jurídico de coisas semoventes. Por outra parte, é evidente que a peculiaridade jurídica do fim do processo determina a natureza do efeito de cada ato processual. Mas nem um nem outro constituem uma relação jurídica, e o objeto comum a que se referem todos os atos processuais, desde a demanda até a sentença, e que em realidade constitui a unidade do processo, é seu objeto, via de regra, o direito subjetivo material que o autor faz valer.” (GOLDSCHIMDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936 *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. v. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 135)*

²⁵⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. v. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 137.

O debate em torno da aptidão do Poder Judiciário para exercer função normativa demanda a superação de ambiguidades que a expressão proporciona, além da exata compreensão dos institutos que envolvem o processo de positivação das normas jurídicas.

É justamente o entendimento da atividade desenvolvida nos processos judiciais como um ato de enunciação que serve para cumprir tais condicionantes de análise.

Com efeito, sob essa ótica, podem ser identificadas no suporte físico produzido pela atividade jurisdicional duas regras de direito bem delimitadas pela enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado.

Nesse sentido, a exemplo do que ocorre com o Poder Legislativo, também no Poder Judiciário há um inequívoco processo de positivação de normas jurídicas que revertidas em linguagem competente se formalizam em documentos normativos (suportes físicos) denominados pela legislação processual civil de sentença ou de acórdão.

Na esfera judicial, enquanto a enunciação representa toda a concatenação fenomênica de atos procedimentais de postulação, saneamento, instrução e julgamento perpetrados ao longo do tempo e espaço, a enunciação-enunciada se consubstancia na redução a termo nos autos do processo judicial da aplicação/incidência das normas processuais de estrutura gerais e abstratas estabelecidas pelos *códigos de processo* objetivados. Daí a necessidade de um mínimo de formalização da relação processual para que se permita o controle de validade formal do ato judicial.

Ao lado da enunciação-enunciada das normas processuais estão os enunciados-enunciados também como fruto da positivação, mas que por sua vez refletem a aplicação/incidência das normas de comportamento ou de revisão sistêmica notadamente individuais e concretas ou gerais e concretas (sempre concretas, portanto).²⁶⁰

Em verdade, é na sentença/acórdão que o juízo promove a subsunção das regras materiais de Direito aos fatos passados, que foram devidamente reproduzidos em linguagem competente no processo judicial a partir das provas²⁶¹ carreadas aos autos. Não resta dúvida que o Poder

²⁶⁰ Cf. MOUSSALLEM, Târek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 161.

²⁶¹ Lembra Gabriel Ivo: “*Só serão fatos jurídicos aqueles enunciados que puderem sustentar-se em face das provas em direito admitidas. [...] Um fato qualquer só adquire condição de fato quando revestido em linguagem; antes, mero evento. E no direito não basta a linguagem natural. Requer mais. Requer linguagem competente, a linguagem das provas que é prescrita pelo direito*” (IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 57).

Judiciário, com a emissão do veículo introdutor, participa da juridicização dos eventos até então relegados ao plano do ser, mas que através do ato judicial fazem surgir fatos jurídicos capazes de irromper relações jurídicas agora com os contornos fixados na sentença.

Sob o influxo dessa argumentação, chega-se à conclusão de que na sentença/acórdão a enunciação-enunciada está intimamente ligada às normas jurídicas de competência e procedimentos firmados nos códigos de processo, e o enunciado-enunciado se vincula aos outros ramos do Direito, especialmente às regras de conduta e de revisão sistêmica.

Tomando como exemplo a sentença de mérito na seara cível temos que “[...] a enunciação-enunciada tem seu fundamento de validade no Código de Processo Civil e o enunciado-enunciado, no Código Civil”.²⁶² Há, pois, nesse caso, duas aplicações de normas gerais e abstratas (de produção normativa e de conduta), e paralelamente há, também, a criação de duas normas concretas, quais sejam, o veículo introdutor (norma geral) e a norma individual e concreta de conduta (norma individual).

Portanto, não se pode negar que os juízes criam normas ao aplicarem as regras processuais superiores e reverterem em linguagem competente os eventos descritos nas regras jurídicas de conduta ou revisão sistêmica, resolvendo dessa forma as demandas postas sob o crivo do Poder Judiciário. Isso porque “aplicar uma norma significa criar uma outra norma. O direito se cria conforme o próprio direito, por isso todo ato de criação do direito é, também, um ato de aplicação do direito, com exceção dos casos extremos de criação da Constituição e do ato de execução”.²⁶³

Chega-se, então, à inquebrantável conclusão de que os Juízes criam Direito, ou seja, desempenham função normativa, na medida em que dentro do processo de positivação possuem aptidão para a veiculação de normas hierarquicamente inferiores com a aplicação/incidência das regras de estrutura juntamente com a produção de comandos normativos comportamentais ou revisores.²⁶⁴

²⁶² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 160.

²⁶³ IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007, p. 01-02.

²⁶⁴ Veja-se a seguinte lição: “*O processo de positivação é a passagem da abstração e generalidade para a concretude e individualidade das normas jurídicas. O processo de positivação se efetiva por meio da chamada aplicação do direito. Já afirmamos que aplicar direito é um ato linguístico de fazer-ser o direito positivo. Aplicar o direito positivo é produzir normas jurídicas.*” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.105).

4 A MENSAGEM PRESCRITIVA EMITIDA PELA SENTENÇA E SUA VINCULAÇÃO AO CÓDIGO JURÍDICO.

Descreveram-se, acima, os pormenores da atividade de enunciação que se encontra subjacente à dinâmica do Direito, com especial enfoque naquela que está a cargo do Poder Judiciário. Restou claro, nesse específico contexto semiótico, que o produto (enunciado-enunciado) dimanado pelos magistrados, ao fim do processo judicial, configura um novo enunciado jurídico-prescritivo, comumente denominado *decisão judicial*, que ora se apresenta com roupagem específica de sentença ou ora com roupagem específica de acórdão. Também restou assentado, nas passagens predecessoras, que essa decisão judicial é reputada, pela melhor doutrina, como sendo uma norma jurídica, do tipo concreta.

Assim, a teoria da enunciação jurídica acima descrita realmente permite dizer que o magistrado, no bojo do processo civil e penal, produz novos enunciados jurídicos. Do ponto de vista da dinâmica do Direito ela é incontestável em seu jogo enunciado-enunciado e enunciação-enunciada.

Entretanto, deve-se ter em mente que, dentro das fronteiras do fenômeno jurídico, o normal é que exista uma sucessão de atos de fala, que, apesar de suas autonomias enquanto sinais comunicacionais, tratam, muitas das vezes, de um mesmo objeto e estão voltados para um mesmo auditório, de modo que é comum que a mensagem ejetada em um dado contexto apresente o mesmo conteúdo de mensagens pretéritas emitidas, portando apenas uma maior precisão e segurança no que toca aos seus destinatários.

A questão controversa consiste em saber, nesse quadrante, se é possível dizer que nos processos judiciais são produzidas novas normas jurídicas no sentido de *novas mensagens prescritivas dantes não produzidas e que estejam fora de um contexto de mera aplicação de outras pré-existentes*. Aqui entra em cena um panorama estático da atividade de produção normativa, ligado, portanto, ao conteúdo e à liberdade de interpretação dos magistrados.

Cabe, então, neste tópico da dissertação, avançar no estudo dessas assertivas e levantar as seguintes questões que animarão a vertente abordagem: esse novo enunciado-enunciado (a decisão judicial), posto ao fim do processo judicial, é realmente uma nova norma jurídica? Em que medida a decisão judicial inova na mensagem prescritiva que já se encontra veiculada pelos textos jurídicos pré-existentes a ele?

Tais indagações devem ser enfrentadas à luz dos conceitos semióticos apresentados no capítulo 2, já que servem para adentrar nos pormenores semânticos do processo de produção normativa destinado ao Poder Judiciário.

É exatamente o que se passa a fazer nas linhas que seguem abaixo.

4.1 A norma jurídica é um signo?

Para enfrentar a questão de se saber se o Judiciário produz uma nova norma jurídica com mensagem prescritiva também inovadora e criativa, é preciso atilar o conceito de norma jurídica dantes externado. Com esse escopo, e antes que tudo, deve ser repisado que já foi asseverado que a norma jurídica se trata de um juízo hipotético condicional, decorrente da significação sistemática dos enunciados jurídicos válidos. Como se nota, essa definição conceitual caminha em dois *s-códigos* que compõem o processo comunicacional significativo: o sistema sintático (dos significantes) e o sistema semântico (dos significados).

Sob essa ordem de idéias, não se pode dizer que a norma jurídica faça parte apenas do sistema dos significantes, ou seja, dos textos jurídicos, como também não se pode dizer que ela faça parte apenas do sistema semântico, ou seja, dos significados jurídicos (juízos de textos). Caso fossem apenas textos elas não passariam de meros estímulos, imprestáveis para um processo de comunicação significativa e muito menos para reger condutas humanas. Por outro lado, caso fossem apenas significados, qualquer significante, emitido por qualquer emissor, em qualquer contexto comunicacional, e ainda com qualquer estruturação sintática, poderia dar azo a uma norma jurídica. Entretanto, tais situações não se verificam, na medida em que a figura norma jurídica, além de visar a interferir na conduta humana por meio da mensagem prescritiva que ela corporifica (de modo que esta deve ser significativa e decodificável), somente pode ser sacada dos textos jurídicos válidos e vigentes, por força do dogmatismo que já foi sobejamente pormenorizado.

Encontra-se, pois, no cerne da definição da entidade norma jurídica uma *função*, que liga um determinado segmento do sistema sintático (plano da expressão) a um determinado segmento do sistema semântico (plano do conteúdo). Em outras palavras, a norma jurídica configura uma relação entre textos prescritivos válidos e juízos jurídicos racionalmente construídos, que

se encontram assentados em específicas estruturações de tais sistemas.²⁶⁵ Diante do que já foi dito anteriormente, aqui já se percebe que norma jurídica é, sob essa perspectiva, um *signo* já que incorpora uma *função sígnica*. Trata-se de um ente relacional que liga os elementos de um sistema veiculante (textos jurídicos válidos) aos elementos de um sistema veiculado (significações convencionalmente estabelecidas pela comunidade jurídica como válidas). É nesse quadrante que desponta a norma jurídica como *função sígnica*, donde se conclui que os seus elementos sintáticos e semânticos tornam-se, ambos, *funtivos* da correlação que lhe conformam a identidade.

Qualificar a norma jurídica como um signo, ou função sígnica (o que dá no mesmo), não encontra qualquer objeção por se ultrapassar a noção de signo como relação existente entre palavra/significado, avançando para uma relação enunciado/significação. Tal se deve porque Hjelmslev²⁶⁶ possibilitou o estudo variável, do ponto de vista dimensional, dos signos, gerando as figuras dos *signos-palavras*, *signos-enunciados* e *signos-discursos*. Assim, para o autor em enfoque, a dimensão das unidades de manifestação não é pertinente para a definição do signo, de modo que, “ao lado de signos mínimos, as ‘palavras’, pode-se também falar em signos-enunciados ou signos-discursos”.²⁶⁷

Norma jurídica é um signo (signo-enunciado, na qualificação de Hjelmslev), pois veicula uma *função sígnica* que se realiza quando dois funtivos (expressão e conteúdo) entram em mútua correlação, ligando o texto ao juízo.²⁶⁸ Essa é, em apertada síntese, a tese que se quer passar.

Não se pode olvidar, entretanto, que, na comunicação desenvolvida na seara do Direito, norma jurídica é expressão que não é utilizada apenas para identificar a relação *texto/juízo* acima descrita. Em certos casos, com seu uso, quer-se fazer referência: (i) a uma específica organização do sistema sintático do Direito positivo; ou (ii) a uma específica unidade do sistema semântico. Aliás, aquele que é familiarizado com o discurso jurídico reconhece a extensa aplicação da expressão *norma jurídica* nos campos das respectivas teoria e prática.

²⁶⁵ Essa estruturação é dada, notadamente, pela estruturação sintática da norma jurídica.

²⁶⁶ Cf. HJELMSLEV, Louis. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*. Tradução de J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2009.

²⁶⁷ GREIMAS, A.J. e COURTÉS, J. *Dicionário de semiótica*. São Paulo: Editora Contexto, 2008, p. 462.

²⁶⁸ Conforme será tratado adiante, essa correlação somente será possível em razão do Código e da similaridade de estruturas entre o sistema sintático e o sistema semântico, que se opera, notadamente, por intermédio das projeções nesse sistema da estrutura bimembre da norma jurídica.

Outra coisa não se podia esperar, diante da constatação da norma jurídica como função signíca. Isso porque, além da própria correlação que existe entre o texto e o significado do texto, próprio da função signíca que caracteriza a norma jurídica (de modo que extirpar um contexto do outro é tarefa que exige grandes esforços abstrativos), tem-se que a similaridade, que deve existir nas regras de estruturação interna desses dois sistemas²⁶⁹, torna, até certo ponto, inevitável esse uso variado do termo.

A plurivocidade é ainda mais usual, como também mais robusta, no que diz respeito às unidades do plano da significação que compõem a norma jurídica acima descrita, que seriam os juízos sistematizados, organizados de forma bimembre: hipótese fática que implica uma consequência relacional.

A razão primacial, para tanto, é que essa unidade do plano do significado configura, também, um *signo*, já que sua função é relacionar um plano dos significantes a um plano de significados. Adentrando nas minúcias desse último signo jurídico, tem-se que ele faz a vinculação da linguagem da realidade fática (que deve ser referenciada por juízos factuais) a significados prescritivos determinados, que configuram seu objeto, e modalizam a conduta humana em proibida, permitida ou obrigatória. É nesse campo que se pode dizer que “as normas, como signo que são, referem-se a objetos. Genericamente considerando, o objeto das normas jurídicas é a conduta humana em sociedade”.²⁷⁰ Trata-se, como já disse Kelsen, de um esquema de interpretação da realidade, ou, em suas precisas palavras, o sentido objetivo dos fatos.²⁷¹

Ambas as normas acima apontadas ostentam o caráter de lei, própria da figura signo (vale dizer que uma das propriedades do signo é seu caráter de lei²⁷²), de modo que se trata de abstrações operativas, que atuam tão logo encontrem um caso singular para agir. A primeira *lei*, ou seja, o primeiro signo aludido, é uma lei de conhecimento do Direito, no qual os

²⁶⁹ As relações *s-códigos*/Código surgem porque um *s-código* é estabelecido para permitir às suas unidades sintáticas que veiculem unidades semânticas. Apesar das autonomias entre o *s-códigos* entre si e destes para com o Código, é certo que o desenvolvimento de um processo de significação é que influencia a construção de todos.

²⁷⁰ ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 70.

²⁷¹ Note-se que a complexidade da linguagem jurídica faz também que cada elemento da norma possa ser considerado também um signo. Notadamente, se nos atermos para o signo como *função*, e não como algo presente fixamente no mundo fenomênico. Aliás, segundo Santaella, Peirce levou a noção de signo tão longe que qualquer coisa que estivesse presente à mente teria a natureza de signo. (SANTAELLA, Lúcia. *Semiótica aplicada*. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 11).

²⁷² Cf. SANTAELLA, Lúcia. *Semiótica aplicada*. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 13.

agentes competentes pelo sistema jurídico conhecem os textos válidos e as normas jurídicas que deles são sacados. A segunda *lei*, ou seja, o segundo signo aludido, é uma lei de aplicação do Direito, a que os agentes competentes se atêm para identificar a conduta devida ou permitida pelo Direito.

Por conta disso é que se mostra preciso realizar, neste ponto, uma estipulação dos termos a serem utilizados daqui para a frente. Chamaremos de *norma jurídica* a função sígnica que liga os textos prescritivos às respectivas unidades do significado, e de *juízo normativo ou prescritivo* a segunda função sígnica, veiculada como significado dessa primeira função. Muito embora, em algumas passagens, seja inevitável o uso do termo para designar ambos os eventos.

4.2 A norma jurídica e a enunciação dimanada pelo agente juridicamente competente.

Dizer que a norma jurídica é um signo que liga o sistema sintático do Direito positivo ao sistema semântico dos juízos prescritivos é ainda muito pouco para apreender a complexidade e autonomia do Direito. Tal se deve porque o sistema do Direito positivo trabalha com o conceito de validade, o qual se centra, de seu turno, nos específicos atributos do emissor e no procedimento adotado para uma determinada comunicação com teor jurídico-prescritivo.

Nesse passo, é preciso, ademais, que o *s-código* dos significantes, no caso, o plano dos enunciados que compõem textos prescritivos, seja constituído por sinais emitidos por agentes habilitados pelo ordenamento jurídico e segundo determinado procedimento, pois só assim é que eles auferirão sua especial existência jurídica, que é denominada validade. Somente assim é que determinado texto poderá ostentar a condição de unidade do *s-código* dos significantes do universo do Direito, de modo que a mensagem por ele veiculada possa auferir a força perlocucionária²⁷³ que se espera das prescrições jurídicas.

Destarte, ao conceito de norma jurídica, acima exposto, deve ser adicionada, de forma mais explícita, a nota acima apontada: os textos jurídicos devem ser produzidos por agentes habilitados e procedimentos estabelecidos por outros textos jurídicos.

²⁷³ Quanto ao conceito de força ilocucionária e perlocucionária, ver: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 16-21. Cf. também: AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

4.3 A construção do Código jurídico pelos agentes habilitados pelo sistema.

Desvelada a visão semiótica de norma jurídica, em suas possíveis apresentações no discurso que utiliza tal conceito, o foco de análise avança, agora, para se identificar o que se quer dizer, realmente, quando se afirma que agentes juridicamente competentes, cujos atos de fala ostentam a força ilocucionária e perlocucionária próprias do Direito, criam normas jurídicas.

Como se viu, constitui, de certo modo, ponto pacífico na doutrina jurídica ligada à filosofia da linguagem que os agentes habilitados do sistema jurídico produzem norma jurídica, ou seja, desempenham atividade normativa. Ocorre, porém, que um olhar mais *singelo* sobre o processo de confecção dos enunciados jurídicos deixa claro que o produto final não é um juízo, mas apenas texto. Assim, todas as atividades que se desenrolam ao longo do processo de produção normativa resultam, basicamente, em palavras escritas; significantes que provêm de um repertório conhecido: os idiomas nacionais. Tais textos jurídicos, por óbvio, não são meros estímulos, visam a serem comunicados, de modo que “o aparecimento do texto, com essa estreiteza semântica, é o primeiro contacto do intérprete com a mensagem legislada e percebê-lo, como tal, marca o início da aventura exegética”.²⁷⁴ Assim, há o surgimento de um texto novo, por certo, que veicula uma mensagem nova que precisa ser decodificada pelo seu receptor.

Mas, se, do ponto de vista do destinatário, há um fenômeno que ostenta notas de novidade, é preciso saber se, do ponto de vista institucional, ou seja, do ponto de vista da linguagem jurídica estabelecida em uma determinada comunidade que dela faz uso, o texto e seu respectivo significado são realmente inovadores.

Como a linguagem jurídica se assenta na linguagem ordinária, é sempre revelador um paralelo da funcionalidade desta tendo, como contraponto, as peculiaridades daquela. Assim, na comunicação assentada na linguagem ordinária as unidades do sistema sintático e semântico estão, mais ou menos, postas e segmentadas, o Código encontra-se previamente estabelecido, bastando o emissor efetuar a seleção das unidades dos significantes segundo sua intenção comunicacional. Então, cabe ao emissor escolher as unidades do sistema sintático, organizá-las segundo regras de formação já estabelecidas, e construir a mensagem a ser emitida, com

²⁷⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67.

atenção às unidades de conteúdo (unidades culturais) que existem ao tempo da comunicação, obedecendo sempre às regras de correlação sinal/sentido que estão também postas. Nesse campo, a mensagem veiculada pode ser nova, mas não há novidade no campo sintático, semântico ou mesmo no Código que rege a comunicação desenvolvida; planos que se encontram institucionalizados muito antes da construção concreta da mensagem. Vale frisar: *há apenas seleção de significantes e conteúdos pré-fixados, de acordo com um Código já existente.*

No contexto jurídico a situação se afigura distinta, por conta da autonomia do sistema do Direito positivo em face dos demais sistemas sociais existentes, cuja língua é constituída de forma dinâmica, a cada ato de fala que desponta de seus agentes competentes.

Inicialmente, tem-se que os agentes juridicamente competentes, ao emitir os atos de fala, efetuam mudanças no sistema sintático que preside o processo de comunicação significativo do Direito. Com efeito, a cada novo enunciado introduzido, o sistema dos significantes é alterado, pela introdução de novas unidades constituintes.

Acentua-se, quanto a isso, que o Direito utiliza os significantes postos pelas linguagens idiomáticas como plataforma para as suas peculiares construções linguísticas, aspecto explicitado quando se tratou da linguagem jurídica.²⁷⁵ Os grafemas, palavras, regras morfológicas e de formação de frases e sentenças próprias da linguagem ordinária entram na formação sintática do plano dos significantes da comunicação jurídica. Com acerto, leciona Paulo de Barros de Carvalho que “o texto jurídico prescritivo, na sua proporção mais angusta de significado, pode indicar (quando escrito) o conjunto das letras, palavras, frases, períodos e parágrafos, graficamente manifestados nos documentos produzidos pelos órgãos de criação do direito”.²⁷⁶ Trata-se assim de “parcela do código comum empregado no fato da comunicação”, que, por ser “emitido em determinado idioma, há de seguir as regras de formação e de

²⁷⁵ Lembre-se que o Direito positivo, sejam as normas gerais e abstratas, sejam as normas individuais e concretas, enquadra-se como linguagem técnica. Decerto, as regras emanadas pelo Poder Legislativo, ao lado da presença de termos com acepção precisa (sacados, mormente, do plano científico), põem em relevo a predominância da linguagem natural, de cunho ordinário. Isso em razão da compostura heterogênea de tal Poder, decorrência indelével da representatividade política própria da democracia, bem como do escopo regulatório da conduta do homem *comum*, que anima o Direito.

²⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67.

transformação, preceitos morfológicos e sintáticos ditados pela gramática da língua, que estarão presentes em todos os instantes do seu desenvolvimento”.²⁷⁷

Nada obstante, a autonomia e a especificidade do sistema jurídico fazem com que o arranjo sintático do plano dos significantes do Direito ultrapasse esse nível gramatical e morfológico da língua nacional. A fim de organizar o repertório sintático da linguagem idiomática para os fins específicos do Direito, adiciona-se uma regra sintática indispensável, que consiste no arranjo dos elementos do *s-código* dos significantes sob a batuta da estruturação lógica bimembre da *norma jurídica* (enquanto juízo normativo), exposta no capítulo anterior. Assim, a estruturação do juízo componente da norma jurídica, na qual uma hipótese implica uma consequência, gera regra sintática que deve organizar os elementos textuais do Direito.²⁷⁸ Sobre esse ponto, nada melhor do que trazer à colação às lições de Lourival Villanova acerca da homogeneidade sintática do fenômeno jurídico-normativo. Confrimam-se os seguintes trechos:

Sublinhe-se que a *forma lógica* em que a norma jurídica se exprime dota-a de aprioridade. A forma hipotética (condicional, implicacional, como se denomina) é a articulação *sintática* que melhor acolhe o enunciado geral. [...]

A norma jurídica tem sua lei sintática de composição interna, como a tem o sistema jurídico, em seu conjunto. A reconstrução sintática da norma a reduz a dois enunciados, cada um com sua hipótese fática e sua consequência, cujos *correspondentes semânticos* são os *atos jurídicos* e a *eficácia* (ou os efeitos). Podem ser hipóteses a licitude (ou juridicidade positiva), na norma primária, e a ilicitude (ou antijuridicidade), na norma secundária (sancionadora). O suporte fático da hipótese pode ser fato natural, ou conduta humana (algumas vezes, a conduta entra tão-só como fato assim, no ato real ou ato-fato). O efectual, contraparte semântica da consequência, é sempre *relação jurídica*, em sentido amplo, ora restrito. Relação fática pode entrar como suporte fático (relação de consaguidade para o efeito de parentesco). E, também, relação já juridicizada. *O efectual é sempre relação jurídica*, num dos dois sentidos aludidos.

[...]

Hipóteses e consequências são *posições sintáticas relativas*, na série de normas: a hipótese, num corte da série, foi consequência, antes; a consequência, num ponto de vista da série de pontos, será hipótese mais adiante. A sucessividade sintática desses pontos confere *continuidade e homogeneidade normativa* ao sistema jurídico. O sistema autocompõe-se, completando interrupções (possíveis lacunas), reabsorvendo matéria social, sujeitando-se à sua *lei de composição interna*. O dado social

²⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67.

²⁷⁸ Aqui fica comprovada a influência das regras de estruturação dos *s-códigos* dos significantes e significados exposta no capítulo anterior.

juridiciza-se, inserindo-se em hipótese ou provocando (mediante o legislador, em sentido abrangente) novas hipóteses e novas consequências.²⁷⁹

A forma hipotético condicional do juízo normativo (plano dos significados da norma jurídica enquanto ato de conhecimento) é, pois, um critério de ordem do *s-código* dos significantes do Direito, porquanto tal estrutura configura uma lei combinatória do respectivo sistema sintático.²⁸⁰

Um sistema sintático, enquanto fonte de sinais, possui uma quantidade potencial de informação que pode ser transmitida. Essa potencialidade de informação é reduzida pela sua formação em sistema, pelas regras sintáticas que estruturam o *s-código*. É justamente aqui que intervém a função ordenadora da estrutura sintática da norma jurídica, limitando a possibilidade de combinação entre os elementos que constituem o repertório da linguagem idiomática utilizada pelo Direito.²⁸¹

A estrutura sintática do juízo normativo molda e limita, destarte, a potencialidade comunicacional que exurgiria do encontro das linguagens naturais e científicas acolhidas pelo Direito positivo, selecionando e ordenamento o repertório do sistema em foco.

É por conta disso que cada ato de fala dos agentes competentes, conquanto utilize grafemas e palavras já existentes na linguagem ordinária, dá azo à criação de novas unidades sintáticas do Direito positivo. Cada emissão constitui uma nova organização do sistema dos significantes, com identidade própria em face das palavras do vernáculo utilizadas e em face das demais segmentações do sistema sintático que são tomadas por outras normas jurídicas existentes no ordenamento. Portanto, o que se verifica, em tal hipótese, é a constituição de uma nova unidade do sistema dos significantes do Direito, dantes não existente.

²⁷⁹VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 85-87.

²⁸⁰ Não é novidade na semiótica o fato de as regras de estruturação do sistema semântico possam influenciar nas regras de estruturação do sistema sintático. Como frisado linhas atrás, cada sistema *s-código* deve se fundar na mesma matriz estrutural, capaz de gerar combinações diferentes, seguindo diferentes regras combinatórias.

²⁸¹ Consoante ensina Umberto Eco, “*é mais fácil transmitir uma mensagem que deve fornecer informações sobre um sistema de elementos cujas combinações são regidas por um sistema de possibilidades pré-fixadas. Quanto mais reduzidas as alternativas, mais fácil a comunicação. Um s-código introduz, com seus critérios de ordens, essas possibilidades de comunicação; o código representa um sistema de estados sobreposto à equiprobabilidade do sistema de partida, para permitir seja ele dominado comunicativamente*”. (ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 37).

Nessa visão do fenômeno, a enunciação dos agentes competentes de um dado sistema jurídico tem o condão de alterar o s-código dos significantes, ou seja, o plano dos enunciados jurídicos. E, assim, poderia se dizer que há, em tais hipóteses, criação de normas jurídicas, aqui entendidas como novas unidades do sistema sintático do Direito.

Contudo, da afirmação de que a atividade de enunciação jurídica resulta na formação de novas unidades sintáticas não se avança facilmente para a conclusão de que tais agentes também produzem novas unidades do sistema semântico (juízos normativos ou prescritivos). Isso porque, como já restou assentado, o sistema dos significantes ostenta relativa autonomia em relação ao sistema dos significados, de modo que novas unidades do primeiro não implicam necessariamente novas unidades do segundo, como atestam, de forma patente, os processos de sinonímia.

Emergem, então, as seguintes perguntas: como uma modificação no sistema sintático pode fazer gerar em nossas mentes que há criação de novas unidades do sistema semântico? Mas ainda: como é que se pode dizer que um determinado agente competente pode, a partir do uso de determinadas palavras, fazer surgir novos juízos e tornar possível que exista uma ligação entre esses juízos inaugurais e aqueles significantes que dantes não existia? Ou melhor, como o agente competente pode ejetar novas unidades no sistema semântico e influenciar na própria formação do Código que rege a respectiva comunicação?

A resposta a tais indagações se encontra na estrutura sintática e no vetor semântico que governam o sistema jurídico.

As linguagens se estruturam em função do fator para que foram criadas.²⁸² Sendo o Direito criado para imputar permissões, obrigações e proibições ante ocorrências fáticas, segundo um esquema implicacional, é certo que esse fator, e sua lógica estrutural subjacente, denominada norma jurídica, permeia a construção da linguagem prescritiva do Direito positivo. Nessa perspectiva, as palavras, termos e expressões provenientes da linguagem ordinária e da linguagem científica, que compõem a linguagem do Direito positivo, ganham especial sentido quando capturadas e rearranjadas pela estrutura sintática da norma e, notadamente, quando se adiciona à interpretação de cada um desses elementos o sentido prescritivo (dever-ser) que

²⁸² Cf. CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2008, p. 7.

permeia a mensagem normativa.²⁸³ Essa influência fica clara quando Lourival Vilanova estatui que “não é a forma lógica da implicação que se impõe na redução da linguagem do direito positivo. É essa mesma linguagem, como dado semântico, como estrutura no objeto, que se aloja na forma que mais adequadamente a reconstrói”.²⁸⁴

Sintetizando o que se quer dizer, tem-se que a distinta ordenação sintática do fenômeno jurídico e o seu peculiar vetor semântico permeiam os significados fixados nas linguagens utilizadas pelo discurso jurídico (linguagem ordinária e linguagem científica), adicionando-lhes particulares *semas*.²⁸⁵ Destarte, não se pode fazer um perfeito paralelo entre as unidades culturais (significados) previstas naqueles específicos sistemas de comunicação e as unidades de significado previstas no sistema de comunicação jurídica. Em razão disso, cada emissão de ato de fala, concretizado nos quadrantes do Direito, gera novas unidades sintáticas e tem a potencialidade de gerar novas unidades semânticas.

Tais ilações encontram arrimo nas idéias de Antonio Vicente Seraphim Pietroforte e Ivã Carlos Lopes, que, esclarecendo os processos da semântica lexical, informam, quanto à fixação do semema²⁸⁶, que “a incorporação de traços semânticos provenientes do contexto é processo observável a cada novo uso discursivo, alterando parcialmente a identidade das acepções das unidades de que se trata. Não significa que a passagem ao discurso implique um abandono completo das acepções dicionarizadas: significa sua transformação parcial, no

²⁸³ Como disse Samira Chalhub, “[...] *as atribuições de sentido, as possibilidades de interpretação – as mais plurais – que se possam deduzir e observar na mensagem estão localizadas primeiramente na própria direção intencional do fator da comunicação, o qual determina o perfil da mensagem, determina sua função, a função de linguagem que marca aquela informação*”. (*Funções da linguagem*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2008, p. 2).

²⁸⁴ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

²⁸⁵ Antonio Vicente Seraphim Pietroforte ensina que *semas* são traços distintivos próprios do conteúdo, cujo conjunto forma o semema, que, como visto, é uma unidade cultural de significado em uma dada língua (*A semântica lexical*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística II: princípios de análise*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 118-119). N’outro modo de dizer: “*Sema designa comumente a ‘unidade mínima’ [...] da significação: situado no plano do conteúdo, corresponde ao fema, unidade do plano da expressão. Mantendo o paralelismo entre os dois planos da linguagem, pode-se dizer que os semas são elementos constitutivos dos sememas, da mesma forma que os femas o são dos fonemas [...]*” (GREIMAS, A.J. e COURTÉS, J. *Dicionário de semiótica*. São Paulo: Editora Contexto, 2008, p. 429).

²⁸⁶ Veja o que dizem Greimas e Courtés sobre a definição de semema: “*Enquanto Pottier atribui ao semema a totalidade dos investimentos do significado de um morfema, o semema – para nós – corresponde àquilo que a linguagem ordinária entende por ‘acepção’, ‘sentido particular’ de uma palavra. O semema de Pottier corresponde, pois, ao nosso lexema, sendo que este é constituído por um conjunto de sememas (conjunto que pode ser, em última instância, monossemêmico) reunidos por um núcleo sêmico comum. [...]. O lexema – enquanto reunião de sememas – é, como se vê, o resultado do desenvolvimento histórico de uma língua natural, enquanto o semema é um fato estrutural, uma unidade do plano do conteúdo.*” (GREIMAS, A.J. e COURTÉS, J. *Dicionário de semiótica*. São Paulo: Editora Contexto, 2008, p. 441).

interior de limites aceitos intersubjetivamente pelos falantes da língua focalizada”.²⁸⁷ Se assim ocorre com simples alterações de contexto da comunicação arrimada no sistema da linguagem natural, o processo de recombinação das unidades culturais é muito mais incisivo e criativo quando o que se transmuda é o próprio sistema comunicacional, que se apresenta autônomo e altamente especializado em face do sistema linguístico da linguagem ordinária (caso do Direito positivo).

Assim, as unidades comunicacionais da língua portuguesa, quando situadas na amplitude do discurso jurídico, ganham novos significados por conta: (i) do contexto em que elas se inserem, (ii) do sentido de dever-ser que a elas se imputam, (iii) do direcionamento para regulação das condutas humanas, (iv) do seu peculiar posicionamento dentro da estrutura normativa, e (v) do contado com outros sememas manipulados pelo Direito.²⁸⁸

Os significados dos significantes jurídicos são novos e não possuem correlação necessária com o significado dos significantes que provêm dos sistemas comunicacionais que são manipulados pelo Direito.

Pelo que foi dito, fica certo que os agentes competentes do sistema jurídico não são meros emissores de mensagens segundo sistemas previamente estabelecidos (tal qual ocorre na comunicação assentada na linguagem ordinária), tendo o seu labor comunicacional o desiderato de efetuar a própria criação dos sistemas sintático e semântico do Direito positivo.

Ocorre que, ao assim proceder, os agentes habilitados para esse processo criativo de significantes e significados jurídicos estabelecem, igualmente, as regras que possibilitam a ligação das unidades de um sistema às unidades do outro sistema. Isto é, *o arranjo do sistema sintático e do sistema semântico por parte dos agentes competentes dá azo à criação do próprio Código jurídico*²⁸⁹, enquanto conjunto de regras que vinculam significantes aos significados jurídicos (normas jurídicas).

²⁸⁷ PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim; LOPES, Ivã Carlos. *A semântica lexical*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística II: princípios de análise*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 125.

²⁸⁸ Cada nova unidade produzida, cada texto que se incorpora ao Direito, são influenciados pela compreensão das demais unidades que lhe são correlata. Aqui mais do que nunca vale a assertiva de Jakobson no sentido de que “*a propriedade privada, no domínio da linguagem, não existe: tudo é socializado*”. (JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 18. ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 3).

²⁸⁹ Quando se aplica o termo Código à língua é justamente no sentido de organização dos signos que a compõem, ou seja, de ser um todo organizado, com regras sobre como os signos significam, como se associam entre eles e

Bem por isso é que se pode afirmar que, nesse processo dinâmico, resta elaborado o Código jurídico enquanto conjunto de alternativas de seleção, estruturação e relacionamento das unidades dos significantes e significados para a produção da mensagem jurídica.²⁹⁰ Ora, ao estabelecer novas unidades sintáticas e semânticas, necessário é deixar registrado, de forma explícita ou não, como se fará a organização e relação de ambas em prol da concretização e eficácia da mensagem a ser comunicada.²⁹¹

A elaboração dos Códigos é uma questão de *origem* das linguagens. Umberto Eco²⁹² desvela o cerne de tal sorte de estudo, apontando que o problema, em casos que tais, é saber se o sistema sintático e o sistema semântico são construídos isoladamente e de forma autônoma, para, em seguida, poder correlacioná-los dando origem ao Código, ou se, ao contrário, as atividades de constituição dos sistemas dos significantes e dos significados e do próprio Código são processos estreitamente ligados, de modo que a composição de um desses sistemas já se faz com escopo nos outros, a fim de determiná-los e influenciá-los reciprocamente.

Como ocorre em qualquer sistema comunicacional, o Código surge porque *s-códigos* são estabelecidos, de modo a permitir que unidades sintáticas veiculem unidades semânticas. Nesse sentido, o sistema sintático é condicionado de forma a permitir que suas unidades veiculem unidades semânticas; e esse escopo final comunicativo condiciona inclusive a formação das regras de correlação que corporificam os Códigos. Rememorando o que disse Umberto Eco, “sempre um código existe porque existem s-códigos, e os s-códigos existem porque existe – ou existiu, ou poderá existir – um s-código”²⁹³, de modo que o desenvolvimento de um processo de significação é que influencia a construção de todos esses sistemas.

como se usam. (Cf. ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 205).

²⁹⁰ Cf. Diana Luz Pessoa de Barros, *A comunicação humana*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 31.

²⁹¹ Relembrando as lições de Umberto Eco, Código é um conjunto de regras que associam elementos de sistemas comunicacionais diferentes, a fim de estabelecer a mensagem comunicada. Nesse sentido, conferir: KIRCHOF, Edgar Roberto. *Estética e semiótica: baumgarten e kant a umberto eco*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 172.

²⁹² ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 38.

²⁹³ *Ibid.*, p. 38.

Assim, na criação linguística do Direito, engendra-se o sistema sintático já com atenção à criação de um específico sistema semântico, e segundo regras de correlação e estruturação (Código) capazes de propiciar a comunicação almejada. A influência é circular e recíproca, portanto.

As considerações tecidas fornecem cabedal informativo suficiente para se entender o porquê da afirmação, lançada parágrafos atrás, de que a linguagem jurídica é criada a cada emissão de ato de fala de seus emissores autorizados. Enfim, o Código jurídico (aqui no sentido amplo de língua) é criado pelos agentes competentes conforme o próprio sistema do Direito positivo, ao ensejo de criação de suas unidades sintáticas e semânticas.

4.4 A condição do Direito positivo legislado como Código e sua influência no processo de enunciação a cargo do Poder Judiciário.

A organização dos *s-códigos* e, principalmente, o estabelecimento das regras que compõem o Código não são frutos de decisões individuais, mas sim decorrem de convenções sociais provenientes de uma dada comunidade linguística.²⁹⁴ O Código (em sentido amplo) seria, destarte, uma convenção, mais ou menos estável, que prescinde de um específico emissor/receptor para existir enquanto tal. Isto é, o Código existe a despeito de pontuais emissores e receptores, e até mesmo de uma específica comunicação. Se assim é, como seria possível institucionalizar o Código jurídico, conferir-lhe a necessária estabilidade, diante da miríade de comunicações que ocorrem no sistema jurídico, todas elas postas por agentes igualmente habilitados pelo Direito?

A resposta para isso está nas especificidades organizacionais do sistema jurídico, que constituem o esboço de sua própria autonomia.

Com efeito, a institucionalização dos sistemas de significantes e de significados, como também do Código, que governam a linguagem jurídica, se dá, de forma inaugural, com a edição de um ato preñado de simbolismo e carga valorativa, essencial para a organização jurídica e política de uma dada sociedade, que é a criação de uma *Constituição*. Por

²⁹⁴ Tais peculiaridades já restaram consignadas linhas acima, no Capítulo 2.

Constituição²⁹⁵ entende-se um documento qualificado, portador de predicados que lhe dão caráter distintivo, com conteúdo e apresentação específicos²⁹⁶, que ostenta singular posicionamento jurídico-formal, capaz de lhe garantir o status de “norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo”.²⁹⁷

Diante desse conspecto, e arrimados nas considerações até aqui apresentadas, tem-se que o Poder Constituinte, órgão legiferante que estabelece a Constituição, cria de forma inaugural um sistema de significantes e um sistema de significados e um Código que relaciona um ao outro. Inaugura-se com ela o sistema linguístico do Direito, cujo caráter institucional é decorrência do conteúdo de uma norma hipotética fundamental.²⁹⁸

²⁹⁵ O conceito de Constituição, aqui tratado, não pode pretender alçar foros de unanimidade, tendo em conta a diversidade do próprio conceito de Constituição enquanto instrumento jurídico-político. É oportuno, pois, as lições de Cappelletti sobre a maleabilidade do conceito de Constituição: “[...] enquanto esta [a Constituição] é considerada, na Europa ocidental, como um conjunto de regras e de princípios, por tendência, permanentes, exprimindo as normas de valor mais elevado de todo o ordenamento estatal e também a vontade ou o programa de sua concreta realização, a situação se apresenta em termos bastante diversos na U.R.S.S. e nos outros Países socialistas. Aqui, na verdade, a Constituição é concebida, antes, como uma superestrutura das relações econômicas, como um quadro dos resultados conseguidos, que tem em vista penas descrever – mais ainda que a pre-escrever – uma ordem econômico-social em ação.” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 33 – explicação nossa).

²⁹⁶ Conteúdos assim definidos por J. J. G. Canotilho: “Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52).

²⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

²⁹⁸ Segundo o pensamento de Kelsen, o ordenamento jurídico possui normas que não estão no mesmo plano, existindo preceitos que fundam a forma de produção de outros preceitos, em razão do que são estes inferiores àqueles. De acordo com o jurista austríaco (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 214-217), se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, a questão que se põe em causa é identificar qual seria o fundamento da “unidade de uma pluralidade de normas”, ou seja, qual é a razão que nos leva a dizer que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem, melhor dizendo, é válida. Nesse contexto, expõe o citado jurista que o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Assim, conclui que “uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, inferior”. Daí porque num sistema normativo há que existir necessariamente normas superiores e inferiores, situadas em escalações hierárquico-formais diferentes, a fim de se estabelecer a relação de validade pontual e sistêmica. Enfim, uma norma vale porque posta em aplicação de uma outra válida, e um ordenamento vale porque composto de normas válidas, fundadas as inferiores nas superiores, numa relação escalonada e hierárquica. Ocorre, porém, que a série de derivação vertical de validade, de norma inferior à superior, deve possuir limites. Ensina Hans Kelsen, no ponto em foco, que “o fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa

Ao elaborar os sistemas, Código e, via de consequência, os signos da linguagem jurídica, o Constituinte frui de ampla liberdade, tendo em vista que a norma hipotética fundamental que fundamenta seu agir estabelece uma relação de validade do tipo dinâmica.²⁹⁹ Entretanto, a despeito dessa liberdade, os textos constitucionais, em maior ou menor medida, se ocupam de tecer poucas normas de conduta, por conta das necessidades adaptativas imanentes à função regulatória do Direito. Atenta-se, em verdade, na fixação de diretivas interpretativas denominadas princípios e normas de estrutura, delegando, sobremaneira, a função de ejetar normas de condutas ao legislador dito ordinário, cujo procedimento de elaboração de enunciados prescritivos é amplamente regulado nas Cartas Políticas.

Consequência dessa estruturação é a conclusão de que o Constituinte tem *total* liberdade para produzir a linguagem jurídica a seu cargo, e o legislador possui uma *ampla* liberdade para produzir a linguagem jurídica a seu cargo³⁰⁰; daí o acerto de Kelsen, ao dizer que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força de seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”.³⁰¹

norma que se pressupõe como a última e a mais elevada”. Essa norma, por ser a mais elevada, tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma outra autoridade, cuja competência teria, se assim ocorresse, que fundar numa norma ainda mais elevada, num regresso *ad infinitum* impróprio à disquisição científica. Nessa condição, a validade dessa norma que se supõe (hipotética) já não pode ser derivada de uma norma mais elevada. O fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, é designada pelo gênio de Kelsen como norma fundamental.

²⁹⁹ Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, as condutas dos indivíduos por elas determinadas, são consideradas como devidas (devendo ser) por força de seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, do particular ao geral. O tipo dinâmico é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. A norma fundamental limita-se, nessa hipótese, a delegar numa autoridade legisladora a competência para criar outras normas, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela forma determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e não o conteúdo das normas que formam esse sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades, que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas desse sistema. (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 218-219).

³⁰⁰ A propalada liberdade do legislador é muitas das vezes relativa, de modo que a estruturação do sistema jurídico condiciona a interpretação da mensagem prescritiva emitida.

³⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.

Nesse contexto, tem-se que os agentes legiferantes, dotados de liberdade na sua atividade de produção de enunciados (Constituinte e Legislador ordinário), criam o Código jurídico³⁰², utilizando-se dos Códigos de outras linguagens (natural e científica dos mais variados matizes – principalmente da ciência do Direito) para construir o Código do Direito positivo, numa linguagem técnica, especializada, com função prescritiva.³⁰³

Arrematando as idéias expostas, pode-se dizer que o Código jurídico é elaborado com liberdade pelos agentes habilitados no mais alto escalão do ordenamento jurídico, com assento na linguagem natural e científica, notadamente aquela oriunda do discurso da ciência do Direito. E aqui temos o Código como fruto de uma convenção social, ainda que apenas poucos sejam os agentes emissores, porque sua institucionalização se opera com a simples enunciação válida no altiplano da Constituição e, igualmente, da lei³⁰⁴, em decorrência necessária da autonomia do sistema do Direito positivo³⁰⁵ em face dos demais sistemas sociais.

Entretanto, essa liberdade criativa da linguagem jurídica não implica facilidades para a atuação dinâmica do Código jurídico. Trata-se de um Código extremamente complexo, seja

³⁰² Em sentido amplo, como sistemas de significantes, significados e Código em sentido estrito.

³⁰³ Com bem disse António Fidalgo e Anabela Gradim, uma linguagem especializada (como é o caso do Direito positivo) representa antes de mais nada uma recodificação da linguagem corrente relativamente a um campo especializado do saber ou do fazer humanos, com a adição de novos signos, de modo a ser mais precisa na sua significação (Cf. FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010).

³⁰⁴ Comentando o inciso II do art. 5º da CF/88, José Afonso da Silva diz que “*esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona liberdade e legalidade. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo*”. (Comentário contextual à constituição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81).

³⁰⁵ Marcelo Neves define a Constituição como o acoplamento estrutural entre política e Direito, atuando tal texto como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre esses dois sistemas sociais autônomos. Segundo ele, através da Constituição as ingerências da política no Direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Nesse passo, conclui o autor em foco que “*do ponto de vista do direito, a Constituição apresenta-se como estrutura normativa que possibilita e resulta de sua autonomia operacional. Nesse sentido, observa Luhman que ‘a Constituição é a forma com a qual o sistema jurídico rege a própria autonomia. A Constituição deve, com outras palavras, substituir apoios externos, tais como os que foram postulados pelo direito natural’. Ela impede que critérios externos de natureza valorativa, moral e política tenham validade imediata no interior do sistema jurídico, delimitando-lhe, dessa maneira, as fronteiras. Conforme enfatiza Luhmann, ‘a Constituição fecha o sistema jurídico, enquanto o regula como um domínio no qual ela mesma reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado através do reingresso no sistema*”. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 97-99). Afasta-se, com isso, uma hierarquização externa mediante a validade supralegal do Direito Natural.

na elaboração das mensagens pelos emissores (já que esta sofre influência de outras mensagens e do contexto), seja pela decodificação por parte de seus receptores; aspecto que tem o condão de desvirtuar a intenção comunicacional.

Tal visão, rápida e simplificadora, buscou representar a instituição inaugural do Código jurídico, que se encontra assentado no Direito positivo.

Acentue-se que o Código jurídico, enquanto conjunto de regras de correlação, é o cerne da função normativa, já que são suas regras estruturantes e relacionantes que dão azo às normas jurídicas (enquanto signos). Ora, os agentes produzem sinais visando a sentidos, mas somente as regras de estruturação e correlação do Código é que permitem a efetiva e cabal comunicação. A estabilidade e a amplitude do caráter regulatório do Direito dependem do Código, portanto.

Isso não quer dizer, todavia, que as atividades concretizadoras dos agentes habilitados não sejam imprescindíveis.³⁰⁶ Com efeito, o Código (inclusive o jurídico) produz, como já dito, tipos gerais, ficando na dependência de *ocorrências concretas (tokens)*, que são as unidades que se realizam no processo de comunicação. Desse modo, os signos jurídicos (ligação de textos aos juízos normativos) só ganham vida num efetivo processo de comunicação.

Levando essa linha raciocínio aos quadrantes do Direito, tem-se que o Código jurídico depende de sua aplicação concreta, para que a vinculação texto-juízo prescritivo possa se fazer prevalente. Em outras palavras, há que existir uma efetiva comunicação jurídica (isto é, atos de fala), que utilize o Código estabelecido pelo legislador, sem o quê a função sîgnica não se concretiza. Essa aplicação concreta do Código em efetivas comunicações geradoras de funções sîgnicas é até intuitiva diante da conformação escalonada do ordenamento jurídico (com sua derivação de validade vertical) e da finalidade prescritiva da linguagem que o constitui.

Aqui entram em cena todos os agentes aplicadores do ordenamento jurídico situados em nível infralegal e suas respectivas atividades de enunciação. Mas o destaque fica para a atuação do Poder Judiciário, que é o mais importante aplicador do Código jurídico, já que sua atividade

³⁰⁶ Inclusive para o estabelecimento do próprio Código (o que será melhor estudado abaixo).

ganha notas de definitividade, que o tornam o decodificador final da mensagem veiculada pelo Código jurídico.³⁰⁷

Por conta disso, e da própria delimitação de nosso tema, é sua atividade que passará a ser o centro da análise.

Apesar da importância da atuação dos magistrados no processo de vivificação da linguagem jurídica, de modo a estabelecer, de fato, a relação sógnica entre texto e juízo prescritivo que compõem a norma jurídica geral e abstrata (já que os produtos da enunciação são somente suportes físicos), tem-se que seus atos de fala devem guardar obediência ao Código jurídico fixado, explícita ou implicitamente, pelo legislador nos textos jurídicos por ele produzidos. E isso se diz por duas razões: uma própria da semiótica e outra própria do Direito.

Quanto ao primeiro ponto (semiótico), Jakobson³⁰⁸ ensina que o ato de falar implica a seleção de entidades linguísticas e sua combinação em unidades linguísticas de mais alto grau de complexidade. Entretanto, sustenta o filósofo que aquele que fala não é de modo algum um agente completamente livre na sua escolha de palavras: a seleção deve ser feita a partir do repertório lexical que ele próprio e o destinatário da mensagem possuem em comum. O Código é, então, um repertório de unidades sintáticas e semânticas, e regras de estruturação e correlação, o qual deve ser obedecido por aquele que fala e compreendido por aquele para quem se fala.

Desse modo, o Código instituído pelo legislador deve ser obedecido, *prima facie*, pelos magistrados em seus atos de fala, donde se infere que não poderão os membros do Poder Judiciário criar novas correlações entre os textos legislados e os juízos normativos postos pelo legislador. Muito menos estabelecer, nesse plano geral e abstrato, novas unidades do sistema sintático e semântico.

³⁰⁷ Precisas são as palavras de Eros Roberto Grau: “[...] é importante também observarmos que todos os operadores do direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão-somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair normas de decisão, é aquele que Kelsen chama de ‘intérprete autêntico’: o juiz.” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18)

³⁰⁸ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 18. ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 37.

Quanto ao segundo ponto (jurídico), por conta das características ingênicas do Estado Constitucional moderno, notadamente daquelas que decorrem dos princípios da legalidade³⁰⁹ e da soberania popular, as normas de conduta somente podem ser originalmente impostas³¹⁰ pelo Poder Público, via de regra, a partir da atuação do Constituinte e do Legislador ordinário. Sobremais, somente esses órgãos é que podem dispor sobre as normas de estruturas que dão conta da aplicação das normas por eles criadas, disciplinando, portanto, agentes e procedimentos afetos à incidência dos dispositivos constitucionais e legais. Soma-se a isso a tese jurídico-política que dá conta da estrutura escalonada do ordenamento (com seu inevitável corolário: o princípio da hierarquia dos atos normativos), para que se possa chegar facilmente à conclusão de vinculação dos magistrados aos textos constitucionais e legais.

Sob esse panorama, o sistema jurídico, que no plano constitucional e legal é eminentemente regido por uma relação dinâmica de validade, ganha nova conformação a partir da atuação dos agentes que se situam em seus escalões inferiores. Há, nesse nível, um entrecruzamento entre características de um sistema estático com características de um sistema dinâmico, que subordina o juiz ao sistema comunicacional estabelecido pelo legislador.

Destarte, o Judiciário está adstrito às unidades sintáticas e semânticas, como também às respectivas regras de estruturação e correlação³¹¹, postas pelo legislador constituinte e pelo legislador ordinário. As regras linguísticas (sintáticas e semânticas) e lógicas, que fundamentam o sistema do Direito positivo, fazem com que os atos de falas dos agentes de aplicação situados abaixo do legislador devam estrita obediência a tais conteúdos. Essa passagem da liberdade do legislador para a vinculação do aplicador é exposta por Vilanova:

³⁰⁹ Sobre a proeminência da lei no Estado Constitucional, assim se posicionam Mendes, Coelho e Branco: “*embora ultrapassada em sua antiga visão como instrumento de autogoverno popular, juristas-filósofos do porte de Zagrebelsky – a quem se deve um dos mais judiciosos balanços sobre a crise da legalidade no mundo contemporâneo –, pensadores dessa envergadura observam que, mesmo assim, a Lei não perdeu a sua importância como expressão de direitos democráticos, razão por que deve ser reconhecida como um valor em si mesmo, independentemente dos seus conteúdos e dos vínculos de derivação que mantém com os preceitos constitucionais. É que – prossegue e conclui aquele mestre de Turim –, para valer ou entrar em vigor, a Lei não depende de nenhuma legitimação substantiva ou de conteúdo, ainda que possa vir a ser invalidada por contradizer a Constituição; ela vale em linha de princípio porque é lei e não pelo que disponha. Mais não precisa dizer para realçar a importância do princípio da legalidade nas sociedades democráticas*” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149).

³¹⁰ Trabalhamos aqui o conceito de imposição, a fim de chamar a atenção à capacidade negocial assegurada aos cidadãos segundo certos requisitos.

³¹¹ Segundo Umberto Eco, o Código é uma gramática, com regras correlacionais semânticas e de combinações sintáticas (*Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 79).

O que a norma ou o Direito positivo podem fazer, livremente, é selecionar as teses ou consequências. É questão fora de lógica, extralógica, optar pelo antecedente A' ou A'' ou A''', bem como escolher para consequência C' ou C'' ou C'''. Tudo depende de atos de valoração, sociologicamente situados e axiologicamente orientados. Mas, desde que foi posta normativamente a relação-de-implicação, daí em diante entre-se na ordem das relações lógico-formais, no universo do ser do Direito: o logos como parte da ontologia do Direito.³¹²

Assim, os membros do Poder Judiciário são, via de regra, usuários de um Código criado pelo legislador, e não criadores de um sistema comunicacional. Utilizando os conceitos semióticos, pode-se dizer que os magistrados promovem atos de fala (decisões judiciais) por meio de uma língua estabelecida, que é o sistema jurídico engendrado pelo legislador³¹³, cuja desenvoltura tem o efeito de sedimentar e esclarecer as relações estabelecidas pelo respectivo Código diante de ocorrências concretas.

Avançando nesse campo, o que se tem é que os *atos de fala dos magistrados introduzem novas unidades sintáticas no sistema do Direito positivo, mas do ponto de vista do conteúdo prescritivo previsto nos juízos hipotéticos condicionais (soluções normativas), sua atividade representa um processo comunicacional de redundância*. Ou seja, eles produzem novos significantes, mas que se ligam ao mesmo juízo normativo que se situa no *s-código* dos significados do Código jurídico.

Com efeito, o Código instituído pelo legislador, com seus sistemas sintático e semântico, estes gerais e abstratos, já representam mensagens que visam a regulamentar a mesma conduta que é objeto dos processos judiciais. Assim, do ponto de vista comunicacional, há um reforço da mensagem já veiculada; até porque, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro³¹⁴, ninguém pode descumprir as leis sob a alegação de sua ignorância. Isso quer dizer que as mensagens prescritivas contidas no Código jurídico ostentam a presunção absoluta de recepção e decodificação por parte de todos os seus potenciais destinatários, desde o início de sua vigência, de modo que aquela produzida nos processos judiciais configura uma redundância do ponto de vista do *s-código* dos significados das normas jurídicas abstratas.

³¹² VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 98.

³¹³ Antonio Vicente Pietroforte ensina que “*Saussure separa os fatos de língua dos fatos de fala: os atos de língua dizem respeito à estrutura do sistema linguístico e os fatos de fala dizem respeito ao uso desse sistema*”. (*A língua como objeto da linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 84).

³¹⁴ Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Clarice Von Oertzen de Araujo aduz, com acerto, que o que se verifica é a “tendência do direito trabalhar com a redundância, em nome da preservação dos valores como a estabilidade, a previsibilidade e a segurança jurídica”.³¹⁵ Há, então, um Código prévio, conhecido e compartilhado pelos atores da comunicação jurídica, que condiciona as comunicações estabelecidas nos processos de aplicação do Direito positivo, inclusive os judiciais. Aliás, a citada jurista assevera que “quando se trata da operação de subsunção ou de incidência de uma norma, também ocorre a predominância do eixo paradigmático³¹⁶, o qual trabalha com os fenômenos de equivalências e com os conceitos normativos”.³¹⁷ Tanto é assim que a doutrinadora aduz, em arremate, que as normas individuais e concretas são signos jurídicos que reproduzem concretamente o significado das normas gerais e abstratas, após um processo de semiose (comunicação).³¹⁸

António Fidalgo e Anabela Gradin³¹⁹, com base na obra de John Fiske, esclarece que a redundância, no bojo de um processo significativo, apesar de *não representar qualquer informação nova, é fundamental para a exatidão da mensagem e mesmo para a sua própria ocorrência, facilitando, destarte, a sua decodificação, já que fornece um parâmetro para identificar possíveis erros e imprecisões na comunicação.*

De porte de tais premissas, tem-se que, muito embora já existam na legislação juízos prescritivos que regulem os fatos e as condutas que são debatidos nos processos judiciais, as teses e antíteses que animam as lides veiculadas nos processos, e arrimam os interesses contrapostos das partes litigantes, tornam as mensagens legislativas incertas, tanto do ponto de vista de sua interpretação quanto de sua aplicação. Esse estado de incertezas é que deve ser expungido pelo provimento judicial, com uma *mensagem redundante*, na medida em que

³¹⁵ ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 51.

³¹⁶ A linguagem possui dois eixos: um vertical, conhecido como sincrônico (paradigmático) e outro horizontal conhecido como diacrônico (sintagmático). No eixo sincrônico estão compreendidas as operações relativas ao domínio que o emissor ou usuário de uma mensagem detém a respeito do repertório lexical de uma língua, envolve o domínio do significado. Trata-se do eixo do repertório, da seleção dos signos. Temos o domínio da semântica. Já no eixo diacrônico estão compreendidas as operações linguísticas que encerram o conhecimento da sintaxe de uma língua. Temos o domínio da sintaxe. (Cf. ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 27)

³¹⁷ ARAUJO, Clarice von Oertzen, op. cit., p. 30.

³¹⁸ Ibid., p. 73.

³¹⁹ FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 208.

prevista antecipadamente no altiplano legal e constitucional.³²⁰ Trata-se, as decisões judiciais (sentenças e acórdãos), de uma redundância semântica (informação semântica adicional). Vale dizer, de atos de fala capazes de confirmar um aspecto normativo que já estava na esfera de nosso conhecimento, pois já fixado no Código aplicável à comunicação empregada.

Não se nega, por certo, a dificuldade que existe na apreensão do Código jurídico, que é sobejamente mutável, extenso, embaçado e dependente de ocorrências fáticas dos mais variados matizes. Mas a própria eficácia dos atos de fala, inclusive os dos juízes, depende da existência de um Código pré-definido, ainda que por vezes presente de forma implícita, conforme estatui Antonio Fidalgo com base nas lições de Austin e Searle.³²¹ Por outro lado, caso se assuma a premissa de que os atos de fala dos magistrados estão livres da estruturação e sistematização postas pelo legislador, perderá sentido a própria linguagem do sistema do Direito positivo, tornando seu código fraco, incapaz de propiciar a produção de procedimentos comunicacionais efetivos e seguros de que o sistema de *civil law* necessita.^{322,323}

Afinal, diante do Código jurídico posto pelos agentes situados no plano constitucional e legal, a atividade dos juízes cinge-se a sua interpretação/aplicação, a fim de que suas mensagens representem, na maior medida possível, as regras e as unidades que o compõem. Vale a citação do seguinte trecho da lavra de Eros Roberto Grau, que discute a vinculação dos juízes aos textos constitucionais e legais:

A “abertura” dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará,

³²⁰ De certa forma, as condutas eventualmente devidas dos sujeitos situados no pólo passivo das ações judiciais já estão reguladas pelo ordenamento. O que existe é uma imprecisão se o conteúdo normativo é ou não aplicável diante dos fatos aduzidos nos autos, situação de imprecisão que é extirpada pela atuação do Poder Judiciário.

³²¹ FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 211.

³²² Uma vez que tal regime se encontra assentado na prevalência dos Códigos criados pela Constituição e pela lei.

³²³ Sobre tais sistemas, eis o que diz ECO: “*Lotman [...] afirma que existem culturas regidas por sistemas de regras outras governadas por repertórios de exemplos ou modelos de comportamento. No primeiro caso, os textos são gerados pela combinação de unidades discretas e são julgados corretos se se harmonizam com as regras de combinação; no outro caso a sociedade gera diretamente textos que aparecem como macrounidades (das quais eventualmente se podem inferir as regras) que antes de tudo propõem modelos a imitar. Um bom exemplo de cultura gramaticalizada poderia ser o direito romano, onde se prescrevem minuciosamente as regras para cada caso, excluindo-se todo tipo de desvio; enquanto um exemplo de cultura textualizada poderia ser a Common Law anglo-saxônica, que propõe as sentenças precedentes como textos nos quais se deve inspirar para resolver de maneira análoga casos análogos*”. (ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 126).

sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico [o juiz] resultará a subversão do texto.

Além disso, outra razão impele-me a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa “discricionariedade”. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz meramente a “boca que pronuncia as palavras da lei”, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade (e da constitucionalidade). *Interpretar o direito* é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos), exclusivamente, porém, quando uma norma tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação.

Insisto nisso: o que se tem denominado de *discricionariedade judicial* é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente; o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos.³²⁴

Essa vinculação descrita por Eros Grau é própria, repisa-se, da estruturação de nosso modelo jurídico-político de organização do Estado, que faz com que os aplicadores da Constituição e das leis não possam alterar ou mesmo não observar tais comandos prescritivos.³²⁵ Assim, mesmo tendo em conta que as relações sócio-políticas, que dão origem às normas jurídicas constitucionais e legais, são decorrências de decisões que podem ser reputadas arbitrárias, isso não quer dizer que os usuários do Código jurídico possam alterá-las. Tal se deve porque “a arbitrariedade do signo linguístico [...] não significa de modo algum que a relação entre significante e significado se possa alterar *ad libitum*”.³²⁶

³²⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 46-47.

³²⁵ Bulygin e Alchourrón afirmam que o princípio da justificação, que fundamenta o pensamento jurídico, determina que as decisões dos juízes devem ser racionais, qualidade que auferem quando justificadas por normas gerais. Nas estritas palavras dos autores argentinos: “*Cabe agregar que esta idea de racionalidad implica que las razones en que se apoya la decisión no pueden depender del arbitrio del juez; el juez no puede crear libremente esas razones, sino que tiene que extraerlas de alguna parte, de lo contrario la justificación no sería más que aparente y la decisión seguiría siendo arbitraria e irracional. Esto muestra que la antigua doctrina según la cual los jueces aplican, pero no crean derecho, contiene un núcleo de verdad; se la puede reformular diciendo: si las decisiones de los jueces han de ser justificadas racionalmente, el fundamento de la sentencia no puede ser creado por el juez; el juez «aplica», pero no crea esas razones. En esta reformulación la doctrina pierde sus connotaciones políticas e ideológicas y se limita a expresar una exigencia puramente racional*” (ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Austrea, 1987, versão digitalizada. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005bulygin metodologia).

³²⁶ FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 187. Esses autores esclarecem ainda, com fulcro nos ensinamentos de Roland Barthes, que a língua “[...] não é um acto, escapa a qualquer premeditação; é a parte social da linguagem; o indivíduo, por si só, não pode nem criá-la nem modificá-la; é essencialmente um contracto colectivo, ao qual nos temos de submeter em bloco, se quisermos comunicar; além disso este produto

Diante do exposto e debatido, chega-se à conclusão de que os magistrados, em sua atuação ordinária e corriqueira, *não têm o condão de criar normas jurídicas novas*, assim entendidas como (i) *novas relações de textos prescritivos a juízos normativos* (que compõem o Código jurídico criado pelo Legislador); e (ii) *novas unidades do sistema semântico do Código jurídico, isto é, juízos normativos (que regulam as condutas humanas)*. Mas têm, ao revés, o condão instituir nova relação de correlação entre os significantes que produz (enunciado-enunciado) e as unidades semânticas já estabelecidas no Código jurídico, numa operação de redundância (novo significante mesmo significado), criando, destarte, novas funções sígnicas, ou seja, novos signos (gerando, com isso, um *subcódigo*³²⁷). E, nesse último sentido, pode-se dizer que produzem novas normas jurídicas, enquanto correlação entre texto e significados jurídicos.

Assim, desse ponto de vista semiótico, a atuação dos magistrados nos processos judiciais alteram as unidades do sistema sintático que compõem a linguagem jurídica, mas não modificam, via de regra, as respectivas unidades do sistema semântico. Emitem, pois, mensagens redundantes (normas concretas), que visam a precisar e espancar dúvidas acerca da mensagem original (normas abstratas), que já regulavam a mesma questão objeto dos processos judiciais, dando-lhe plena solução normativa.

Dessa visão das coisas, exsurge a conclusão que os magistrados não têm o condão de alterar, via de regra, os juízos normativos que comumente são designados por normas jurídicas (plano dos significados dos textos prescritivos), e por isso sua atividade não tem caráter criativo no que se refere a esse específico sistema da linguagem jurídica, em razão do que sua mensagem prescritiva pode ser considerada redundante em relação à regulação da conduta humana.

4.5 A decodificação do Código jurídico.

A validade das mensagens prescritivas proferidas no bojo dos processos judiciais depende da correspondência com as constantes no Código jurídico, colocando-se, nesse passo, o magistrado como usuário de uma língua pré-estabelecida. Devem tais agentes estatais conhecer as normas jurídicas (Código Jurídico) e aplicar os juízos normativos (*s-código* dos

social é autónomo, maneira de um jogo que tem as suas regras, pois só o podemos manejar depois de uma aprendizagem” (Ibid., p. 104).

³²⁷ Quanto a isso, ver tópico 4.7.

significantes do Código jurídico) correspondentes, tal qual se encontram postos pelo seu emissor: o legislador.

É, destarte, consequência dessa perspectiva que os agentes ocupantes dos órgãos jurisdicionais devem conhecer a língua jurídica, especificamente seus sistemas de significantes e significados, com suas regras estruturantes e correlacionais, a fim de emitir atos de fala reputados válidos para o Direito. Em outras palavras: para emitir decisões válidas, os juízes precisam conhecer o Código jurídico, de modo que sua fundamentação jurídica e sua decisão concreta, ambos veiculados na sentença, sejam reputadas como assentadas no Direito positivo.

Disso se conclui que, para se reputar inválida uma norma jurídica concreta posta no ordenamento, é preciso entender que ela faz presente uma relação texto/norma que inexiste para a comunidade jurídica que adota determinado Código. Daí que inovar o ordenamento é conhecer e aplicar uma norma jurídica (função sgnica) inexistente segundo o Código em vigor:

[...] o debate sobre se os juízes em determinado caso criaram ou não normas jurídicas é, na verdade, uma controvérsia em torno da melhor interpretação do conflito e das regras em questão. Se alguém acha que determinada juíza criou direito quando, por exemplo, permitiu a realização de um aborto de feto anencefálico, é porque acreditava que o aborto era, antes da decisão, ilegal e contrário a princípios morais que considera importantes. Da mesma forma, alguém que entenda que essa autorização é constitucional, em decorrência, por exemplo, do direito de liberdade assegurado no art. 5º da CF e de outros princípios morais substantivos, verá a decisão mera descoberta ou aplicação do direito vigente.

Como se observa, a discussão não é propriamente se os juízes criam ou não direito. Ao contrário, ela se remete a qual é a melhor interpretação substantiva ao caso e quais são os melhores fundamentos jurídicos, morais e políticos para sustentar a decisão. É essa divergência de fundo que, muitas vezes, resta encoberta por discussões de ordem semântica e gramatical. [...].³²⁸

Destarte, o que se impõe na hipótese de aferição da validade das decisões judiciais é identificar as funções sgnicas, ou seja, as normas jurídicas, que podem ser sacadas dessa linguagem em obediência ao Código que já se encontra institucionalizado. Se me é permitido entender pela existência de uma dada norma jurídica no ordenamento, minha decisão que possibilita o atuar concreto dela é válida; se não, é inválida e representa a identificação de uma norma jurídica dantes não prevista, que, se refletida no dispositivo de uma sentença,

³²⁸ CARVALHO, Lucas Borges. *Jurisdição constitucional & democracia - integridade e pragmatismo nas decisões do stf*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 41.

implicará a criação de uma mensagem prescritiva inovadora, em ofensa ao princípio da legalidade.

Em suma: a averiguação da observância da preconizada vinculação do juiz ao legislador implica saber como se opera o conhecimento/interpretação do sistema linguístico por este engendrado.

Deve ser acentuando, já em sede vestibular, que precisar o Código jurídico em suas relações entre textos e juízos é atividade espinhosa por conta: (i) da influência dos outros Códigos por ele acolhidos, (ii) da necessidade de observância das estruturas lógico-formais imanentes da estruturação sintática do fenômeno jurídico, (iii) do vetor semântico que lhe é peculiar, (iv) do caráter embuçado das regras relacionais do Código, que somente se sedimentam com a aplicação prática da língua criada.

Mas, a despeito desses fatores, tal tarefa interpretativa é plenamente possível, notadamente diante da prática de intelecção, desenvolvida num contínuo histórico, pela metalinguagem do Direito.

4.5.1 A vontade do legislador e a vontade do juiz no processo comunicacional jurídico.

Quanto ao primeiro ponto acima suscitado, cumpre dizer, de antemão, que entender a atividade jurisdicional como uma atividade subordinada a uma língua pré-concebida e operante pode se chocar com uma visão mais elasticada das consequências jurídicas da corrente filosófica do giro linguístico. Com efeito, há quem leve a noção do caráter constitutivo da realidade atribuído à linguagem às últimas consequências, para afirmar que a vontade prescritiva do legislador, ou seja, do criador da língua jurídica, é totalmente irrelevante para fins de aferição do conteúdo regulatório da legislação. Como exemplo dessa corrente temos Tathiene dos Santos Piscitelli, que assim se posiciona sobre o tema:

[...] a interpretação das normas jurídicas tributárias mediante a busca do “verdadeiro sentido da norma”, que pode ser expresso pela “vontade do legislador”, está de todo superada, ante o pressuposto de que a linguagem é dado constitutivo da realidade e, assim, também o direito positivo. O texto da lei, uma vez emitido, despreende-se da vontade do órgão emissor, nele restando apenas marcas do processo de elaboração legislativa desprovidas de sentido *per se*. A busca pela intenção do legislador é infrutífera, por ser inatingível.

[...]

[...] a interpretação é um processo de construção de sentido não vinculado à vontade do legislador, de todo intangível.³²⁹

Ora, entender a interpretação puramente como um processo no qual o sentido das mensagens legislativas é criado tão-somente ao ensejo da aplicação concreta é ferir de morte a existência de um Código jurídico estabelecido pelo Legislador, que é vinculante ao ensejo de seu uso em situações concretas (noção que é decorrente do próprio princípio da legalidade, como visto).

Assertivas que pugnam pelo caráter criativo da interpretação devem ser assimiladas, então, com extremo cuidado, sob pena de se trocar o “subjetivismo” da vontade do legislador para o “subjetivismo” da vontade do aplicador.

Dito isso, passa-se a enfrentar a questão que se impõe, que diz respeito ao papel do texto legislado e da vontade de seu emitente (legislador) no processo da apreensão de seu sentido por parte do juiz quando da confecção do texto que arrima a sua decisão.

E esse ponto de discussão foi enfrentado pela doutrina pátria.

Alexandre Araújo Costa³³⁰ ensina que, segundo uma visão dogmática, “[...] não pode o juiz usar sua *vontade* ou seus valores pessoais, mas apenas a sua racionalidade, com a finalidade de interpretar a norma de maneira objetiva”. Nessa linha, estatui que aquilo que está previsto no ordenamento deve ser cumprido pelos juízes, que têm o dever de investigar o sentido das palavras do legislador. Assevera, porém, que tal “análise não pode ser uma desculpa para encobrir um decisionismo judicial e, portanto, ela precisa ser feita de acordo com critérios objetivos”, de modo que “ao Judiciário resta apenas aplicar a lei de forma *racional*, pois a sua legitimidade provém justamente da objetividade e da imparcialidade na aplicação da lei. Assim, como é o legislador que determina o conteúdo da lei, na medida em que ele a elabora, ao juiz cabe apenas encontrar na lei o sentido desejado pelo seu autor”.

Tal atividade, continua Araújo Costa³³¹, não pode se cingir a buscar o significado dos termos na simples vontade de quem os elaborou. De fato, deve-se avançar para a análise do sentido que as disposições aplicandas tinham no momento e, notadamente, no contexto de sua

³²⁹ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à interpretação das normas jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 47-51.

³³⁰ COSTA, Alexandre Araújo. *Razão e função judicial na hermenêutica jurídica*. In: Revista dos Estudantes de Direito da UnB (REDUnB), nº 6, 2007. Brasília: Ed. UNB, 2007.

³³¹ Ibid.

elaboração. Somente assim é que o significado da lei pode ser identificado com base numa razão e numa postura científica.

Ocorre, porém, que a específica função regulatória do Direito numa sociedade complexa e mutável faz com que, muitas das vezes, se mostre necessária uma adaptação das interpretações da norma jurídica ao tempo de sua aplicação, “sendo inadmissível permanecer estacionado no tempo da elaboração, o que converteria a atividade jurídica em uma espécie de arqueologia de sentidos mortos”.³³² Entretanto, segue explicando o assaz citado autor, “o juiz precisa fiar-se em critérios objetivos, científicos, para identificar essas posições dominantes, e não em um senso comum jurídico, que mistura as idéias dos julgadores com as idéias da população em geral. [...]. Se não for assim, corre-se um risco imenso de o juiz impor sua ideologia de modo escuso”.³³³ Mais que isso, a função do Direito “não é a de descrever a sociedade, e sim a de organizá-la, e cabe ao julgador aplicar a regra ao corpo social, e não adaptá-la a ele a cada momento, criando exceções, extensões ou restrições toda vez que percebe uma tensão entre a realidade que é e o modo como ela deveria ser”.³³⁴

Ou seja, a síntese de tais lições é que a vontade do Legislador cristalizada na lei deve ter primazia, e sua apreensão deve ser efetuada de forma racional e objetiva, centrando-se nos conceitos jurídicos estabelecidos e não no senso comum da população em geral³³⁵, de modo que resta vedada a sua manipulação segundo interesses pragmáticos de momento.

São igualmente valiosas as lições de Humberto B. Ávila a respeito da questão. De acordo com Ávila, “a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”.³³⁶ Ato contínuo, esclarece que “afirmar que o significado depende do uso não é o mesmo que sustentar que ele só surja com o uso específico e

³³² COSTA, Alexandre Araújo. *Razão e função judicial na hermenêutica jurídica*. In: Revista dos Estudantes de Direito da UnB (REDUnB), nº 6, 2007. Brasília: Ed. UNB, 2007.

³³³ Ibid.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Friedrich Müller concorda com tal ilação: “*Decisões que passam claramente por cima do teor literal da constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito. [...] À medida em que o texto expressa de forma linguisticamente confiável o espaço de ação para os enunciados normativos, o resultado não pode contrariar as possibilidades de solução remanescentes nesse espaço de ação.*” (MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 64-66).

³³⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24.

individual. Isso porque há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”.³³⁷

Reforçando a sua inferência com sólido apoio filosófico, Ávila argumenta, utilizando as idéias de Wittgenstein, que “há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral”.³³⁸ Já com arrimo em Heidegger, assevera que “há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem”. Arrematando, o autor em foco aduz que “termos como ‘vida’, ‘morte’, ‘mãe’, ‘antes’, ‘depois’, apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação”.³³⁹

Em arremate, Karl Larenz dá o exato tom da importância da vontade do legislador na interpretação dos textos jurídicos³⁴⁰:

Quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões de seu tempo. A interpretação tem isto em conta; acontece com isto que a própria lei participa até certo ponto do fluir do tempo (histórico). Todavia, está presa à sua origem. A interpretação não deve descurar a intenção reguladora cognoscível e as decisões valorativas do legislador histórico subjacentes à regulação legal, a não ser que estejam em contradição com as ideias rectoras da Constituição actual ou com os seus princípios jurídicos reconhecidos. Se assim fizesse, deixaria de se poder falar de «interpretação», mas apenas de «mistificação». A vinculação constitucional do juiz à lei, que significa a supremacia do poder legislativo face aos outros «poderes» no processo de criação do Direito [...] não teria então significado. [...].

O escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há-de-ser considerado juridicamente determinante tem de ser

³³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

³³⁸ *Ibid.*, p. 24.

³³⁹ *Ibid.*, p. 25.

³⁴⁰ Nesse ponto, também com arrimo nas lições de Larenz, cabe esclarecer que é um mero artifício pretensamente objetivo trocar a vontade da lei pela vontade do legislador. Confira-se: “*Alguns referem o sentido normativo da lei através de uma reminiscência linguística da teoria subjectivista, como «vontade da lei». Mas uma vontade só cabe a uma pessoa ou, em todo o caso, a como vontade comum, a uma pluralidade de pessoas. A expressão «vontade da lei» encerra um personificação injustificada da lei, que só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo «em permanente reformulação da lei» [...].*” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 449)

estabelecido atendendo a intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico, e, de modo algum, independente delas.³⁴¹

Dá-se, com base na citada doutrina, passos em direção à importância da intenção comunicacional do Legislador e do texto por ele produzido na conformação dos juízos de conhecimento do Código jurídico capitaneados pelo magistrado. Contudo, não se chega, nem de longe, a um *porto seguro* quanto ao tema, de modo que é preciso aprofundar ainda a investigação no que toca ao pormenor, o que deve ser feito com base na semiótica.

Inicialmente, cabe dizer que a vontade do juiz é, realmente, apequenada nesse contexto. Com efeito, já foi sobejamente frisado que tal agente estatal atua como um usuário de um Código linguístico pré-estabelecido, e que visa a emitir mensagens redundantes em face dessa estrutura linguística. Essa é a regra geral, e pensar o contrário é desembocar num realismo jurídico, onde a norma jurídica somente é criada diante do caso concreto e pela atuação do Poder Judiciário.

Quanto ao papel da vontade do Legislador, é obvio que ela não pode ser descurada, principalmente porque o que se tem, nesse caso, é a *emissão de mensagens prescritivas, atos de vontade*, portanto. Vale ressaltar: as normas legisladas não são descrições, nas quais a vontade do emissor é apequenada, mas sim prescrições, ordens, onde a vontade do emissor é determinante. Ora, *há uma vontade comunicacional ao se elaborar uma lei*; e não se pode menosprezar isso, *sob pena de a única intenção significativa ser do aplicador-juiz*.

Segundo, o legislador utiliza Códigos da linguagem natural e de linguagens científicas e técnicas, manejando significantes cujos significados possuem certa estabilidade, no caso da linguagem ordinária, e alta estabilidade, no caso das linguagens científicas e técnicas.³⁴²

³⁴¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 448.

³⁴² “De acordo com Hart, uma maneira de evitar que os juízes tivessem a prerrogativa de escolher, nos casos difíceis, entre possíveis, porém divergentes, significados de uma regra, seria congelar o significado de uma regra, fazendo com que os termos gerais nela contidos tivessem sempre o mesmo significado em todas as ocasiões em que a regra fosse aplicada. Nós poderíamos escolher certas características dos casos paradigmáticos e determinar que essas características estivessem presentes em todos os casos em que usamos a mesma palavra (a presença dessas características seria um requisito necessário e suficiente para a aplicação de um termo geral). O problema é que isso simplesmente não é possível. Mesmo quando nós determinamos certas características que devem estar presentes todas as vezes em que empregamos um termo geral, essas características são descritas por meio da nossa linguagem ordinária, que, por, por sua vez, é dotada de uma textura aberta. Ao usarmos termos técnicos no direito, que só podem ser empregados na presença de certas propriedades, diminuímos as incertezas, mas não eliminamos a indeterminação semântica.” (STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 131).

Desse modo, a vontade cristalizada na eleição dos termos pelo legislador deve ser levada em consideração, de modo que os Tribunais não podem fazer “do *branco o preto*”.

Terceiro, a própria organização dos preceitos em artigos, *caputs*, alíneas, parágrafos e quejandos dá conta, notadamente diante da homogeneidade sintática da norma jurídica (em sua estruturação hipotético condicional), da vontade prescritiva do legislador.³⁴³

Quarto, o contexto fático no qual se emitiu a mensagem prescritiva legislativa, e em relação a qual esta se dirige, ratifica a importância da apreensão da vontade do Legislador. Com efeito, as normas jurídicas visam a regular certas situações fáticas, de modo que o estudo desse contexto permite precisar e condicionar a apreensão da vontade do legislador. Não se trata de um texto colocado para servir tão-somente para decodificação, mas sim para influenciar a adoção de determinada ação. Enfim, há, no caso, uma vontade prescritiva que se dirige a algo e a alguém.

Mas, sem dúvida, é o auxílio das noções provenientes do estudo da *dinâmica do significado*³⁴⁴ que permite esclarecer o ingente papel da vontade do legislador na decodificação das mensagens prescritivas.

Segundo Lázaro Carrillo, há uma dinâmica racional no discurso³⁴⁵, chamada de *dinâmica do significado*, que desponta nos processos de produção e compreensão de mensagens. Para o professor da Universidade de Granada³⁴⁶, tal dinâmica discursiva pode ser compreendida

³⁴³ Como exemplo prático, tem-se que a alteração promovida no Código Penal pela Lei nº 12.015/2009, no sentido de alocar os verbos que caracterizavam os crimes de estupro e atentado violento ao pudor num mesmo *caput* de um mesmo artigo, afastou o concurso de crimes em casos de realização de mais de uma conduta prevista nos verbos ali transcritos em face de uma mesma vítima. Para maiores informações, ver o julgamento proferido pela 6ª Turma do STJ no HC 144870 (Rel. Min. Og Fernandes, data de julgamento: 09 fev. 2010).

³⁴⁴ Cf. GUERRERO; Lázaro Carrillo. *La dinámica racional en el campo discursivo*. In: *revista electrónica de estudios filológicos*, n. 10, nov. 2005, Disponível em: <<http://www.um.es/tonosdigital/znum10/estudios/estudios10.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2010, p. 96-122.

³⁴⁵ “O discurso é um modo de agir, uma forma pela qual as pessoas agem em relação ao mundo e principalmente em relação às outras pessoas.” (FAIRCLOUGH, Norman apud TILIO, Rogério C. *Discurso e linguagem: uma perspectiva social*. In: *Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades*. Vol. 7. nº 25, abr./jun. 2008. Disponível em: < <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/reihm/article/view/13>>. Acesso em: 10 jan. 2010).

³⁴⁶ As lições Lázaro Carrillo tomaram por base as conclusões adotadas no seguinte artigo: TOMLIN, Russell S., FORREST Linda, PU MING M., y KIM, Myung H. 1997. *Discourse Semantics*. En: T. A. van Dijk (ed.), *Discourse as Structure and Process*. *Discourse Studies: A Multidisciplinary Introduction*. vol. 1. London: SAGE Publications, p. 63-111.

segundo duas metáforas do discurso distintas; a saber: a “metáfora já dada” (ou *conduit metaphor*) e a “metáfora a construir na interação” (ou *blueprint metaphor*).

A primeira metáfora do discurso (*conduit metaphor*) pode ser esquematizada da seguinte forma: (i) o falante condiciona o significado a transmitir em um artefato textual, falado ou escrito. Nesse agir do falante, o fracasso deriva da harmonização inadequada do significado que se quer comunicar com os detalhes do texto produzido; (ii) o ouvinte, por sua vez, decodifica esse artefato textual, a fim de extrair seu significado. O fracasso em tal atividade deriva da incapacidade de se extrair do texto os detalhes e os matizes semânticos que caracterizam o significado transmitido.

Como se nota, com tal visão da dinâmica do significado, a linguagem é vista como um *instrumento de precisão*, que é usado para construir artesanalmente um significado concreto, que deve ser expresso completamente no texto produzido.

De seu turno, a segunda metáfora discursiva acima aludida (*blueprint metaphor*) pode ser esquematizada da seguinte forma: (i) o falante tem uma representação conceitual de eventos ou idéias que se propõe a replicar ou reproduzir na mente do ouvinte; (ii) o ouvinte, que não atua de forma passiva, ocupa-se de construir ativamente sua própria representação conceitual dos eventos e ideias. Aqui, nessa visão, o texto é visto menos como uma construção semântica desenvolvida completamente, mas sim como um anteprojeto (*blueprint*) para ajudar o ouvinte a construir a sua representação conceitual.

Nesse sentido, o texto, como anteprojeto, contém pouco significado por si só, servindo, por convenção, como guia do ouvinte para a construção de seu edifício conceitual. Mas cabe frisar que a interpretação de “anteprojeto” de textos não se faz com liberdade por parte do destinatário, requerendo a integração do conhecimento transmitido (*knowledge integration*). Tal conduta nada mais representa que integrar a informação veiculada em um todo coerente, de modo que, de um lado, o falante deve selecionar conceitos de maneira proveitosa para o ouvinte e, de outro, este deve integrar as proposições recebidas em uma representação coerente, *que permita a construção de conceitos virtualmente idênticos àqueles sustentados pelo falante.*³⁴⁷

³⁴⁷ Confira-se: GUERRERO; Lázaro Carrillo. *La dinámica racional en el campo discursivo*. In: revista *electrónica de estudios filológicos*, n. 10, nov. 2005, Disponível em: <http://www.um.es/tonosdigital/znum10/estudios/estudios10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2010, p. 96-122.

O que ocorre é uma comunhão de projeções (ou predições) intencionais no contexto da comunicação. Numa comunicação efetiva deve ocorrer uma coerência entre a projeção conceitual do emissor pelo destinatário com a projeção conceitual do destinatário pelo emissor.

Como se vê, há uma vontade comunicacional do falante, que visa a estruturar a sua mensagem para permitir a decodificação por parte do destinatário.³⁴⁸ Tanto na visão da comunicação como significados transmitidos de forma acabada, quanto na que vislumbra a mensagem como mero arcabouço significativo, a vontade do falante, ou melhor, a intenção comunicacional do emissor da mensagem, deve ser levada em conta no ato de decodificação, pelo menos para manter a coerência da comunicação.

Em suma: ainda que numa interação distanciada³⁴⁹, a projeção (a intenção) dos conceitos do emissor da mensagem deve ser levada em conta pelo destinatário no ato da interpretação, tanto quanto a própria emissão da mensagem deve ter em conta a projeção dos conceitos de seus destinatários, de modo a possibilitar a comunicação.³⁵⁰ Desse modo, “[...] *los dos interlocutores, presentes en estas dos metáforas del discurso (conduit metaphor, blueprint metaphor), actúan simultáneamente en la intención, situación, y manifestación (lingüística) comunicativa*”.³⁵¹

Tais lições são mais que suficientes para atestar a importância da vontade do legislador no contexto comunicacional do Direito.

³⁴⁸ Sobre a necessidade de comunhão de repertório lexical entre os falantes em prol de possibilitar a comunicação, cumpre citar Jakobson: “*Falar implica a seleção de certas entidades linguísticas e sua combinação em unidades linguísticas de mais alto grau de complexidade. Isto se evidencia imediatamente ao nível lexical: quem fala seleciona palavras e as combina em frases, de acordo com o sistema sintático da língua que utiliza; as frases, por sua vez, são combinadas em enunciados. Mas o que fala não é de modo algum um agente completamente livre na sua escolha de palavras: a seleção (exceto nos raros casos de efetivo neologismo) deve ser feita a partir do repertório lexical que ele próprio e o destinatário da mensagem possuem em comum.*” (JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 18. ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 37).

³⁴⁹ Na verdade, o grande problema que se impõe no caso das mensagens do Direito é a distância espacial e temporal que existe entre o *emissor/ato de fala* e os *destinatários/ato de decodificação*. É por conta dessa distância que muitas das vezes se entende como desprezível a vontade do legislador.

³⁵⁰ Encaixam-se com perfeição nesse panorama a seguinte lição de Umberto Eco, de sua obra *Os limites da interpretação*: “*O funcionamento de um texto (mesmo não verbal) explica-se levando em consideração, além ou em lugar do momento gerativo, o papel desempenhado pelo destinatário na sua compreensão, atualização, interpretação, bem como o modo em que o próprio texto prevê essa participação.*” (*Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 02).

³⁵¹ GUERRERO; Lázaro Carrillo. *La dinámica racional en el campo discursivo*. In: *revista electrónica de estudios filológicos*, n. 10, nov. 2005, Disponível em: <http://www.um.es/tonosdigital/znum10/estudios/estudios10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2010, p. 96-122.

Avançando nesse campo, tem-se, ademais, que a projeção ou predição no discurso comunicacional, havida mutuamente entre emissor e receptor, deve levar em conta o *contexto comunicativo*, de modo a possibilitar uma boa escolha dos significantes e dos significados, por um e por outro desses atores.

Destarte, a elaboração de um texto demanda escolhas de significantes, baseadas no que se quer dizer e em atenção à competência linguística do destinatário e ao contexto que envolve a comunicação. Complementando essa noção, esclarece-se, por outro lado, que a exegese de um texto demanda escolhas de significados baseadas naquilo que o emissor quer dizer, baseada na competência linguística dele e igualmente no contexto que envolve a comunicação.

Nessa ordem de idéias, cabe trazer à baila as lições de Halliday³⁵² sobre a caracterização e influência do contexto no processo comunicacional. Para o citado pensador, texto representa escolha, de modo que ele é *o que ele significa* a partir de uma seleção do quadro total de opções que configuram o que ele pode significar. Ou seja, o texto seria um *potencial de significação* atualizado por escolhas. Halliday defende que o *potencial de significação* do texto, que representa as possibilidades de escolhas semânticas à disposição dos membros de uma dada cultura, pode ser representado, de um ponto de vista sociolinguístico, como a gama de possibilidades abertas numa específica situação-tipo, isto é, num particular contexto social (e não como toda e qualquer possibilidade aberta na inteireza sistemática de uma língua) que denomina de *contexto da situação*.³⁵³

Adverte, então, o mencionado linguista britânico que a situação do contexto não pode ser apreendida em termo concretos, mas, em verdade, como uma *representação abstrata do meio em termos de certas categoriais gerais que possuem relevância para o texto*. Desse modo, é que o contexto deve ser entendido como uma situação típica, uma estrutura semiótica, que é possível de ser concebida inclusive de forma distante do que acontece durante os atos de fala e de escrita. Assim, para Halliday³⁵⁴, o contexto seria uma construção sociolinguística teórica, capaz de ser representada como um complexo de três dimensões: (a) o *campo*, que seria a ação social na qual o texto está incorporado; (b) o *tenor*, que seria o conjunto da

³⁵² HALLIDAY, M. A. K. *Language as social semiotic*. In: MAYBIN, Janet. *Language and literacy in social practice*. Clevedon: Open University, 1993, p. 23-43.

³⁵³ Em oposição ao contexto da cultura – mais abstrato e sistemático, e que seria a outra forma de caracterizar o potencial de significação.

³⁵⁴ HALLIDAY, M. A. K. *Language as social semiotic*. In: MAYBIN, Janet. *Language and literacy in social practice*. Clevedon: Open University, 1993, p. 24-25.

totalidade de relações importantes que existem entre os participantes; (c) o *modo*, que seria canal ou onda selecionado para a comunicação, com especial importância para a função atribuída à mensagem na totalidade do contexto.

Izabel Magalhães, analisando tais variáveis postas por Halliday em sua obra, ensina que “‘campo’ se refere às atividades, aos participantes, aos processos e às circunstâncias das atividades; ‘tenor’ está ligado às relações sociais, apresentando uma dimensão vertical – um processo de seleção (reciprocidade/poder) – e uma dimensão horizontal (avaliação); e ‘modo’, que indica os canais de comunicação – escrito, oral, conversa face a face, conversa ao telefone, rádio, televisão, correio eletrônico”.³⁵⁵

Esses elementos formam, na visão de Halliday, uma estrutura conceitual capaz de representar o contexto social como um ambiente semiótico, no qual as pessoas trocam significados. Consequência de tal estruturação é que, dada uma especificação adequada das propriedades semióticas do contexto em termos de *campo*, *tenor* e *modo*, será possível fazer *previsões sensatas sobre propriedades semânticas de textos associados a ele*.^{356,357}

Aplicando essa teoria semiótica no campo jurídico, pode-se dizer que a predição da intenção conceitual do legislador, por parte do aplicador do Direito, é facilitada pela intensa demarcação do contexto semiótico (nos três elementos acima mencionados) na qual se insere o texto jurídico-normativo.

Decerto, fora a demarcação do contexto fático de sua aplicação, regulado pela própria linguagem do Direito por meio do antecedente normativo, os elementos *campo*, *tenor* e *canal*, que dão vida ao contexto da situação, são facilmente identificáveis no discurso jurídico. A ação social em jogo (*campo*) é a regulação de determinada situação social por meio de ordens escritas institucionalizadas, situadas numa linha histórica, que visam a imputar condutas. O *tenor*, de seu turno, consiste na relação hierárquica que existe entre o criador da norma jurídica e os seus aplicadores e destinatários, que devem estrito acatamento ao conteúdo

³⁵⁵ MAGALHÃES, Izabel. *Teoria crítica do discurso e texto*. In: *Linguagem em (Dis)curso - LemD*, Tubarão, v. 4, n. esp, 2004, p. 121.

³⁵⁶ Cf. HALLIDAY, M. A. K. *Language as social semiotic*. In: MAYBIN, Janet. *Language and literacy in social practice*. Clevedon: Open University, 1993, p. 25.

³⁵⁷ Ainda com Halliday: “*O tipo de atividade simbólica (campo) tende a determinar o alcance do significado como conteúdo, as relações em sua integridade (tenor), tendem a determinar a gama de significados como a participação, e o modo tende a determinar o alcance do significado como textura, a língua em sua relevância para o ambiente (textual)*.” (HALLIDAY, M. A. K. *Language as social semiotic*. In: MAYBIN, Janet. *Language and literacy in social practice*. Clevedon: Open University, 1993, p. 36 – tradução livre).

prescritivo das mensagens emitidas por aquele. Por fim, o *canal* é composto por textos escritos, formalmente construídos e publicados, que devem ser lidos de acordo com a função prescritiva da linguagem.

Cabe, então, concluir, em face do exposto, que a *dinâmica do significado* impõe a projeção da intenção do legislador na feitura dos textos jurídicos, o que deve passar pela fixação do contexto semiótico presente nessa comunicação, que pode ser construído e analisado de forma abstrata. Por conta disso, na interpretação do Direito, a vontade do juiz é constrangida pela vontade do legislador, seja qualquer for o modelo dinâmico adotado.^{358,359}

4.5.2 A metalinguagem jurídica como fixadora do Código jurídico: da doutrina à súmula vinculante.

O Código linguístico altamente especializado que caracteriza o Direito positivo é formado por frases prescritivas, com estruturas sintática e semântica complexas, que devem ser aplicadas em processos de comunicação de forma repetitiva e igualitária. Desse modo, é intuitiva a necessidade da existência de um processo de assentamento da interpretação de seus significantes mais sólido que a mera possibilidade de projeção da vontade do legislador por parte do juiz-aplicador para cada caso específico a julgar. Note-se que o Código jurídico (ou Hipercódigo jurídico³⁶⁰) preordena-se a constituir um Código forte³⁶¹; e não apenas nas

³⁵⁸ Aliás, os próprios métodos clássicos de interpretação são instrumentos voltados a afastar a vontade do aplicador em benefício da vontade do legislador. (Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 449-450).

³⁵⁹ Essa visão vem socorrer muitas noções do positivismo jurídico no campo da interpretação, e que são assim sintetizadas por Norberto Bobbio: “*Um dos campos em que a interpretação mais se desenvolveu e mais se organizou é o do direito. Este é constituído por um texto ou um conjunto de textos (códigos, coleções legislativas etc.) que exprimem a vontade da pessoa (real ou fictícia, isto é, individual ou coletiva), o legislador, que pôs as leis contidas em tais textos. A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos.*” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 213).

³⁶⁰ Como dito, Código é um complexo retículo de subcódigos que vai muito além do que podem exprimir categorias como a gramática, por mais compreensivas que se apresentem, que se pode chamar de Hipercódigo.

³⁶¹ Cabe aqui explicarmos o conceito de *código forte* e de seu contraponto *código fraco*. As noções de Código forte e Código fraco são inicialmente tratadas pelo renomado sociólogo Max Weber, sendo desenvolvidas posteriormente, agora num contexto especificamente semiótico, pelo professor da Unicamp Isaac Epstein, em seu livro *Gramática do Poder* (EPSTEIN, Isaac. *Gramática do poder*. São Paulo: Ática, 1993). Nesse passo, Tercio Sampaio Ferraz Jr., com arrimo nas lições dos citados pensadores, ensina que “*em geral, as prescrições burocráticas são emitidas por definição (Weber) conforme um código dotado de rigor denotativo e conotativo. Trata-se de um ‘código forte’ que procura dar um sentido unívoco à prescrição. [...] O código forte confere à prescrição um sentido estrito [...]. O rigor, porém, estreita o espaço de manobra do destinatário, pois dele se*

relações entre os significantes e significados enquanto unidades atômicas (signos-palavras), mas também, e principalmente, nas relações entre significantes jurídicos e significados jurídicos moleculares e sistemáticos (signos-enunciados) que dão forma ao que se denominou norma jurídica.

Nesse passo, ao se deparar com os significantes veiculados pelo legislador, mais do que a possibilidade de conhecimento da intenção/vontade do órgão legiferante por meio da predição de sua vontade no caso concreto, atividade que deveria ser feita com arrimo nos Códigos da linguagem natural e técnica por ele utilizados, o aplicador encontra é outro Código linguístico, já formado e consolidado, que visa a guiar com rédeas curtas sua decodificação.

Assim, mais que uma atividade subjetiva e pontual de busca da vontade do legislador por parte do aplicador, com todas as condicionantes e limitações a esta imanentes, tem-se, na aplicação do Direito, que essa vontade normativa já se encontra assentada por um Código jurídico, que, na condição de verdadeira língua, é uma instituição cultural objetiva que se mostra infensa a alterações subjetivas e pontuais. Não é correto dizer, pois, que o único dado objetivo no fenômeno jurídico seria o texto. Esse atributo pode ser dirigido também ao Código jurídico, enquanto sistema estruturante e correlacionador de significantes e de significados.

O que ocorre exatamente é que há uma possibilidade infinita de uso de significantes com intenção prescritiva e um vasto conjunto de significações possíveis que podem ser sacadas dos significantes efetivamente utilizados. É o Código jurídico, engendrado intencionalmente pelo legislador, que organiza, tal qual o criador de uma língua, a correlação entre esses dois sistemas, garantindo a estabilidade necessária para sua função prescritiva. Frise-se: no Direito, o Código é institucionalizado pelo Legislador ao criar os *s-códigos* dos significantes e significados.

*exige um comportamento estrito” (Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 279-280). No reverso dessas características, o Código fraco seria pouco rigoroso e flexível, não servindo, assim, de baliza para um padrão de aferição ideal do comportamento desejado pelo emissor da norma. Segundo o pensamento de Epstein, em um código forte, a relação entre referente (objeto), significante e significado é estável e coesa, de modo que cada significante remete a um só significado. Por outro lado, nos códigos fracos a relação entre significante e significado seria mais tênue, possibilitando a ambiguidade. As relações de força e autoridade normalmente se assentam em códigos fortes, para que possa prevalecer o acatamento irrestrito de suas ordens. Na verdade, a figura “código forte e código fraco”, antes de remeter apenas a uma relação de regras de correlação *significantes-significados* tem a ver, principalmente, com a legitimidade e poder do emissor da mensagem em relação ao seu destinatário, notadamente dentro de um contexto de um Hiper código.*

Porém, tais regras de estruturação e correlação de tal sistema linguístico são, muitas das vezes, implícitas, de modo que precisam ser reveladas e sedimentadas, seja por meio da teoria (com as técnicas de interpretação), seja por meio da prática forense. É justamente a metalinguagem jurídica, descritiva e prescritiva, que as revela, pondo às claras as relações significante-significado que dão vida ao Código jurídico. Clarice Von Oertzen de Araujo dá o exato tom dessa função, ao dizer que “a função metalinguística é aquela que dirige os comunicadores de volta ao próprio código, numa operação de certificação”.³⁶²

A linguagem na função metalinguística é, então, que expõe e sedimenta o Código jurídico (linguagem-objeto) em sua gramática e lexicografia³⁶³, na medida em que sua função é auxiliar na compreensão de seus destinatários da idéia suscitada pela linguagem objeto, seja da mensagem por ela veiculada propriamente dita, seja do contexto comunicacional na qual a linguagem de que se fala está inserida. Conforme já se deixou claro, “[...] a noção de interpretação requer que um segmento de linguagem possa ser usado como interpretante de outro segmento da mesma linguagem”.³⁶⁴ Assim, a linguagem, na função metalinguística, é capaz de legitimar as interpretações possíveis dos textos jurídicos, influenciando a demarcação do respectivo campo semântico.³⁶⁵

A metalinguagem jurídica opera, notadamente, mediante linguagens altamente institucionalizadas, que se apresentam de duas formas: (i) metalinguagem descritiva, cujo expoente seria a ciência do Direito; (ii) metalinguagem jurídica prescritiva, representada notadamente pelas normas de sobredireito.³⁶⁶ As mensagens por elas veiculadas nos ajudam a reconhecer o Direito positivo, como ele funciona e o que ele determina. Esclarecem os pormenores dessas duas linguagens as seguintes passagens de Lourival Vilanova e Alexandre Araújo Costa, respectivamente:

³⁶² ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22.

³⁶³ Conforme esclarece Samira Chalhub, “mensagens de perfil metalinguístico operam, portanto, com o código e o presentificam na mensagem”. (CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2008, p. P. 49).

³⁶⁴ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 16.

³⁶⁵ Entra em cena, destarte, a atividade de transcodificação, que na verdade é a tradução de uma linguagem – linguagem-objeto – por outra linguagem – metalinguagem. (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 37).

³⁶⁶ Tais aspectos foram abordados linhas atrás. Englobam-se nesse conceito, além das normas de competência, as normas interpretativas, as que visam a expungir antimonais aparentes e as que tratam de revogação, de nulidade ou anulação de normas jurídicas.

As normas que estatuem como criar outras normas, isto é, as normas-de-normas, ou proposições-de-proposições, não são regras sintáticas fora do sistema. Estão no interior dele. Não são metassistemáticas. Apesar de constituírem um nível de metalinguagem (uma linguagem que diz como fazer para criar novas estruturas de linguagem), inserem-se dentro do sistema. Em rigor, uma norma N é metaproposição face à norma N', esta norma N', face à N'' é, por sua vez, metaproposição. Assim, a posição que uma norma ocupa na escala do sistema é relativa. Pode ser, a um tempo, uma sobrenorma e uma norma-objeto. Essa relatividade está expressa nos conceitos de criação e de aplicação: criar uma norma N'' é aplicar a norma N'; criar a norma N' é aplicar a norma N°. A norma N°, que funciona como a última no regresso ascendente, é a norma fundamental, que não provém de outra norma, que é norma de construção sem ser aplicação. O outro limite extremo encontra-se no ato final de execução da consequência jurídica, que não dá margem a nenhuma outra norma. O dever-ser alcançou, então, o último grau de concrecência, com a determinação individualizada do pressuposto e da consequência.³⁶⁷

[...] o juiz deve constituir seu discurso de fundamentação utilizando na base referências ao direito e oferecendo uma interpretação da norma que seja plausível para a sociedade como um todo.

[...]

Não se trata, portanto, de simplesmente descobrir a verdade, mas de justificar adequadamente a posição defendida, de forma que uma posição tecnicamente justificada é considerada juridicamente correta.

Quem fixa esses padrões? A dogmática jurídica, que é a ciência do direito e que congrega em si a experiência jurídica, os princípios consolidados na história constitucional e jurídica de um país. Essa é uma construção social e coletiva e, portanto, os seus critérios não são subjetivos, e sim intersubjetivos. São eles que definem quando uma argumentação jurídica, em especial uma ponderação de valores, é bem construída. Portanto, tais critérios independem da vontade dos juizes, a quem cabe utilizar de sua racionalidade para identificá-los e aplicá-los aos casos concretos. Logo, a dogmática jurídica constitui o padrão correto de análise do caso.³⁶⁸

Esse panorama metalinguístico é mais complexo, entretanto. Há um verdadeiro emaranhado de metalinguagens na criação e atuação da linguagem jurídica, todas centradas na espinhosa atividade de sua compreensão e fixação de seus sistemas linguísticos constituintes, a fim de possibilitar uma boa comunicação jurídica. A mais relevante, a seguir tratada, é a jurisprudência.³⁶⁹

³⁶⁷ VILANOVA. Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 165.

³⁶⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Razão e função judicial na hermenêutica jurídica*. In: Revista dos Estudantes de Direito da UnB (REDUnB), nº 6, 2007. Brasília: Ed. UNB, 2007.

³⁶⁹ Uma mensagem constitui um grupo finito de elementos, retirados de um repertório e disposto em forma seqüencial, conforme padrões de organização sintática previamente estabelecidos pelo próprio Código (ortografia, sintaxe, lógica, gramática). No sistema jurídico, poderíamos identificar as mensagens como uma seqüência de enunciados prescritivos (termo hipótese e termo consequência) combinados, constituindo normas jurídicas. Os padrões de combinação dos enunciados jurídicos que possibilitam a formação de normas válidas

A jurisprudência, assim como as normas de sobredireito, configura metalinguagem intra-sistêmica. É, portanto, linguagem de sobrenível que se situa dentro do próprio sistema do Direito Positivo. Aliás, se nos campos da linguagem ordinária pode-se dizer que “uma mensagem de nível metalinguístico implica que a seleção operada no código combine elementos que retornem ao próprio código”³⁷⁰, no campo do Direito as metalinguagens extra-sistêmicas descritivas (ciência do Direito) não podem ser consideradas como parte da linguagem-objeto (Direito positivo)³⁷¹, uma vez que ostentam função descritiva extra-sistêmica.

A jurisprudência designa, comumente, o conjunto de decisões judiciais anteriormente adotadas pelos tribunais, seja de forma geral, seja em relação a uma específica situação fático-jurídica (neste último caso, cognominada, de forma técnica, como *precedentes*). Ocorre, porém, que a função metalinguística da jurisprudência não decorre da inteireza enunciativa das decisões judiciais.

Realmente, a constituição do fato jurídico e da respectiva relação jurídica, que compõem o enunciado-enunciado posto pelo Judiciário em sua estrutura hipotético condicional, não pode ser considerada como metalinguagem, já que tais elementos são componentes da própria linguagem-objeto do Direito, ostentando insofismável *função prescritiva*. É, em verdade, no *juízo de conhecimento* exposto na *fundamentação jurídica* das decisões judiciais que encontramos uma linguagem com *função descritiva* (e muitas vezes também retórica), que visa a reconhecer a existência e a regência de determinada norma jurídica para regular específica situação fática, cuja ocorrência fora verificada no processo (verdadeiro juízo de conhecimento do Código jurídico em relação ao evento jurídico processualmente comprovado).³⁷²

Nessa ordem de coisas, a argumentação jurídico-judicial funciona como uma metalinguagem da norma concreta a ser posta (linguagem-objeto) e, via de consequência, do próprio Código jurídico. De fato, tal parcela da linguagem da enunciação a cargo do juiz não está voltada para

são aqueles determinados pelo próprio arranjo dos enunciados, pelas metanormas de competência e pelos esclarecimentos conferidos pela jurisprudência. (Cf. ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.45-46).

³⁷⁰ CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2008, p. 49.

³⁷¹ “Uma metalinguagem crítica não é uma linguagem diferente de sua linguagem-objeto, e nesse sentido é uma função que toda e qualquer linguagem desenvolve ao falar de si mesma”. (ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 16).

³⁷² Sobre o juízo de conhecimento que ocorre nas decisões judiciais, consultar item 5.1.

regular condutas intersubjetivas, mas para imprimir legitimidade e racionalidade à interpretação utilizada dos fatos construídos e do Direito positivo, de modo a atestar que a norma jurídica aplicada faz parte do ordenamento jurídico válido e que deve incidir no caso cuja existência fora comprovada por meio do processo judicial.

Esse juízo de conhecimento do Código jurídico feito pelo magistrado, que configura elemento da fundamentação da sentença (fundamentação jurídica), é o que se chama comumente de *ratio decidendi*. Fredie Didier³⁷³ ensina, com precisão, que “a *ratio decidendi* são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão”. Trata-se, pois, da “opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não seria proferida como foi”, donde se conclui que seu papel é pontuar “a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto”. Por isso que a *ratio decidendi*³⁷⁴ é nada mais que parcela da linguagem confeccionada pelo juiz em seu ofício, com função descritiva, e que visa a explicitar qual é a melhor exegese do Código jurídico ante a ocorrência de determinado evento: metalinguagem, portanto.³⁷⁵

Desse modo, é correto dizer que “pelo processo da metalinguagem a doutrina e a jurisprudência constroem uma linguagem paralela àquela do desempenho do Poder Legislativo, procurando descrever o funcionamento do sistema, eliminando os seus ruídos, harmonizando ou decidindo os conflitos normativos e sociais”.³⁷⁶

Como regra geral, notadamente num passado recente de nossa tradição jurídica, o caráter vinculante das mensagens que conformam a decisão judicial estava adstrito ao seu dispositivo, isto é, à norma jurídica concretizada (o que é consequência lógica da própria função atribuída ao Poder Judiciário). Tal acatamento não alcançaria, portanto, os juízos de conhecimento do

³⁷³ DIDIER JR, Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.) Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 198.

³⁷⁴ José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175-176) entende que o precedente é composto pelas “*circunstâncias de fato que embasam a controvérsia*” e pela tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório, sendo que a submissão do intérprete ao precedente, “*comumente referida pela expressão stare decisis, indica o dever jurídico de conformar-se às rationes dos precedentes (stare rationibus decidendi)*”.

³⁷⁵ Ainda com arrimo nas lições de Didier, é preciso afastar o conceito de *ratio decidendi* do de *obiter dictum*, já que este seria composto pelos “*argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento, que não tenham sido determinantes para a decisão*”. (DIDIER Jr., Fredie. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.) Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 198).

³⁷⁶ ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

Direito esposados na sentença. Essa premissa é apresentada por Carlos Maximiliano, que assevera que “a interpretação judicial distingue-se da autêntica por não ter efeito compulsório senão no caso em apreço e somente para o juiz inferior, na hipótese de recurso provido, ou para os litigantes: ainda assim, obriga relativamente à *conclusão apenas, e não quanto aos motivos, aos consideranda. Res inter alios judicata aliis non nocet* – ‘a coisa julgada entre uns não prejudica a outros’”.³⁷⁷

Nesse específico quadrante, a jurisprudência, apesar de seu caráter intrassistêmico, se ombreava à doutrina na disputa da prevalência da metalinguagem mais influente na inteligência do Código jurídico. Em tal embate, o resultado final dependeria notadamente das idiosincrasias arraigadas em cada comunidade jurídica, não havendo que se falar, no discurso de conhecimento do Código jurídico, em prevalência de antemão de tal ou qual metalinguagem, que dependia, a bem da verdade, do respeito atribuído ao emissor da respectiva mensagem de sobrenível.³⁷⁸ N’outras palavras, em tal contexto, ambas as metalinguagens configurariam um *código fraco*, pois plenamente possível aos seus potenciais destinatários redarguir as suas respectivas regras linguísticas, mediante o uso de outros Códigos metalinguísticos acerca do mesmo objeto, de modo que não havia uma relação necessária de acatamento por parte de seus usuários.

Entretanto, tal situação mudou de figura diante do acolhimento pelo próprio Código jurídico de uma metalinguagem que lhe toma como objeto, a fim de determinar a sua observância.

Decerto, o sistema do Direito positivo, em decorrência de sua autonomia em face dos demais sistemas sociais, deliberadamente optou por dar primazia à metalinguagem que caracteriza a jurisprudência em diversas situações de sua aplicação, conferindo caráter vinculante, não mais

³⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 151-152.

³⁷⁸ Entretanto, há muito que em terras brasileiras a jurisprudência ostenta uma força retórica muito mais forte do que em relação à boa doutrina. Basta ver a seguinte passagem de Carlos Maximiliano, tecida muitas décadas antes das atuais reformas da sistemática processual brasileira: “*Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juízes inferiores a manutenção de suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causídicos e magistrados, às exposições sistemática de doutrina jurídica os repositórios de jurisprudência. [...] Há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: entre os frequentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado, salvo por dever de ofício, quando pleiteiam a reforma do mesmo. [...]*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 148-149). Assevera, porém, que “*a jurisprudência, só por si, isolada, não tem valor decisivo, absoluto. Basta lembrar que a formam tanto os arestos brilhantes, como as sentenças de colégios judiciários onde reinam a incompetência e a preguiça*”. (Ibid., p. 149).

apenas aos dispositivos das decisões judiciais, mas também à *ratio decidendi*, notadamente dos arestos dimanados pelos tribunais superiores.^{379,380} E tal opção fica clara diante³⁸¹:

- (a) da existência de previsão constitucional no sentido de que os efeitos da decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade seja estendido a partes não identificadas no litígio judicial que lhe deu origem, colhida do inciso X do artigo 52 da Carta Política, que atribui competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal³⁸²;
- (b) da alteração promovida pela Lei nº 9.756/98 no artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza ao Relator, mediante simples decisão monocrática, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no seu próprio Tribunal ou nos Tribunais Superiores³⁸³;
- (c) da inserção, no sistema daquele código processual, por esse mesmo diploma normativo, do parágrafo 1º-A de seu artigo 557 que, de seu turno, permite ao Relator a

³⁷⁹ O professor Hermes Zaneti Júnior defende que tal adoção cristaliza a recepção da teoria do “stare decisis” pelo nosso ordenamento jurídico-positivo. (Cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 50). Todavia, a questão é sobremaneira complexa a nosso sentir, uma vez que o reconhecimento do precedente como um critério de validade jurídica significa diferentes coisas em diferentes sistemas e no mesmo sistema em períodos diferentes. Como disse Herbert Lionel Adolphus Hart (*O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 147), as descrições da teoria inglesa do precedente são, em certos pontos, ainda altamente controvertidas: na verdade, mesmo os termos-chave usados na teoria, tais como *ratio decidendi*, *factos materiais*, *interpretação* têm uma penumbra própria da incerteza.

³⁸⁰ Sobre o método a ser seguido pelos magistrados em caso de vinculação à precedentes, esclarecedora é a seguinte passagem: “Nos casos em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores.” (BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 352).

³⁸¹ As alíneas citadas são extraídas em sua literalidade do excelente trabalho da lavra do Mestre pela UFES Cláudio Penedo Madureira (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça - O processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* (PRELO). Salvador, Juspodivm, 2010).

³⁸² CRFB. “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

³⁸³ CPC. “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça³⁸⁴;

- (d) da previsão, colhida da Lei nº 11.276/06, no sentido de que se a sentença recorrida estiver em conformidade com esses mesmos precedentes vinculantes, nem sequer se cogita do recebimento do recurso de apelação, nos moldes prescritos pelo novel parágrafo 1º do artigo 518 do “*codex*” processual³⁸⁵;
- (e) da iniciativa do legislador constitucional, no contexto da edição da Emenda nº 45, de vincular as decisões da Suprema Corte em controle difuso à demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, dispositivo que foi regulamentado pela Lei nº 11.418/2006, que integrou ao texto do Código de Processo Civil o novel artigo 543-A, do qual se extrai, entre outras coisas, que a repercussão geral estará caracterizada sempre que o recurso impugnar decisão contrária à Súmula ou Jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional³⁸⁶; que, se uma das Turmas da Corte Constitucional decidir pela existência da repercussão geral, o recurso nem sequer será remetido ao Plenário³⁸⁷; e que se for rejeitada a existência da repercussão geral, essa decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente³⁸⁸;
- (f) da circunstância de a Lei nº 11.418/2006 também haver inserido no sistema do Código de Processo Civil o artigo 543-B, que prevê a análise da repercussão geral quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia³⁸⁹, em

³⁸⁴ CPC. “Art. 557 [...] § 1º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

³⁸⁵ CPC. “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º - O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

³⁸⁶ CPC. “Art. 543-A. [...] § 3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”.

³⁸⁷ CPC. “Art. 543-A. [...] § 4º - Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”.

³⁸⁸ CPC. “Art. 543-A. [...] § 5º - Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

³⁸⁹ CPC. “Art. 543-B - Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo”.

hipótese em que cumpre ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando o julgamento dos demais até o pronunciamento definitivo daquela Corte Constitucional³⁹⁰, de modo que, havendo o julgamento do mérito do *recurso paradigma*, aqueles recursos extraordinários retornem aos Tribunais de origem para julgamento, cumprindo àquelas Cortes declará-los prejudicados ou retratar-se³⁹¹, devendo estar claro que, quando tal não ocorrer, poderá o Supremo Tribunal Federal cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada³⁹², e que, de forma diversa, se o Tribunal Constitucional rejeitar a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão considerados automaticamente não-admitidos³⁹³;

- (g) da prescrição, colhida da Lei nº 11.672/2008, que traz para o corpo de nosso código processual o novel artigo 543-C e parágrafos, que prescreve que, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado mediante a aplicação de dinâmica semelhante àquela estabelecida pela Lei nº 11.418/2006 para o trâmite dos recursos extraordinários³⁹⁴;

³⁹⁰ CPC. “Art. 543-B [...] § 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

³⁹¹ CPC. “Art. 543-B [...] § 3º - Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”.

³⁹² CPC. “Art. 543-B [...] § 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada”.

³⁹³ CPC. “Art. 543-B [...] § 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”.

³⁹⁴ CPC. “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º - Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º - Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º - O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º - O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º - Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º - Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º - Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do

- (h) da positivação de regra jurídica, colhida do artigo 285-A do Código de Processo Civil, que tem redação dada pela Lei nº 11.277/2006, a autorizar a prolação da chamada sentença de improcedência liminar, a ser proferida quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no Juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, hipótese em que poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada³⁹⁵;
- (i) da consagração, entre nós, de previsão normativa, integrada ao texto da mesma Emenda Constitucional nº 45 e que redundou na inserção do novel artigo 103-A no texto da Constituição da República, dispositivo que autoriza o Supremo Tribunal Federal a aprovar súmula que, a partir de sua publicação na Imprensa Oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal³⁹⁶; sendo certo que, quanto ao particular, o Poder Constituinte reformador teve o cuidado de destacar, no corpo daquela Emenda Constitucional, que do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Excelso Pretório que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação do verbete.³⁹⁷

Muitas são as críticas direcionadas à adoção dessa opção procedimental pelo Legislador pátrio. Todavia, é importante ter-se em conta que a existência de vários Códigos metalinguísticos acerca de um mesmo texto, sem que exista uma prevalência, permite que a

Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º - Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º - O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

³⁹⁵ CPC. “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

³⁹⁶ CRFB. “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

³⁹⁷ CRFB. “Art. 103-A [...] § 3º - Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

decodificação possa ser feita de várias formas, a depender do Código a ser utilizado. Tal liberdade é altamente indesejável para o sistema do Direito positivo.³⁹⁸ Situação que fica mais evidente tendo em vista o caráter aderente da metalinguagem à linguagem objeto.³⁹⁹

Fixadas as cercanias da atuação da jurisprudência na condição de metalinguagem jurídica, é possível agora enfrentar a questão das súmulas editadas pelos Tribunais, que foram tratadas na adnumeração apresentada como parte integrante do conjunto dos *precedentes vinculantes*.

Nas linhas acima, não se efetuou qualquer distinção entre a figura da jurisprudência, entendida como juízos de conhecimento postos nas decisões judiciais, com a figura das súmulas, que são seleções de *ratio decidendi* provenientes da jurisprudência consolidada de determinado tribunal.⁴⁰⁰ Tal exposição, diga-se, não incorre em desacerto. Acontece, porém, que, de um ponto de vista semiótico, é preciso apartar as súmulas vinculantes dos juízos de conhecimento esposados nas decisões judiciais.

³⁹⁸ Sobre a multiplicidade de códigos, confira-se: ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 48.

³⁹⁹ Frise-se, porém, que isso não representa uma tomada de posição em favor do sistema de validade típico do *common law*. Não se pode negar a maior segurança jurídica levada a efeito com a edição de regras gerais para regular a vida em sociedade. Eis o que diz Hart sobre tal ponto: “*Em contraste com as indeterminações dos exemplos, a comunicação dos padrões gerais por formas gerais e explícitas de linguagem [...] parece clara, segura e certa. Os aspectos que devem ser tomados com guias gerais de conduta são aqui identificados por palavras; libertam-se verbalmente, não ficam amalgamados com outros, num exemplo concreto. [...]*” (HART, Herbert L.A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 138). É certo, contudo, que o citado autor complementa que, mesmo assim, “*em todos os casos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer*”. (Ibid., p. 139).

⁴⁰⁰ Sobre os aspectos históricos da criação das súmulas no Direito brasileiro, cumpre citar Evandro Lins e SILVA: “*Súmula foi a expressão de que se valeu Victor Nunes Leal, nos idos de 1963, para definir, em pequenos enunciados, o que o Supremo Tribunal Federal, onde era um dos seus maiores ministros, vinha decidindo de modo reiterado acerca de temas que se repetiam amiudadamente em seus julgamentos. Era uma medida, de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juízes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do País e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais frequentes. Houve críticas e resistências à sua implantação sob o temor de que ela provocasse a estagnação da jurisprudência ou que pretendesse atuar com força de lei. Seu criador, Victor Nunes, saiu a campo e, em conferências proferidas na época, explicou e deixou bem claro que a Súmula não tinha caráter impositivo ou obrigatório. Ela era matéria puramente regimental e podia ser alterada a qualquer momento, por sugestão dos ministros ou das partes, através de agravo contra o despacho de arquivamento do recurso extraordinário ou do agravo de instrumento. Nunca se imaginou a possibilidade de conferir à Súmula o poder vinculante ou de cumprimento obrigatório, imutável para o próprio tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores. Do contrário teríamos a revivescência dos Assentos do Superior Tribunal de Justiça, na esteira dos Assentos das Casas de Suplicação, considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, desde a fundação da República. Súmula ‘vinculante’ seria um novo nome para os velhos Assentos. O grande Ministro Pedro Lessa já estigmatizara a figura do ‘juiz legislador’, não prevista ‘pelos que organizaram e limitaram os nossos poderes políticos’.*” (SILVA, Evandro Lins e. *Crime de Hermenêutica e súmula vinculante*. In: Revista Jurídica Consulex, v. 1, n. 5, maio 1997, p. 43-45).

Isso porque, em todos os casos, a *ratio decidendi* é metalinguagem com função descritiva e, também, retórica, estreitamente conectada aos casos concretos das quais exsurtem. As súmulas vinculantes, por sua vez, constituem mensagens com considerável função prescritiva, que não se encontra conectada a uma decisão de um caso qualquer, não possuindo, outrossim, caráter de convencimento retórico sobre uma determinada forma de conclusão. Nesse contexto, ou seja, diante de seu caráter abstrato, prescritivo e vinculante, conclui-se que é bastante controversa a consideração das súmulas vinculantes como metalinguagem jurídica, já que não se mostra absurdo entendê-las como unidade da própria linguagem do Direito (que é linguagem técnica com função prescritiva).^{401,402}

Jakobson ensina que “o recurso à metalinguagem é necessário tanto para a aquisição da linguagem como para o seu funcionamento normal”.⁴⁰³ Desse modo, cabe afirmar, em conclusão, que as metalinguagens jurídicas, intra e extra-sistêmicas, acima apontadas, têm o escopo decisivo de *determinar a inteligência* do Código jurídico, atuando também em *prol de seu funcionamento escorreito*, como bem demonstram as normas que regulam a produção normativa, a interpretação e a resolução de antinomias.

Tem-se, por certo, que constroem a interpretação do juiz tanto a vontade do legislador quanto o repositório de metalinguagens acima descrito, que serve para fixar os sistemas sintáticos e semânticos que compõem o Código jurídico.

Há, pois, antes mesmo do contato do texto jurídico pelo juiz, um sistema institucionalizado e objetivo dos repertórios possíveis de serem usados na comunicação jurídica, de modo que a subjetividade do juiz é sobejamente limitada⁴⁰⁴ pelas sistematizações engendradas pela metalinguagem jurídica.

⁴⁰¹ A atuação das súmulas vinculantes apresenta semelhanças ao modo de atuar das leis interpretativas.

⁴⁰² Uma vez assumida tal premissa, poder-se-á dizer que há canais processuais, a partir dos quais uma metalinguagem descritiva (juízo de conhecimento judicial) transmuda-se para ostentar a condição de metalinguagem prescritiva (súmula vinculantes), capaz de alterar o próprio sistema de significações jurídicas. Tal questão será abordada novamente no próximo capítulo.

⁴⁰³ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 18. ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2001, p. 47.

⁴⁰⁴ Aliás, qualquer comunicação seria impossível na ausência de um repertório de representações preconcebidas.

4.6 A redundância parcial das normas concretas produzidas pelo Judiciário em seu processo de enunciação.

Afora a noção de norma jurídica, em seu simples e lógico arranjo hipotético condicional, praticamente toda tentativa de aprisionar o fenômeno jurídico a rígidos esquemas estruturais é tarefa hercúlea, de modo que, quase sempre, é necessário o apontamento de inúmeras considerações, a fim de amoldar a complexidade jurídica à limitação formal desenhada nas escrivatinhas dos juristas. Não por outro motivo, dizer simplesmente que a atividade decisória dos magistrados representa a ejeção de mensagens meramente redundantes, que visam a espantar dúvidas concretas acerca da intelecção de mensagens provenientes do Código jurídico legislado, não representa com fidedignidade a complexidade e importância da atuação judicial.⁴⁰⁵

Mesmo continuando preso às atividades de caráter ordinário e ancilar dos magistrados nos processos subjetivos postos ao seu crivo, tem-se que as decisões nesse contexto dimanadas não podem ser consideradas como puras mensagens redundantes. Características iminentes da função jurisdicional, decorrentes de seu invulgar posicionamento dentro do contexto da organização política do Estado Constitucional, bem como a própria estrutura sintática e semântica dos juízos normativos, fazem com que tais mensagens prescritivas apresentem pelo menos dois aspectos que sobejam ao conteúdo previamente legislado cristalizado no respectivo sistema semântico. É o que será tratado nos tópicos abaixo.

4.6.1 Dos juízos factuais provenientes da atividade probatória desempenhada pelos magistrados nos processos judiciais.

Em primeira plana, há, na atividade judicial realizada ante casos concretos, os próprios juízos factuais, que se desenvolvem buscando informações de eventos que são pertinentes para o Direito, mas cuja interpretação não está sobejamente disciplinada pelo Código jurídico. Aqui

⁴⁰⁵ As mensagens são redundantes porque visam a ratificar mensagens já contidas no Código jurídico, em relação às quais seus potenciais destinatários já deviam ter conhecimento. Tal situação fica evidente diante do que dispõe o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942), que determina que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Trata-se de uma ficção necessária ao funcionamento do sistema e sem ela não se poderia impor sanções com a legitimidade que fundamenta nosso Estado constitucional. Vale dizer: é necessário que o dever e a sanção jurídicos já sejam comunicados previamente ao réu do processo judicial. Para maiores estudos dessa ficção e sua atuação no sistema linguístico do Direito, conferir: ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

se trata, em suma, da atividade probatória desenvolvida pelos juízes, a fim de constituir os fatos jurídicos⁴⁰⁶ situados no antecedente das normas individuais e concretas por eles produzidas, a partir de assimilação, pelos meios probatórios estabelecidos, das notas indiciais que dão conta da ocorrência dos eventos juridicamente relevantes. Nessa atividade, a pureza lógica e linguística do Direito deve ser confrontada com a realidade, em toda a sua complexidade. O que não poderia ser diferente, já que “comunicar significa deter-se em circunstâncias extrassemióticas”⁴⁰⁷.

Sob essa ordem de idéias, Umberto Eco leciona que os juízos factuais não são meramente juízos semióticos, pois, apesar de serem elaborados com arrimo em um Código, sobejam as informações supeditas por tal conjunto de regras linguísticas quando da análise de um dado conteúdo.⁴⁰⁸ Num exemplo simplório que envolve juízos factuais e semióticos, tem-se que, em nosso ordenamento jurídico, vige o Artigo 927, *caput*, do Código Civil brasileiro⁴⁰⁹, que determina que o causador, por ato ilícito, de dano a alguém deve promover a sua integral reparação (juízo semiótico). Porém, saber que *João* causou dano ilícito a *Pedro* é um juízo relativamente⁴¹⁰ novo (juízo factual), que, uma vez verificado e qualificado pelo magistrado, acarreta a incidência de um juízo normativo já previsto no Código jurídico: dado que *João* causou dano a *Pedro* aquele deve reparar o prejudicado (juízo semiótico).

O juízo factual, nos quadrantes do processo judicial, faz-se por meio da atividade probatória⁴¹¹, que se encontra regrada no Capítulo VI do Código de Processo Civil.

A atividade probatória ostenta *natureza* dual, já que envolve um meio eficaz e legítimo (aspecto objetivo) para formatar uma convicção pessoal do magistrado (aspecto subjetivo).

⁴⁰⁶ Os fatos são entidades linguísticas com pretensão veritativas dos eventos que visam a referenciar. (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105-107).

⁴⁰⁷ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 137.

⁴⁰⁸ Conforme sua lição: “*Chamemos SEMIÓTICO a um juízo que predica de um dado conteúdo (uma ou mais unidades culturais) as marcas semânticas já atribuídas a ele por um código preestabelecido; e chamemos de FATUAL a um juízo que predica de uma dado conteúdo marcas semânticas não atribuídas a ele antes pelo código.*” (ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 138).

⁴⁰⁹ CC. “Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

⁴¹⁰ Diz-se *relativamente*, pois a investigação é efetuada com base em noções do Código.

⁴¹¹ Ainda com Paulo de Barros, tem-se que “*fatos jurídicos serão aqueles enunciados que puderem sustentar-se em face das provas em direito admitidas*”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 106).

Marcelo Abelha Rodrigues assevera, quanto a esse aspecto, que “[...] podemos antever dois prismas conceituais em que pode recair a noção de prova: *objetivo*, como sendo os elementos que permitem ao juiz chegar ao conhecimento da verdade; *subjetivo*, como sendo a própria convicção do juiz perante as provas produzidas no processo”.^{412,413}

O Código jurídico engendrado pelo Legislador cuida da noção objetiva de prova, mas não cuida, pelo menos não de forma minuciosa, do aspecto subjetivo da prova, determinando tão-só que o magistrado externar as razões de sua convicção.⁴¹⁴ É o que dispõe o Artigo 131 do Código de Processo Civil⁴¹⁵, que preconiza a liberdade fundamentada de convencimento do Juiz.

Nesse passo, o juízo inovador que pode despontar da atividade jurisdicional reside em grande medida na tarefa que visa à constituição linguística do fato jurídico. Isso porque *o Código da linguagem do Direito não dá conta de reger a relação entre os sinais comunicacionais que deverão ser trazidos ao juiz por meio das provas reguladas no Capítulo VI do Código de Processo Civil e os seus respectivos significados*. N’outro modo de dizer: não há uma regulação rígida entre os enunciados que despontam dos meios de prova e as respectivas unidades culturais que eles indicam, que dizem respeito aos eventos alegados pelas partes no processo.⁴¹⁶

⁴¹² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 167.

⁴¹³ Moacyr Amaral Santos afirma que o objeto da prova judiciária são os fatos da causa, ou seja, os fatos que fundamentam a pretensão autoral ou a defesa do réu; a finalidade da prova é formar a convicção quanto à existência desses fatos por parte do Juiz, que é o destinatário da prova, já que as afirmações dos fatos no processo são a ele dirigidas (SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. v. 4. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 9).

⁴¹⁴ Note-se, por importante, que o que se está dizendo nada tem a ver com o sistema da prova legal.

⁴¹⁵ CPC. “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

⁴¹⁶ É importante dizer que não há juízos referênciais no processo judicial, ou seja, juízos que apontam para algo que existe no momento da fala. Há, por certo, certos fatuais (Cf. ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009). Ou seja, não se presta a prova para dizer que algo existe, mas que algo pode ser reputado como existente segundo procedimentos previstos e o juízo de um agente competente. E isso se diz porque, em termos semióticos, “[...] a linguagem fala sobre si mesma: não se refere a alguma realidade, mas somente a entidades linguísticas. Não há correspondência entre expressões linguísticas e dados empíricos extralinguísticos. Cada expressão somente se refere a uma outra expressão linguística e somente pode ser traduzida em expressão linguística. A determinação do significado aparece somente no interior da linguagem, sem nenhuma relação com a realidade empírica, cuja existência é posta em dúvida. Sob tal ângulo, sendo somente relevante a dimensão semiótica do discurso, a definição da verdade no processo assume função irrelevante. Fala-se em uma ‘pretensão de verdade’, que não é mais do que uma parte do discurso, um elemento de mensagem do narrador, mas que nada diz sobre a verdade

Ao encetar a atividade probatória, o Juiz é livre para aferir se os eventos alegados existiram ou não, como também para qualificá-los juridicamente, enquadrando-os, ou não, às notas conceituais dos fatos jurídicos previstos no ordenamento.⁴¹⁷ Por outro lado, identificada a ocorrência do evento relevante, é dever do magistrado confeccionar o fato jurídico e a consequente relação jurídica que dele desponta, tal qual está prevista no Código jurídico legislado. A partir da constituição do fato jurídico, o que se dá é a incidência das regras do Código jurídico, em relação a que os atos de fala dos magistrados devem guardar obediência.

Em suma: o juiz ostenta liberdade, pelo menos em face ao Código jurídico, de averiguar a existência dos eventos alegados e, diante destes, qualificá-los do ponto de vista jurídico. Aqui, na porta da entrada da realidade fenomênica no mundo jurídico, é que os aplicadores do Direito detêm relativa autonomia na confecção de seus juízos, ainda que os meios de prova sejam previamente estabelecidos na legislação processual. Carlos Alberto da Costa Dias, com base nas lições de Barbosa Moreira, acentua a diversidade com que o Judiciário valora a prova:

A valoração da prova é uma forma de qualificação jurídica do fato, intimamente ligada à análise das alegações, à seletividade dos fatos importantes, à apreciação das provas produzidas e do processo de reconstrução dos fatos.

Quanto à valoração, é importante sublinhar os aspectos na fundamentação quanto ao mesmo fato em um mesmo processo analisado perante o primeiro e segundo grau de jurisdição. Como ensina BARBOSA MOREIRA, principalmente quanto à valoração de alegações de testemunhas, a prova traduz *vazio lógico*, pois o mesmo fato pode fundamentar valorações distintas, até mesmo opostas.⁴¹⁸

Não por outro motivo é que Hans Kelsen ensina que “de grande significado, porém, é o reconhecimento de que também a averiguação do fato delitual é uma função do tribunal plenamente constitutiva”.⁴¹⁹

dos fatos. A verdade da narração de um fato encontra-se rigorosamente no interior da dimensão linguística da narração e não se preocupa com a relação entre a narração e a realidade narrada”. (MILAN, Camila Monteiro Pullin. *A prova no processo administrativo tributário*. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 130)

⁴¹⁷ Embora o Direito não trabalhe com a investigação de fatos futuros, a sua função regulatória necessita que os eventos por eles disciplinados sejam apreendidos segundo conjuntos. A principal maneira de estabelecer um conjunto renovável de ocorrências não é pela enumeração de eventos, mas sim a partir da indicação de notas (conotação) que determinada objeto ou ações devam ostentar para pertencer a tal conjunto. Trata-se da forma-de-construção. Nesse sentido é a lição de Paulo de Barros de Carvalho (*Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 95).

⁴¹⁸ DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual*. München: UTz, Wiss., 1997, p. 75.

⁴¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 265. Outro trecho do mesmo autor e obra: “O fato não é tido como somente produzido no

Deve ser frisado, contudo, que não se quer dizer com isso que tal atividade judiciária seja desregrada. Pelo contrário, essa liberdade se configura um exemplo da denominada “criatividade governada pelas regras” do Código⁴²⁰, já que (i) os magistrados sempre esmerilharão os eventos com anteparos nos fatos conotativamente estabelecidos no Código jurídico, aos quais devem acatamento; e (ii) devem fundamentar o porquê da específica qualificação jurídica dos eventos, por força do Artigo 131 do Código de Processo Civil, de modo a possibilitar aos atores processuais e as instâncias judiciárias superiores curar pelo respeito ao Código jurídico.

Por força disso é que a verificação dos fatos é também uma operação jurídica. Ovídio Batista⁴²¹ assevera que “ao ‘qualificar’ os fatos, a atividade do tribunal torna-se uma operação jurídica”. Isso porque, para o citado autor, “a compreensão de qualquer texto ou problema jurídico não pressupõe e nem pode contar com uma atividade prévia de pura ‘constatação’ dos fatos, em sua materialidade. É impossível apreender o fato, no momento da ‘compreensão-aplicação’ da norma, separadamente do respectivo direito. O ‘fato’ é, em si mesmo, um conceito hermenêutico, a exigir interpretação”.

Ademais, outros pontos corroboram essa *liberdade conforme regras*.

Primeiro é que as legislações processuais estipulam os meios de prova aptos a levarem sinais que podem ser validamente acolhidos na fundamentação das decisões judiciais (aspecto objetivo da prova).

Ademais, existem as próprias incursões que o Direito faz no aspecto subjetivo da prova, que estão materializadas em nosso ordenamento no Artigo 334 do Código de Processo Civil.⁴²² Decerto, tal preceptivo prescreve que não dependem de provas os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos, no processo, como incontroversos; e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

momento da sua verificação [...], mas como produzido no momento verificado pelo órgão aplicador do Direito, quer dizer, como posto ou produzido no momento em que o fato natural [...] se produziu. A verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo sentido, constitutiva.” (Ibid., p. 266).

⁴²⁰ Cf. ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 140.

⁴²¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Questão de fato em recurso extraordinário*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

⁴²² CPC. “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Como se nota, o citado artigo do *codex* processual estipula hipóteses em que se dá integral prevalência ao Código da linguagem ordinária na averiguação da existência dos eventos, com aplicação das convenções sociais arrimadas em outras linguagens de cunho ordinário (inciso I); bem como hipóteses em que o aspecto subjetivo da atividade probatória é totalmente suprimido (incisos II; III e IV).

Nessa mesma linha segue o Artigo 335 da sobredita legislação processual⁴²³, ao estatuir que, em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece.

Por fim, a própria experiência colateral extrajurídica⁴²⁴, necessária para averiguar a existência dos eventos pertinentes ao Direito é regulada pelos códigos processuais. É o que acontece na atuação dos auxiliares da Justiça⁴²⁵, denominados peritos, que devem socorrer os magistrados nos casos que demandam conhecimento técnico específico, externando conclusões fáticas com arrimos nas linguagens que dominam.

Apesar dos regramentos impostos pelo Código aos juízos factuais expedidos pelos magistrados no bojo dos processos judiciais, tem-se que a preconizada liberdade que tais agentes competentes possuem, nesse aspecto de sua atividade enunciativa, não é de somenos importância.

Com efeito, *a atividade de constituição desse enunciado protocolar, que é o fato jurídico, configura a porta de entrada das situações sociais nos quadrantes do Direito, bem como representa a chave que permite a liberação dos efeitos previstos nesse específico sistema.*

Mais que isso, a novidade dos juízos factuais em face ao Código pode ainda, em determinados casos e segundo certos procedimentos, influenciar a própria configuração de tal sistema

⁴²³ CPC. “Art. 335. *Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial*”.

⁴²⁴ Trata-se de uma experiência colateral, de que fala Peirce, na qual o jurista está à procura de outros signos que tragam diferentes informações sobre o objeto (em sua apresentação dinâmica). Sobre tal ponto, confira-se: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 103.

⁴²⁵ Vide Artigo 139 do Código de Processo Civil.

linguístico, numa relação de *feedback*, que ajuda a precisar os campos semânticos ali detalhados.⁴²⁶

Esse último aspecto, que dá conta da transformação do Código jurídico pela linguagem judicial, será tratado no próximo capítulo.

4.6.2 Da resolução das lides como escopo determinante da atividade judicial.

Finalmente, a atividade enunciativa dos magistrados não visa tão-somente a espancar um estado de incertezas acerca do conteúdo da mensagem prescritiva veiculada no Código jurídico. Essa não é, de fato, sua única finalidade. Há, também, o escopo de eliminar lides⁴²⁷, ou, numa visão mais normativa, ilícitos potenciais ou efetivados que se encontram afirmados no processo judicial. Carnelutti esclarece que a certeza jurídica, que é característica conatural das denominadas sentenças declaratórias, não é o único *standard* que possibilita identificar o manejo válido do processo judicial, é necessário, sobremais, que exista uma lide, da qual exsurge a condição da ação conhecida como *interesse processual*. Confira-se o seguinte trecho do jurista:

Mas não se pense, por isso, que a certeza jurídica seja, de modo imediato e sem limites, o fim do processo ou sequer do processo declaratório. Na realidade, por meio do processo não cabe eliminar qualquer incerteza, e sim apenas o que tenha determinado ou possa motivar a explosão de um litígio. [...] E mesmo quando não seja esta o momento para precisar o conceito de *interesse em obrar* [...] indicarei, desde já, que desse modo a lei proíbe o processo, se não foi provocado por aquele a quem a incerteza jurídica possa ocasionar prejuízo. Assim, pois, o processo atua também neste caso, não, em geral, para obter o benefício da certeza, e sim, em especial, para eliminar o dano que deriva da incerteza dos sujeitos acerca das relações jurídicas. E posto que, como se verá, este dano consiste exatamente no litígio, o fim imediato do processo declaratório está na composição daquele.⁴²⁸

Acerca do interesse processual que deflui da existência da lide posta em juízo, Rodrigo Dalla Pria ensina que a verificação do interesse de agir é um processo de abstração no qual “o operador do direito contrapõe a norma delineada no pedido [...] com a causa de pedir, fato que

⁴²⁶ Há a passagem de juízos factuais para juízos semióticos.

⁴²⁷ “A lide é, pois, um desacordo, elemento essencial do desacordo ou um conflito de interesses: satisfazendo-se um interesse de uma pessoa, fica-se sem satisfazer o interesse da outra, e vice-versa. Sobre este elemento substancial implanta-se um elemento formal, que consiste em um comportamento correlativo dos dois interessados: um deles exige que se tolere o outro e a satisfação de seu interesse, e a essa exigência se dá o nome de pretensão; mas o outro, em vez de tolerá-lo, se opõe.” (CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 25-26).

⁴²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 787.

permite verificar se a futura norma terá aptidão para compor o litígio descrito”.⁴²⁹ Trata-se, no dizer do mencionado doutrinador, de uma antevisão da eficácia social da norma a ser criada.

E, no ponto sob enfoque, entra, em toda a sua pujança, o eixo pragmático da atuação enunciativa do magistrado, que visa com seus atos de fala a resolver um conflito de interesses concreto em prol da pacificação social, tornando uma solução normativa geral e abstrata uma solução normativa individual e concreta. Esse aspecto, qual seja, a função de resolver litígios concretos, configura insofismavelmente uma determinante não codificada da interpretação da linguagem jurídica.

Consequência disso é que, utilizando a figura de linguagem criada por Umberto Eco⁴³⁰, a lide a ser dirimida veicula uma “nebulosa de fatores extrassemióticos” que se adensam junto aos signos que a compõem, que pode, em certos casos, alterar a própria intelecção e aplicação do Código jurídico⁴³¹, assunto que será abordado no próximo capítulo.

4.7 O processo judicial como função conativa: o subcódigo elaborado pelo Poder Judiciário em sua atuação jurisdicional.

Ainda no mote do tópico predecessor, cabe ultimar a análise estrutural da atividade linguística desempenhada pelos magistrados, tendo como contraponto o Código jurídico estabelecido pelo legislador.

Foi dito, linhas atrás, que existe nos processos comunicacionais a denominada *função conativa*⁴³², que se verifica quando o conteúdo de um primeiro significante vira plano de expressão de um segundo signo que àquele também se refere em segunda instância. Nas precisas palavras de Umberto Eco: “É conotativa uma semiótica em que o plano da expressão

⁴²⁹ PRIA, Rodrigo Dalla. *O processo de posituação da norma jurídica tributária e a fixação da tutela jurisdicional apta a dirimir os conflitos havidos entre contribuinte e fisco*. In: CONRADO, Paulo Cesar. (Coord.). *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 56.

⁴³⁰ *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 118.

⁴³¹ Não é, pois, nenhum absurdo dizer, nesse sentido, que “a interpretação da lei, ou a norma formulada pelo juiz, depende do ‘sentido’ do caso concreto”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 92-93).

⁴³² Marcas conativas são aquelas que exercem função conativa, ou seja, quando o conteúdo de um primeiro signo vira plano de expressão de um segundo signo. Na conotação o plano de expressão constitui a significação de uma outra função signica.

se constitui de uma outra semiótica. Em outras palavras, tem-se o código conotativo quando o plano de expressão é um outro código”.⁴³³ Mais adiante arremata o pensador italiano que “um código conotativo pode ser definido com um SUBCÓDIGO no sentido que se fundamento no código-base”.⁴³⁴

Aplicando tais noções ao Direito, pode-se concluir que a atuação dos magistrados, ou melhor, seus atos de fala prescritivos, configuram uma função conativa em face dos signos postos pelo legislador e da atividade probatória que desempenha nos processos judiciais. Dessa forma, os juízos tomam o plano da significação dos Códigos jurídicos (normas gerais e abstratas) e o plano da significação que deflui da atividade probatória (assertos semióticos) para construir uma nova significação: a norma jurídica individual e concreta. Tal norma é, basicamente, um juízo redundante em relação ao Código jurídico e um juízo novo em relação ao fato social, uma vez que a este imputa uma qualificação jurídica (lícito ou ilícito). Conforme Wallace Ricardo Magri, “o discurso jurídico se baseia em uma dupla isotopia: a primeira se refere ao discurso legislativo e a segunda se refere ao discurso referencial. O discurso legislativo é composto de enunciados performativos e normativos que conferem existência jurídica a determinados fatos e pessoas que advêm do discurso referencial, entendido como o próprio mundo social [...]”.⁴³⁵

Via de consequência, tem-se que as normas individuais e concretas configuram um subcódigo em relação ao Código jurídico instituído pelo legislador, que seria o código-base, servindo, em sua normal finalidade reprodutiva de mensagens (redundância), para aclarar o que o próprio Código jurídico estabelece no altiplano de suas significações. Assim pensa Clarice Von Oertzen de Araujo, ao estatuir que “as normas individuais e concretas correspondem a interpretantes das normas gerais e abstratas, pois também são signos jurídicos que reproduzem concretamente o significado das primeiras, após um processo de semiose”.⁴³⁶

A posição de subcódigo das relações sgnicas produzidas por força do processo judicial é inegável, pelo menos em ordenamentos jurídicos como o nosso, no qual há primazia das

⁴³³ *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 46.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁴³⁵ MAGRI, Wallace Ricardo. *Análise semiótica de texto jurídico*. In: Estudos Semióticos, Número 01, 2005. Disponível: <<http://www.fflch.usp.br/dl/semiotica/es/eSSe1/2005-eSSe1-W.R.MAGRI.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2010.

⁴³⁶ ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 73.

mensagens emitidas pelo Constituinte e pelas Casas de Leis. Trata-se, enfim, de um subcódigo que visa a tornar mais clara a conduta devida pelas partes num processo segundo o Código jurídico estabelecido pelos atos escalões do ordenamento jurídico.

4.8 Do resgate do formalismo pela semiótica.

Os pontos aqui tratados, que dão conta da primazia do Código jurídico posto pelo legislador, representam apenas uma visão semiótica de um aspecto reconhecido, por outros fundamentos, pela melhor doutrina pátria. Com efeito, Alexandre Araújo Costa⁴³⁷, enfrentando a questão do problema da correção das decisões judiciais, ensina que “[...] uma decisão somente pode ser juridicamente válida quando ela é fundada no ordenamento jurídico positivo”. Embora isso não queira dizer que a lei ofereça soluções simples para todos os casos, adverte o citado autor que é “preciso que os juízes decidam os processos que lhe são submetidos de acordo com o próprio ordenamento, e não de acordo com suas preferências pessoais”. Enfim, “o dever do juiz não é o de julgar conforme sua *opinião*, mas conforme o próprio direito, que não foi por ele elaborado”.

Defende essa mesma opinião Alfredo Rocco⁴³⁸, quando diz “a norma jurídica, se bem que pressuponha um juízo lógico do órgão do qual emana, é essencialmente ato de vontade ou um comando dirigido pelo Estado aos particulares. Sendo uma norma abstrata, deve ser concretizada na sentença. Mas nessa operação, o juiz não acrescenta nenhuma vontade própria à vontade já manifestada pelo órgão legislativo”. Ato contínuo, o citado doutrinador conclui que “o Estado já afirmou a sua vontade, no exercício da função legislativa; não há necessidade de afirmá-la, uma segunda vez, no exercício da função jurisdicional”.

Desse modo, o enfoque semiótico representa um reforço à metodologia do formalismo conceitual, que “é acompanhado da crença de que os juízes, de fato, limitam-se propriamente a fazer isto: aplicar fielmente as normas pré-constituídas, se não sempre, ao menos na maioria dos casos”⁴³⁹, como disse Riccardo Guastini. Com efeito, operando o conceito de processo de

⁴³⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Razão e função judicial na hermenêutica jurídica*. In: Revista dos Estudantes de Direito da UnB (REDUnB), nº 6, 2007. Brasília: Ed. UNB, 2007.

⁴³⁸ ROCCO, Alfredo apud ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 282.

⁴³⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 240.

comunicação, de Código e de usuário de um Código estabelecido, a visão formalista ganha novos e robustos fundamentos, até porque a semiótica avança para a análise dos atos de fala concretos a cargo do Poder Judiciário.

5 POSSIBILIDADE E LIMITES DA ENUNCIÇÃO CRIATIVA DOS MAGISTRADOS EM FACE DO CÓDIGO JURÍDICO ESTABELECIDO PELO LEGISLADOR.

No capítulo anterior, foi mostrada a formação do Código jurídico por parte do legislador e a relação usual dos magistrados em face de tal linguagem, que é uma relação de usuário de um sistema estabelecido institucionalmente, em face do qual sua atividade comunicacional detém pouca ou nenhuma autonomia. Sob o acicate dessas noções, foi dito também que os magistrados, em sua atuação ordinária e corriqueira, não têm o condão de criar normas jurídicas inovadoras.⁴⁴⁰ Assim é que, desse ponto de vista semiótico, a atuação dos magistrados nos processos judiciais representaria a emissão de mensagens redundantes (normas concretas), que visam a precisar e espancar dúvidas acerca da mensagem original (normas abstratas), que já regulam a mesma questão objeto dos processos judiciais.⁴⁴¹

Entretanto, tal visão, se explica a constância do processo comunicacional que envolve os membros do Poder Judiciário, não engloba as hipóteses nas quais as mensagens produzidas no processo judicial representam uma inovação no próprio Código jurídico. Com efeito, pensar tão-só da forma adrede esposada implica visão centrada numa semântica estritamente linear, posta com fulcro em regras rígidas e pré-estabelecidas de correlação e estruturação dos campos sintáticos e semânticos que compõem a língua do Direito positivo. Mais que isso, esse modo de entender o fenômeno comunicacional de produção concreta do Direito enaltece os juízos de conhecimento do Direito, desprezando, ao revés, os juízos de decisão, que devem ser cunhados diante de um concreto conflito social e de forma fundamentada, com base em normas gerais e abstratas prenches, em muitos casos, de conteúdos com significados ainda imprecisos na prática judicial.⁴⁴²

Destarte, a constatação que ocupa este capítulo é que, aos juízos factuais, que já representam uma *chave de comando* para a abertura da eficácia jurídica pré-estabelecida e assentada no discurso jurídico, soma-se a possibilidade de os magistrados produzirem atos de fala que

⁴⁴⁰ Entendidas como (i) relações de textos prescritivos a juízos normativos (Código); e (ii) unidades do sistema semântico, isto é, juízos hipotético-condicionais.

⁴⁴¹ As únicas notas de novidade em tais mensagens seriam duas: os juízos factuais e a finalidade resolutória de lides que é imanente à função jurisdicional, daí o porquê da tese da redundância parcial das mensagens jurídicas, que, apesar desses pontos, serve para clarificar o conteúdo das mensagens emitidas pelo legislador.

⁴⁴² Como bem disse Riccardo Guastini (*Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 148), com base nas lições de Carrió, “os formalistas ignoram ‘a zona de penumbra’, enquanto os realistas ignora a ‘zona de luz’”, que existe nas mensagens emitidas pelos legisladores.

resultam na própria alteração da língua jurídica posta pelo legislador. Quanto a isso, tem-se duas hipóteses: *(i)* juízos decisórios lançados sob o influxo da lide a ser decidida⁴⁴³, que culminam na ressystematização do sistema semântico do Direito, após cumpridas as etapas procedimentais que visam a institucionalizar a nova mensagem prescritiva; e *(ii)* a própria outorga, por parte das normas de sobredireito constitucionais e legais, de competências aos magistrados para inovar, de forma inaugural, o ordenamento jurídico.

Antes, porém, cumpre examinar os tipos de juízos que os magistrados lançam em suas decisões judiciais.

5.1. A sentença judicial e os seus juízos constituintes.

Após a produção das provas no processo, o juiz, diante dos elementos de convicção por ele colhidos, profere a sua decisão. Essa decisão é denominada sentença, que consiste no ato jurisdicional mais importante dimanado pelo juiz em seu atuar oficial. Pode-se dizer, sucintamente, que se trata de provimento judicial que põe termo ao ofício de julgar do magistrado, resolvendo ou não o objeto do processo.⁴⁴⁴ Conceito esse que se amolda à competente previsão legal, disposta que está nos Artigos 162⁴⁴⁵, 267⁴⁴⁶ e 269⁴⁴⁷ do Código de Processo Civil.

Cabe acentuar que o proferimento da sentença constitui um dever-poder do Judiciário diante da simples apresentação de uma petição inicial, cumpridos ou não os pressupostos processuais

⁴⁴³ Atos que representam um ato de vontade e não apenas de um ato clarificador de sentido.

⁴⁴⁴ Definição dada por Alexandre Freitas Câmara (*Lições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. v. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003, p. 426).

⁴⁴⁵ CPC. “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”.

⁴⁴⁶ CPC. “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código. [...]”.

⁴⁴⁷ CPC. “Art. 269. Haverá resolução de mérito: I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; III - quando as partes transigirem; IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação”.

e condições da ação. Isso por força da relação jurídica de direito público que enlaça o autor e o órgão jurisdicional, este a quem cabe o dever de prestar função jurisdicional. Aliás, como disse Humberto Theodoro Júnior, a sentença é emitida como prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídica processual.⁴⁴⁸

A sentença pode ser cindida, com fundamento no Artigo 458 do Código de Processo Civil⁴⁴⁹, em três elementos constituintes. Relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os fundamentos (ou motivação), em que o juiz analisará as questões de fato e de Direito; e o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem. Sobre tais elementos, vale citar os seguintes esclarecimentos de Cândido Rangel Dinamarco:

É do conhecimento comum, que Liebman ressalta e enfatiza para o bom entendimento do tema, que só no *decisum* se formulam preceitos destinados a produzir efeitos sobre a vida dos litigantes ou sobre o processo mesmo, o que se dá (a) quando o mérito é julgado e, assim, o interesse de uma das partes é atendido e o da outra, sacrificado e (b) quando o juiz, rejeitando preliminares, declara que o mérito está em condições de ser julgado e passa efetivamente a julgá-lo. Só no decisório se contêm atos *imperativos* do juiz, a serem impostos aos litigantes na medida do conteúdo de cada um deles; como se costuma dizer, é no decisório que reside a parte preceptiva da sentença. Na *motivação*, em que o juiz resolve questões de fato ou de direito, residem somente os *pressupostos lógicos* em que se apoia o decisório, mas sem autonomia, eles próprios, para projetar efeitos sobre a vida do processo ou das pessoas; [...]. Quando o juiz se declara convencido de que certo fato ocorreu ou deixou de ocorrer, ou quando opta por uma interpretação de dado texto legal, repudiando outra, ou ainda quando afirma ou nega que os fatos relevantes para o julgamento sejam regidos pela norma jurídica invocada *etc.*, ele nada mais faz do que plantar os pilares lógicos sobre os quais assentará em seguida os preceitos concretos a serem formulados no decisório. Toda a imperatividade da sentença está no decisório e não na motivação [...].⁴⁵⁰

Do ponto de vista lógico, a sentença corresponde, segundo grande parte da doutrina especializada, a um silogismo, em que a *premissa maior* constitui a previsão normativa; a *premissa menor* são os fatos; e a *conclusão* é o resultado da operação realizada pelo juiz, mediante a subsunção dos fatos à regra legal. A conclusão é, precisamente, a norma concreta que, a partir daí, será a *lei* reguladora do caso decidido.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 34. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 441.

⁴⁴⁹ CPC. “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

⁴⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002, p.16-17.

⁴⁵¹ Cf. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 280.

Já do ponto de vista semiótico, a sentença configura um ato de *decodificação* do Código jurídico posto pelo legislador e um ato de *codificação* da mensagem prescritiva veiculada na norma individual e concreta, segundo procedimentos formalmente estabelecidos. A sentença é, assim, uma decodificação da mensagem legislativa, para a qual o juiz é destinatário, e, por outro lado, uma codificação da mensagem prescritiva concreta, na qual o juiz atua como emissor e as partes do processo, como destinatários.⁴⁵² Note-se, a título de complementação, que o canal é o processo enquanto suporte físico e os sinais são as palavras do vernáculo, que, organizadas segundo o Código jurídico, perfazem a mensagem prescritiva.⁴⁵³

Como se vê, a sentença veicula um ato de conhecimento (decodificação) e um ato de vontade (codificação). Tal visão dual não passou despercebida pela doutrina processualista. Decerto, Carreira Alvim constrói o seguinte quadro acerca do tema:

Parte da doutrina sustenta que a sentença é um simples ato de inteligência do juiz.

Segundo esta opinião, não existe na sentença nenhuma declaração de vontade do juiz, cujo trabalho se reduz a um puro juízo lógico, sobre a aplicação da norma legal ao caso concreto: na sentença, a vontade declarada é aquela da lei.

Outra parte da doutrina sustenta que a sentença contém não só um juízo lógico, mas também um ato de vontade do juiz, como órgão do Estado. É por ser um ato de vontade de um órgão do Estado que se concretiza num *comando* que a sentença do juiz se distingue do juízo de um simples particular.⁴⁵⁴

Ao fim de sua análise, o citado processualista arremata dizendo que “a sentença é um ato de inteligência, cujo epílogo é um ato de vontade”, ou “é um ato de inteligência, que termina por um ato de vontade”.⁴⁵⁵

⁴⁵² Conforme Florence Haret: “O Juiz, tomado aqui como objeto de análise, cumpre a função actancial de destinador e de destinatário ao mesmo tempo. O direito é um verdadeiro simulacro de comportamentos previsíveis: dos destinatários, julgados pelo destinador Juiz, e do destinador Legislador, que se dirige ao destinatário da interpretação do texto de lei. O Juiz de direito, como autoridade atribuída de competência jurídica para tomar decisão com caráter normativo, é o julgador por excelência, no direito, que tem um poder híbrido: cria realidade com a linguagem prescritiva e, com ela, age.” (HARET, Florence Cronemberger. *as interações subjetivas no discurso jurídico-normativo: análise segundo as conjunturas da figura do juiz de direito*. In: : Cadernos de Semiótica Aplicada, Vol. 7. n.1, julho de 2009. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/index.php/casa/article/view/1775/1438>>. Acesso em: 10 mar. 2010).

⁴⁵³ Tal visão simplificada da comunicação encontra calço no entendimento de Diana Barros: “[...] a comunicação, se simplificarmos bastante, é entendida como transferência de mensagens organizadas segundo um código e transformadas em seqüências de sinais.” (BARROS, Diana Luz Pessoa de. *A comunicação humana*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 27).

⁴⁵⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.. 281.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 283.

Ainda nesse tema, cumpre registrar que boa parte da doutrina específica sobre o assunto entende que a sentença seria um ato de vontade por agasalhar um juízo discricionário do juiz. Esse posicionamento é esposado por Lucas Borges de Carvalho. Confira-se:

O positivismo propõe, nesse aspecto, uma *teoria bifásica* da interpretação jurídica ou da decisão judicial [...]. Num primeiro momento, que é a fase jurídica propriamente dita, podem-se apontar com exatidão quais as interpretações possíveis para o caso. É o que Kelsen [...] denomina de *ato de conhecimento*, que possibilita ao jurista descrever as possibilidades significativas de uma determinada norma. Mas a interpretação não se resume a esse ato: envolve também um segundo, no qual o órgão aplicador do direito opta por um daqueles sentidos definidos na primeira fase. Este último ato – enquanto *ato de vontade* – é, por assim dizer, um ato arbitrário, de maneira que não se pode cientificamente determinar qual a decisão correta ou, por outros termos, uma única decisão como a mais justa ou verdadeira. Assim, segundo Kelsen, desde que adequadas à *moldura* da norma que fundamenta o caso, todas as interpretações são igualmente aceitáveis.⁴⁵⁶

Mas isso não representa a melhor maneira de análise do ponto. A sentença é um ato de decisão, não por conta de discricionariedade judicial⁴⁵⁷, já que existe um Código jurídico estabelecido que rege a decodificação e codificação do Direito por parte do Juiz, mas sim porque o ato de fala dimanado no processo tem conteúdo prescritivo (e não descritivo), sendo, portanto, ato de vontade e não ato de contemplação. Riccardo Guastini ensina, aliás, que a distinção entre linguagem descritiva e linguagem prescritiva reside num ponto de vista pragmático, ou seja, por conta da simples prescritividade que advém dos atos de fala dos magistrados.⁴⁵⁸

Assumida a premissa da existência de atos de conhecimento e de vontade nas decisões judiciais, tem-se que os primeiros são externados nos fundamentos (motivação) da sentença, por meio do qual o magistrado expõe a construção dos seus juízos, pontuando o seu conhecimento acerca dos fatos (*rectius*, eventos) alegados e das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico.⁴⁵⁹ Em verdade, como já asseverado, os eventos são indicados mediante linguagem que constitui fatos jurídicos; e, por sua vez, o conhecimento jurídico não se resume à indicação dos preceitos legais aplicáveis, mas diz respeito

⁴⁵⁶ CARVALHO, Lucas Borges. *Jurisdição constitucional & democracia - integridade e pragmatismo nas decisões do stf*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 48.

⁴⁵⁷ Que pode existir, contudo, em específicos casos.

⁴⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 51-52.

⁴⁵⁹ Como disse José Rogério Cruz e Tucci, a motivação da sentença é a parte do julgado que deve conter, ainda que entremeadas, a exposição dos fatos relevantes para a solução do litígio e a exposição das razões jurídicas do julgamento (TUCCI, José Rogério Cruz. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 15).

notadamente à identificação das mensagens prescritivas que deles emanam em atenção aos fatos jurídicos debatidos no processo. Aliás, levando a questão mais a fundo, o certo é que somente pode ser reputado ato de conhecimento aquele que se cinge às razões jurídicas, já que os eventos são constituídos em fatos, sendo que sua existência é banhada pela prescritividade, porquanto assumem a posição de antecedente de uma norma individual e concreta veiculadora da relação jurídica externada no dispositivo, dando vida ao propalado *ato de vontade* jurisdicional.

De toda forma, fixadas as razões fático-jurídicas, cuja elaboração é regrada pelo Código jurídico em vigor, e dada a vinculação do magistrado, nos seus atos de fala, a tal linguagem, conclusão apodítica é a de que deve haver uma correlação entre o juízo de conhecimento (motivação) e o juízo de decisão (dispositivo) externados na sentença, ou seja, deve haver uma relação de subordinação entre a sistematização do Direito posto conforme o Código estabelecido pelo legislador e a decisão judicial corporificada no dispositivo.

A seqüência seria, então, a seguinte: o Código capitaneia a formação dos juízos de conhecimento, que governam, por sua vez, a formação dos juízos de decisão. Em outras palavras, as normas legisladas ditam a motivação jurídica das sentenças, que vincula a formação da decisão concreta.

5.2 A atividade criativa do juiz na aplicação concreta do Direito positivo.

A idéia pontuada no tópico predecessor consiste basicamente num aprofundamento específico do assunto objeto do Capítulo 4, que atestou a redundância das mensagens judiciais, derivada da noção de que, na aplicação judicial do Direito, deve-se obediência à estrutura linguística que corporifica o objeto aplicando, o qual não foi criado pelos aplicadores. Bem assim é que tal acatamento reverbera tanto na vinculação do juízo de conhecimento (dos fatos e do Direito) externado na fundamentação das sentenças com os sistemas de significantes e significados que conformam o Código jurídico, quanto na vinculação dos juízos de decisão veiculados no dispositivo com aquela primeira atividade intelectual.

A partir deste ponto a investigação será centrada na possibilidade de os magistrados criarem mensagens prescritivas que não representem meras redundâncias das mensagens postas pelo legislador, de modo que não haja uma relação de subordinação entre os juízos de

conhecimento com os juízos de decisão postos nas decisões judiciais. Vale dizer: o objeto de estudo será a atividade inovadora do sistema do Direito por parte da atividade jurisdicional em contraponto ao Código jurídico legislado.

É certo que a idéia de que os juízes *criam* Direito é admitida tanto na teoria quanto na prática jurídica, seja de uma forma ampla, seja de uma forma mais restrita. Bem assim, deve ser registrado, novamente, que não se coloca em questão nesta dissertação determinado aspecto criativo da atividade jurisdicional. Com efeito, já foi explanado que os juizes criam unidades normativas que fazem parte do sistema jurídico, constituindo o subcódigo jurídico das normas concretas. Acompanhe-se, no pormenor, o pensamento de Tárek Moussallem no sentido que “como toda aplicação do direito é criação do direito e vice-versa, não resta outra saída senão afirmarmos que os juízes criam direito”.⁴⁶⁰ Porém, essa visão, se de um lado pugna pela atividade criativa do Judiciário no desempenhar da aplicação concreta do Direito (sem, contudo, inovar no plano dos significados jurídicos), de outro lado, refuta a influência da atividade judicial no sistema jurídico das normas abstratas. Como diz o citado doutrinador capixaba: “O Poder Judiciário jamais cria norma abstrata, pois é condição para sua atuação, além da provocação (princípio da inércia), a ocorrência do descumprimento do disposto no consequente da norma primária”.⁴⁶¹

Ocorre que dizer simplesmente que o Judiciário cria normas concretas ancilares, em seu significado, ao Código jurídico, não atuando, jamais, no altiplano das normas abstratas, não representa com fidedignidade a liberdade e a potencialidade criativa verificadas nessa atividade de enunciação linguística. A visão do Direito positivo legislado como um *Código* (língua especializada), composto por um sistema de significantes e um sistema de significados, e da norma jurídica como um *signo* implica ampliação dos horizontes da liberdade do juiz na configuração concreta da mensagem prescritiva a seu cargo.

A compreensão do Direito positivo como um Código traz à tona a questão da mutação das línguas. Quanto a isso, Paulo Chagas adverte que “a língua nunca está pronta. Ela é sempre algo por refazer. A cada geração, ou mesmo em cada situação de fala, cada falante recria a língua. Dessa forma, ela está sujeita às alterações nessa recriação. Por outro lado, depende de uma tradição, já que cada falante diz as coisas de determinada maneira em grande parte porque é daquela maneira que se costuma dizer. Há então um delicado jogo de continuidade e

⁴⁶⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 161.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 162

de inovações, estas sempre em menor número”.⁴⁶² Assim, todo Código, por ser fruto de um sistema de convenções, está apto, de forma mais ou menos difícil, a sofrer inovações e mudanças. Transformações essas que decorrem tanto de ingerências diretas e fixadas de pronto por agentes competentes no plano abstrato do sistema linguístico, quanto em razão de atos concretos de fala, que, em seu caráter inovador, vão ganhando aceitação paulatinamente pela comunidade linguística até redundar num novo registro no respectivo Código.⁴⁶³

N’outra banda, a premissa de que a norma jurídica constitui um *signo*, ou seja, uma relação entre significantes e significados, faz com que o fato de o Poder Judiciário não criar significantes no plano das normas abstratas⁴⁶⁴ não implique, necessariamente, que tal órgão não possa alterar, mediante sua atividade concreta, os sistemas de significados que se situam em tal nível. Resultando, ao fim e ao cabo, na transmutação do próprio signo abstrato objeto de aplicação.

Destarte, enfrentando esse novel conspecto semiótico, é preciso saber, primeiro, se aos juízes é possível criar novas mensagens prescritivas que não representam uma mera redundância (ainda que parcial) das mensagens prescritivas já constantes do Código jurídico. Nesse ponto, cuida-se de saber se, mais que simples unidades sintáticas, os magistrados podem construir unidades semânticas que não são meros “ecos” das mensagens prescritivas já postas, em sua abstração, pelo Código jurídico. O segundo ponto de análise consiste em precisar se tal atividade criativa, ainda que desempenhada de forma concreta, além de não se adscrever aos repertórios de significações previamente talhadas pelo Código jurídico, tem, em determinados casos, o condão de influenciá-lo, de modo a alterar as segmentações semânticas que nele existem.⁴⁶⁵

Assim, a questão avança de uma investigação estruturalista e sintática, para alcançar o estudo da liberdade dinâmica e pragmática dos magistrados diante do sistema linguístico do Direito positivo, inclusive para influenciar a conformação desse próprio Código.

⁴⁶² CHAGAS, Paulo. *A mudança linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 150.

⁴⁶³ No sistema linguístico do Direito a questão de sua inovação fica ainda mais patente, tendo em vista o seu caráter de Hipercódigo, uma vez que “*as entidades hipercodificadas flutuam, por assim dizer, entre os códigos, no limiar, entre convenção e inovação*”. (ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 122).

⁴⁶⁴ Sistemas esses que compõem o Código jurídico.

⁴⁶⁵ Tem-se, então, duas situações teóricas definidas: uma em que a mensagem prescritiva não é redundância, mas, por si, em nada influencia no Código jurídico; outra em que a mensagem, sobre não ser redundante, visa a influenciar no arranjo e segmentação do próprio Código jurídico.

Tal atividade será feita com base em duas hipóteses: **(i)** a outorga, por parte das normas de sobredireito constitucionais e legais, de competências aos magistrados para inovar, de forma inaugural, o ordenamento jurídico; e **(ii)** juízos decisórios lançados sob o influxo da lide a ser decidida, que culminam na ressystematização dos sistemas semânticos do Direito, após cumpridas as etapas procedimentais que visam a institucionalizar o novo signo jurídico.

Passa-se, pois, ao estudo diacrônico da língua jurídica.⁴⁶⁶

5.3 A inovação da enunciação judicial autorizada pelo Código jurídico legislativo.

Há preceitos jurídicos que compõem o sistema do Direito positivo que autorizam os órgãos do Poder Judiciário a emitirem mensagens prescritivas que não correspondam a reproduções mais ou menos redundantes das mensagens que já constam do Código jurídico estabelecido pelo legislador, cujo sistema relacional de significantes e significados encontra-se estabilizado culturalmente. Nesse ponto, a atividade dos juízes pode ser considerada inovadora, pois não está vinculada, pelo menos não no campo material, ao sistema de significantes e significados postos no respectivo Código. Quando muito há, nesse aspecto, a obediência de normas de competência, que balizam a emissão de tais atos de fala prescritivos.

Note-se, todavia, que “um desenvolvimento do Direito superador da lei é, em contrapartida, lícito aos tribunais apenas sob determinados pressupostos”⁴⁶⁷; e o principal deles é que a criação judicial deve, em maior ou menor medida, defluir do ordenamento jurídico considerado como um todo. E isso se comprova pelo fato de que o Código jurídico estará sempre presente em toda e qualquer atividade judicial em dois aspectos: **(i)** na determinação do sentido dos signos-palavras jurídicos, onde reinam as lições conceituais próprias da

⁴⁶⁶ Saussure estabelece distinção entre fatos sincrônicos e diacrônicos na semiótica: “*É sincrônico tudo quanto se relacione com o aspecto estático da nossa ciência, diacrônico tudo o que diz respeito às evoluções. Do mesmo modo, sincronia e diacronia designarão respectivamente um estado e língua e uma fase de evolução.*” (SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Tradução de Antonio Chelini, São Paulo: Cultrix. 1991, p. 96). Note-se que tal separação rígida proposta por Saussure foi objeto de críticas pela literatura especializada.

⁴⁶⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 524-525.

dogmática; e (ii) na fixação dos planos dos significantes dos signos-discursos, tendo em vista a vinculação ao ordenamento jurídico como um todo.⁴⁶⁸

Ultrapassando-se os prolegômenos, tem-se que o mais comum e tradicional caso de inovação normativa judicial autorizada pelo Direito é a colmatação de lacunas, situação que se encontra prevista em nosso ordenamento jurídico no Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.⁴⁶⁹

Quanto a tal assunto, Maria Helena Diniz ensina que “quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta ou em desuso, estamos diante do problema das lacunas”⁴⁷⁰. E a citada doutrinadora arremata que, nesse caso, “imprescindível será um desenvolvimento aberto do direito dirigido metodicamente”⁴⁷¹, donde conclui que “essa permissão de desenvolver o direito compete aos aplicadores sempre que se apresentar uma lacuna, criando uma norma individual, dentro dos limites estabelecidos pelo Direito”.⁴⁷²

Nesse lanço, quando o juiz identificar lacunas^{473,474} no ordenamento jurídico, ele confeccionará norma individual e concreta, segundo os métodos racionais e específicos previstos na legislação (que, no Brasil, são a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito), mas cujo conteúdo prescritivo não se encontra presente no conjunto de mensagens

⁴⁶⁸ Aliás, Karl Larenz argumenta que nas hipóteses de lacuna é possível e necessário que a solução seja fundamentada no próprio ordenamento jurídico (*Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, capítulo V).

⁴⁶⁹ LICC. “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

⁴⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 92-93. Cf. também: DINIZ, Maria Helena. *Lacunas no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 93.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 93.

⁴⁷³ Maria Helena Diniz (*Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 101) classifica as lacunas jurídicas em três: (i) normativa (ausência de norma); (ii) axiológica (ausência de norma justa); (iii) ontológica (ausência de norma que corresponda ao progresso das relações sociais e técnicas).

⁴⁷⁴ Não se quer fazer referência com o termo lacuna à falta de conhecimento adequado dos casos a serem julgados (lacunas de conhecimento) ou à falta de precisão nos termos utilizados pela norma jurídica (lacunas de reconhecimento). Quanto a tais temas, ver Noel Struchiner (*Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002) e Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca (*Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005).

que compõem o Direito positivo em sua apresentação abstrata (Código jurídico).⁴⁷⁵ Bem por isso, Kelsen ensina que, em tais casos, “[...] o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica uma tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material”.⁴⁷⁶

Apesar de constituírem mensagens prescritivas que não se vinculam ao plano dos significantes e significados postos pelo Código jurídico⁴⁷⁷, tais atos de fala prescritivos não repercutem na organização dos sistemas abstratos que compõem tal sistema linguístico.⁴⁷⁸ As mensagens em foco, destarte, além de não encontrarem amparo direto nos signos e significados que compõem a língua jurídica, não influenciam em sua organização sistemática.

A irrelevância da citada atividade criativa para a língua (no caso, jurídica), enquanto sistema abstrato, é também esposada pela doutrina quando sustenta que a colmatação judicial de lacunas não implica alteração no plano da lei. Como bem asseverado por Maria Helena Diniz, “o juiz, ao aplicar a um caso não previsto a analogia, o costume e os princípios gerais de direito, não fecha lacuna através de uma construção judicial, na qual substitui o legislador. Entendemos que a integração de uma lacuna não se situa no plano legislativo, tampouco é

⁴⁷⁵ Como disse Kelsen, “[...] quando a norma jurídica individual, a criar pelos tribunais, não está por forma alguma predeterminada numa norma jurídica geral positiva, essa norma jurídica individual é posta com eficácia retroativa”. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 272).

⁴⁷⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 271.

⁴⁷⁷ Note-se que o fato de a superação de lacunas ter como base, ainda que indireta, a integralidade do sistema do Direito positivo não inquina a conclusão de que há criação judicial do Direito nessa hipótese. Eis os ensinamentos de Karl Larenz sobre o tema: “Diz-se também com frequência que só a lei ou o Direito conformado em regras podem ter lacunas, mas não o Direito como um todo de sentido; este conteria sempre uma norma jurídica que possibilitasse a resolução e que só não foi ainda conhecida e formulada até o momento. Contra essa concepção há que se objectar que ela desconhece o momento criador de todo o desenvolvimento do Direito, em especial da integração de lacunas. Assim como o Direito, enquanto espírito objectivo, só existe, só está temporalmente presente, em virtude de aqueles a quem se dirige e que o aplicam dele terem consciência, uma norma jurídica que tem primeiro que ser achada, não existe ainda. É, em todo o caso, Direito em potência, mas não em acto, quer dizer, existente na aplicação. Converte-se em Direito em acto, vigente pelo menos factualmente (*law in action*), só quando é declarado por um tribunal e é tomado, pelo menos num caso, como fundamento da sua resolução. [...]. Só pelo facto de estas [soluções] terem sido reconhecidas e aceites pela jurisprudência dos tribunais como necessárias para integrar uma lacuna da lei é que se converteram em parte integrante da ordem jurídica actual. É por isso inteiramente justificado falar de um desenvolvimento judicial do Direito, no sentido de uma nova criação.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 572-573).

⁴⁷⁸ Por tal competência, os magistrados podem emitir mensagens novas sem alterar o Código jurídico, que se mantém imune à inovação, isto é, essa nova significação não importa em novo registro linguístico.

uma delegação legislativa ao juiz; ela não cria novas normas jurídicas gerais, mas individuais, ou, na expressão de Betti, máximas de decisão [...].⁴⁷⁹ Esse também é o pensamento de Humberto Theodoro Júnior.⁴⁸⁰

Em suma, pode-se dizer que *a superação de lacunas pelo juiz consiste na criação de uma mensagem prescritiva que não representa uma redundância do Código jurídico, mas que, por si, em nada influencia na organização convencional de tal sistema linguístico.*⁴⁸¹

Outrossim, há a possibilidade de os órgãos judiciais, mais que ostentarem liberdade frente ao Código jurídico legislado, influírem diretamente na estruturação dos signos que os compõem, exercendo, destarte, atividade inegavelmente criativa sobre os sistemas dessa linguagem abstrata. Essa competência pode ser identificada facilmente quando se depara com os sistemas de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, já que por meio de tais procedimentos judiciais ocorre a retirada de segmentos dos respectivos sistemas de significantes e/ou significados.⁴⁸² Veja-se a seguinte doutrina que bem resume o ponto:

A “carga emotiva” que envolve os conceitos de norma jurídica, de direito, de validade, também está presente quando o assunto é a produção normativa pelo Poder Judiciário, principalmente no que pertine ao controle concentrado de constitucionalidade. Isto porque, neste caso, o STF insere no ordenamento normas jurídicas que, ao cortarem a vigência de normas jurídicas gerais e, às vezes, a validade, têm um certo grau de generalidade, ainda que por via reflexa. Essa circunstância faz aflorar o argumento de que o Judiciário não pode invadir a competência do Poder Legislativo, enfim, o Judiciário não é legislador positivo.⁴⁸³

A ingerência dos tribunais constitucionais no plano próprio do legislador constitucional e infraconstitucional é pacífica na melhor doutrina, tanto que é tese vetusta a consideração de

⁴⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.

⁴⁸⁰ Assim se posiciona o mencionado processualista pátrio: “*Nos casos de imperfeição da lei, o juiz nada mais faz do que interpretá-la conforme os princípios jurídicos da hermenêutica. Se a hipótese é de lacuna da lei, a decisão orienta-se pela analogia e pelos princípios gerais do direito. Não haverá criação de norma conflitante com o direito positivo existente, não haverá criação de novo direito. O juiz simplesmente “declarará” a forma de uma “norma jurídica existente, embora em estado potencial ou inorgânico no sistema jurídico de um povo”, para aplicá-la ao caso concreto.*” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 34. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 443). Ocorre que tal posição, como se percebe, parece indicar a ausência total de novidade por parte do juiz no caso das lacunas.

⁴⁸¹ Na verdade, a existência de variações normativas dentro de um mesmo sistema social linguístico é admitida pela semiótica. Quanto a isso ver Eugenio Coseriu (*Teoria da linguagem e linguística geral*. Rio de Janeiro: Presença, 1979) e sua tricotomia língua (funcionamento normal do sistema incluindo as variantes linguísticas), norma (variantes linguísticas) e fala (ato individual).

⁴⁸² A depender se se está diante da declaração de nulidade ou interpretação conforme à Constituição.

⁴⁸³ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 123-124.

tais órgãos como legisladores negativos.^{484,485} Agora, se com função meramente negativa ou não⁴⁸⁶, o certo é que as consequências do controle de constitucionalidade alteram as segmentações dos sistemas que arrimam a linguagem jurídica, daí incontestemente a atividade criativa nessa seara tendo em conta o Código jurídico.

Agora, se, por um lado, a interferência no Código jurídico em tais hipóteses é patente (até porque se trata do exercício de uma norma de revisão sistêmica), a atividade criativa que ali se exerce não é desregrada. Com efeito, subsiste a vinculação dos tribunais à específica parcela do Código jurídico. Vale dizer, existe, também nesse caso, a necessidade de observância dos signos que são postos pelo legislador constitucional, que determinam, inclusive, a investigação da validade formal e material dos atos normativos. Tem-se, assim, que a liberdade do tribunal constitucional é muito semelhante àquela que é dirigida aos demais membros do Judiciário em casos de lacuna, pois devem ser observadas as normas constitucionais e os axiomas fundamentais do sistema jurídico. Isso se tal autonomia não for menor no caso sob exame, já que pode haver norma constitucional material que expressamente rege o tema objeto de controle de constitucionalidade.⁴⁸⁷

Por fim, o foco de disquisição passa a ser as súmulas vinculantes.

Foi dito acima que as súmulas vinculantes constituem mensagens com considerável função prescritiva, que não se encontram conectadas a uma decisão de um caso qualquer, não possuindo, outrossim, caráter de convencimento retórico sobre uma determinada forma de conclusão judicial. Foi nesse contexto, ou seja, diante de seu caráter abstrato, prescritivo e vinculante no mais amplo sentido do termo, que se disse que não se mostraria absurdo

⁴⁸⁴ Note-se que o Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADI n.º 2578, externou essas nuances. Confira-se, por necessário, trecho do conteúdo de seu voto: “*A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. [...] Ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador negativo. Não lhe compete, em consequência, praticar atos que importem em inovação de caráter legislativo*”.

⁴⁸⁵ O controle concentrado de constitucionalidade nada mais é que o exercício de uma norma de revisão sistêmica no altiplano legal e constitucional, no caso de declaração de invalidade.

⁴⁸⁶ As maiores dúvidas residem justamente na amplitude da ingerência dos tribunais constitucionais no campo legislativo.

⁴⁸⁷ Desse modo, entra em foco a real inovação em casos de retirada do ordenamento jurídica de normas inválidas. O ponto da inovação não seria, nesses casos, a inexistência de uma mensagem prescritiva prévia, mas sim no efeito de reformulação do Código jurídico, retirando imprecisões que residem em tal língua.

entendê-las como unidade da própria linguagem-objeto (que é linguagem técnica com função prescritiva).

Tais considerações levam à conclusão que a edição de súmulas vinculantes também pode ser considerada caso típico de inovação judicial no Código jurídico. A bem da verdade, o único óbice que poderia ser levantado em desfavor de sua consideração normativa seria a suposta ausência de sanção para o caso do descumprimento de seus comandos, de modo que não haveria mecanismos processuais específicos para afastar tais situações.⁴⁸⁸ Contudo, diante da atual redação do art. 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁸⁹, tal empecilho não mais subsiste, tendo em mira o parágrafo 3º de tal preceito, que expressamente diz o seguinte: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Nesse novel panorama, é perfeitamente possível considerar a súmula vinculante como função inegavelmente normativa do Poder Judiciário, cujo funcionamento seria similar ao de uma legislação interpretativa.⁴⁹⁰

O acerto está com Tárek Moussallem ao dizer que “não havia no sistema aquilo que Lourival Vilanova denominava de ‘regra de habilitação interna ao direito positivo’ para que as súmulas

⁴⁸⁸ Esse era o posicionamento de Tárek Moysés Moussallem anterior à Emenda Constitucional n.º 45: “[...] as súmulas não são vistas como veículos introdutores de enunciados-enunciados. Não são consideradas veículos introdutores por estarem desprovidas de norma secundária (norma de atuação judicial) para o caso de seu descumprimento. O ordenamento jurídico pátrio não toma a desobediência à súmula como um fato ilícito ensejador da atuação jurisdicional. Logo não é incongruente informar que não há obrigação jurídica de observar o disposto na súmula, nem por parte da comunidade jurídica, nem por parte do próprio Tribunal editor da súmula.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 163).

⁴⁸⁹ CRFB. “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

⁴⁹⁰ Cf. CORTES, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

pudessem ter força ilocucionária de ordem normativa. Porém, agora, com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a força ilocucionária de ‘recomendação’ ou ‘orientação’ das súmulas, transforma-se em força ilocucionária de ordem normativa”.⁴⁹¹

Essa visão das súmulas vinculantes encontra fundamento, aliás, em sólida e renomada doutrina. Segundo Carl Schmitt, “toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ela atua como legislador constitucional”.⁴⁹² Hans Kelsen caminha nesse mesmo sentido. *In verbis*:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar.⁴⁹³

Consequentemente, pode-se perfeitamente elencar as súmulas vinculantes como típico exemplo de atividade criativa do Poder Judiciário, já que interfere diretamente no Código jurídico.

Essas são as principais atividades criativas autorizadas pelo Código jurídico aos órgãos do Poder Judiciário, que representam ou uma liberdade ante os seus signos ou a própria possibilidade de sobre eles dispor.

5.4. A atividade criativa do juiz como não-correspondência do juízo de conhecimento com o juízo de decisão posto na sentença: o plano pragmático.

⁴⁹¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. Interpretação e estado de direito*. In: BARRETO, Aires Fernando; et al. (coord.). *Interpretação e estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 861.

⁴⁹² SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição - vol. 9*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 68.

⁴⁹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 277-278.

O caráter criativo das mensagens prescritivas ordinariamente elaboradas pelos órgãos judiciários, do tópico predecessor, centrou-se na constatação de que é possível, na hipótese de edição de normas concretas, que os magistrados, ao efetuarem juízos de conhecimento do Código jurídico, não dividem normas de conduta capazes de balizar ou determinar seus juízos de decisão, que por conta disso seriam, ambos esses juízos, sobejamente livres (não redundantes, portanto, em face do Código jurídico).

Nesta altura, o foco de análise será diverso: buscar-se-á delinear, em curtas linhas, por que os magistrados, mesmo diante da existência de seguros juízos de conhecimento da mensagem prescritiva do Código jurídico, que deveriam, em tese, reger a questão *sub judice*, deliberam pela construção, diante do caso concreto, de juízos de decisão ejetores de mensagens prescritivas inovadoras, que não representam uma forma de redundância daquelas já existentes.

O estudo da vinculação dos magistrados ao Código jurídico e, até mesmo, a inquirição da atividade criativa do Judiciário expressamente autorizada por tal sistema linguístico centram-se, a toda evidência, numa análise preponderantemente formal, estruturante e abstrata da comunicação jurídica. Ocorre que, como fenômeno cultural, a linguagem jurídica, se pode (e deve) ser estudada de forma estática e rígida, a este aspecto não se limita. Perfeitas são as advertências de Jakobson no sentido de que “as pesquisas que tentaram construir um modelo de linguagem sem qualquer relação com o locutor e o ouvinte, e assim hipostatizam um código separado da comunicação efetiva, correm o risco de reduzir a linguagem a uma ficção escolástica”.⁴⁹⁴

Utilizando-se da alegoria construída por Umberto Eco⁴⁹⁵ para explicar a influência da atividade humana na configuração da língua enquanto sistema abstrato, pode-se dizer que o Direito não funciona sempre como um mar, onde a intervenção humana atua como o sulco do navio que desaparece à medida que o barco passa, de modo que tal interferência não seria capaz de alterar o *comportamento médio* que o define. Ao revés, o sistema do Direito positivo pode se apresentar como uma paisagem mais rígida, cuidadosamente ordenada, onde a

⁴⁹⁴ JAKOBSON, Roman apud ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 6.

⁴⁹⁵ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 22.

intervenção humana altera a sua forma de apresentação, fazendo, destarte, parte dela mesma.⁴⁹⁶

Entra-se, destarte, no campo dos atos de fala concretos, do contexto do uso do Código, ou seja: no campo da pragmática⁴⁹⁷ – entendida como a “ciência do uso linguístico”.⁴⁹⁸ Ensina Tércio Sampaio os pormenores desse estudo:

A pragmática é uma disciplina ao mesmo tempo antiga e nova. No passado, ela se chamou “retórica” e foi cultivada por gregos e romanos. Modernamente, ela se liga aos estudos de semiótica ou teoria dos signos. Estes são coordenações triplíceis: todo signo se relaciona a algo, para o qual aponta: esta relação é chamada de semântica. Todo signo também se relaciona a outro signo, isto é, signos se relacionam entre si: esta relação se chama sintática. Por fim, signos são usados: é a relação ao interpretante ou usuário do signo. Esta última é que se chama pragmática. De um modo geral, pode-se dizer que uma análise pragmática é um estudo dos aspectos comportamentais no uso dos signos, por exemplo, das palavras. Ver os aspectos comportamentais é situar os problemas do ângulo da comunicação humana, vista como interação de sujeitos que trocam mensagens entre si, definindo assim uma situação.⁴⁹⁹

No específico contexto da pragmática, não mais se atribui à língua, ou seja, ao Código, uma posição central e preponderante na comunicação (aspecto estático de Sausurre). Pelo contrário, centra-se na utilização efetiva da linguagem, onde reina a sua dinâmica, com seus

⁴⁹⁶ Umberto Eco, ao enfatizar o caráter transitório do Código, que, salvo em específicas hipóteses, não consegue manter relações duradouras entre seus sistemas constituintes, ensina que seu estudo, notadamente em seu sistema semântico, deve ser feito, ao fim e ao cabo, diante do estudo da mensagem concreta com base nele emitida. Confira-se: “*Esto quiere decir que para los sistemas significantes o sistemas sintácticos (como ejemplo de código fuerte tenemos el código fonológico, que resiste durante siglos dentro de una misma cultura), el sistema se puede precisar en su integridad (sobre todo gracias al número limitado de elementos en juego, entre otras cosas). En cambio, para los sistemas semánticos, la constitución de un código completo se queda en mera hipótesis reguladora, ya que a partir del momento en que se describiera un código de esta especie, ya habría cambiado, no solamente por influencia de los factores históricos sino por la misma erosión crítica que produciría el análisis de sus elementos. Así pues, se ha de considerar como un principio metodológico básico de la investigación semiótica que la delimitación de campos y ejes semánticos y la descripción de códigos tal como se practican actualmente, solamente puede llevarse a cabo con ocasión del estudio de las condiciones comunicativas de un mensaje determinado.*” (ECO, Umberto. *La estructura ausente: introducción a la semiótica*. 3. ed. Barcelona: Editorial Lumen, 1986, p. 110).

⁴⁹⁷ “*Foi o pragmatismo, a corrente filosófica iniciada por Peirce, que prestou especial atenção à relação entre os signos e os seus utilizadores. O pragmatismo compreendeu que para além das dimensões sintáctica e semântica na análise do processo signico há uma dimensão contextual. Isto é, o signo não é independente da sua utilização. A novidade da abordagem pragmatista da semiose está em não remeter a utilização dos signos para uma esfera exclusivamente empírica, sociopsicológica, mas encarar essa utilização de um ponto de vista lógico-analítico.*” (FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 99)

⁴⁹⁸ FIORIN, José Luiz. *A linguagem em uso*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 166.

⁴⁹⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A filosofia como discurso aporético*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

atos de fala concretos situados dentro de um contexto específico. Ocorre uma mudança de um paradigma formal para um paradigma funcional.⁵⁰⁰

Dentro de todas as possibilidades de uso do Código jurídico, é a utilização efetuada pelos membros do Poder Judiciário, essa específica intervenção humana, que mais importa à comunicação jurídica.^{501,502} E não poderia ser diferente. Por ser a linguagem confeccionada pelos magistrados um *subcódigo* em relação ao Código posto pelo legislador, há, inevitavelmente, uma tensão originada por aquele em favor da variação linguística neste último, conforme ensina Diana Luz Pessoa de Barros.⁵⁰³ Desse modo, o agir concreto do Judiciário leva a um estado de potencial dissonância em face dos sistemas postos pelo Código jurídico.

Riccardo Guastini, lecionando sobre a possível relação de inadequação entre a fundamentação e a decisão dos atos jurisdicionais, diz que “a dissociação entre argumentos normativos aduzidos e conteúdo concreto parece inevitável caso se admita que uma mesma formulação normativa seja suscetível de uma pluralidade de interpretações e aplicações mesmo conflitantes entre si”.⁵⁰⁴ Não cheguemos, porém, a tanto. O Código jurídico não é uma mera peça retórica atuando de forma ancilar em relação aos magistrados. Por conta disso é que se

⁵⁰⁰ Sobre esses paradigmas, cabe citar as seguintes lições de María Dolores Muñoz Núñez: “*Si partimos de una primera distinción entre corrientes formalistas e funcionalistas, tenemos, según la caracterización hecha por S.C. Dik [...], que en las primeras, es decir, en lo que este autor denomina el paradigma formal, las lenguas son consideradas como conjuntos de secuencias posibles en ellas y las gramáticas respectivas son modelos formales de estos conjuntos de expresiones. Esto supone que el centro de interés del lingüista se sitúa en la gramática, es decir, en las reglas cuya aplicación da lugar a las secuencias posibles de la lengua en cuestión. Las características básicas de este paradigma son, pues, la prioridad de la sintaxis y la falta de atención al significado de las expresiones. En el denominado paradigma funcional, en cambio, las lenguas son consideradas básicamente como instrumentos de comunicación. Entre las características de este paradigma cabe destacar el hecho de que las lenguas son instrumentos de interacción social, ya que su función principal es la comunicación; el correlato psicológico de una lengua es la competencia comunicativa, y el componente pragmático es en ellas fundamental: los aspectos semánticos son instrumentales respecto a él y los sintácticos respecto a los semánticos. Por tanto, como concluye G. Rojo [...], que acepta en líneas generales esta caracterización, ‘quienes se mueven en el paradigma formal están interesados en el estudio de los sistemas lingüísticos sin tener en cuenta los propósitos a que sirven, las circunstancias en que son empleados y los condicionamientos generales de los usuarios. Los funcionalistas, por el contrario, estima que todo estos aspectos son imprescindibles’*”. (NÚÑEZ, María Dolores Muñoz. *El análisis funcional de significado*. Cádiz: Servicio de Publicaciones da Universidad de Cádiz, 1999, p. 14-15)

⁵⁰¹ Entre outros motivos, porque são eles os agentes habilitados para dar concreção às respectivas mensagens definitivas com foros de definitividade.

⁵⁰² As condições procedimentais da enunciação efetuada pelo Judiciário já foram tratadas no Capítulo 3.

⁵⁰³ *A comunicação humana*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 31.

⁵⁰⁴ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 248.

deve ter extremo cuidado em se efetuar a simples transposição de teorias preordenadas à interpretação de textos *comuns* ao processo exegético do Código jurídico, porquanto este visa a se constituir, dada a sua função, como um Código forte, inclusive e notadamente no que toca à fixação dos seus signos-normas.

Assim, erguem-se diante do intérprete jurídico, notadamente daquele que frui de competência linguística sacada do próprio sistema, a existência de um Código jurídico forte, cujos sistemas de significação encontram-se consolidados inclusive pela metalinguagem devidamente institucionalizada (seja em consequência de uma prática exaustiva, seja em consequência de uma teoria racionalmente aceita). Umberto Eco diz com muita propriedade que “todo discurso sobre a liberdade da interpretação deve começar por uma defesa do sentido literal”.⁵⁰⁵ Utilizando a mesma razão para o fenômeno comunicacional jurídico, pode-se dizer que a liberdade do juiz diante do Código jurídico institucionalizado começa a ser definida pela prévia existência de estruturas semióticas que lhe fixam o repertório e o sentido.

Resultado disso é que o magistrado não pode ignorar os juízos de conhecimento do Código jurídico já institucionalizados (dos signos-palavras e dos signos-enunciados) pela respectiva comunidade linguística, em relações aos quais, por ser agente com competência para falar com validade em tal língua⁵⁰⁶, deve ter ciência. No mais, vale tudo aquilo que já foi dito sobre o assunto linhas atrás.

Nada obstante, o caráter dinâmico da linguagem, inclusive a jurídica, torna possível que determinado uso linguístico concreto possa, ao fim e ao cabo de certos procedimentos, auferir institucionalização suficiente para ser validamente imposto a seus imediatos destinatários, como também para alterar o próprio Código de regência. Emerge, assim, no âmbito jurídico, uma dissociação dos juízos de conhecimento do Código com os juízos de decisão na aplicação concreta de tais mensagens abstratas. Dissonância que nada mais representa do que a feitura de uma norma individual e concreta ainda não divisada ou aceita pela comunidade linguística do Direito.

⁵⁰⁵ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 9.

⁵⁰⁶ Sobre competência linguística: “*A competência significa o domínio que um falante de uma língua tem sobre ela como sistema, podendo com isso entender frases que nunca ouviu, construir frases nunca antes construídas. A performance está na realização pontual dessa competência Linguística.*” (FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 104)

É claro que o juiz, por força de sua vinculação ao sistema jurídico, deverá se fundar numa nova interpretação de tal aparato linguístico, condição essa que pode trazer a roupagem de uma melhor interpretação de um mesmo suporte fático ou uma interpretação nova em face de contexto fático dessemelhante. Ambas, todavia, capazes de culminar numa decisão ainda não determinada pelo Código jurídico. Clarisse Von Oertzen dá o exato tom desse ponto, ao dizer que “muitas vezes o resultado produzido [pelas decisões judiciais] é a reformulação ou a proposta de novas definições, considerando a possibilidade de falhas ou desvios dos critérios previamente estabelecidos para o estabelecimento de relações jurídicas”.⁵⁰⁷

Note-se, sobremais, que a pragmática da comunicação jurídica detém especificidades que tornam a variação linguística muito mais instigante e complexa no que diz respeito ao plano semântico.

De fato, é lição corrente no campo da semiótica que o plano pragmático, especificamente o contexto comunicacional, é preponderante para o conhecimento por parte dos destinatários das mensagens emitidas.⁵⁰⁸ Entretanto, Tercio Sampaio assevera que “[...] o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema”.⁵⁰⁹ Bem assim, ainda que o contexto de aplicação do Código jurídico seja previamente projetado pelo seu emissor (e até com certa facilidade⁵¹⁰), a incidência concreta do Direito na realidade, complexa e multifacetada, pode gerar dúvidas de que as soluções normativas previstas no Código jurídico em vigor são adequadas para decidir o conflito social posto em julgamento

⁵⁰⁷ ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 17 – explicação nossa.

⁵⁰⁸ Veja o que diz Fidalgo: “*O que a pragmática vem acrescentar à semiótica é a descrição das regras de uso dos signos. Sintaxe e semântica estudam exclusivamente o sistema, a pragmática estuda o uso dos elementos do sistema. A esta cabe definir as regras do uso dos signos, que são diferentes das regras do sistema. Segundo as regras do sistema é possível formar uma cadeia de signos gramaticalmente correcta que, no entanto, se revela de uso impossível. Em termos linguísticos, a dimensão pragmática é exposta principalmente na questão de enunciação. Tarefa da pragmática é estudar as condições de enunciação. Não basta que uma frase esteja correcta do ponto de vista gramatical, é preciso também que ela se adeque ao contexto para que possa ter o sentido pretendido e possa ser entendida nesse sentido.*” (FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 105).

⁵⁰⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 252.

⁵¹⁰ A propósito, veja-se o tópico 4.5.1.

com o mínimo de perturbação social possível.^{511,512} É entre essas duas balizas, o dogma e a decisão do conflito, que deve atuar o magistrado.⁵¹³ “Ou seja, o cálculo jurídico leva em consideração os limites dogmáticos em face das exigências sociais, procurando, do melhor modo possível, criar condições para que os conflitos possam ser juridicamente decidíveis”, como bem frisado por Ferraz Jr.⁵¹⁴

Desse modo, o contexto mais que determinante para o conhecimento do Código jurídico é determinante para a elaboração de juízos de decisão que deles se afastam. O caso concreto e a solução que deve a ele ser dada formam, então, o contexto primacial dessa atuação linguística, em todos os seus planos de apresentação.⁵¹⁵ A questão é, pois, mais que uma simples

⁵¹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 250.

⁵¹² Reforça tal noção o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, ao determinar que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁵¹³ Essa visão não configura novidade no plano da ciência jurídica. De certo modo, a corrente do positivismo denominada *jurisprudência dos interesses* visou a aliar a formulação de conceitos sacados do texto positivo com os interesses em jogo em uma dada solução jurídica. Tal aspecto foi abordado por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro no seguinte excerto: “Os positivismos jurídicos, seja qual for sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer «referências metafísicas». [...]. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas. Mas o positivismo novecentista assumiu outras configurações, com relevo para a jurisprudência dos interesses, que exerceria, em Portugal, uma influência quase constante, até os nossos dias. A jurisprudência dos interesses afirmou-se na crítica ao conceptualismo anterior. Os conceitos não poderiam ser casuais em relação às soluções que, pretensamente, lhes são imputadas: a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença. Aparentemente promissora, esta posição cedo limitou o alargamento juscientífico que veio potenciar. Procurando prevenir a intromissão de qualquer metajuridicismo, a jurisprudência dos interesses acabou por procurar os juízos que, sobre os interesses, fossem formulados pelo próprio legislador. A limitação à lei e aos seus textos não se faria esperar.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. XIX- XV).

⁵¹⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio, op. cit., p. 86.

⁵¹⁵ Figaldo e Gradin estudam o contexto em cinco perspectivas: (i) no plano sintático, (ii) no plano existencial, (iii) no plano situacional, (iv) no plano da ação e (v) no plano psicológico. Confira-se: “Contexto pode ser desde logo o con-texto das unidades mais vastas que as proposições estudadas pela sintática. A linguística desenvolveu técnicas de análise do discurso capazes de tratar largas unidades de texto, conversação e argumentação. O signo é determinado não só pelas relações próximas, de tipo sintagmático, mas também por relações longínquas de narração e argumentação. Sem atenção a estas vastas unidades con-textuais do signo, este não poderia muitas vezes ser descodificado tanto no seu significado (denotação), como sobretudo no seu sentido (conotação). Em segundo lugar há um contexto existencial em que o signo é determinado pela relação com o seu referente. Pode-se falar de um contexto referencial, do mundo dos objectos e das ocorrências, em que referentes, mas também emissores e receptores, pela sua posição existencial condicionam e determinam o signo. As expressões indexicais ou deícticas como ‘eu’, ‘tu’, ‘este’, ‘hoje’ constituem casos bem visíveis de uma contextualização existencial. Os contextos situacionais são contextos consistindo de uma vasta classe de determinantes de ordem social. Esses determinantes podem ser instituições, como hospitais, recintos desportivos, palácios de justiça, restaurantes, etc. Dentro de cada um destes ambientes há regras próprias de comunicação a que os signos empregues se submetem tanto na sua relação com outros signos, como no seu significado. Por outro lado, as posições sociais que os intervenientes da comunicação assumem, posições hierárquicas, etc., também determinam os signos utilizados. Em quarto lugar, os próprios actos de uso dos signos são contextos que podem ser designados por contextos de acção. A teoria dos actos de fala proposta por

dificuldade de se conhecer as mensagens do Código jurídico, mas sim de, diante do conhecimento delas, poder ignorá-las, a fim de construir outras não-redundantes. Isto é, não se trata da atuação pragmática necessária para o adequado conhecimento das mensagens prescritivas, mas para destas se afastar.⁵¹⁶

Seguindo essa nova trilha, deve ser pontuado que o Direito é, em sua constituição e sua finalidade, racional. Se, diante do caso concreto a solução pautada nas sistematizações institucionalizadas não se coadunarem com padrões de racionalidade⁵¹⁷, infringindo, com isso, o seu escopo, que é resolver as lides segundo o Direito, mas com o mínimo de perturbação social, deve a sua linguagem se adaptar ao novo contexto, sempre que possível e segundo certos limites procedimentais, sistemáticos e lógicos.

Em casos que tais, “existe um movimento duplo a ser entendido, ‘de um lado, a compreensão de sentido que já sempre está antecipada numa experiência de mundo’. De outro, ‘uma experiência de mundo que teria que ser o elemento organizador da compreensão de sentido’”⁵¹⁸ ou, no caso, da elaboração da decisão. Aqui ganha relevo a argumentação

Austin considera os signos linguísticos como acções de determinada força com aplicações diversas. O que o signo é ou não é depende da acção que ele cumpre e, segundo ponto a ter em consideração, da intenção com que é realizado. Os actos de fala são acções intencionais. Da intencionalidade dos contextos de acção surge um quinto contexto que se pode designar de psicológico, na medida em que categorias mentais e psicológicas entram na teoria pragmática da linguagem. É que acções e interacções são atribuídas a intenções, crenças e desejos.” (FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 105-106).

⁵¹⁶ Eco ensina que “*na discussão lógica contemporânea, o termo [pragmática] assumiu mais sentidos do que vale a pena distinguir: (i) o conjunto das respostas idiossincráticas elaboradas pelo destinatário depois de haver recebido a mensagem [...]; (ii) a interpretação de todas as escolhas semânticas oferecidas pela mensagem; (iii) o conjunto das pressuposições implicadas na mensagem; (iv) o conjunto das pressuposições implicadas na relação interativa entre emitente e destinatário*”. (ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 47).

⁵¹⁷ O principal problema que se impõe no caso das mensagens do Direito é, na verdade, a distância espacial e temporal que existe entre o *emissor/ato de fala* e os *destinatários/ato de decodificação*, incluindo neste último campo os juizes e os destinatários das normas de conduta. Desse modo, muito embora os aplicadores conheçam o Código jurídico é preciso atuar para atualizá-lo. Não se trata de ignorância da lei, ou rechaço da lei, mas sim a atualização do Código jurídico por parte do Legislador: “*A lei é um argumento com grande poder de convencimento. É dotada de coercitividade, aplicando-se indistintamente a todos. A lei cogente deve ser aplicada, e não pode ser ignorada, como se não existisse. Em situações especiais, a lei pode deixar de ser aplicada [...]. Porém, o juiz não pode simplesmente ‘fingir’ que não há lei, ou que é onipotente para sobrepor-se ao legislador, este o verdadeiro legitimado pela Constituição Federal para regular as condutas sociais, por intermédio de normas abstratas.*” (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 80).

⁵¹⁸ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Efeito vinculante e concretização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 169.

jurídica, a dialética, e seus específicos métodos e lógica.⁵¹⁹ Todavia, esse assunto não é objeto deste trabalho.

Mas isso não quer dizer que não se pode estudar a liberdade do juiz diante do Código jurídico, por força do contexto de uma decisão, sob um ponto de vista eminentemente semiótico e estruturalista. Isso porque o Juiz, na tentativa de criar novas mensagens prescritivas em face do contexto da aplicação, busca sempre ressystematizar o Código jurídico, efetuando ingerências nas denotações e conotações que dele fazem parte. É o que se tratará abaixo.

5.5 A sistematização e conceituação inovadora do Direito realizadas pelo juiz diante do caso concreto.

Determinado aspecto do estudo de como o juiz procede a construção de seu juízo de decisão de forma inovadora em relação aos juízos de conhecimento que defluem do Código jurídico pode ser apreendido sob um prisma semiótico e estruturalista. Trata-se da manipulação linguística dos conceitos jurídicos que se prestam a sistematizar o Direito positivo, atividade que constitui o âmago do formalismo conceitual.

Como já visto no Capítulo 1, o formalismo conceitual, próprio da dogmática, se preocupa em construir conceitos abstratos capazes de captar o Direito posto e organizá-lo sistematicamente. Nesse quadrante, sobreleva a importância dos conceitos jurídicos como aparato imprescindível para a análise e resolução das questões do Direito. Tercio Sampaio Ferraz Jr. descreve a situação surgida com a afirmação dogmática com as seguintes palavras:

⁵¹⁹ Nessa perspectiva, o caráter de objeto cultural do Direito ganha maior vulto. E todas as construções formais e lógicas elaboradas na cátedra, sob o acicate de uma *licença* científica caem por terra ante o conflito axiomático posto numa lide concreta. Aqui entra o Direito não como um dado possível de ser apreensível segundo um método racional-dedutivo, mas um conjunto de ordens e valores que podem ser inteligíveis segundo um método empírico-dialético, onde se valora o caso e a solução a ser dada no contexto da sociedade passada, presente e futura (vide a propósito: *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 16). Em tais hipóteses, a linguagem do Direito é manipulada pelo seu aplicador não com foros científicos e sistematizantes, mas principalmente para que, no contexto da aplicação, sejam assegurados resultados satisfatórios. Como disse Paulo de Barros de Carvalho, “*o saber, nesse campo, pressupõe incessantes idas e vindas da base material ao plano dos valores, e deste último, à concreção da entidade física que examinamos*”. (Ibid., p. 17). Em arremate, cabe citar Tacio Lacerda Gama, que assim se posiciona em favor da argumentação: “[...] *refletindo filosoficamente, o jurista tem contato com o aspecto cognitivo da sua atividade, mas percebe, também, a função persuasiva das suas construções. Assim, toma consciência de que, muito embora fale em nome da racionalidade e da sistematização, seu propósito subjacente é ver suas construções aplicadas à solução de casos concretos. Aprende que a verdade é fruto do consenso, que se obtém pelo convencimento.*” (GAMA, Tacio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009, p. XXXVI).

É possível notar, nesse momento, a preocupação de construir séries conceituais – como direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas, direito real limitado, direito de utilização de coisas alheias, hipotecas etc. A característica desse tipo de teorização é a preocupação com a completude, manifesta nas elaborações de tratados, em que se atribui aos diferentes conceitos e a sua subdivisão em subconceitos uma forma sistemática, o que deve permitir um processo seguro de subsunção de conceitos menos amplos a conceitos mais amplos. A ciência dogmática do direito constrói-se, assim, como um processo de subsunção dominada por um esquematismo binário, que reduz os objetos jurídicos a duas probabilidades: ou se trata disso ou se trata daquilo, construindo enormes redes paralelas de seções. A busca, para cada ente jurídico, de sua natureza – e esta é a preocupação com a natureza jurídica dos institutos, dos regimes jurídicos etc. – pressupõe uma atividade teórica desse tipo, na qual os fenômenos ou são de direito público ou de direito privado, um direito qualquer ou é real ou é pessoal, assim como uma sociedade ou é comercial ou civil, sendo as eventuais incongruências ou tratadas como exceções (natureza híbrida) ou contornadas por ficções.⁵²⁰

Assim, a formulação de conceitos, essa tônica do formalismo conceitual, é sobejamente utilizada tanto pela linguagem prescritiva quanto pela descritiva do Direito para conformar o Código jurídico. E não poderia ser diferente, pois sendo o Direito linguagem é, portanto, sistema, donde se conclui que necessita que cada seu significante (palavra, enunciado, ou texto) diga respeito a pelo menos uma unidade cultural, ou seja, a um significado capaz de ser formulado conceitualmente.

Diante da institucionalização do Código jurídico pelo legislador, cuja rigidez é reforçada pela consolidação levada a cabo pela metalinguagem que dele cuida, abrem-se dois caminhos ordinariamente para a busca de alterações das normas concretas a serem postas em face das normas abstratas que configuram o Código: *(i)* ou se altera a relação codificada que configura o signo-norma (enunciado); *(ii)* ou se altera a relação signo-palavra, que é o “reino” dos conceitos teórico-jurídicos.

Como a força do Código está centrada principalmente na regras estruturais que conformam o signo-norma, principalmente porque da formulação de conceitos não se ocupa usualmente o legislador⁵²¹, tem-se que uma saída mais fácil do ponto de vista argumentativo para possibilitar a atividade criativa do Judiciário é a manipulação dos conceitos jurídicos, já que esse plano é menos “elaborado” legislativamente. Vale dizer, o esforço do magistrado é muito menor se simplesmente manipular a conotação e a denotação de conceitos jurídico-teóricos, a fim de obter liberdade para enquadrar o caso em questão em uma das séries de signos-normas

⁵²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 81-82.

⁵²¹ Com Luciano Amaro, pode-se dizer que “*definir e classificar os institutos do direito é tarefa da doutrina*”. (*Direito tributário brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19).

(soluções normativas) possíveis de reger o caso, do que alterar essas soluções já previamente acertadas.

5.5.1 Sistema como resultado da atividade de conceituação.

Para inquirir a atividade de conceituação do magistrado como instrumento de uma adequada decisão do caso concreto, é preciso, inicialmente, ter-se a noção de que *sistema configura um instrumento linguístico de apreensão do mundo real*. Tal circunstância é referenciada por Paulo de Barros Carvalho⁵²² e pelo professor Tárek Moysés Moussálem⁵²³, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, para quem sistema configura um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada por meio de *linguagem*.

Mais precisamente, tem-se que sistema é um *método linguístico de organização da realidade*⁵²⁴ (que também é uma camada de linguagem – logo sistema, qualquer que seja ele, é uma linguagem de sobrenível: linguagem que organiza a linguagem), que se dá pela

⁵²² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 38-45.

⁵²³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 64.

⁵²⁴ O uso do termo sistema, ainda que na linguagem ordinária, faz surgir na mente das pessoas duas noções conexas, em decorrência da sedimentação na língua de aspectos que lhe são correlatos. A primeira é a noção de sistema como conjunto ordenado de elementos. Ou seja, como uma reunião de coisas, de elementos quaisquer, que se apresentam no mundo fenomênico de forma ordenada. Já a outra idéia que o termo em foco suscita diz respeito ao método de estudo da realidade fenomênica. Aqui se trata de determinada forma de apreensão dos objetos por parte do ser humano, fundada numa exposição lógica e concatenada do raciocínio descritivo. Nessa trilha também caminha Paulo de Barros Carvalho, que reconhece nos domínios do Direito dois sistemas distintos. Para o mencionado professor paulista, a expressão sistema jurídico presta-se tanto para designar o domínio da ciência do Direito quanto para designar o território do Direito positivo. Expondo os pormenores de seu pensamento, Paulo de Barros Carvalho (*Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45-46) aduz que, enquanto conjunto de enunciados prescritivos, “o direito posto há de ter um mínimo de racionalidade para ser recepcionado pelos sujeitos destinatários, circunstância que lhe garante, desde logo, a condição de sistema”. Por outro lado, “não só o direito positivo se apresenta como sistema, mas a ciência que dele se ocupa também assume foros sistemáticos”, já que se ocupa de lançar “linguagem que se propõe ser eminentemente científica”. Essa organização da realidade pode se dar tanto por obra da vontade do Legislador ao emitir atos de fala que se organizam racionalmente, quando por aqueles que estudam tais atos de fala. Dai temos um sistema interno e um sistema externo no âmbito do Direito. Isso implica dizer que os objetos do mundo elaborados pelo homem podem configurar, por si, um sistema, pois fruto de sua atitude racional, bem como o produto do ato de apreensão desses objetos, e de todos os outros, pela figura humana.

inclusão de elementos em uma classe, que se subordinam a determinado critério definidor dessa mesma classe.⁵²⁵

Para que possamos nos aprofundar na noção de sistema, traz-se à colação o magistério de Tárek Moysés Moussálem. Para o insigne professor capixaba, o sistema é uma palavra de classe. Por sua vez, “classe é uma entidade linguística, produto da aglutinação de objetos (ou melhor, a linguagem de objetos) em determinado grupo em razão de reunirem tais ou quais condições (características definitórias)”.⁵²⁶

Note-se que a palavra de classe é o princípio unificador de um conjunto de elementos linguísticos, já esse conjunto de elementos analisados por si mesmo é a classe ou sistema. Nesse sentido, isto é, quando estamos analisando os critérios de uso de uma dada palavra, ficamos diante da *conotação* da palavra. Conotação é assim “o critério de uso de uma palavra de classe”.⁵²⁷ Por ter cunho eminentemente conotativo, a palavra de classe não denota nenhum elemento da linguagem da realidade, muito embora seja referência para a denotação.

Noutro giro, quando um determinado elemento (linguagem de um objeto) se enquadra ao critério definatório de uma classe (ou sistema), ou seja, quando estamos diante de uma relação de pertinencialidade do objeto à classe, estaremos diante da *denotação*, que é “linguagem do objeto que se subsume a critério de uso de uma palavra de classe”.⁵²⁸ É com a denotação, arrimada na conotação, que se constrói um sistema (até porque ambas formam a segmentação do *s-código* dos significados, como visto acima). Esse é o exato sentido da lição de Luiz Alberto Warat.⁵²⁹ Confira-se:

No interior do Positivismo Lógico, podem ser indicados vários critérios para a formulação de uma tipologia de definições. Por um lado, distinguem as definições em *designativas* e *denotativas*. As primeiras são aquelas construídas pela enumeração dos atributos que podem ser derivados do termo. As segundas são as construídas através da explicitação dos exemplares que podem integrar a denotação

⁵²⁵ Nesse mesmo sentido leciona Paulo de Barros Carvalho, ao dispor que “*se constrói uma classe ou conjunto enumerando os indivíduos que a compõem, ou indicando as notas ou nota que o indivíduo precisa ter para pertencer à classe ou conjunto. A primeira é a forma tabular; a segunda a forma-de-construção*”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 353).

⁵²⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 65.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 65.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 65.

⁵²⁹ Note-se que na passagem transcrita o termo *designação* corresponde ao termo *conotação* utilizado no presente texto.

ou extensão do termo. Assim, a respeito do sentido dos termos gerais, pode-se dizer que eles têm um sentido designativo e outro expressional ou denotativo.

A designação pode ser caracterizada como o conjunto de propriedades a partir do qual é possível estabelecer quando um termo pode ser aplicado a uma classe de elementos. Quando empregamos palavras de classe, estamos agrupando várias coisas ou elementos sob um mesmo rótulo a partir de certas características que lhe são comuns. Definir designativamente é formular um critério sobre as propriedades que permitem construir uma classe de objetos.

A denotação corresponde ao conjunto dos objetos que satisfazem as condições designativas.⁵³⁰

Assim, trazendo à colação exemplo adotado por Moussálem em sua obra *Fontes do Direito Tributário*, temos que a palavra de classe “mamífero” traz consigo um determinado critério definitório, que no caso é “possuir glândula mamária”. Esse critério é a *conotação* da palavra “mamífero”. Já quando nos referimos às palavras “vaca”, “cachorro” e “homem”, estamos falando da *denotação* da palavra mamífero, que deixa de ter o sentido de critério de uso e passa a ter uma referencialidade aos elementos linguísticos que se enquadram no critério de uso e, conseqüentemente, pertencem (relação de pertinência) ao conjunto dessa classe. Forma-se, assim, a classe/sistema dos mamíferos. Como se nota, para que se possa formar um sistema é preciso classificar, ou seja, efetivar, selecionar as denotações da palavra de classe, o que pressupõe “operação lógica de subsunção que o homem realiza da seguinte forma: uma palavra ‘x’ pertence a uma determinada palavra de classe ‘y’ se aquela satisfizer os critérios de uso desta”⁵³¹, como disse o citado professor.

Posto isso, tem-se, em sùmula, que sistema é o conjunto formado por elementos que possuem uma ligação comum, dada pelo critério de uso de uma palavra de classe. E, acertada essa premissa, podemos dizer que duas atividades estão presentes quando se referem à *sistematização*. A primeira é a atividade de definir o critério de uso de uma palavra de classe, ou seja, definir o conjunto de caracteres que formam a *conotação* da palavra de classe, que servirá de suporte para a entrada dos elementos no sistema. É a definição da classe, a formação do conceito.⁵³² A segunda atividade é a classificação, que nada mais é do que o ato

⁵³⁰ WARAT, Luis Alberto. Colaboração de Leonel Severo Rocha. *O direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 55-56.

⁵³¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 65.

⁵³² Maria Helena Diniz acentua que “o conceito, para ser universal, há de abstrair todo o conteúdo, pois o único caminho possível será não reter no esquema conceitual o conteúdo, que é variável, contingente, heterogêneo, determinado *hic et nunc*, mas sim as essências, que são permanentes e homogêneas. Ante a multiplicidade do dado, o conceito deve conter apenas a nota comum, a essência que se encontra em toda multiplicidade”. (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27).

de esquadrihar a linguagem objeto do estudo em busca de objetos que possam satisfazer os critérios dados pela palavra de classe. Aqui se busca a *denotação* da palavra de classe. Forma-se a classe, o sistema (dos significados). Essas duas atividades que compõem a sistematização são efetivadas pelo dogmático, que utiliza, nessa tarefa, um determinado gênero de palavras de classe: os conceitos teórico-jurídicos.

Nesse quadrante, promove-se a sistematização do Direito (no que se refere ao plano dos significados) a partir do estabelecimento da *conotação* de determinados conceitos jurídicos (palavras de classe) e, posteriormente, efetiva a busca de sua *denotação*, classificando-se a linguagem do Direito positivo. E, nessa atividade, ergue-se diante dele um sistema ou classe. Daí se pode afirmar que definição, classificação e sistematização são o *trivium* da dogmática jurídica.⁵³³

Bem por isso, sobreleva a importância dos conceitos teóricos, porquanto eles são instrumentos técnicos de conhecimento dos significados da linguagem prescritiva do Direito objetivo, que se apresentam aos seus destinatários de forma caótica, porque versada em linguagem técnica.⁵³⁴

Observe-se, por exemplo, o conceito “*direito subjetivo*”. O signo que intitula tal conceito é a palavra de classe. De seu turno, a *conotação* dessa palavra de classe é que vai definir quais os objetos que comporão o sistema ou classe “*direito subjetivo*”. Seu critério de uso seria, hipoteticamente, “o poder conferido pelo ordenamento à vontade do portador de um direito para fazê-lo valer por meio do uso da ação”. De posse da *conotação* da palavra “*direito subjetivo*” (que, na verdade, é o conceito de direito subjetivo, logo, um conceito teórico-jurídico), busca-se na linguagem do Direito positivo elementos que podem compor essa classe, isto é, parte-se para a busca da *denotação* desse conceito. E, assim, torna efetiva a sistematização do Direito positivo, conquanto de forma parcial.

⁵³³ Uma escoreita definição de dogmática jurídica é apresentada por Marcelo Fortes de Cerqueira, para quem “à dogmática jurídica incumbe descrever, mediante linguagem própria e determinada metodologia, o plexo das regras jurídicas válidas que compõem o direito positivo, ordenando-as e indicando as múltiplas relações de coordenação e subordinação verificadas no interior do sistema, objetivando seus conteúdos de significação”. (CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do indébito tributário: delineamentos de uma teoria*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 40).

⁵³⁴ Paulo de Barros Carvalho esclarece o significado da expressão *linguagem técnica* no seguinte trecho: “A linguagem do legislador é uma linguagem técnica, o que significa dizer que se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4).

Vistas as coisas nessa ordem, tem-se que qualquer fixação de um conceito teórico implica sempre a sistematização do Direito positivo no plano dos significados dos signos-palavras. Com efeito, recobrando o que já foi dito, ao se adotar um conceito se cria uma palavra de classe (*conotação*), dando margem à entrada dos elementos linguísticos do Direito positivo (*denotação*) que formarão seu conjunto (classe/sistema).

Nessa toada, a atividade de criação e de aplicação dos conceitos na linguagem do Direito positivo forma, na verdade, subsistemas. Daí a conclusão posta por Paulo Conrado de que “é perfeitamente possível, não só identificar o ‘grande’ sistema do direito positivo nacional, soerguido no pressuposto da unidade, mas também focalizar outros tantos sistemas que com ele (melhor dizer: dentro dele) convivem, delimitando, noutro falar, a figura dos decantados subsistemas do direito positivo”.⁵³⁵

5.5.2 Os conceitos como instrumentos de decisão a serviço da pragmática jurídica.

Ocorre, porém, que os conceitos teórico-jurídicos não atuam tão-somente como instrumento de conhecimento do Direito, mas também como *instrumentos de decisão*.

Aliás, mesmo quando o cientista jurídico investiga o seu objeto, qual seja, o Direito positivo, com ares exclusivamente cognoscitivos, ele tende a expô-lo em vista da decisão de um caso hipotético. Os conceitos jurídicos são utilizados muito mais para possibilitar a decisão dos casos concretos do que para explicar os aspectos do fenômeno objeto.⁵³⁶ A função dogmática acaba, em maior ou menor grau, emaranhando-se com a função tecnológica do direito. Realmente, o jurista, como disse Maria Helena Diniz, “ao expor o ordenamento, sistematizando-o, ao interpretar normas, facilita a tarefa de aplicação do direito”.⁵³⁷ Daí a precisa observação da doutrinadora quanto a “ser o pensamento científico-jurídico tecnológico”.⁵³⁸

⁵³⁵ CONRADO, Paulo César. *Compensação tributária e processo*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 33.

⁵³⁶ Como disse Maria Helena Diniz, “a ciência do direito coloca problemas para ensinar e é isto [...] que a diferencia da sociologia, da história, da antropologia etc., que colocam problemas, constituindo modelos para explicar. O jurista, portanto, coloca problemas, propondo uma solução possível e viável”. (DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p.180).

⁵³⁷ DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 177.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 177.

Esse caráter decisório que contém o estudo do Direito ganha maior relevância no âmbito da efetiva aplicação das normas pelos agentes competentes no incessante processo de positivação do ordenamento. Nesse campo, a ciência jurídica ganha foros de conhecimento tecnológico, servindo à sistematização do Direito, a partir da elaboração de seus conceitos teóricos, que são instrumentos de identificação do Direito que deverá incidir no processo dinâmico de positivação jurídica. De fato, decidir um caso concreto é, em curtas palavras, aplicar-lhe o Direito.⁵³⁹

Em suma: mais que um mero saber contemplativo, o conhecimento do Direito pelos magistrados constitui um saber tecnológico, pois visa a criar condições para a ação: a decisão do caso concreto.

Entretanto, a aplicação do Direito exige um método⁵⁴⁰, não ocorrendo de imediato, e menos ainda de forma mecânica. E o método de aplicação do Direito, tal como concebido pela atual ciência dogmática, realça com cores ainda mais fortes a importância do domínio dos conceitos jurídicos. Realmente, sob o ponto de vista dogmático, deve-se, antes de tudo, identificar o Direito a ser aplicado no caso concreto e, para tanto, devemos analisá-lo. Mas o que seria *análise* do ponto de vista da ciência do Direito?

Tercio Sampaio Ferraz Jr. leciona, quanto ao particular, que *análise* é procedimento que se refere, de um lado, a um processo de decomposição (“*parte-se de um todo, separando-o e especificando-o em suas partes*”), que se realiza por meio de distinções e classificações⁵⁴¹ e,

⁵³⁹ A aplicação do Direito na decisão jurídica, em muitas ocasiões, deturpa a significação possível das normas que regulam um dado tema. Todavia, essa possibilidade não impede que essa decisão possa cumprir sua função de pacificar os litígios. Com efeito, uma solução jurídica, usualmente aceita como conforme ao Direito vigente, pode ser posta como um novo problema a ser debatido. Entretanto, a qualidade peculiar que a decisão jurídica carrega, qual seja, a definitividade, impede essa novel problematização. Assim, como assevera Maria Helena Diniz, “*a decisão jurídica [...] não termina o conflito através de uma solução, mas o soluciona pondo-lhe um fim, impedindo que seja retomado ou levado adiante (coisa julgada)*”. (DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 186).

⁵⁴⁰ Maria Helena Diniz explicita a origem da palavra método, dispondo que ela “*é formada pela justaposição de dois vocábulos gregos: meta e odos. Meta, com o significado de fim, objeto que tende a uma atividade, através de, mediante. Odos equivale a caminho, trâmite. O composto método quer dizer caminho para, o meio para o fim*”. (DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24).

⁵⁴¹ Trata-se, em suma, do processo conhecido como *reducionismo*, muito bem apresentado na seguinte passagem: “*Como afirmou Windscheid, o mérito do modelo sistemático era apresentar-se como uma análise dos conceitos, na tentativa de encontrar as partes constitutivas de cada conceito, para poder apresentar cada um deles como a reunião de conceitos ainda mais simples. [...] É possível identificar nessa postura uma manifestação das orientações metodológicas cartesianas que inspiraram toda a ciência moderna, pois Descartes afirmava que era preciso dividir cada uma das dificuldades ‘em tantas partes quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las’ e, então, conduzir os pensamentos ‘a começar pelos objetos mais simples e mais fáceis de serem conhecidos, para galgar, pouco a pouco, como que por graus, até o*

de outro, um procedimento regressivo, “que consiste em estabelecer uma cadeia de proposições com base em uma proposição que, por suposição, resolve o problema posto, remontando às condições globais de solução, constituindo-se num sistema”.⁵⁴² Adiante, dispõe que a *análise* também abarca procedimentos de diferenciação e de ligação, o primeiro (procedimento de diferenciação) concebido como “recurso analítico no sentido de decomposição, que consiste numa desvinculação de elementos que se manifestam como formando um todo ou, por suposição, um conjunto solidário”; o outro (procedimento de ligação), relativo ao sentido de procedimento regressivo e, assim, consistente “na aproximação de elementos distintivos, estabelecendo-se entre eles uma solidariedade, tornando-os compatíveis dentro de um conjunto”.⁵⁴³ Assim, para Ferraz Jr., “para resolver suas questões, o jurista, com o objetivo de identificar o direito, vale-se de diferenciações e ligações”.^{544,545}

O que se dá é que, uma vez efetuada previamente a análise do Direito positivo, criando-se conceitos e, via de consequência, subsistemas, o jurista deve, ante o caso concreto, “pinçar” na imensidão normativa a norma que o regula. E, nessa guisa, deve fazer uso dos subsistemas criados pela atividade conceitual. Decompõe-se o problema apresentado, procurando, nos fatos, caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos, aos subsistemas. Esses, por sua vez, contêm em seu bojo certas normas (v.g. dos subsistemas do

conhecimento dos mais complexos e, inclusive, pressupondo uma ordem entre os que não se precederem naturalmente os outros’. Esse modo de pensar que reduz os problemas a seus elementos mais simples mediante um procedimento de análise, para depois proceder a uma reconstrução do pensamento mediante uma síntese, é muitas vezes chamado de reducionismo. Nessa medida, podemos reconhecer no modelo sistemático-conceitual uma forma reducionista de pensamento, pois reduz as noções complexas a conceitos simples, na busca de poder resolver os problemas a partir de uma recombinação das idéias fundamentais resultantes do procedimento analítico.” (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutoramento em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 216-218)

⁵⁴² FERRAZ, Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 94.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 94.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 94.

⁵⁴⁵ Entretanto, esse não é o único método de formação de sistema. É possível a formação de um sistema com base em agrupações valorativas, como acentua Warat na seguinte passagem: “[...] em Saussure, a noção de valor, diferentemente da linguística anterior, não pode ser pensada como a propriedade que ela tem de representar uma idéia, pois, desta forma, identificar-se-ia a noção de valor com a de significação. O valor refere-se aos signos, não como entidade concreta, nem como conteúdo de significação, mas como determinação funcional e formal do sistema. Podemos dizer que o valor, para Saussure, configura o código de organização de uma cadeia de significantes, sendo o significado um elemento secundário, a serviço da ordem dos significados. [...]. Evidencia-se, então, que a partir da noção de valor obtém-se uma noção de sistema bem diferente daquela proposta pela axiomática cartesiana, onde os termos do sistema constituem-se a partir de um cálculo lógico e dedutivo” (WARAT, Luiz Alberto. Colaboração de Leonel Severo Rocha. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 30).

Direito tributário, da propriedade ou posse civil) ou dado regime de inteligência de normas (v.g. do regime de direito público, competência, capacidade). Procura-se, com isso, a *denotação* do conceito na linguagem da realidade, e não mais na linguagem do Direito positivo. Após o alcance do subsistema, ou subsistemas, pode-se, com muito mais rigor, definir a norma jurídica que será aplicada ao caso ou definir o seu sentido e alcance perante o caso concreto. Terminando a tarefa, o jurista estará apto a efetuar ligações das unidades apresentadas, a fim de formar um todo coerente, compatível com o sistema jurídico, e capaz de decidir o conflito que o consubstancia.

Exemplificando: diante de um caso concreto envolvendo o litígio em relação a um dado bem “x”, desenvolve-se o seguinte raciocínio após esquadrihar o caso concreto: 1) em face do caractere “y” reconheço se tratar de uma relação de direito privado e não de direito público, afastando a incidência das normas administrativas; 2) Dentro do Direito privado, diante do caractere “w” sou levado a aplicar as normas de Direito civil e não de Direito empresarial; 3) por sua vez, o caractere “z” define a incidência do conjunto normativo que regula a propriedade e não a posse; 4) achando dentro do regime da propriedade a norma cujo fato a ela se subsume, vislumbro a existência no fato de um caractere “q”, que denota o uso da capacidade, o leva a interpretar a norma de acordo com o exercício desse tipo de poder jurídico, que é calcado na autonomia da vontade.

Destarte, com pequenas alterações nas *conotações* e *denotações* dos conceitos jurídicos, o aplicador do Direito pode levar o caso concreto a se relacionar com diferentes subsistemas normativos, alterando de forma contundente a regulação da conduta humana.⁵⁴⁶ Assim, como quem dá a conotação dos conceitos jurídicos é o jurista, tem-se que a construção dos

⁵⁴⁶ “Uma classificação estará corretamente construída se tiver observado as regras sintáticas do procedimento classificatório, prescritas pela *Lógica dos termos* ou dos *Lógica dos predicados*. Trata-se de condição a priori de sua validade semântica. Nada obsta, entretanto, que, superado o plano sintático, venhamos a compor muitas classificações sobre o mesmo objeto, utilizando, para tanto, critérios diferentes sob cuja inspiração possamos analisá-los sob variados ângulos”. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 55).

conceitos é um método para entender e para, de certa forma, manipular o Direito positivo⁵⁴⁷, atividade que atua como calibração do sistema.⁵⁴⁸

Enfim, o aplicador não muda a relação significantes/significados normativos que compõem o Código jurídico, ou seja, em nada muda as normas convencionalmente aceitas, mas faz, a partir da manipulação concreta dos conceitos jurídicos, que determinados casos não sejam regulados pelo Direito posto, ou que sejam regulados por uma ou por outra norma jurídica de um mesmo subsistema ou de um subsistema diverso, ou ainda que a interpretação do caso opere com fundamentos axiológicos dos mais variados matizes.

Evidencia-se, assim, que na aplicação do Direito os conceitos previamente elaborados pela ciência dogmática servem como importante instrumento de decisão, uma vez que é esse instrumental teórico que possibilita ao jurista efetuar uma ligação maleável entre o caso e a norma jurídica. Desse modo, tem-se que “a ciência jurídica exerce funções importantes não só para o estudo do direito, mas também para a aplicação jurídica, viabilizando-o como elemento de controle do comportamento humano, ao permitir a flexibilidade interpretativa das normas e ao propiciar, por suas criações teóricas, a adequação das normas no momento da aplicação. A ciência jurídica é um instrumento de viabilização do direito”, como bem acentua Maria Helena Diniz.⁵⁴⁹

Sob essa visão é que se pode dizer que os conceitos teóricos da ciência do Direito representam o instrumental do jurista para *sistematizar* o Direito positivo, bem como para posicionar juridicamente o caso concreto em vista de sua decidibilidade, servindo, destarte, de instrumento de conhecimento técnico (do Direito positivo) e de decisão (do caso concreto).

5.5.3 Os condicionamentos lógicos e processuais à produção de mensagens prescritivas inovadoras pelo juiz.

⁵⁴⁷ Vale citar, quanto ao aspecto em comento, o seguinte ensinamento de Warat: “O conteúdo das normas cumpre funções sociais que em nada se referem às idéias platônicas acerca dos conteúdos significativos que possam ser vistos como elementos provenientes da natureza. [...]. Na realidade, [...] os critérios de significação que a dogmática constrói estão mais vinculados à eficácia e à legitimidade do sistema jurídico que às condições de validade e de verdade.” (WARAT, Luiz Alberto. Colaboração de Leonel Severo Rocha. *O direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 44).

⁵⁴⁸ Ver quanto ao tema das regras de calibração: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 187-188.

⁵⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 180.

A liberdade por parte do juiz-aplicador tratada no tópico anterior, ainda que efetivada sob o acicrate do propósito de adequar as prescrições normativas aos *anseios de justiça*, possui limites e, para prevalecer realmente no caso concreto, deve ser submetida a certos procedimentos.

De antemão, encontra-se o limite lógico-formal da apresentação sintática necessária do fenômeno jurídico-normativo na relação hipótese-consequência, que como visto é regra *sine qua non* para qualquer sistematização do Direito.⁵⁵⁰

Já num contexto semântico, tem-se que o primeiro, e mais evidente, limite é o próprio texto positivado. Todos os signos utilizados por determinada língua portam uma *significação de base*, fruto de consenso de seus utentes. Acontece que o desprezo de tal sentido, no contexto da comunicação, acarreta sério prejuízo à força ilocucionária e perlocucionária⁵⁵¹ da mensagem emitida, donde se infere que a liberdade do intérprete não pode sobejar, em princípio, os limites significativos consensualmente estabelecidos pelo auditório a que se destina.⁵⁵² Com efeito, para se afastar a significação de base dos signos, o emissor do ato de fala, prescritivo ou descritivo, por força da complexidade do processo de alteração dos significados pré-estabelecidos aos signos de determinada língua, deve engendrar esforços hercúleos para conseguir uma nova identidade ideológica com o(s) receptor(es), de modo a garantir a necessária univocidade dos conceitos utilizados na comunicação.⁵⁵³ Eis a propósito a seguinte advertência Agustin Gordillo, que pode ser dirigida, *mutatis mutandis*, a todos os tipos de linguagem:

⁵⁵⁰ Vide Capítulo 4.

⁵⁵¹ Sobre os conceitos de força ilocucionária e perlocucionária ver: AUSTIN, J.L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992. Confira-se também: MOUSSALLEM, Tarék Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

⁵⁵² “[...] o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como permanente, “trinta dias” como mais de trinta, “todos os recursos” como alguns recursos, “ampla defesa” como restrita defesa, “manifestação concreta de capacidade econômica” como manifestação provável de capacidade econômica, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25).

⁵⁵³ Tal se deve em razão da forte conexão que existe entre signo e significado, de modo que o uso de um já pressupõe a sua inevitável ligação com sua significação. Aliás, como diz Saussure, “[...] quando se diz ‘signo’, imaginando-se, falsamente, que ele poderá, depois, ser separado à vontade de ‘significação’ e que designa apenas a ‘parte material’, nada se teria a apreender, senão considerando que o signo tem um limite material, como sua lei absoluta, e que esse limite já é, em si mesmo, um ‘signo’, um portador de significação. É, portanto, inteiramente ilusório opor, em qualquer instante, o signo à significação”. (SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de linguística geral*. São Paulo: Editora Cultrix, 2002, p. 87-88)

*No existe ninguna obligación de atenerse al uso común, pero cuando empleamos una palabra de manera distinta al uso común, debemos informar a nuestros oyentes acerca del significado que le damos. Inversamente, cuando no informamos a nuestros oyentes del sentido en el que estamos usando las palabras, ellos tienen todo el derecho a considerar que las estamos usando en su sentido convencional; en otras palabras, que seguimos el uso común. Dicho de otra manera: Cualquiera puede usar el ruido que le plazca para referirse a cualquier cosa, con tal de que aclare qué es lo que designa el ruido en cuestión. Claro está, no siempre es conveniente apartarse del uso común, pues se corre el riesgo de no ser entendido o ser mal interpretado.*⁵⁵⁴

Avançando, tem-se que a segunda coartação semântica é ligada ao método de definição de um conceito. Definir um conceito não é atividade isolada, considerando o termo a ser definido de forma pontual, em sua solidão. Ao revés, um conceito exsurge no contexto de uma língua, apenas aferindo sentido por meio de uma “inter-relação sistêmica com o significado de outros signos”, como asseverado por Luiz Alberto Warat na seguinte passagem na qual expõe a noção de *relação sintagmática*⁵⁵⁵:

[...] a idéia do signo encontra-se determinada teoricamente a partir da postulação analítica do significante e do significado. No entanto, o signo apenas pode ser teoricamente construído no interior da língua através da inter-relação sistêmica com os outros signos. Por esta razão, a relação significante/significado torna-se insuficiente para a caracterização de cada um dos signos integrantes do objeto da língua. Assim, cada signo é resultante de um duplo jogo de relações internas e sistêmicas.

Para Saussure, as relações e as diferenças dos termos linguísticos no interior de um sistema pertencem a duas esferas diferentes. Cada esfera, por sua vez, determina uma certa ordem de valores: *as relações sintagmáticas e as relações associativas*.

As relações sintagmáticas fundamentam-se no caráter linear da língua. As palavras, por sua linearidade, combinam-se em unidades consecutíveis, denominadas *sintagmas*. Em um sintagma, o valor de um termo surge da oposição entre ele e o termo que o precede, o que o segue ou ambos. As relações sintagmáticas articulam-se com a presença de seus elementos. Por outro lado, não se referem apenas às palavras, mas também às orações.

Aprofundando essa análise, parece interessante considerar dois níveis ou graus de relações sintagmáticas. As relações sintagmáticas de primeiro grau seriam as que acabamos de descrever, mas também poderíamos pensar, por outro lado, em uma relação dos diversos sintagmas com a totalidade significativa do texto no qual eles se inserem. Considerando um exemplo jurídico, poderíamos pensar que as palavras “matar” e “alguém” adquirem uma significação jurídica quando as analisamos como formadoras do sintagma “matar alguém”; no entanto, esse sintagma só adquire o seu

⁵⁵⁴ GORDILLO, Agustín. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo: 2000. p. V-6.

⁵⁵⁵ A linguagem possui dois eixos: um vertical, conhecido como sincrônico (paradigmático), e outro horizontal, conhecido como diacrônico (sintagmático). No eixo sincrônico estão compreendidas as operações relativas ao domínio que o emissor ou usuário de uma mensagem detém a respeito do repertório lexical de uma língua; envolve o domínio do significado. Trata-se do eixo do repertório, da seleção dos signos. Tem-se o domínio da semântica. Já no eixo diacrônico estão compreendidas as operações linguísticas que encerram o conhecimento da sintaxe de uma língua. Tem-se, aqui, o domínio da sintaxe (Cf. ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 27).

sentido pleno quando do entrelaçamento com os outros tipos penais ou com o “bem jurídico” protegido e incluído em cada um dos títulos do Código Penal.⁵⁵⁶

Sob essa perspectiva, a elaboração de um conceito é tarefa que se faz em atenção aos demais conceitos previamente existentes em um sistema linguístico, donde se infere que a precisão de um leva em conta o contexto significativo do outro, sem prejuízo de que, ao final da de sua definição, este influencie àquele, numa relação circular de dependência dinâmica. Já disse Saussure: “Colocado num sintagma, um termo só adquire seu valor porque se opõe ao que o precede ou ao que o segue, ou a ambos”.⁵⁵⁷

De fato, enquanto no eixo paradigmático da linguagem o agente emissor ostenta liberdade de seleção do signo, no eixo sintagmático há um padrão definido pelo próprio sistema linguístico adotado.⁵⁵⁸

O postremeiro limite decorre da própria logicidade que é imanente ao fenômeno jurídico, condição que repele a imprecisão nos conceitos utilizados pela comunidade jurídica. Kelsen é enfático ao dizer que o Direito deve se constituir um todo compreensível e se prestar a uma interpretação racional.⁵⁵⁹

Aprofundando o ponto em questão, e sob a influência dos ideais do positivismo lógico, mostra-se necessário curar pelo rigor na definição dos conceitos dos signos. Do contrário,

⁵⁵⁶ WARAT, Luiz Alberto. Colaboração de Leonel Severo Rocha. *O direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 31.

⁵⁵⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Tradução de Antonio Chelini, São Paulo: Cultrix, 1991, p. 142.

⁵⁵⁸ Pietroforte elucida a questão: “[...] estabelece-se a dicotomia paradigma versus sintagma, na qual se definem, respectivamente, as relações de seleção e as relações de combinação entre os elementos linguísticos. Saussure definiu, em sentido amplo, as relações paradigmáticas e sintagmáticas. Para tornar operacionais os conceitos de sintagma e paradigma, a Linguística posterior a Saussure vai precisá-los. O paradigma não é qualquer associação de signos pelo som e pelos sentidos, mas uma série de elementos linguísticos suscetíveis de figurar no mesmo ponto de enunciado, se o sentido for outro. Assim, no enunciado foi teu avô, no lugar de teu, poderiam figurar, se o sentido do enunciado fosse outro, os termos seu, meu, nosso, e, um etc. Esses elementos constituem um paradigma, do qual o falante seleciona um termo para figurar no enunciado. Por outro lado, no sintagma não se combinam quaisquer elementos aleatoriamente. A combinação no sintagma obedece a um padrão definido pelo sistema. Assim, por exemplo, podem-se combinar um artigo e um nome e, nesse caso, o artigo deve sempre preceder o nome.” (PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim. *A língua como objeto da linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 89).

⁵⁵⁹ Eis as suas palavras: “[...] se o sistema de normas jurídicas positivas, erigido sobre a norma fundamental, deve ser um todo significativo, um padrão compreensível, um objeto possível de cognição em qualquer sentido (uma pressuposição inevitável para a ciência jurídica que, para o propósito de compreensão, usa a hipótese de norma fundamental), então a norma fundamental deve prover isso. Ela tem de estabelecer não uma ordem justa, mas uma ordem significativa. Com o auxílio da norma fundamental, os materiais jurídicos apresentados como Direito positivo devem ser compreensíveis como um todo significativo, isto é, devem se prestar a uma interpretação racional.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 573).

adentrar-se-ia no campo da linguagem natural, prenhe de carga ideológica, na qual os signos e significados são manejados sem maiores preocupações acerca da precisão de seus efeitos no contexto comunicacional.⁵⁶⁰ Confira-se o arrimo doutrinário para tal ilação:

Para Schlick, a característica fundamental dos conceitos científicos consiste em seu valor de signos unívocos para tipos de objetos e as proposições em signos unívocos para fatos. Desta forma, é construída uma designação que proporciona condições necessárias e suficientes de aplicabilidade para campos denotativos precisos, a partir desse tipo de designação. Na linguagem natural, pelo contrário, a designação é sempre imprecisa, o que não fornece uma certeza lógica com relação à aplicação.⁵⁶¹

O Direito, por ser objeto cultural, é rico em valores e imprecisões conceituais, as quais franqueiam ao seu intérprete/aplicador, como visto, relativa manipulação de seu sentido. Porém, é certo que tal anseio deve ser sopitado pelos limites lógicos e cognitivos próprios que a consideração científica do Direito acarreta, uma vez que, nessa visão, “para que seja possível descrever adequadamente o ordenamento jurídico, é necessário pensar o direito de maneira científica, ou seja, por meio de conceitos derivados da experiência e rigorosamente concatenados em modelos explicativos abrangentes”.⁵⁶²

Não só isso. O repúdio à precisão terminológica nos assuntos jurídicos representa um caráter atávico, voltando-se, por assim dizer, à era do “*Direito revelado*”, que estava presente naquele que o emite e não em algo positivado. Tal condição torna de balde os esforços engendrados para alcançarmos o atual estágio das coisas jurídicas, malferindo, em última análise, a razão de ser do Direito positivo: segurança, previsibilidade e resolutividade.⁵⁶³

⁵⁶⁰ Explicitando os fundamentos dessa visão da ciência jurídica, que ganhou força desde a recepção do Direito Romano pelos pensadores europeus, cabe citar Alexandre Araújo Costa: “*A função do cientista não é conhecer a multiplicidade multiforme dos fatos empíricos, mas conhecer as regularidades que se podem perceber por trás deles. Não é conhecer as coisas, mas as leis de sua organização, suas regularidades, é conhecer a estrutura que está por trás das aparências. [...] Portanto, se é possível haver um conhecimento jurídico válido, ele deve ser um conhecimento científico que vá além do mero conhecimento de leis e seja capaz de identificar as estruturas que estão por trás do próprio direito positivo.*” (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutoramento em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 211).

⁵⁶¹ WARAT, Luiz Alberto. Colaboração de Leonel Severo Rocha. *O direito e sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 60.

⁵⁶² COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutoramento em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p.214.

⁵⁶³ Cumpre anotar que é questionável em sede doutrinária a idéia de que os rigores metodológicos do formalismo e do positivismo propiciam segurança e previsibilidade à aplicação do Direito. Veja o que diz Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro quanto ao tema: “[...] as críticas [...] alinhadas contra o formalismo e o positivismo constataam, no fundo, a insuficiência de ambas essas posturas perante as necessidades da efetiva realização do Direito. Esta, contudo, não se detém: obrigado, pela proibição do non liquet, a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução, mesmo havendo lacuna, conceito indeterminado, contradição de princípios ou injustiça grave. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva o julgador terá

A despeito de tudo o que foi dito, mesmo que observados todos os limites sintáticos e semânticos aplicáveis, e ainda que a solução conferida seja do ponto de vista pragmático a mais adequada ao caso em julgamento, ainda assim, tal não será suficiente para que a mensagem prescritiva inovadora posta pelo juiz diante do caso concreto possa, de fato, prevalecer.

Isso porque o sistema processual é prenhe de recursos^{564,565}, capazes de fazer com que a norma concreta posta pelo Judiciário possa ser revisada por órgãos superiores. Mais que uma possibilidade de revisão, é fato que esses órgãos recursais tendem a fazer prevalecer os sistemas sintático e semântico institucionalizados pelo Código jurídico em vigência, notadamente quando há o reforço da metalinguagem jurisprudencial e doutrinária em desfavor da solução dada.⁵⁶⁶ E isso fica claro pela própria composição dos tribunais, que favorecem o conservadorismo⁵⁶⁷, e também por conta de seu crescente distanciamento dos fatos a serem julgados, o que torna os conflitos individuais e sociais em jogo cada vez mais abstratos. *Todas as circunstâncias são favoráveis à manutenção da redundância do Código jurídico, até para garantir que exista nas decisões dos casos em seu conjunto um apego ao princípio da*

de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extra-positivos e, no limite, o arbítrio do subjectivo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaem: por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controlo; por outro, o verdadeiro e último processo de realização do Direito escapa à Ciência dos juristas: a decisão concreta é fruto, afinal, não da Ciência do Direito, mas de factores desconhecidos por ela, comprometendo, com gravidade, a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça de decisão. Num paradoxo aparente em que as humanísticas são pródigas: o formalismo e o positivismo, tanta vezes preconizados em nome da segurança do Direito, acabam por surgir como importantes factores de insegurança.” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. XXIII- XXIV).

⁵⁶⁴ No caso brasileiro tais recursos estão previstos, no que toca às lides civis, no CPC; a saber: “Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário”.

⁵⁶⁵ Flávio Cheim Jorge dá o seguinte conceito de recurso: “[...] recurso é um remédio dentro da mesma relação processual que dispõe a parte, o Ministério Público e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial.” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 7).

⁵⁶⁶ É interessante observar que, proferida uma decisão judicial, a parte prejudicada na grande maioria dos casos recorre dizendo ou que a decisão não está comportada nas soluções albergadas pelo Direito ou que ela, mesmo estando, não faz justiça ao específico caso concreto julgado. Por outro lado, a parte recorrida limitar-se-á a dizer que a solução dada pelo magistrado é aquela que o Direito prevê para o caso, de modo que não há que se falar em vício no julgado. Ou seja, uma parte prejudicada defende que o magistrado não observou o Código jurídico ou que a solução nele prevista não é adequada para o caso concreto.

⁵⁶⁷ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 152.

igualdade. Com acerto Cheim Jorge leciona que “[...] surge o recurso como meio apto a reconduzir à unidade de inteligência, para a qual é vocacionada”.⁵⁶⁸

Desse modo, a fim de prevalecer a mensagem prescritiva inovadora posta pelo ato de fala concreto do juiz, será preciso que outros órgãos institucionalizados pelo sistema do Direito, e superiores hierarquicamente ao órgão emissor, reconheçam a validade de tal ato dissonante e o façam prevalecer no caso concreto sob julgamento.

Cabe frisar que com isso não se pretende afirmar que, uma vez admitida a inovação concreta em face do Código jurídico em casos por este não expressamente previstos, ocorrerá uma mudança no Código jurídico em vigor. Vale trazer à baila a lição de Paulo Chagas ao dizer que “nem toda inovação vinga, nem toda inovação é realmente incorporada e difundida pelos falantes de uma determinada comunidade”.⁵⁶⁹ Por conta de técnicas processuais que levam ao não-conhecimento total (casos de inadmissibilidade⁵⁷⁰) ou parcial (casos de limitações de cognição⁵⁷¹) dos recursos, seja por ser a mensagem concreta apenas um caso de desvio pontual e não difundido na comunidade linguística do Direito, muitos são os casos que as inovações havidas em um dado processo judicial representam apenas um ruído diante da força da comunicação capitaneada pelo Código jurídico.

5.5.4. Procedimentos do Código de Processo Civil que importam inovação no Código jurídico por conta de atos de fala prescritivos concretos do juiz.

Com arrimo nas lições de Pietroforte⁵⁷², que representam posição dominante nos estudos semióticos, tem-se como questão pacificada o fato de que os atos de fala concretos podem

⁵⁶⁸ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 12.

⁵⁶⁹ CHAGAS, Paulo. *A mudança linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 150.

⁵⁷⁰ “O exame do mérito do recurso, como é possível se notar, somente pode ser feito após a análise da presença dos requisitos de admissibilidade reside, portanto, na verificação da existência ou inexistência dos requisitos necessários para que o órgão competente possa legitimamente exercer sua atividade cognitiva, no tocante ao mérito do recurso.” (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45). Quanto ao estudo da distinção entre juízos de mérito e juízos de admissibilidade conferir: ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁵⁷¹ É o caso dos recursos de fundamentação vinculada. Confira-se: JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁵⁷² PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim. *A língua como objeto da linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 84.

mudar a língua por eles utilizada. Se no campo da linguagem jurídica⁵⁷³ há possibilidade de mudança na respectiva língua diretamente no plano abstrato, tem-se que os atos de fala concretos do Judiciário, além de representar inovações em face do Código instituído para decisões de específicas lides submetidas ao seu crivo, podem também culminar na própria alteração do respectivo sistema comunicacional.

Não se pode incorrer, porém, na imprecisão de se considerar que será a mensagem prescritiva posta pelo juiz em sua norma concreta que terá o condão de, por si só, mudar a língua jurídica. *O usuário, sozinho, não muda uma língua.* Configura, pois, uma inverdade dizer que o magistrado em seu agir individual pode inovar o Direito. Como disse Roland Barthes, a língua “[...] não é um ato, escapa a qualquer premeditação; é a parte social da linguagem; o indivíduo, por si só, não pode nem criá-la nem modificá-la”.⁵⁷⁴ Ora, como o uso dos signos linguísticos é um fato por si só irrepetível em sua realização concreta⁵⁷⁵, é necessário que as situações concretas de fala possam gerar situações abstratas capazes de alterar os segmentos que compõem os sistemas do Código jurídico.

No âmbito da língua do Direito, existem procedimentos especificamente preordenados a possibilitar que atos de fala concretos possam repercutir na intelecção e conformação de seus sistemas codificados. Trata-se dos sistemas procedimentais que tornam a metalinguagem da jurisprudência, especificamente a *ratio decidendi*, determinante ou vinculante em relação à decisão dos casos concretos postos em julgamento. Esses procedimentos foram elencados no tópico 4.7.2 desta dissertação.

Assim, os atos de fala concretos dos magistrados somente implicarão mudança no Código quando aceitos pela metalinguagem da jurisprudência dos Tribunais superiores, por meio de um de seus métodos institucionalizadores.

Desse modo, pode-se inclusive dizer que não só os casos de súmulas vinculantes, mas também a atuação dos mecanismos de uniformização jurisprudencial por parte dos tribunais são formas com que os atos de fala concretos podem dar causa a abstrações capazes de alterar

⁵⁷³ Assim como se passa, em menor medida, no campo da linguagem ordinária.

⁵⁷⁴ *Elementos de Semiologia*. Tradução de Izidora Blikstein. São Paulo: Editora Cultrix, 16. ed. 2006, p. 18.

⁵⁷⁵ Cf. FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2010, p. 103.

o Código jurídico. Enfim, com tais mecanismos processuais, é possível que a mudança originada da fala possa saltar aos domínios gerais da língua.

Para tal mudança, mais importante que as novas segmentações impostas aos sistemas sintático e semântico do Direito é a observância do procedimento fixado nas normas de competência. Nesse ponto, o Direito é um sistema do tipo condicional e não finalístico, na medida em que “há forte predomínio de programações condicionais, posto que o sistema normativo aparece, primordialmente, como conjunto de normas que estabelecem os procedimentos dentro dos quais as decisões são reconhecidas como vinculantes”.⁵⁷⁶

Pode-se dizer, em sùmula, que uma mensagem inovadora dos magistrados somente terá o condão de alterar o Código no caso de ser adotada pela respectiva comunidade jurídica, condição verificada caso a sistematização do Direito por ela proposta seja acolhida pelos tribunais superiores (ordinários e extraordinários) em um dos processos institucionalizados para tanto.

Via de consequência, o que altera o Código não é o dispositivo havido numa decisão concreta, mas sim a metalinguagem veiculada no juízo de conhecimento que faz parte da sentença ou acórdão. É tal compreensão do Direito que, ao fim e ao cabo de certos requisitos processuais, acaba-se incorporando ao Código jurídico, ressystematizando-o. Assim, parece acertar Clarice Von Oertzen ao dizer que:

A adoção da semiótica como método de abordagem fenomenológica da produção de linguagem no universo normativo afeta a apreciação da dicotomia normalmente estabelecida entre o sujeito e o objeto no Direito. Na medida em que o sujeito das ações – o emissor dos enunciados prescritivos – pode ser concebido como fonte de manifestações também do próprio sistema. Os sujeitos, investidos de suas competências e capacidades jurídicas, atuam na função de interpretantes imediatos dos signos jurídicos. Encerram, com sua presença ou existência no preenchimento dos cargos ou funções, a possibilidade de produção de ulteriores substratos linguísticos. A presença dos sujeitos empíricos preenchendo os cargos e exercendo suas respectivas funções consubstancia, em uma ordem jurídica vigente, a própria possibilidade de uma contínua (embora finita) produção de ulteriores significados: a produção de semioses.⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 317.

⁵⁷⁷ ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 65-66.

CONCLUSÃO

1. A Ciência do Direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu objeto e pelo seu método. O distinto objeto da ciência jurídica são as *normas jurídicas válidas* e seu distinto método (ou melhor, técnica) é a *sistematização com base em conceitos*, própria do formalismo conceitual. O sobredito objeto traz à ciência o qualificativo de *dogmática* e o aludido método (ou técnica) traz consigo a denominação de *analítica*. Temos, assim, uma *ciência dogmático-analítica do Direito*.

2. Com a afirmação da dogmática, paulatinamente a tarefa do jurista passa a ser de conferir sistematização aos juízos normativos, esgarçando-lhes os fundamentos até chegar ao positivismo legal, que limita o estudo do Direito à análise da lei positiva. O jurista centra-se na tarefa de construção de conceitos abstratos capazes de captar o Direito posto e organizá-lo sistematicamente.

3. O jusnaturalismo racionalista iniciou a formação da corrente de conceituação abstrata do Direito, com sua concepção sistemática de caráter formal-dedutivo, noções que constituem o âmago da técnica denominada de *formalismo conceitual*. Porém, a consolidação do formalismo conceitual foi resultado tanto da *Escola dos Pandectistas* como de outras duas escolas que a ela correspondem, quais sejam, a *Escola da Exegese* e a *Escola Analítica*.

4. O formalismo conceitual acabou por conferir à ciência dogmática um caráter analítico, uma vez que centrada na formulação de juízos com tal natureza: formais, abstratos e dotados de validade universal. Formou-se, assim, uma ciência que, sobre ser dogmática, é analítica, com enfoque na compreensão do Direito positivado como um sistema, e cuja intelecção se dá com base em juízos formais, racionais e lógicos preordenados à validez universal independentemente das especificidades dos casos a que visam a regular.

5. A sistematização e a conceituação próprias do formalismo conceitual centram-se na análise das regras gerais e abstratas elaboradas pelo Legislador (objeto de estudo) e, num momento posterior, na elaboração de juízos, também gerais e abstratos, sacados dessas mesmas regras (proposições científicas). Tem-se, portanto, uma atividade calcada em uma dupla abstração, porquanto há formulação de juízos abstratos com base em outros juízos abstratos.

6. Essa peculiar visão científica faz um corte arbitrário da realidade jurídico-normativa, abjungindo dois fenômenos que estão imanentemente ligados no mundo do dever-ser: separa as normas gerais e abstratas, postas mormente pelas Casas de Leis em aplicação à Constituição, das normas individuais e concretas, postas mormente pelo Judiciário em aplicação à legislação; dando primazia à análise daquelas em detrimento destas. Assim atuando, o formalismo conceitual apequena a atividade e os juízos elaborados ao ensejo da aplicação do Direito pelos agentes credenciados pelo sistema jurídico, conferindo, ao revés, um papel de sombranceira importância à atividade científica da doutrina.

7. No formalismo conceitual a atividade de aplicação do Direito geral e abstrato é relegada ao segundo plano, como se bastassem, para a inteireza da compreensão da dinâmica jurídica, os modelos de casos e modelos de soluções erigidos pela doutrina com fundamento na legislação. Nesse contexto, é óbvio que não restaria qualquer atividade criativa/normativa a cargo do Poder Judiciário e demais órgãos aplicadores do Direito legislado. Caber-lhes-iam, tão-só, aplicar a lei, por meio de mera dedução lógica dos conceitos normativos, previamente sacados e sistematizados pela doutrina. Fixa-se, assim, a limitação do método jurídico afeto à dogmática analítica tradicional para a análise da atividade normativa a cargo do Poder Judiciário.

8. Emergiram movimentos que buscaram suplantar a técnica jurídica representada pelo formalismo conceitual. Encontra-se subjacente às lições apresentadas por esses movimentos a noção de que um sistema jurídico perfeito, criado no altiplano das regras gerais, dependeria da ausência de ambigüidade e da univocidade dos signos utilizados na linguagem do Direito e da ciência jurídica, como também de uma tipologia cerrada dos casos a resolver. Condições essas que não podem existir no caos da realidade linguística.

9. Um adequado entendimento do sistema jurídico precisa levar em consideração a atividade normativa que existe na aplicação concreta do Direito, o que demanda, por outro lado, investigar as peculiaridades linguísticas que se passam no procedimento que vai da criação do Direito até a subsunção efetiva dos fatos às normas jurídicas.

10. Deve-se, pois, compreender o Direito positivo legislado como um sistema linguístico que visa a atuar, em prol de sua eficácia, numa comunicação concreta, por meio da enunciação de um novo texto a cargo do Poder Judiciário. Entra em cena, então, o método de análise fornecido pela *semiótica*, ou teoria geral dos signos. A semiótica configura método de

indelével importância para o Direito, porque permite, de um lado, analisar a importância da atividade concreta do juiz, destacando o seu papel normativo, e, de outro, não representa um abandono da conceituação e da sistematização do Direito.

11. Exsurtiu, por força dos neopositivistas lógicos, o conceito de semiótica na função de anteparo teórico para o conhecimento reputado científico. O neopositivismo lógico estava centrado na investigação da construção formal e rigorosa das proposições científicas e da relação lógica de verificabilidade destas com os objetos do mundo por ela referenciados. Seria necessário, segundo suas finalidades, curar pela construção lógica e acurada das proposições científicas, a fim de lhes garantir significado preciso, que estaria assentado, de seu turno, numa relação de verificação entre a proposição construída e o fenómeno por ela indicado.

12. O *giro linguístico* indica, em síntese, o movimento do pensamento humano que deu causa ao surgimento e consolidação da filosofia da linguagem, que engloba, num primeiro momento, o neopositivismo lógico e, num segundo momento, evoluiu para uma nova vertente metodológica, em que a filosofia da linguagem se encontra mais centrada no plano de investigação pragmática, com abandono dos ideais essencialistas e descritivos que estavam subjacentes a sua corrente inaugural.

13. As consequências dessa novel visão para o modo de compreender a existência humana e o mundo circundante são notáveis. Por ela, a linguagem deixou de ser espelho da realidade. O homem deixou de ser habitante do mundo físico e passa a inserir-se num mundo linguístico, cultural. A linguagem é, então, o universo humano, de modo que o mundo físico passa a ser acessível ao homem por meio da linguagem, já que os acontecimentos físicos exaurem-se no tempo e no espaço, são fugidios, e só são reconstruídos, resgatados, a partir daquela. Enfim, com o giro linguístico, a realidade para o homem passou a ser um dado linguístico assim como o conhecimento que o ser humano detém sobre ela.

14. A semiótica estuda tanto os sistemas de significação quanto os processos de comunicação. O processo de comunicação se transmuda para um processo de significação diante da existência de um sistema de significação, denominado de Código. Um Código é uma construção semiótica autónoma, com existência abstrata e independente de qualquer ato de comunicação possível que a atualize.

15. Linguagem significa a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistemático é a língua. A língua representa, por sua vez, um sistema de

signos em vigor numa determinada comunidade social, que cumpre o papel de instrumento de comunicação entre seus membros. A fala é o ato de seleção, utilização e atualização da língua.

16. A linguagem se assenta na sua unidade mínima de representação: o signo. O signo configura um ente que tem o status lógico de relação. Nele, um suporte físico se associa a um significado e a uma significação. O neopositivismo lógico busca analisar a linguagem sob três planos de investigação que dele despontam; a saber: (i) o plano sintático (relações dos signos entre si, buscando verificar as regras de formação sintática das mensagens), (ii) o plano semântico (relação dos signos como objeto que ele representa, de modo a analisar a relação de verificabilidade), (iii) e o plano pragmático (relação do signo com os utentes da linguagem).

17. A relação *plano da expressão/objeto referenciado*, com a evolução dos estudos semióticos, deixa de ser mediada por mecanismos particulares da mente humana, para ser algo posto mediante por um sistema de signos convencionalmente estabelecidos, os quais seriam, por sua vez, tudo quanto, à base de uma convenção social previamente aceita, possa ser entendido como algo que está no lugar de outra coisa. Assim, o signo, entendido como aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém, ganha contornos culturais e sociais, e não processos individuais e mentais. O significado seria uma unidade cultural.

18. As linguagens produzidas pelo homem podem ostentar específicas funções no processo de comunicação significativa. Para aferir a função de uma linguagem, é necessário investigar os seus três planos constituintes, notadamente o pragmático. Afora o estudo da linguagem segundo a função, é possível apreendê-la tendo por base o grau e modo de elaboração das mensagens que a objetificam.

19. A palavra *direito* designa, em síntese, o Direito positivo e, outrossim, a ciência do Direito. O Direito positivo é produto da cultura humana, cuja finalidade é influenciar o comportamento humano interpessoal, mediante a imposição de condutas proibidas, obrigatórias e permitidas (modais deônticos), cuja prescrição é imputada sob o acicate da coerção estatal organizada. D'outro lado, há a ciência que visa a estudar esse específico fenômeno normativo, da sua validade até o último estertor de sua eficácia, a qual se denomina usualmente *ciência do Direito*.

20. Essas duas acepções do vocábulo “direito”, quais sejam, normas prescritivas estatais e ciência a respeito de normas prescritivas estatais, representam, ambas, sistemas sociais que se manifestam por meio da linguagem, que é, usualmente, escrita. O Direito positivo, sejam as

normas gerais e abstratas, sejam as normas individuais e concretas, enquadra-se como linguagem técnica. Por sua vez, a linguagem da ciência do Direito é científica.

21. O modelo que propugna pela díade Direito positivo, como linguagem técnica com função prescritiva, e ciência do Direito, como linguagem científica, com função descritiva, é extremamente útil para fincar, de forma inicial, a distintividade da atividade desenvolvida ao ensejo da produção normativa daquele realizada pelo observador ao contemplar as normas jurídicas com pretensão de conhecimento.

22. Assim, o Direito apresenta-se em duas dimensões linguísticas: a dimensão de linguagem prescritiva de condutas, bem como a dimensão descritiva desta primeira, sua metalinguagem, consubstanciada na ciência do Direito. A função da metalinguagem é auxiliar na compreensão da idéia suscitada pela linguagem objeto. Nos quadrantes do Direito não é necessário que a metalinguagem exerça, sempre, função descritiva. De fato, há também metalinguagem prescritiva, como as normas de competência.

23. A correspondência sinal/objeto (significado) é decorrência da existência de um sistema social, e não de uma decisão individual que regra essa relação essencial para o estabelecimento da comunicação significativa. Em suma: a relação de correspondência sinal/significado, num contexto de um processo de significação, deve ser estabelecida por um *sistema de significação* ou *Código*, que une entidades presentes e entidades ausentes, sempre com base em regras convencionais.

24. O Código une *s-códigos* que são sistemas independentes compostos por um conjunto finito de elementos estruturados oposicionalmente e governados por regras combinatórias mediante as quais podem dar origem a liames finitos ou infinitos. Há, num processo de significação, um *s-código* dos significantes e um *s-código* dos significados.

25. Muito embora seja o Código que permita que um processo de comunicação seja alçado à condição de processo de significação, é o arranjo em sistema dos *s-códigos*, isto é, sua estruturação por meio de regras de organização, que torna compreensível um determinado estado de fatos e o faz comparável a outros estados de fatos, preparando, destarte, as condições para uma possível a correlação capitaneada pelo Código.

26. A própria existência da figura *signo* depende da atuação de um Código: qualquer coisa pode ser entendida como signo desde que haja uma convenção que lhe permita ficar no lugar de outra coisa ausente.

27. O signo não é uma entidade física nem fixa. Revela-se, ao contrário, como um “local” encontro de elementos mutuamente independentes, oriundos de dois sistemas diferentes e associados por uma correlação codificante. Propriamente falando não há, pois, signos, mas sim *funções sígnicas*.

28. Apesar das autonomias entre o *s-códigos* entre si e destes para com o Código é certo que o desenvolvimento de um processo de significação é que influencia a construção de todos.

29. A figura do interpretante de Peirce permite avançar em três frentes importantes para a semiótica; que são: (i) retirar o caráter subjetivo do significado, (ii) retirar o caráter referencial do significado, e (iii) trazer à tona o conceito de semiose ilimitada e a complexidade do sistema semântico no processo comunicacional.

30. O significado, num processo comunicacional, decorre de ligações criadas por convenções sociais, seja de forma arbitrária, seja por conta de experiências passadas. Trata-se de uma norma social ou um hábito coletivo, que se instalam na mente dos usuários de um processo comunicacional.

31. O *referente* (objeto a que o signo corresponde) deixa de ter importância para a compostura semiótica de um processo de significação. O campo semântico (*s-código*) passa a auferir autonomia em si, por força de um processo de significados cumulados e ordenados a partir de signos que se autorreferenciam segundo processos abstratamente construídos no seio da sociedade. A *referência* do signo ao objeto não é dependente de qualquer interpretação particular. Estabelece-se, com isso, o caráter exclusivamente linguístico da semântica.

32. Nesse quadrante, o significado de um termo, ou seja, o objeto que o termo denota, é uma *unidade cultural* que *demarca* um campo semântico no sistema de significados.

33. A noção de *interpretante* faz incutir a idéia da existência de uma cadeia de significantes que explicam o significado de significantes anteriores (em uma regressão com potencialidade ao infinito). Nesse específico contexto do interpretante, o significado seria algo fluido, sem contornos precisos. Porém, a unidade cultural não pode ser identificada apenas através dos

seus interpretantes. Deve ser definida como posta num sistema de outras unidades culturais que se lhe opõem ou a circunscrevem.

34. O sistema semântico é formado pelas unidades culturais, que são postas em organização tendo em conta outras unidades culturais em uma relação de oposição. O campo semântico é definido por diferenciações onde um elemento é diferenciado de outro elemento que a ele se opõe. Pode-se falar, de forma simplificada, que o significado seria assim a posição do significante na segmentação do sistema semântico.

35. A relação significante/significado é mais complexa que a ligação linear com uma dada posição no campo semântico. Decerto, o significante se refere a uma rede de posições no interior do mesmo campo semântico, como também a uma rede de posições no interior de outros campos semânticos. Essas posições demarcadas dentro de um mesmo campo semântico, como também dentro de outros campos, são nada mais nada menos que as denominadas, respectivamente, marcas denotativas e conotativas do significado (*semena*), que, em seu conjunto, formam tal figura semiótica.

36. Nenhuma marca semântica (denotativa ou conotativa) realiza por si só a função sígnica: o Código associa um conjunto de marcas semânticas funcionando como um todo indivisível.

37. Na complexidade das linguagens humanas não se pode pensar num Código, mas num sistema de códigos inter-relacionados: o Hiper-código que reúne vários sub-códigos, alguns fortes outros fracos.

38. Norma jurídica é um juízo hipotético condicional, decorrente da significação sistemática dos enunciados jurídicos, onde há uma hipótese conectada a uma consequência por um funtor deôntico: o dever-ser interproposicional, que é, aqui, neutro, ou seja, não modalizado nas apresentações deônticas *permitido*, *obrigatório* e *proibido*. A hipótese refere-se a um evento, dando notas para a sua identificação na realidade (abstração), caracterizando, assim, um enunciado conotativo, que contém usualmente um verbo no infinito. A essa hipótese imputa-se (o legislador) uma consequência, que é uma relação jurídica, onde verificamos a presença de um direito e de um dever, ambos referidos a um mesmo objeto. Rigorosamente, tem-se que o conseqüente abriga, na verdade, não uma relação jurídica efetivada, mas sim critérios que auxiliarão o aplicador dessa norma a compor uma relação jurídica.

39. A descrição do parágrafo anterior é de uma *norma geral e abstrata*, que se encontra no cume do processo de positivação jurídica. Tal estrutura apresenta critérios para a identificação de um evento, que se tornará, pela formalização linguística, um fato jurídico (concretude), autorizando a constituição da relação jurídica, que não é mais efectual, mas sim real, apresentando um dever-ser intranormativo modalizado (*permitido, proibido e obrigatório*), onde se encontra determinado o sujeito passivo, o sujeito ativo e o objeto de uma relação jurídica (individualidade). Essa última é a denominada *norma individual e concreta*.

40. Nota-se, portanto, que normas jurídicas não são os textos nem o conjunto deles, mas os *juízos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos*.

41. Em consonância com a noção de que o Direito advém de um processo formalmente regulado que visa a sua constituição está a percepção da dinâmica da produção das normas jurídicas como autêntico *ato de fala*. A linguagem é usada para criar normas.

42. A enunciação jurídica trata da representação das ações humanas na realidade fenomênica tendentes à produção de enunciados prescritivos. A enunciação não é totalmente livre de amarras, mas, ao contrário, é regulada por normas de estrutura que outorgam competência, estabelecem o procedimento e delimitam a matéria a ser veiculada.

43. Da enunciação resulta o documento normativo no qual está reduzido em linguagem competente o enunciado prescritivo, que, por sua vez, subdivide-se em enunciação-enunciada e enunciado-enunciado, cada um com o próprio campo de significação.

44. Os documentos normativos são de fundamental importância porque formalizam em textos escritos as marcas, os dêiticos de tempo, espaço e autoridade do processo de positivação, tão caros à cognição da validade das normas jurídicas produzidas. A enunciação-enunciada documenta a maneira como ocorreu a aplicação da norma de estrutura limitadora da enunciação.

45. Junto da enunciação-enunciada no documento normativo se encontra o enunciado-enunciado responsável pela conversão em linguagem da matéria que se pretende ver observada nas relações jurídicas a serem travadas pelos sujeitos de direito. Portanto, o enunciado-enunciado que cumpre o papel de apresentar o suporte físico necessário à elaboração de juízos hipotéticos condicionais que podem ser abstratos ou concretos no antecedente e gerais ou individuais no conseqüente.

46. A *capacidade processual* é o poder, conferido pelo ordenamento jurídico aos cidadãos, que não auferem a qualificação de agentes estatais, para a produção de enunciados jurídicos.

47. Na capacidade processual, em um primeiro momento, a atuação da vontade atuará como o impulso inicial do procedimento de enunciação normativa, delimitando, também, por meio do pedido, a possível compostura do enunciado a ser lançado. Percebe-se, assim, que nesse primeiro momento há aspectos da capacidade negocial, porquanto o agente, por sua potestade, dá início à produção normativa, como também delimita o conteúdo possível da norma em produção. Contudo, não há a mesma liberdade na confecção do produto, pois, além de a atividade em foco visar a concretizar, normalmente, uma sanção previamente estabelecida, quem irá compor o enunciado será o órgão jurisdicional tendo como parâmetro a lei. Já num segundo momento, a atuação volitiva ligada à capacidade processual assemelha-se à capacidade de ato jurídico *stricto sensu*, uma vez que, na feitura dos atos jurídicos processuais no bojo do processo, essa vontade emitida terá como objeto apenas a composição do ato, cujos efeitos decorrem da lei.

48. O primeiro aspecto da capacidade processual é a possibilidade de seu portador emitir vontade juridicamente qualificada. Essa vontade exalada é, em última análise, fato jurídico de uma norma, que tem, como consequência, o dever do Poder Judiciário de confeccionar uma outra norma em que estarão situados, em caso de análise do mérito, o autor e o réu da demanda apresentada, por intermédio da aplicação da norma de produção normativa que disciplina o uso de sua competência. A partir dessa externalização de vontade, a atuação primordial tendente à produção jurídica é a do magistrado, tornado, até certo ponto, secundária a atuação do autor da demanda, e totalmente prescindível do réu da demanda.

49. Há uma norma que tem como antecedente a manifestação volitiva de uma pessoa portadora da capacidade processual, por intermédio de uma determinada forma, qual seja, a petição inicial, e no conseqüente o dever do judiciário de prestar a tutela jurisdicional, que tende, *conquanto nem sempre consiga* (dever de meio, não de fim), a gerar uma norma jurídica. Essa norma é uma norma de conduta com status constitucional, sendo veiculada pelo art. 5º, XXXV, da CRFB de 1988. Por sua vez, o dever de exercitar a competência jurisdicional faz com que o magistrado aplique a norma de produção normativa que regula a sua competência jurisdicional. Essa norma tem como antecedente um órgão qualificado: o juiz/tribunal. Um produto qualificado: a sentença/acórdão. E um procedimento qualificado: o processo civil. O conseqüente prevê a colocação de um enunciado-enunciado, onde se

constitui uma norma jurídica concreta, lançada por intermédio de um veículo introdutor (sentença) que institui o dever de respeito àquela.

50. O ato inaugural da capacidade processual é fato jurídico para inúmeras normas, quer de direito material, quer de direito processual, formando uma situação jurídica complexa, pois engloba várias relações jurídicas enfaixadas por conta de uma relação jurídica central que estabelece o início e fim comum de todas essas outras relações: a relação jurídica processual.

51. Podem ser identificadas no suporte físico produzido pela atividade jurisdicional duas regras de direito bem delimitadas pela enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado.

52. Na esfera judicial, enquanto a enunciação representa toda a concatenação fenomênica de atos procedimentais de postulação, saneamento, instrução e julgamento perpetrados ao longo do tempo e espaço, a enunciação-enunciada se consubstancia na redução a termo nos autos do processo judicial da aplicação/incidência das normas processuais de estrutura gerais e abstratas estabelecidas pelos Códigos de Processo objetivados. Daí a necessidade de um mínimo de formalização da relação processual para que se permita o controle de validade formal do ato judicial. Ao lado da enunciação-enunciada das normas processuais estão os enunciados-enunciados também como fruto da positivação, mas que por sua vez refletem a aplicação/incidência das normas de comportamento ou de revisão sistêmica notadamente individuais e concretas ou gerais e concretas (sempre concretas, portanto).

53. Chega-se à conclusão de que na sentença/acórdão a enunciação-enunciada está intimamente ligada às normas jurídicas de competência e procedimentos firmados nos códigos de processo, e o enunciado-enunciado se vincula aos outros ramos do Direito, especialmente às regras de conduta e de revisão sistêmica. Portanto, não se pode negar que os juízes criam normas ao aplicarem as regras processuais superiores e reverterem em linguagem competente os eventos descritos nas regras jurídicas de conduta ou revisão sistêmica, resolvendo dessa forma as demandas postas sob o crivo do Poder Judiciário.

54. Encontra-se no cerne da definição da entidade norma jurídica uma *função*, que liga um determinado segmento do sistema sintático (plano da expressão) a um determinado segmento do sistema semântico (plano do conteúdo). Em outras palavras, a norma jurídica configura uma relação entre textos prescritivos válidos e juízos jurídicos racionalmente construídos.

55. A norma jurídica é um *signo* já que incorpora uma *função sígnica*. Trata-se de um ente relacional que liga elementos de um sistema veiculante (textos jurídicos válidos) a elementos de um sistema veiculado (significações convencionalmente estabelecidas pela comunidade jurídica como válidas). É nesse quadrante que desponta a denominada norma jurídica como *função sígnica*, donde se concluir que os seus elementos sintáticos e semânticos tornam-se, ambos, *funtivos* da correlação que lhe conformam a identidade.

56. Na comunicação desenvolvida na seara do Direito, norma jurídica é expressão que não é utilizada apenas para identificar a relação *texto/juízo* acima descrita. Em certos casos, com seu uso, quer-se fazer referência: (i) a uma específica organização do sistema sintático do Direito positivo; ou (ii) a uma específica unidade do sistema semântico. A plurivocidade é ainda mais usual no que diz respeito às unidades do plano da significação que compõem a norma jurídica acima descrita, que seriam os juízos sistematizados, organizados de forma bimembre: hipótese fática que implica uma consequência relacional. A razão primacial, para tanto, é que essa unidade do plano do significado configura, também, um *signo*, já que sua função é relacionar um plano dos significantes a um plano de significados. Adentrando nas minúcias desse signo jurídico, tem-se que ele faz a vinculação da linguagem da realidade fática a significados prescritivos determinados, que configuram seu objeto, e modalizam a conduta humana em proibida, permitida ou obrigatória.

57. A questão que se impõe, ao analisar a produção normativa do Judiciário, é saber se nos processos judiciais são produzidas novas normas jurídicas, no sentido de novas mensagens prescritivas dantes não produzidas e que estejam fora de um contexto de mera aplicação de outras pré-existentes. Aqui entra em cena um panorama estático da atividade de produção normativa, ligado, portanto, ao conteúdo e à liberdade de interpretação dos magistrados.

58. Inicialmente, tem-se que os agentes juridicamente competentes, ao emitir os atos de fala, efetuam mudanças no sistema sintático que preside o processo de comunicação significativo do Direito. Com efeito, a cada novo enunciado introduzido, o sistema dos significantes é alterado, pela introdução de novas unidades constituintes.

59. O Direito utiliza os significantes das linguagens idiomáticas como plataforma para as suas peculiares construções linguísticas. Nada obstante, a autonomia e a especificidade do sistema jurídico fazem com que o arranjo sintático do plano dos significantes do Direito ultrapasse esse nível gramatical e morfológico da língua nacional. A fim de organizar o repertório

sintático da linguagem idiomática para os fins específicos do Direito, adiciona-se uma regra sintática indispensável, que consiste no arranjo dos elementos do *s-código* dos significantes sob a batuta da estruturação lógica bimembre da *norma jurídica*. A estrutura sintática da norma jurídica, na qual uma hipótese implica uma consequência, deve organizar os elementos textuais do Direito.

60. A forma hipotético condicional do juízo normativo é, pois, um critério de ordem do *s-código* dos significantes do Direito. A estrutura sintática do juízo normativo molda e limita a potencialidade comunicacional que exurgiria do encontro das linguagens naturais e científicas acolhidas pelo Direito positivo, fazendo com que cada ato de fala dos agentes competentes crie novas unidades sintáticas do Direito positivo, com identidade própria em face das palavras do vernáculo utilizadas e em face das demais segmentações do respectivo sistema.

61. Da afirmação de que a atividade de enunciação jurídica resulta na formação de novas unidades sintáticas não se avança facilmente para a conclusão de que tais agentes também produzem novas unidades do sistema semântico.

62. A distinta ordenação sintática do fenômeno jurídico e o seu peculiar vetor semântico permeiam os significados fixados nas linguagens utilizadas pelo discurso jurídico (linguagem ordinária e linguagem científica), adicionando-lhes particulares *semas*. As unidades comunicacionais da língua portuguesa, quando situadas na amplitude do discurso jurídico, ganham novos significados por conta: (i) do contexto em que elas se inserem, (ii) do sentido de dever-ser que a elas se imputam, (iii) do direcionamento para regulação das condutas humanas, (iv) do seu peculiar posicionamento dentro da estrutura normativa, e (v) do contado com outros sememas manipulados pelo Direito.

63. Os agentes competentes do sistema jurídico não são meros emissores de mensagens segundo sistemas previamente estabelecidos (tal qual ocorre na comunicação assentada na linguagem ordinária), tendo o seu labor comunicacional o desiderato de efetuar a própria criação dos sistemas sintático e semântico do Direito positivo. Ocorre que, ao assim proceder, os agentes habilitados para esse processo criativo de significantes e significados jurídicos estabelecem, igualmente, as regras que possibilitam a ligação das unidades de um sistema às unidades do outro sistema. Isto é, o arranjo do sistema sintático e do sistema semântico por parte dos agentes competentes dá azo à criação do próprio Código jurídico, enquanto conjunto de regras que vinculam significantes aos significados jurídicos (normas jurídicas).

64. Na criação linguística do Direito, engendra-se o sistema sintático já com atenção à criação de um específico sistema semântico, e segundo regras de correlação e estruturação (Código) capazes de propiciar a comunicação almejada.

65. A institucionalização dos sistemas de significantes e de significados, como também do Código, que governam a linguagem jurídica, se dá, de forma inaugural, com a edição de um ato preñado de simbolismo e carga valorativa, essencial para a organização jurídica e política de uma dada sociedade, que é a criação de uma *Constituição*. O Poder Constituinte, órgão legiferante que estabelece a Constituição, cria de forma inaugural um sistema de significantes e um sistema de significados e um Código que relaciona um ao outro. Inaugura-se com ela o sistema linguístico do Direito, cujo caráter institucional é decorrência do conteúdo de uma norma hipotética fundamental.

66. O Código jurídico é elaborado com liberdade pelos agentes habilitados no mais alto escalão do ordenamento jurídico, com assento na linguagem natural e científica, notadamente aquela oriunda do discurso da ciência do Direito. E aqui temos o Código como fruto de uma convenção social, ainda que apenas poucos sejam os agentes emissores, porque sua institucionalização se opera com a simples enunciação válida no altiplano da Constituição e, igualmente, da lei, em decorrência necessária da autonomia do sistema do Direito positivo em face dos demais sistemas sociais.

67. O Código jurídico depende de sua aplicação concreta, por parte de outros agentes para que a vinculação texto-juízo prescritivo possa se fazer prevalente. Em outras palavras, há que existir uma efetiva comunicação jurídica (isto é, atos de fala), que utilize o Código estabelecido pelo legislador.

68. Apesar da importância da atuação dos magistrados no processo de vivificação da linguagem jurídica, de modo a estabelecer, de fato, a relação sgnica entre texto e juízo prescritivo que compõem a norma jurídica geral e abstrata, tem-se que seus atos de fala devem guardar obediência ao Código jurídico fixado.

69. Os membros do Poder Judiciário são, via de regra, usuários de um Código criado pelo legislador, e não criadores de um sistema comunicacional. Utilizando os conceitos semióticos, pode-se dizer que os magistrados promovem atos de fala (decisões judiciais) por meio de uma língua estabelecida, que é o sistema jurídico engendrado pelo legislador, cuja desenvoltura

tem o efeito de sedimentar e esclarecer as relações estabelecidas pelo respectivo Código diante das ocorrências concretas.

70. Os atos de fala dos magistrados introduzem novas unidades sintáticas no ordenamento do sistema do Direito positivo, mas do ponto de vista do conteúdo prescritivo previsto nos juízos hipotéticos condicionais (soluções normativas), sua atividade representa um processo comunicacional de redundância. Isto é, eles produzem novos significantes, mas que se ligam ao mesmo juízo normativo que se situa no *s-código* dos significados do Código jurídico.

71. A redundância, no bojo de um processo significativo, apesar de não representar qualquer informação nova, é fundamental para a exatidão da mensagem original e mesmo para a sua própria ocorrência, facilitando, destarte, a sua decodificação, fornecendo um parâmetro para identificar possíveis erros e imprecisões na comunicação.

72. Chega-se, pois, à conclusão de que os magistrados, em sua atuação ordinária e corriqueira, não têm o condão de criar normas jurídicas novas, assim entendidas como (i) novas relações de textos prescritivos a juízos normativos (que compõem o Código jurídico criado pelo Legislador) e (ii) novas unidades do sistema semântico, isto é, juízos normativos (hipotético condicionais que regulam as condutas humanas). Mas têm, ao revés, o condão instituir nova relação de correlação entre os significantes que produz (enunciado-enunciado) e as unidades semânticas já estabelecidas no Código jurídico, numa operação de redundância (novo significante mesmo significado), criando, destarte, novas funções sígnicas, ou seja, novos signos. E, nesse último sentido, pode-se dizer que produzem novas normas jurídicas, enquanto correlação entre texto e significados jurídicos.

73. A averiguação da observância da preconizada vinculação do juiz ao legislador implica saber como se opera o conhecimento/interpretação do sistema linguístico por este engendrado. O que se impõe na hipótese de aferição da validade das decisões judiciais é identificar as funções sígnicas, ou seja, as normas jurídicas que podem ser sacadas dessa linguagem.

74. Compreender o Código jurídico em suas relações entre textos e juízos é atividade espinhosa por conta: (i) da influência dos outros códigos por ele acolhidos; (ii) da necessidade de observância das estruturas lógico-formais imanentes da estruturação sintática do fenômeno jurídico; (iii) do vetor semântico que lhe é peculiar; (iv) do caráter embaçado das regras relacionais do código, que somente se sedimentam com a aplicação prática da língua criada ou a partir da metalinguagem.

75. A despeito desses fatores, tal tarefa interpretativa é plenamente possível, notadamente diante da prática de inteligência desenvolvida, num contínuo histórico, pela metalinguagem do Direito.

76. Entender a interpretação como um processo no qual o sentido das mensagens legisladas é criado tão-somente ao ensejo da aplicação concreta é ferir de morte a existência de um Código jurídico estabelecido pelo Legislador.

77. Quanto ao papel da vontade do Legislador, é obvio que ela não pode ser descurada, principalmente porque o que se tem, nesse caso, é a emissão de mensagens prescritivas, atos de vontade, portanto. As normas legisladas não são descrições, nas quais a vontade do emissor é apequenada, mas sim prescrições, ordens, onde a vontade do emissor é determinante. Há uma vontade comunicacional ao se elaborar uma lei; e não se pode menosprezar isso, sob pena de a única intenção significativa ser do aplicador-juiz.

78. O legislador utiliza Códigos da linguagem natural e de linguagens técnicas, manejando significantes cujos significados possuem certa estabilidade, no caso da linguagem ordinária, e alta estabilidade, no caso das linguagens técnicas. Desse modo, a vontade cristalizada na eleição dos termos pelo legislador deve ser levada em consideração.

79. Ademais, a própria organização dos preceitos em artigos, *caputs*, alíneas, parágrafos e quejandos dá conta da vontade prescritiva do legislador.

80. O contexto fático no qual se emitiu a mensagem prescritiva legislativa, e em relação a qual esta se dirige, ratifica a importância da apreensão da vontade do Legislador, na medida em que as normas jurídicas visam a regular específicas situações fáticas, de modo que o estudo desse contexto permite precisar a sua vontade.

81. O auxílio das noções provenientes da *dinâmica do significado* permite esclarecer o papel da vontade do legislador na decodificação das mensagens prescritivas. Nessa ótica, tanto na visão da comunicação como significados transmitidos de forma acabada, quanto na visão que vislumbra a mensagem como mero arcabouço significativo, a intenção comunicacional do emissor da mensagem deve ser levada em conta no ato de decodificação.

82. A *dinâmica do significado* impõe a projeção da intenção do legislador na feitura dos textos jurídicos, o que deve passar pela fixação do contexto semiótico presente nessa comunicação, panorama que pode ser construído e analisado de forma abstrata no âmbito

jurídico, ou seja, independentemente de cada caso concreto de aplicação. Por conta disso, na interpretação do Direito, a vontade do juiz é constrangida pela vontade do legislador, seja qualquer for o modelo dinâmico adotado.

83. De toda forma, o Código linguístico altamente especializado que caracteriza o Direito positivo é formado por frases prescritivas, com estruturas sintática e semântica complexas, que devem ser aplicadas em processos de comunicação de forma repetitiva e igualitária. Desse modo, é intuitiva a necessidade da existência de um processo de assentamento da interpretação de seus significantes mais sólido que a mera possibilidade de projeção da vontade do legislador por parte do juiz-aplicador para cada caso específico a julgar.

84. Assim, mais que uma atividade subjetiva e pontual de busca da vontade do legislador por parte do aplicador, tem-se, na aplicação do Direito, que essa vontade normativa já se encontra assentada por um Código jurídico, que, na condição de verdadeira língua, é uma instituição cultural objetiva que se mostra infensa à alterações subjetivas.

85. A metalinguagem jurídica põe às claras as relações significante/significado que dão vida ao Código jurídico. A linguagem na função metalinguística é, então, que expõe e sedimenta o Código jurídico (linguagem-objeto) em sua gramática e lexicografia, na medida em que sua função é auxiliar na compreensão de seus destinatários da idéia suscitada pela linguagem objeto, seja da mensagem por ela veiculada seja do contexto comunicacional na qual a linguagem de que se fala está inserida.

86. A função metalinguística da jurisprudência não decorre da inteireza enunciativa das decisões judiciais. Realmente, a constituição do fato jurídico e da respectiva relação jurídica, que compõem o enunciado-enunciado posto pelo Judiciário em sua estrutura hipotético condicional, não pode ser considerada como metalinguagem, já que tais elementos são componentes da própria linguagem-objeto do Direito, ostentando insofismável função prescritiva. É, em verdade, no juízo de conhecimento exposto na fundamentação jurídica das decisões judiciais que encontramos uma linguagem com função descritiva (e muitas vezes também retórica), que visa a reconhecer a existência e a regência de determinada norma jurídica para regular específica situação fática, cuja ocorrência fora verificada no processo.

87. A argumentação jurídico-judicial funciona como uma metalinguagem da norma concreta a ser posta e, via de consequência, do próprio Código jurídico. Esse juízo de conhecimento do

Código jurídico feito pelo magistrado, que configura elemento da fundamentação da sentença, é o que se chama comumente de *ratio decidendi*.

88. O sistema do Direito positivo, em decorrência de sua autonomia em face dos demais sistemas sociais, deliberadamente optou por dar primazia à metalinguagem que caracteriza a jurisprudência em diversas situações de sua aplicação, conferindo caráter vinculante, não mais apenas aos dispositivos das decisões judiciais, mas também à *ratio decidendi*.

89. As súmulas vinculantes constituem mensagens com considerável função prescritiva, que não se encontra conectada a uma decisão de um caso qualquer, não possuindo, outrossim, caráter de convencimento retórico sobre uma determinada forma de conclusão. Diante de seu caráter abstrato, prescritivo e vinculante, conclui-se que é bastante controversa a consideração das súmulas vinculantes como metalinguagem jurídica, já que possível entendê-las como unidade da própria linguagem prescritiva do Direito.

90. As metalinguagens jurídicas, intra e extra-sistêmicas, têm o escopo decisivo de *determinar a inteligência* do Código jurídico, atuando também em *prol de seu funcionamento escorreito*, como bem demonstram as normas que regulam a produção normativa, a interpretação e a resolução de antinomias. Tem-se, por certo, que constroem a interpretação do juiz tanto a vontade do legislador quanto o repositório de metalinguagens acima descrito.

91. Mesmo continuando preso às atividades de caráter ordinário e ancilar dos magistrados nos processos subjetivos postos ao seu crivo, tem-se que as decisões nesse contexto dimanadas não podem ser consideradas como puras mensagens redundantes.

92. Há, na atividade judicial, os próprios juízos factuais, que se desenvolvem buscando informações de eventos que são pertinentes para o Direito, mas cuja interpretação não está sobejamente disciplinada pelo Código jurídico. Tais juízos, apesar de serem elaborados com arrimo em um Código, sobejam às informações supeditas por tal conjunto de regras linguísticas, quando da análise de um dado conteúdo.

93. O juízo factual, nos quadrantes do processo judicial, faz-se por meio da atividade probatória. Assim, juízo inovador que pode despontar da atividade jurisdicional reside em grande medida na tarefa que visa à constituição linguística do fato jurídico. Isso porque o Código da linguagem do Direito não dá conta de regradar a relação entre os sinais comunicacionais que deverão ser trazidos ao juiz por meio das provas reguladas no Capítulo

VI do Código de Processo Civil e os seus respectivos significados. Ao encetar a atividade probatória, o Juiz é livre para aferir se os eventos alegados existiram ou não, como também para qualificá-los juridicamente.

94. A liberdade dos magistrados na elaboração dos juízos factuais configura um exemplo da denominada *criatividade governada pelas regras* do Código, já que (i) os magistrados sempre esmerilharão os eventos com anteparos nos fatos conotativamente estabelecidos no Código jurídico; (ii) devem fundamentar o porquê da específica qualificação jurídica dos eventos; (iii) as legislações processuais estipulam os meios de prova aptos a levarem sinais que podem ser validamente acolhidos na fundamentação das decisões judiciais; (iv) existem as próprias incursões que o Direito faz no aspecto subjetivo da prova; e (v) a própria experiência colateral extrajurídica é regulada pelos códigos processuais.

95. A atividade de constituição do fato jurídico representa a *chave* que permite a liberação dos efeitos previstos nesse específico sistema. Mais que isso, a novidade dos juízos factuais em face ao Código pode ainda, em determinados casos e segundo certos procedimentos, influenciar a própria configuração de tal sistema linguístico, numa relação de feedback, que ajuda a precisar os campos semânticos ali detalhados.

96. A atividade enunciativa dos magistrados não visa tão-somente a espancar um estado de incertezas acerca do conteúdo da mensagem prescritiva veiculada no Código jurídico. Há, também, o escopo de eliminar lides. E, no ponto sob enfoque, entra, em toda a sua pujança, o eixo pragmático da atuação enunciativa do magistrado, que visa com seus atos de fala a resolver um conflito de interesses concreto em prol da pacificação social, tornando uma solução normativa geral e abstrata uma solução normativa individual e concreta. Esse aspecto configura uma determinante não codificada da interpretação da linguagem jurídica.

97. Os atos de fala prescritivos dos magistrados configuram uma função conativa em face dos signos postos pelo legislador e da atividade probatória que desempenha nos processos judiciais. Dessa forma, os juízos tomam o plano da significação dos Códigos jurídicos (normas abstratas) e o plano da significação que deflui da atividade probatória (assertos semióticos), para construir uma nova significação: a norma jurídica individual e concreta. Tal norma é, basicamente, um juízo redundante em relação ao Código jurídico e um juízo novo em relação ao fato social, uma vez que a este imputa uma qualificação jurídica.

98. As normas individuais e concretas configuram um *subcódigo* em relação ao Código jurídico instituído pelo legislador, que seria o código-base, servindo, em sua normal finalidade reprodutiva de mensagens (redundância), para aclarar o que o próprio Código jurídico estabelece no altiplano de suas significações.

99. O enfoque semiótico representa um reforço à metodologia do formalismo conceitual. Operando o conceito de processo de comunicação, de Código e de usuário de um Código estabelecido, a visão formalista ganha novos e robustos fundamentos, até porque a semiótica avança para a análise dos atos de fala concretos a cargo do Poder Judiciário.

100. Do ponto de vista lógico, a sentença corresponde a um silogismo, em que a *premissa maior* constitui a previsão normativa; a *premissa menor* são os fatos; e a conclusão é o resultado da operação realizada pelo juiz, mediante a subsunção dos fatos à regra legal. Do ponto de vista semiótico, a sentença configura um ato de *decodificação* do Código jurídico posto pelo legislador e um ato de *codificação* da mensagem prescritiva veiculada na norma concreta, segundo procedimentos formalmente estabelecidos. A sentença é, assim, uma decodificação da mensagem legislativa, para a qual o juiz é destinatário, e, por outro lado, uma codificação da mensagem prescritiva concreta, na qual o juiz atua como emissor e as partes do processo, como destinatários.

101. A sentença veicula um ato de conhecimento (decodificação) e um ato de vontade (codificação). Assumida a premissa da existência de atos de conhecimento e de vontade nas decisões judiciais, tem-se que os primeiros são externados nos fundamentos da sentença, por meio do qual o magistrado expõe a construção dos seus juízos, pontuando o seu conhecimento acerca dos fatos alegados e das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico.

102. Fixadas as razões fático-jurídicas, cuja elaboração é regrada pelo Código jurídico em vigor, e dada a vinculação do magistrado, nos seus atos de fala, a tal linguagem, conclusão apodítica é a de que deve haver uma correlação entre o juízo de conhecimento (motivação) e o juízo de decisão (dispositivo) externados na sentença, ou seja, deve haver uma relação de subordinação entre a sistematização do Direito posto conforme o Código estabelecido pelo legislador e a decisão judicial corporificada no dispositivo.

103. A compreensão do Direito positivo como um Código traz à tona a questão da mutação das línguas. Todo Código, por ser fruto de um sistema de convenções, está apto a sofrer inovações e mudanças. Transformações essas que decorrem tanto de ingerências diretas e

fixadas de pronto por agentes competentes no plano abstrato do sistema linguístico, quanto em razão de atos concretos de fala, que, em seu caráter inovador, vão ganhando aceitação paulatinamente pela comunidade linguística até redundar num novo registro no Código.

104. A premissa de que a norma jurídica constitui um *signo*, ou seja, uma relação entre significantes e significados, faz com que o fato de o Poder Judiciário não criar significantes no plano das normas abstratas não implique, necessariamente, que tal órgão não possa alterar, mediante sua atividade concreta, os sistemas de significados que se situam em tal nível. Resultando, ao fim e ao cabo, na transmutação do próprio signo abstrato objeto de aplicação.

105. Há preceitos jurídicos que compõem o sistema do Direito positivo que autorizam os órgãos do Poder Judiciário a emitirem mensagens prescritivas que não correspondam a reproduções redundantes das mensagens que dele já constam. Nesse ponto, a atividade dos juízes pode ser considerada inovadora, pois não está vinculada, pelo menos não no campo material, ao sistema de significantes e significados postos no respectivo Código.

106. O mais comum caso de inovação normativa judicial autorizada pelo Direito é a colmatção de lacunas. Em tais hipóteses, o juiz confeccionará norma individual e concreta, segundo os métodos previstos na legislação, mas cujo conteúdo prescritivo não se encontrava presente no conjunto de mensagens que compõem o Direito positivo em sua apresentação abstrata. Tais atos de fala prescritivos não repercutem na organização dos sistemas abstratos que compõem tal sistema linguístico. Desse modo, a superação de lacunas consiste na criação de uma mensagem prescritiva que não representa uma redundância do Código jurídico, mas que, por si, em nada influencia na organização convencional de tal sistema linguístico.

107. Há a possibilidade de os órgãos judiciais, mais que ostentarem liberdade frente ao Código jurídico legislado, influírem diretamente na estruturação dos signos que os compõem, exercendo, destarte, atividade inegavelmente criativa sobre os sistemas dessa linguagem abstrata. Essa competência pode ser identificada facilmente quando se depara com os sistemas de controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, já que por meio de tais procedimentos judiciais ocorre a retirada de segmentos dos respectivos sistemas de significantes e/ou significados.

108. A edição de súmulas vinculantes também pode ser considerada caso típico de inovação judicial no Código jurídico, diante da atual redação do art. 103-A da CRFB.

109. As conclusões acima esposadas centram-se numa análise preponderantemente formal, estruturante e abstrata da comunicação jurídica. Ocorre que, como fenômeno cultural, a linguagem jurídica, se pode (e deve) ser estudada de forma estática e rígida, a este aspecto não se limita.

110. No contexto da pragmática, não mais se atribui ao Código uma posição central e preponderante na comunicação. Pelo contrário, centra-se na utilização efetiva da linguagem, onde reina a sua dinâmica, com seus atos de fala concretos situados dentro de um contexto específico. Ocorre uma mudança de um paradigma formal para um paradigma funcional.

111. Dentro de todas as possibilidades de uso do Código jurídico, é a utilização efetuada pelos membros do Poder Judiciário que mais importa à comunicação jurídica. Por ser a linguagem confeccionada pelos magistrados um *subcódigo* em relação ao Código posto pelo legislador, há, inevitavelmente, uma tensão originada por aquele em favor da variação linguística neste último.

112. O magistrado não pode ignorar os juízos de conhecimento do Código jurídico já institucionalizados pela respectiva comunidade linguística, em relações aos quais, por ser agente com competência para falar com validade em tal língua, deve ter ciência. Nada obstante, o caráter dinâmico da linguagem, inclusive a jurídica, torna possível que determinado uso concreto possa, ao fim e ao cabo de certos procedimentos, auferir institucionalização suficiente para ser validamente imposto a seus imediatos destinatários, como também para alterar o próprio Código de regência.

113. Emerge, assim, no âmbito jurídico, uma dissociação dos juízos de conhecimento do Código com os juízos de decisão na aplicação concreta de tais mensagens. Dissonância que nada mais representa do que a feitura de uma norma concreta ainda não divisada ou aceita pela comunidade linguística do Direito.

114. Ainda que o contexto de aplicação do Código jurídico seja previamente projetado pelo seu emissor, a incidência do Direito na realidade, complexa e multifacetada, pode gerar dúvidas de que as soluções normativas previstas no Código jurídico em vigor são adequadas para decidir o conflito social em julgamento com o mínimo de perturbação social possível.

115. O contexto mais que determinante para o conhecimento do Código jurídico é determinante para a elaboração de juízos de decisão que deles se afastam. O caso concreto e a

solução que deve a ele ser dada formam, então, o contexto primacial dessa atuação linguística, em todos os seus planos de apresentação. A questão é mais que uma simples dificuldade de se conhecer as mensagens do Código jurídico, mas sim de, diante do conhecimento delas, poder ignorá-las, a fim de construir outras não-redundantes.

116. Diante da institucionalização do Código jurídico pelo legislador, cuja rigidez é reforçada pela consolidação levada a cabo pela metalinguagem que dele cuida, abrem-se dois caminhos para a busca de alterações das normas concretas a serem postas em face das normas abstratas que configuram o Código: (i) ou se altera a relação codificada que configura o signo-norma; (ii) ou se altera a relação signo-palavra – que é o “reino” dos conceitos jurídicos. Como a força do Código está centrada principalmente na regras estruturais que conformam o signo-norma, principalmente porque da formulação de conceitos não se ocupa usualmente o legislador, tem-se que uma saída mais fácil, do ponto de vista argumentativo, para possibilitar a atividade criativa do Judiciário é a manipulação dos conceitos jurídicos.

117. Sistema é um método linguístico de organização da realidade, que se dá pela inclusão de elementos em uma classe, que se subordinam a determinado critério definidor dessa mesma classe. Sistema é uma palavra de classe.

118. Quando se analisa os critérios de uso de uma dada palavra, fica-se diante da conotação da palavra. Conotação é assim o critério de uso de uma palavra de classe. Por ter cunho eminentemente conotativo, a palavra de classe não denota nenhum elemento da linguagem da realidade, muito embora seja referência para a denotação. Noutro giro, quando um determinado elemento (linguagem de um objeto) se enquadra ao critério definatório de uma classe (ou sistema), ou seja, quando estamos diante de uma relação de pertinencialidade do objeto à classe, estaremos diante da denotação.

119. Promove-se a sistematização do Direito (no que se refere ao plano dos significados) a partir do estabelecimento da *conotação* de determinados conceitos jurídicos (palavras de classe) e, posteriormente, efetiva-se a busca de sua *denotação*, classificando-se a linguagem do Direito positivo. Qualquer fixação de um conceito teórico implica sempre a sistematização do Direito positivo no plano dos significados dos signos-palavras.

120. Os conceitos teórico-jurídicos não atuam tão-somente como instrumento de conhecimento do Direito, mas também como instrumentos de decisão. Mais que um mero

saber contemplativo, o conhecimento do Direito pelos magistrados constitui um saber tecnológico, pois visa a criar condições para a ação: a decisão do caso concreto.

121. Com pequenas alterações nas conotações e denotações dos conceitos jurídicos, o aplicador do Direito pode levar o caso concreto a se relacionar com diferentes subsistemas normativos, alterando de forma contundente a regulação da conduta humana. Destarte, como quem dá a conotação dos conceitos jurídicos é o jurista, tem-se que a construção dos conceitos é um método para entender e para, de certa forma, se manipular o Direito positivo, atividade que atua como calibração do sistema. Evidencia-se, assim, que na aplicação do Direito os conceitos previamente elaborados pela ciência dogmática servem como importante instrumento de decisão, uma vez que é esse instrumental teórico que possibilita ao jurista efetuar uma ligação maleável entre o caso e a norma jurídica.

122. A liberdade por parte do juiz-aplicador possui limites e, para prevalecer realmente no caso concreto, deve ser submetida a certos procedimentos.

123. De antemão, encontra-se o limite lógico-formal da apresentação sintática necessária do fenômeno jurídico-normativo na relação hipótese/consequência.

124. Já num contexto semântico, tem-se que o primeiro, e mais evidente, limite é o próprio texto positivado. Todos os signos utilizados por determinada língua portam uma *significação de base*, cujo desprezo acarreta sério prejuízo à força ilocucionária e perlocucionária da mensagem emitida. A segunda coartação semântica é ligada ao método de definição de um conceito. Definir um conceito não é atividade isolada. Ao revés, um conceito exsurge no contexto de uma língua, apenas aferindo sentido por meio de uma inter-relação sistêmica com o significado de outros signos. O postreimeiro limite decorre da própria logicidade que é imanente ao fenômeno jurídico, condição que repele a imprecisão nos conceitos utilizados pela comunidade jurídica: o Direito deve se prestar a uma interpretação racional.

125. Mesmo que observados todos os limites sintáticos e semânticos aplicáveis, e ainda que a solução conferida seja do ponto de vista pragmático a mais adequada ao caso em julgamento, ainda assim tal não será suficiente para que a mensagem prescritiva inovadora posta pelo juiz diante do caso concreto possa, de fato, prevalecer. Isso porque o sistema processual é prenhe de recursos, capazes de fazer com que a norma concreta posta pelo Judiciário possa ser revisada por órgãos superiores, os quais tendem a fazer prevalecer os sistemas sintático e semântico institucionalizados pelo Código jurídico em vigência. Todas as circunstâncias que

governam o julgamento dos recursos pelos tribunais são favoráveis à manutenção da redundância do Código jurídico, até para garantir que exista nas decisões dos casos em seu conjunto um apego ao princípio da igualdade.

126. A fim de prevalecer a mensagem prescritiva inovadora posta pelo ato de fala concreto do juiz, será preciso que outros órgãos institucionalizados pelo sistema do Direito, e superiores hierarquicamente ao órgão emissor, reconheçam a validade de tal ato dissonante e o faça prevalecer no caso concreto. Com isso não se pretende afirmar que, uma vez admitida a inovação concreta, ocorrerá uma mudança no Código jurídico em vigor. Por conta de técnicas processuais que levam ao não conhecimento total (casos de inadmissibilidade) ou parcial (casos de limitações de cognição) dos recursos. Ou por ser a mensagem concreta apenas um caso de desvio pontual e não difundido na comunidade linguística do Direito, muitos são os casos que tais representam apenas um ruído diante da força da comunicação capitaneada pelo Código jurídico.

127. Os atos de fala concretos do Judiciário podem culminar na própria alteração do respectivo sistema comunicacional. Não se pode incorrer, porém, na imprecisão de se considerar que será a mensagem prescritiva posta pelo juiz em sua norma concreta que terá o condão de, por si só, mudar a língua jurídica. É necessário que as situações concretas de fala possam gerar situações abstratas capazes de alterar os segmentos que compõem os sistemas do Código jurídico.

128. No âmbito da língua do Direito, existem procedimentos especificamente preordenados a possibilitar que atos de fala concretos possam repercutir na intelecção e conformação de seus sistemas codificados. Trata-se dos sistemas procedimentais que tornam a metalinguagem da jurisprudência, especificamente a *ratio decidendi*, determinante ou vinculante em relação à decisão dos casos concretos postos em julgamento. Assim, os atos de fala concretos dos magistrados somente implicarão mudança no Código quando aceitos pela metalinguagem da jurisprudência dos Tribunais superiores, por meio de um de seus métodos institucionalizadores.

129. O que altera o Código não é o dispositivo havido numa decisão concreta, mas sim a metalinguagem veiculada no juízo de conhecimento que faz parte da sentença ou acórdão. É tal compreensão do Direito, que, ao fim e ao cabo de certos requisitos processuais, acaba-se incorporando ao Código jurídico ressystematizando-o.

BIBLIOGRAFIA

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Austrea, 1987, versão digitalizada. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Efeito vinculante e concretização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 35.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Contribuições da teoria da argumentação e semiótica jurídica para a compreensão do direito*. In: Revista Jurídica - CCJ/FURB. v. 12, nº 24, jul./dez. 2008, p. 64 – 79.

ARAUJO, Clarice von Oertzen. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AUSTIN, JOHN LANGSHAW. *How to do things with words*. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo*. In: BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARRETO, Aires Fernando; *et al.* (coord.). *Interpretação e estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2006.

- BARROS, Diana Luz Pessoa de. *Teoria semiótica do texto*. 4. ed. São Paulo: Ática, 2008.
- _____. *A comunicação humana*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 25-53.
- BARROSO, Luis Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e Tucci. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.
- BERMUDES, Sergio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle abstrato de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processo civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. v. 2. Salvador: Juspodvm, 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRIX, Brian. *Teoría del derecho: tipos e propósitos*. In: Isonomia, nº 25, out. 2006. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2006, p. 57-68.
- BÔAS FILHO, Orlando Villas. *O direito na teoria dos sistemas de niklas luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- _____. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Derecho y lógica*. Cidade do México: Universidad Nacional autónoma de Mexico, 1965.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

_____. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.

BRETORE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

BULYGIN, Eugene. *Sistema deductivo y sistema interpretativo*. In: *Isonomia*, nº 13, out. 2000. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2000, p. 55-60.

_____. *Los jueces crean derecho?* In: *Isonomia*, nº 18, abr. 2003. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2003, p. 07-25.

BULYGIN, Eugenio; MENDONCA Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. v. I. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2003.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil.* v. I. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Como se faz um processo.* 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje.* 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Lucas Borges. *Jurisdição constitucional & democracia - integridade e pragmatismo nas decisões do stf.* Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.* 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de Direito tributário.* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito tributário: linguagem e método.* 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. *Teoria da norma tributária.* 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

CATÃO, Adrualdo de Lima. *Decisão jurídica e racionalidade.* Maceió: EDUFAL, 2007.

CAVALCANTI, Arthur José Favaret. *A estrutura lógica do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do indébito tributário: delineamentos de uma teoria.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

- CHAGAS, Paulo. *A mudança linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 141-163.
- CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2008.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1951.
- CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. In: *O círculo de viena e o empirismo lógico*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~scientia/art_mauro2.htm>. Acesso em: 28 jan. 2004.
- CONRADO, Paulo Cesar. *Introdução à teoria geral do processo civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- _____. *Compensação tributária e processo*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- _____. (Coord.). *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2003.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes e. *Introdução à edição portuguesa*. In: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema*. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CORTES, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

COSTA, Alexandre Araújo. *Razão e função judicial na hermenêutica jurídica*. In: Revista dos Estudantes de Direito da UnB (REDUnB), nº 6, 2007. Brasília: Ed. UNB, 2007.

_____. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de doutoramento em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSERIU, Eugenio. *Teoria da linguagem e linguística geral*. Rio de Janeiro: Presença, 1979.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, José Ricardo. *Sistema aberto e princípios na ordem jurídica e metódica constitucional*. In: GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias (org.). *Os princípios na constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual*. München: UTz Wiss., 1997.

DEELY, John. *Semiótica básica*. São Paulo: Ática, 1990.

DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil*. 5. ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2005.

_____. *O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. In: Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (org.) Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Lacunas no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ECO, Umberto. *La estructura ausente: introducción a la semiótica*. 3. ed. Barcelona: Editorial Lumen, 1986.

_____. *Os limites da interpretação*. Tradução de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2008.

_____. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2009.

EPSTEIN, Isaac. *Gramática do poder*. São Paulo: Ática, 1993.

ESMERECIANO, Adelmo da Silva. *Modificação na competência tributária*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *A filosofia como discurso aporético*. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/23>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

FIDALGO, António; GRADIN, Anabela. *Manual de semiótica*. Universidade da Beira Interior: Biblioteca on-line de Ciências de Comunicação, 2004-2005. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/fidalgo-antonio-manual-semiotica-2005.pdf> > Acesso em: 29 mar. 2010.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. (Org.). *Introdução à linguística II: princípios de análise*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. *A linguagem em uso*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 165-186.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do direito e da moral – uma visão a partir do neopositivismo de Hart e a crítica de Nino*. In: Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 48, 2008, p. 165-186. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/issue/view/914>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

GAMA, Tacio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOLDSCHIMDT, James. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

GREIMAS, A.J. e COURTÉS, J. *Dicionário de semiótica*. São Paulo: Editora Contexto, 2008.

GRZEGRCZYK, Christophe; STUDNICKI, Tomasz. *Les rapports entre la norme et la disposition légale*. In: VILLEY, Michel e KALINOWSKY, Georges (Coord.). *Archives de philosophie du droit: la langage du droit*. T. XIX. Paris: Sirey, 1974, p. 243-256,

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

GUBERT, Pablo. *A linguagem do direito: rotina e revolução*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias (org.). *Os princípios na constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GUERRERO; Lázaro Carrillo. *La dinámica racional en el campo discursivo*. In: revista electrónica de estudios filológicos, n. 10, nov. 2005, Disponível em <<http://www.um.es/tonosdigital/znum10/estudios/estudios10.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2010, p. 96-122.

_____. *Marco comunicativo del código verbal*. Disponível em <<http://www.ucm.es/info/circulo/no21/carrillo.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alessandro; GUARINONI Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HALLIDAY, M. A. K. *Language as social semiotic*. In: MAYBIN, Janet. *Language and literacy in social practice*. Clevedon: Open University, 1993, p. 23-43.

_____. *On language and linguistics*. London: Continuum, 2004.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2003.

HARET, Florence Cronemberger. *As interações subjetivas no discurso jurídico-normativo: análise segundo as conjunturas da figura do Juiz de Direito*. Cadernos de Semiótica Aplicada, Vol. 7. n.1, julho de 2009. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/index.php/casa/article/view/1775/1438>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Traduzido pelo Autor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade - teoria e evolução*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HJELMSLEV, Louis. *Ensaio linguísticos*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Perspectiva, 1991.

_____. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*. Tradução de J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 2009.

Ibaños, Ana Maria T.; Silveira, Jane Rita Caetano da (Orgs.). *Na interface semântica/pragmática: programa de pesquisa em lógica e linguagem natural*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2007.

JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*. 18. ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2001.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KANT, Immanuel. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2002.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KESKE, Humberto Ivan. *Do caráter negociável da significação à busca do código perfeito*. In: Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. v. 10. 2007. Disponível em: <<http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos>>. Acesso em: 29 mar. 2010.

KIRCHOF, Edgar Roberto. *Estética e semiótica: baumgarten e kant a umberto eco*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva Jurídicos, 2006.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de Pedir e Pedido*. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Eurico Túlio. *Manual de direito processual civil – Volume I*. Palmas: Intelectos, 2003.

LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LOSANO, Mario. *Sistema e estrutura no direito - vol I: das origens à estrutura histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Hamburgo: Rowohlt Taschenbuch, 1972.

- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *É apropriado falar-se em dogmática jurídica?* In: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Curitiba, Número 09, 2008, p. 159-186.
- MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça - o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* (PRELO). Salvador, Juspodivm, 2010.
- MAGALHÃES, Izabel. *Teoria crítica do discurso e texto*. In: Linguagem em (Dis)curso - LemD, Tubarão, v. 4, n.esp, 2004, p. 113-131.
- MAGRI, Wallace Ricardo. *Análise semiótica de texto jurídico*. In: Estudos Semióticos, Número 01, 2005. Disponível: <<http://www.fflch.usp.br/dl/semiotica/es/eSSe1/2005-eSSe1-W.R.MAGRI.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2010.
- MANSON, Manuel. *Normas, verdad y lógica formal*. In: DOXA - Cuadernos De Filosofía Del Derecho, Alicante, v. 21-II, 1998, p. 237-250.
- MARIANO, Cynara Monteiro. *Controle de Constitucionalidade e Ação Rescisória em Matéria Tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARTINS, Moisés. *semiótica: programa e metodologia, relatório para provas de agregação*. Braga: Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho, 1997.
- MARTY, Robert. *¿Que es un interpretante?*. Disponível em: <<http://robert.marty.perso.cegetel.net/semiotique/preg39.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2009.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MAYBIN, Janet. *Language and literacy in social practice*. Clevedon: Open University, 1993.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Sonia. *A validade jurídica pré e pós giro linguístico: uma leitura das teorias da validade de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart a partir do tractatus logico-philosophicus e investigações filosóficas de Ludwig Wittgenstein*. São Paulo: Noeses, 2007

MILAN, Camila Monteiro Pullin. *A prova no processo administrativo tributário*. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n.º 1, de 1969*. 2 ed. t. 2 e 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Tratado das ações - Tomo I*. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. t. 2. Coimbra: Coimbra, 1996.

_____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. São Paulo: Coimbra, 2008.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Tomo I. 1. ed., atual. por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *A jurisdição constitucional estadual e as normas constitucionais reproduzidas nas constituições dos estados-membros*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MOREIRA, Nelson Camatta. *O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei*. In: Revista Estudos Jurídicos, v. 37, nº 100, mai./ago., 2004, p. 57-79. Disponível em: <http://www.unisinos.br/publicacoes_cientificas/estudos_juridicos/index.php?option=com_content&task=view&id=77&Itemid=161&menu_ativo=active_menu_sub&marcador=161>. Acesso em: 01 mar. 2010.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. Interpretação e estado de direito*. In: BARRETO, Aires Fernando; et al. (coord.). *Interpretação e estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NÚÑEZ, María Dolores Muñoz. *El análisis funcional de significado*. Cádiz: Servicio de Publicaciones da Universidad de Cádiz, 1999.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *É possível pensar o direito processual*. In: Informativo Incijur, n. 63, Joinville, Santa Catarina, outubro de 2004.
- PEDRON, Flávio Quinaud. *O giro linguístico e a auto-compreensão da dimensão hermenêutico-pragmática da linguagem jurídica*. In: Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 1. n.1. jan./jun. 2008, p. 199-213.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim. *A língua como objeto da linguística*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I: objetos teóricos*. 5. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 75-93.
- PIETROFORTE, Antonio Vicente Seraphim; LOPES, Ivã Carlos. *A semântica lexical*. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística II: princípios de análise*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 111-135.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Direitos e sociedade no oriente antigo: mesopotâmia e Egito*. In: Wolkmer, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à interpretação das normas jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

PORTANOVA, Rui. *A pragmática das implicaturas e a linguagem jurídica*. In: Ibaños, Ana Maria T.; Silveira, Jane Rita Caetano da (Orgs.). *Na interface semântica/pragmática: programa de pesquisa em lógica e linguagem natural*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 209-283.

PRIA, Rodrigo Dalla. *O direito ao processo*. In: CONRADO, Paulo Cesar. (Coord.). *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 9-42.

_____. *O processo de positivação da norma jurídica tributária e a fixação da tutela jurisdicional apta a dirimir os conflitos havidos entre contribuinte e fisco*. In: CONRADO, Paulo Cesar. (Coord.). *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 51-70.

RABENHORST, Eduardo R. *Semiótica e desconstrução: o debate entre umberto eco e jacques derrida acerca dos limites da interpretação*. In: *Prima Facie – Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade da Paraíba*. Ano 1, n. 1, jul./dez. 2002. Disponível em: < <http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBLES, Gregorio. *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos: ensayo de teoría analítica del derecho*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

_____. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2005.

_____. *Tres tipos de reglas en el derecho*. Disponível em: <www.bibliojuridica.org/libros/1/399/5.pdf>. Acesso em 22/12/2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Elementos de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- ROSEMBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Campinas: Impactus, 2007.
- SANTAELLA, Lúcia. *A teoria geral dos signos semiose e autogeração*. São Paulo: Ática, 1995.
- _____. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, 2007.
- _____. *Semiótica aplicada*. São Paulo: Cengage Learning, 2008.
- SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- _____. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*. v. 4. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Tradução de Antonio Chelini, São Paulo: Cultrix, 1991.
- _____. *Escritos de linguística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.
- SATTA, Salvatore. *Commentario al Codice di Procedura Civile*. v. 1. Edição de 1966. Milão: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, 1966.
- SCHRECKENBERGER, Waldemar. *Semiótica del discurso jurídico: análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la república federal de alemania*. Tradução para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição - v. 9*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. Madri: Porrúa, 2006.
- SILVA, Evandro Lins e. *Crime de hermenêutica e súmula vinculante*. In: Revista Jurídica Consulex, v. 1, n. 5, maio 1997, p. 43-45.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Fernandes da. *O interpretante: como aquilo que possibilita e, ao mesmo tempo, condiciona o processo interpretativo*. In: *Cadernos de Semiótica Aplicada*, v. 7.n.1, julho de 2009. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/grupos/casa/artigos/V5n1/CASA2007-v5n1-Art-Silva.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Sentença e coisa julgada - ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de processo civil*. 7. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Questão de fato em recurso extraordinário*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

_____. *Unidade do ordenamento e jurisdição declaratória*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da. In: *Na origem está o signo*. Revista Trans/Form/Ação, v. 14, São Paulo: Unesp, 1991, p. 45-52.

_____. *Semiose: diálogo e linguagem*. In: *Galáxia: revista transdisciplinar de comunicação, semiótica e cultura*. nº 01. São Paulo: EDUC, 2001, p. 101.

SITYA, Celestina Vitória Moraes. *O Direito e suas instâncias linguísticas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SOUZA, Fernando Donnabella Camano de. *Os limites objetivos e "temporais" da coisa julgada em ação declaratória no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, Eliana da Silva. *Competência e argumentação nas afasias: um estudo enunciativo*. Tese de doutoramento em Linguística. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007.

TAVARES, Andre Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 34. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TILIO, Rogério C. *Discurso e linguagem: uma perspectiva social*. In: Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades. v. 7. nº 25, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/reihm/article/view/13>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

TOMLIN, Russell S., FORREST Linda, PU MING M., y KIM, Myung H. 1997. *Discourse Semantics*. En: T. A. van Dijk (ed.), *Discourse as Structure and Process. Discourse Studies: A Multidisciplinary Introduction*. v. 1. London: SAGE Publications, p. 63-111.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A motivação da sentença no processo civil*. São paulo: Saraiva, 1987.

_____. *A causa de petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____ et al. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALLE, Bortolo. *A conexão entre pensamento e realidade: sobre a teoria do conhecimento no tractatus lógico-philosophicus de ludwig wittgenstein*. In: Revista de Filosofia, Curitiba, v. 16, n.18, jan./jun. 2004, p. 139-148.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, Renato Stanziola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

VERNENGO, Roberto J. *El discurso del derecho y el lenguaje normativo*. In: Isonomia, n° 04, abril de 1996. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1996.

VON WRIGHT, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. 2. ed. Cidade do México: Universidad Nacional autónoma de Mexico, 1998.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WARAT, Luis Alberto. Colaboração de Leonel Severo Rocha. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

_____. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZULETA, Hugo. *La fundamentación de las sentencias judiciales: una crítica a la teoría deductivista*. In: *Isonomia*, nº 23, outubro de 2005. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2005.