Renato Geraldo Mendes

A Quarta Dimensão do Direito

Nova teoria sobre a norma jurídica

Superação da visão tridimensional do Direito

Abordagem essencial do Direito

ZENITE

Renato Geraldo Mendes

A QUARTA DIMENSÃO DO DIREITO

Nova teoria sobre a norma jurídica
Superação da visão tridimensional do Direito
Abordagem essencial do Direito

Curitiba • 2013

Copyright © 2013 Editora Zênite

1ª edição, julho de 2013.

Projeto Gráfico Celso Bock
Revisão Fabia Mariela De Biasi
Mariana Bordignon Strachulski de Souza
Finalização Joelma Staviski Sanchez Gomes

ZÊNITE EDITORA

www.zenite.com.br
editora@zenite.com.br
(41) 2109-8666

MENDES, Renato Geraldo.

A quarta dimensão do Direito / Renato Geraldo Mendes.
Curitiba: Zênite, 2013. 192 p.

ISBN: 978-85-99369-23-4

Todos os direitos reservados ao autor.
É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor (Lei nº 9.610, de 19.02.98, DOU 20.02.98).

Impresso no Brasil

Homenagem a um professor singular

Nenhum ser humano nasce com um módulo de interpretação para compreender o sentido essencial das coisas. Ao contrário, nascemos com um módulo que capta, com muita facilidade, as coisas apenas na sua aparência. É por isso que temos tanta facilidade de viver na (e da) superficialidade. O módulo que permite compreender a realidade que nos cerca, na sua dimensão literal, é um item de série que todos possuem. Dessa forma, não é preciso fazer nenhum esforço para viver no mundo da aparência, da mera percepção visual. A aparência é a antessala que pode (ou não) nos levar para outro mundo – o da essencialidade. Estar nessa antessala não depende de nenhum esforço pessoal, basta estar respirando. Para ir além dela, é preciso superar um defeito original de fabricação.

Quando entramos em uma faculdade de Direito, ninguém se apresenta oficialmente para nos dizer isso. E permanecemos na antessala aguardando a diplomação. Aliás, essa antessala é frequentada também pelos professores.

Durante os cinco anos do curso de Direito, tive mais de 40 professores, e a quase totalidade deles esteve, todo o tempo, sentada na antessala, ressaltando o mundo da aparência (que, no Direito, é sinônimo de literalidade ou de apego ao enunciado prescritivo).

No entanto, houve um que, quando nos viu sentados ali, perguntou: “É aí que vocês irão passar o tempo

que resta?". Em seguida, nos convidou para viajar. Confesso que fiquei perplexo, afinal, ir para onde, se não havia nada e nenhum outro lugar além da antessala? E ele disse: "Sim, existe um lugar, outro mundo a ser visitado: o mundo do fundamental".

Ele fez o convite, mas com algumas ponderações e uma condição.

A primeira: todos nós estávamos dispensados da viagem. Ele nos liberou da chamada, que se faz quando a aula começa. Acredito que não queria ninguém de corpo presente e de mente ausente.

A segunda: já estávamos todos aprovados – isso no primeiro dia de aula. Cada nota individual seria definida pelo próprio aluno, sendo proibido atribuir a si mesmo qualquer nota menor que 7,0 (média para aprovação).

A terceira: não aceitaria ser paraninfo da turma, não adiantaria insistir, pois recusaria o convite.

A última ponderação: não adotaria o livro padrão da disciplina e também não daria o programa definido pela Faculdade. Se quiséssemos aprender o referido programa, deveríamos estudar em casa.

E para operar o acordo tão esperado por todos nós, havia uma única condição: estaríamos obrigados a assistir, pelo menos, às duas primeiras aulas. E advertiu: "Não saiam da sala no intervalo que antecede a minha aula, acho que vocês perderão o lugar, pois os alunos da outra turma virão para cá".

Nossa primeira impressão foi a de que ele era um grande petulante. Alguns sentenciaram que, como estávamos aprovados, não assistiriam às aulas e ele ficaria sozinho na sala.

Mas havia um acordo: assistir, no mínimo, a duas aulas. Foi aí que ele nos pegou.

Iniciou-se, então, a viagem em direção a um novo mundo.

Ele nunca deu nenhuma aula de Direito propriamente dito, mas proporcionou as melhores lições sobre o Direito que recebi na Faculdade.

Apesar de estarmos todos aprovados e com presença garantida, não me lembro de nenhum dia em que a sala não estivesse totalmente lotada; e foi assim até o último dia do ano letivo. Curiosamente, os demais professores faziam a chamada, aplicavam prova, cumpriam com o programa e supostamente ensinavam Direito, mas em nenhuma outra disciplina havia tanta presença e tanto entusiasmo com o aprender.

Esse mestre fez a diferença ao mostrar para mim (sem que eu pedisse a ele) que há um mundo fascinante depois da antessala, e é isso que um professor pode oferecer e ensinar a um aluno. Ou melhor, isso é o pior que se pode fazer para um aluno... Nunca mais consegui me acomodar na antessala.

Também aprendi com ele que uma só andorinha pode fazer um longo verão, mas nem todos podem pegar uma "corzinha".

Este professor singular é Vicente Del Prete Misurelli, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, a quem dedico este trabalho.

Obrigado pela lição e pelo respeito que teve com todos nós há exatos 30 anos. Você fez a diferença, pelo menos, para mim!

Pensamentos

"Escrever é sempre correr o risco de devolver ao desejo sua liberdade."
(Luis Alberto Warat)

Com esta citação, extraída da sua obra *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*, presto também uma homenagem ao Prof. Warat, importante filósofo e pensador do nosso tempo, que, em meados dos anos 80, tive a oportunidade de conhecer.

"A lei é filha da política, não da justiça. No entanto, a norma é filha da justiça, não da política."[1]

"É preciso sempre lembrar que a leitura da ordem jurídica é feita com inúmeras lentes, que têm graus distintos e, por isso, produzem diferentes interpretações."

"A modernidade/atualização do Direito depende mais do intérprete do que do legislador."
(Renato Geraldo Mendes)

1 Ao dizer "política" refiro-me ao Poder Legislativo e, ao falar em "justiça", ao Poder Judiciário.

Dedicatórias

À Sinara, mulher e companheira de todos os bons e difíceis momentos, meu mais profundo amor, respeito e admiração.

Às minhas filhas.

Agradeço aos amigos Egon Bockmann Moreira e Fábio Tokars pela leitura e considerações feitas nesta obra. Dois juristas singulares, que enxergam as coisas muito além, com os quais tenho a oportunidade de conversar, trocar ideias e aprender.

Dedico também este livro a toda a equipe Zênite – diretores, gerentes, coordenadores e colaboradores – pelo trabalho e esforço em transformá-la em uma organização respeitada em todo o País.

Sumário

1. A transmissão da informação e sua compreensão – Um dos problemas da humanidade 21
2. A ordem jurídica é um conjunto de dados..... 25
3. Não existe norma em estado natural 28
4. O que significa interpretar? 29
5. O processo de criação das normas 30
6. Há uma ponte entre as duas margens do rio 31
7. A forma e o conteúdo..... 33
8. O repertório 35
9. O objeto da interpretação..... 37
10. A diferença entre dizer e falar 38
11. Noam Chomsky e o Direito 40
12. O inc. XXI do art. 37 da CF e a gramática gerativa de Chomsky..... 45
13. O enunciado é uma visão parcial do Direito 51
14. O Direito e as suas dimensões (2D, 3D e 4D)..... 51
15. A interpretação literal..... 54
16. A norma é produto da subjetividade..... 61
17. O enunciado é estático, e a norma é dinâmica..... 62
18. As divergências doutrinárias e jurisprudenciais 64
19. O "caso" da proibição existente nos ônibus..... 66
20. Dados veiculam conteúdos em potencial 67
21. O dado (regra) é visual, a norma é virtual 68
22. Quem surgiu primeiro: o dado ou a informação? 69

23. O grande problema do aprendizado do Direito 70
24. A essência das coisas 75
25. Nada é absoluto no Direito 75
26. Bagunçando o coreto 79
27. Um caso emblemático: a casa em chamas 80
28. Interpretar é saber ler o que não está escrito 84
29. A interpretação a partir do dado 85
30. O Direito é um sistema 85
31. A regra e a exceção 87
32. O mundo da aparência 88
33. O processo de interpretação jurídica é uma cebola 93
34. A diferença entre cultura e sabedoria 94
35. A simplicidade e a profundidade 95
36. Ignorância e frustração 97
37. A permissão e a proibição 99
38. Quem dá vida à norma? 99
39. A interpretação é uma operação complexa – A questão da justificação da norma 100
40. A objetividade no Direito 103
41. O legislador é um péssimo contador de piadas 105
42. A interpretação jurídica é um piquenique 106
43. A tríplice intenção – O fundamento de validade da norma é a intenção do legislador, do texto ou do intérprete? 107
44. O enunciado é apenas uma escada 110
45. A questão da legalidade 111
46. A vinculação e a discricionariedade 117

47. O significado da "violação" do enunciado 118
48. O Direito é contrário à natureza humana – Não existe Direito natural 119
49. A efetividade do Direito 120
50. Não existem lacunas no sistema jurídico 121
51. O Direito é uma ciência exata como a Matemática? 122
52. A norma é um ato (operação) de manipulação 123
53. A norma original e o enunciado 124
54. O que é o conhecimento, afinal? Uma questão de método 126
55. A questão da adequação entre a norma editada pelo legislador e a produzida pelo intérprete 135
56. Diferentes interpretações significam diferentes normas? 138
57. O intérprete pode ser um tirano! 140
58. Fato e versão 141
59. O processo judicial precisa ser repensado 142
60. Dois mitos que temos cultuado 144
61. A questão dos conceitos jurídicos indeterminados 146
62. O Direito e a hierarquia 148
63. A questão da finalidade legal 149
64. O legislador e o intérprete 150
65. A vontade do legislador e a vontade da lei 151
66. O intérprete está condenado a ser livre para produzir a norma 152
67. CONCLUSÕES E PRINCIPAIS IDEIAS EXTRAÍDAS DA OBRA 158

Apresentação (1)

Todos nós sabemos que a vida do jurista consiste em interpretar o Direito. Este é o ar que respiramos: examinar o caso concreto, pesquisar as leis que podem (ou não) nele incidir, analisar ambos e tentar oferecer uma solução consistente para a combinação desse conjunto heterogêneo de dados. Tudo isso, de preferência, por meio de uma resposta legível: informação que todos possam ler, transmitir e aplicar. A depender do sujeito leitor-aplicador, essa resposta legível pode ser chamada de norma jurídica.

Porém, e por mais incrível que possa parecer, a maioria dos livros que pretende nos habilitar a interpretar o Direito não é legível nem nos ensina a produzir soluções consistentes para os desafios que habitam o nosso cotidiano. Eles são a antítese do que se poderia esperar, pois não conseguem transmitir ao leitor a informação necessária. Muitas vezes, tais obras voltam aos séculos XVIII e XIX para descrever as clássicas teorias de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) e as técnicas de "descoberta" da "vontade da lei" ou da "vontade do legislador". Isso como se o tempo não houvesse passado e não existisse nada de novo (tanto nas leis como nos desafios de aplicá-las), o que efetivamente implica a compreensão limitada do intérprete – e sua pseudofunção "declaratória" do conteúdo estático da lei positivada.

A celebração desse caminho tradicional faz com que o jurista seja induzido a se desconectar do seu espaço-tempo e a mergulhar em um mundo distante, no qual a linguagem jurídica era fechada e excludente e a lei possuía um, e somente um, significado, para todo o sempre (acessível a poucos, todavia). Constatação que pode resultar em um problema ainda mais sério: o hermetismo e a falsa cultura do complexo (como se, para ser bom, fosse necessário ser ilegível), a instalar novo ciclo vicioso: o dos textos fechados, das expressões antigas e respectivas frases incompreensíveis. Tal como se o jurista precisasse se esconder atrás de um idioma desconhecido dos leigos, para assim assegurar a sua reserva de mercado.

Mas, felizmente, de tempos em tempos surge uma boa notícia editorial, que torna a nossa tarefa diária mais leve e recompensadora. Este livro de Renato Mendes é uma excelente notícia para todos aqueles que pretendem compreender, manusear e aplicar o Direito.

A primeira lembrança que me veio à mente quando li este livro foi a advertência de Primo Levi (1919-1987) no ensaio "Sobre a escrita obscura". O célebre escritor italiano (sobrevivente de Auschwitz), quem sabe devido à sua formação de químico – profissão que exige a precisão, sob pena de produzir desastres –, criticava negativamente quem não conseguia ser claro na escrita, por mais obscuro que pudesse ser o tema: "não é verdade que a desordem seja necessária para descrever a desordem;

não é verdade que o caos na página escrita é o melhor símbolo do caos extremo a que somos submetidos: considero isso um erro característico de nosso século inseguro". O alerta de Levi parece ter sido dirigido também ao mundo de desordem, insegurança e profusão legislativa em que hoje vivemos: várias emendas constitucionais, leis, medidas provisórias, decretos, portarias, instruções normativas e decisões de múltiplos tribunais – todas a conviver com a celeridade das exigências da vida humana.

Nesse mundo caótico, cuja realidade é imprecisa, torna-se muito difícil produzir um texto claro, ordenado e consistente. A tarefa exige formação, informação, trabalho e persistência, pois é fato que todas essas qualidades são marcantes neste livro de Renato Mendes, desde a primeira até a última página. E nem poderia ser de outra forma, em vista do escopo da obra – que foca na solução de alguns dos principais obstáculos à transmissão de informações no mundo do Direito. É um livro que efetivamente facilita a nossa vida, auxiliando-nos a manejar as leis a fim de transformá-las em informações úteis para os casos concretos.

Mas creio que este livro nos oferece bem mais do que as técnicas de análise dos dados e transmissão da informação no mundo do Direito. Ele provoca e traz novas reflexões ao leitor. Como consta de seu tópico final, é importante que nos conscientizemos de que o intérprete está condenado a ser livre: de preferência, livre de suas

próprias limitações e do receio de construir, destruir e reconstruir a norma jurídica a ser aplicada. Assim, a leitura desta obra permite que reflitamos melhor a propósito dessa liberdade criativa: uma liberdade com responsabilidade, uma insustentável leveza que exige precisão, simplicidade e comprometimento. Assim, tornaremos a nossa vida mais tranquila e prazerosa. Afinal, não é justamente a vida humana o valor essencial da nossa ordem jurídica?

Egon Bockmann Moreira

Advogado, Mestre e Doutor em Direito.
Professor da Faculdade de Direito da UFPR.
Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2011).
Professor convidado do CEDIPRE, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011).
Conferencista convidado das Universidades de Nankai e JiLin, China (2012).
Junho de 2013

Apresentação (2)

Nos últimos tempos tem sido difícil encontrar textos jurídicos que efetivamente nos provoquem, que nos instiguem de forma aguda, e assim nos façam reforçar ou abandonar nossos conceitos.

Renato Mendes, neste novo livro (produzido após décadas de intensa dedicação ao estudo e transformação do Direito Administrativo brasileiro), realiza uma densa e profunda viagem em busca da essência do Direito. E, o que é mais importante, o faz por novos caminhos, negando qualquer orientação ou mapeamento fornecido pelo tradicionalismo acadêmico. Do início ao fim, ele inova. Inova não só no estilo de sua escrita, que desafia frontalmente o academicismo, como, e principalmente, nas teses e nos questionamentos que apresenta.

Ele apresenta um novo elemento conceitual no estudo do processo hermenêutico: a imperfectibilidade da comunicação escrita. Mostra, com assombrosa precisão, que os estudos tradicionais do processo de interpretação do Direito partem da falsa premissa de que o processo de comunicação que aproxima o legislador do intérprete é perfeito e eficaz. Não é. No complexo percurso da palavra no sentido da construção, transmissão e reprodução da linguagem, um texto simples pode criar uma miríade de visões distintas, cada qual válida e correta sob a ótica do intérprete.

A partir dessa abordagem linguística (e, por vezes, semiótica) do Direito, o autor constrói sua tese principal: a de que os textos legais não contêm, em si, a norma. Antes, são dados. Dados que serão utilizados pelo intérprete para a produção da norma concreta. Dessa forma, a norma não seria encontrada nos textos legais, mas sim, de forma individual e única, ao final de um processo de interpretação construído sempre que um cidadão é apresentado ao texto produzido pelo legislador.

Para defender essa tese, Renato Mendes não se protege. Não se utiliza de fórmulas genéricas ou fugas confortáveis, que agradariam a todos sem nada dizer. Assume uma posição clara e aberta, que, no mínimo, nos obriga a repensar (para validar, questionar ou, eventualmente, alterar) nossas próprias convicções. Se, ao final desse denso processo crítico, o leitor não concordar com suas propostas, ainda assim sairá renovado pelos múltiplos e desconcertantes ataques ao paradigma dominante.

Ao ler o texto pela primeira vez, não se deve esperar uma simpática concordância com a torrente de novos conceitos que o autor apresenta. A primeira reação é de surpresa. E não seria de se esperar nada de diferente, na medida em que as teses apresentadas não só estão distantes do repertório do estudioso tradicional do Direito, como se chocam (por vezes, com violência) com esse repertório. Somente alguém cujos preceitos e fundamentos sejam ainda muito frágeis e instáveis fará uma

leitura linear e confortável, absorvendo passivamente as propostas e teses.

Não espere encontrar soluções fáceis e inquestionáveis para os muitos problemas hermenêuticos que afligem os estudiosos do Direito. Mas saiba que essa leitura será uma jornada por questionamentos, críticas, proposições e teses de que não se pode sair incólume.

Fábio Tokars

Mestre e Doutor em Direito.
Professor da PUC/PR.
Advogado.
Junho de 2013

1. A transmissão da informação e sua compreensão – Um dos problemas da humanidade

Uma coisa é linguagem[1]; outra é informação.

A linguagem é o meio pelo qual a informação pode ser transmitida e partilhada. Fundamentalmente, o processo de comunicação entre pessoas só é possível em razão da linguagem, pois sem ela não podemos expressar ideias, impressões, sensações, juízos, valores e pensamentos. Nesse sentido, é razoável dizer, como já fizeram alguns pensadores, que não há nada fora da linguagem.

Há diferentes formas para transmitir informações; elas podem ser convencionais ou não. A palavra "linguagem" pode ter um sentido amplo ou restrito. Estamos acostumados mais com o sentido restrito do termo. No seu sentido amplo, linguagem é qualquer meio ou modo de informar ou expressar alguma coisa, seja pela forma convencional ou não. No sentido restrito, a linguagem se confunde com as línguas falada ou escrita, que expressam formas convencionais. O sentido amplo da palavra "linguagem" traduz o princípio máximo da Semiótica, o qual se expressa na seguinte sentença: "não se pode não se comunicar". Isso equivale a dizer que transmitimos

1 A linguagem é um conjunto de signos que serve para comunicar alguma coisa, conforme observa CUTER, João Vergilio. In: FIGUEIREDO, Vinicius de. (Org.). *Filósofos na sala de aula.* São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2008. v. 3.

informações mesmo quando estamos imóveis, paralisados ou quando não desejamos.

Assim, tudo o que qualificamos como realidade, nas suas dimensões concreta ou abstrata, transmite algum tipo de informação. Os objetos inanimados e os animais dizem coisas e transmitem informações, tal como as pessoas. É possível, então, dizer que transmitimos informações mesmo quando não desejamos e também que tais informações são transmitidas tanto de forma "consciente" como "inconsciente". Somos uma fonte permanente de informação sob e sem controle. Freud, o pai da Psicanálise, tem uma ótima teoria para explicar por que isso ocorre. É fato que dizemos sempre mais do que falamos.

Portanto, há diferentes formas de linguagem e todas elas transmitem informações. O problema da humanidade não é a produção ou a transmissão da informação, mas a compreensão do que é transmitido ou comunicado. O processo de comunicação que engloba a transmissão da informação (mensagem) por uma pessoa e a sua compreensão por outra é o nosso grande desafio. Esse é também o mais significativo de todos os problemas do Direito e se traduz na caracterização e compreensão do que se denomina "norma jurídica".

O estudo do Direito é o estudo da norma jurídica, pois ela é o seu objeto e a sua razão de ser.

Entre a "norma" produzida pelo legislador e a definida ou aplicada pelo intérprete, há uma distância que

pode ser abissal. No entanto, não é essa a impressão que temos no mundo jurídico – daí o problema.

Ainda não temos uma compreensão exata da dimensão desse enorme problema, que é o da comunicação. Ao contrário, nossa sensação é de que tudo é muito simples e que as pessoas conseguem nos entender facilmente quando falamos ou escrevemos. Essa conclusão equivocada atinge todos nós – seres humanos. A solução para esse problema parece simples, pois acreditamos que basta perguntar ao interlocutor (ou a um grupo deles) se ele nos entendeu. Porém, mesmo que a resposta seja positiva, ainda não haverá certeza alguma.

É necessário perceber que o mundo, e tudo o que nele existe, se apresenta para todos nós criptografado. A realidade é apenas um conjunto de "dados" que precisa ou pode ser transformado em informações. Assim, a comunicação pressupõe a cifragem e a decifragem ou a codificação e a decodificação da informação. Sem a codificação e a decodificação de dados, não é possível produzir e transmitir informação. O Direito não é exceção e se submete à mesma condição.

Valdemar W. Setzer define dado "como uma seqüência de símbolos quantificados ou quantificáveis". E conclui que "um texto é um dado... uma foto também é um dado".[2]

2 SETZER, Valdemar W. *Meios eletrônicos e a educação* – Uma visão alternativa. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2005. p. 241.

De minha parte, acrescento: um enunciado prescritivo (ou normativo) é apenas um dado, e não uma norma.

O que lemos e observamos são dados. O mundo se apresenta na forma de dados. Portanto, tudo é "dado". Para que um "dado" (texto, imagem) se transforme em informação, é necessário que ele seja decodificado. Decodificar é inverter a operação: transformar os símbolos (dados) em informação. É o dado que viabiliza a produção da informação, ou seja, é por meio do dado que se produz e se transmite a informação, é ele que a transporta. Para que isso se opere, é preciso um decodificador: o cérebro humano. Sem ele, não há informação nem dado.

Não há informação sem dado, nem dado sem informação, pelo menos em termos potenciais. E tanto o dado quanto a informação precisam do cérebro humano.

A realidade existe apenas dentro do cérebro humano, no seu interior, e não fora dele, mesmo que os sentidos (visão, tato) possam ver e sentir as coisas tangíveis que estão à sua volta. No entanto, elas só existirão se forem percebidas pelo cérebro. Não se está aqui dizendo que as coisas tangíveis (carros, livros, árvores, etc.) não existam no mundo físico, obviamente não é isso. O que afirmamos é que tais coisas não existirão para cada um de nós se não forem percebidas pelo nosso cérebro. O mundo (a realidade) é apenas uma perspectiva interior do sujeito, não algo exterior a ele (realidade objetiva). Essa foi uma descoberta importante que a Filosofia nos

proporcionou, mas que grande parte das pessoas ainda não compreendeu.

Sem o cérebro não há como armazenar dados e, a partir deles, produzir informação. Da mesma forma, não haverá como produzir normas.

Para obter informação, é preciso interpretar. Interpretar nada mais é do que criar um conteúdo (informação) a partir de um dado. A interpretação implica uma espécie de revelação, mas não no seu sentido tradicional. O dado é, por sua vez, o suporte material (o meio) que transmite (ou transporta) a informação ou, mais precisamente, informação em potencial. A palavra é um dado, ou seja, um meio de transmitir informação, da mesma forma que um enunciado prescritivo, pois este é constituído por palavras.

2. A ordem jurídica é um conjunto de dados

O Direito se expressa, basicamente, por meio de linguagem escrita (palavra, texto), mas não se restringe à sua dimensão textual ou escrita. Assim, é possível dizer que não existe interpretação do texto ou enunciado prescritivo, mas interpretação a partir dele.

Nesse sentido, a ordem jurídica se expressa por meio de um conjunto de dados, e não, necessariamente, por um conjunto de normas. Em princípio, para falar em normas, é preciso antes falar em dados, pois é a partir

deles que criamos as normas. A norma é uma criação do intérprete[3] a partir de dados.

Os dados são meras representações simbólicas que podem ou não ser associados a conteúdos e, por força disso, é possível produzir informação. Normas não existem antes da interpretação. E não existem porque isso é simplesmente impossível, mesmo que os positivistas venham afirmando categoricamente isso há mais de um século.

Os dados transportam, veiculam e transmitem informações. Com efeito, normas são informações transmitidas por meio de dados, e também por meio deles são obtidas. No entanto, é possível produzir normas sem a existência de dados (enunciados prescritivos). Os dados (enunciados), por outro lado, não limitam nem condicionam a produção das normas pelo intérprete.

O legislador cria uma "norma" e a codifica, isto é, transforma a "norma" (informação) em dado. Da mesma forma, para que o intérprete obtenha a norma, será preciso decodificar o dado, ou seja, transformar o dado produzido pelo legislador em norma. Há, pois, um processo de codificação e decodificação das normas. Esse processo é simultâneo e ininterrupto. Para produzir normas, é preciso interpretar. Assim, a norma é o que se obtém em razão do processo de interpretação. Ou, utilizando

3 A constatação de que a norma é produzida pelo intérprete foi feita por Hans-Georg Gadamer, na sua importante obra intitulada *Verdade e Método*, no Brasil publicada pela Editora Vozes.

outros "dados" para dizer a mesma coisa: o processo de interpretação possibilita a produção de normas.

A interpretação jurídica é a operação por meio da qual se opera o milagre da transformação de dados em normas ou a decodificação de um enunciado prescritivo em uma norma de direito ou em um dever-ser.

A razão de existir de uma faculdade de Direito é ensinar, fundamentalmente, seus alunos a interpretar a ordem jurídica, ou seja, obter normas a partir de enunciados prescritivos (que são apenas dados). Salvo engano, elas não têm cumprido essa missão. O que as faculdades de Direito têm feito é apresentar os seus alunos aos dados, e não, necessariamente, permitir que eles conheçam as normas. No entanto, elas acreditam que o que fazem é o que se diz que elas não fazem. Há uma distância enorme entre o enunciado prescritivo (ou normativo) e a norma. Por isso, não é incomum a frustração do aluno no exercício da sua atividade profissional. Claro que a frustração tem também outras fontes.

A missão dos professores é propiciar condições para que os alunos apreendam a "criar" ou "obter" normas. A "revelação" da norma é um processo de construção. Professores não podem transmitir conhecimento, mas podem ajudar os alunos a construir, edificar o seu próprio conhecimento. A matéria-prima para construir esse edifício é a informação, de preferência, de natureza essencial.

3. Não existe norma em estado natural

Não existem normas em estado natural. Não é certo afirmar que a Constituição da República é um conjunto de normas. É mais razoável afirmar que a Constituição é um conjunto de dados, a partir dos quais é possível produzir normas. Por exemplo, o art. 5º e o art. 37 da Constituição brasileira são apenas representações simbólicas (dados) ou um conjunto delas, e não normas. Para produzir a norma, é imprescindível a atuação de um intérprete. Assim, é o intérprete que produz a norma. Portanto, a norma é o resultado da interpretação dos dados feita pelo intérprete. A Constituição pode não ser nada como também pode ser alguma coisa ou muita coisa, isso dependerá da interpretação dada a ela.

Em termos potenciais, é possível dizer que a Constituição é um conjunto de normas na forma de dados. Mas é preciso ter a clareza de que só haverá norma constitucional se houver a atuação de um intérprete. Sem a sua atuação, não temos muita coisa além de um conjunto de dados. E veremos que dados não têm conteúdo; normas têm conteúdo. No entanto, as normas que produzimos, para serem comunicadas, precisam ser transformadas em dados. Eis o problema. Explicaremos melhor adiante a relação entre dado e conteúdo.

4. O que significa interpretar?

Reafirmando o que já se disse: interpretar é obter uma norma a partir de dados. Assim, podemos dizer que a norma nada mais é do que a informação obtida por um sujeito (que chamamos de intérprete). Portanto, o que denominamos informação nas outras áreas do conhecimento, no Direito, chamamos de norma. Por ora, basta saber que a norma é uma informação (do tipo dever-ser). Aliás, um dever-ser transmitido por meio de um dado (ou de um conjunto deles) que precisa ser decodificado.

A interpretação é um fenômeno presente em todas as manifestações da realidade. Todos nós interpretamos o tempo todo, do momento em que acordamos até o momento em que fechamos os olhos. Mas, ao fecharmos os olhos, não paramos de interpretar. Somente a morte põe fim ao processo de interpretação. Vale dizer: somos todos intérpretes durante a vida, uns bons, outros nem tanto.

Em princípio, só o homem pode interpretar. Ou seja, somente o homem pode produzir normas. Os computadores (mesmo os mais sofisticados) não podem interpretar, pois, para tanto, é preciso ter a capacidade de produzir informações, e máquinas não produzem informações, apenas processam dados. Assim, intérprete é a pessoa que produz normas (informações) a partir de dados. Mas será possível que um dia as máquinas também produzam informações? Penso que sim, mas isso ainda não ocorreu. No futuro, os computadores irão pensar (raciocinar) como nós.

5. O processo de criação das normas

Tem sido dito sistematicamente que o legislador (Poder Legislativo) cria as normas. Isso é verdade?

É certo que o legislador cria "normas" e as converte em dados, ou seja, a regra de conduta (o dever-ser) é criada pelo legislador. Isso é fato. Mas a norma que o legislador criou precisa ser convertida (transformada) em dados, deixando de ser norma para ser dado. Por isso dissemos que não há norma em estado natural. Para que o intérprete possa produzir (ou reproduzir) a norma idealizada pelo legislador, ele precisará se valer dos dados, o que ocorre por meio da decodificação. Não existe outra possibilidade que não essa, mesmo que duvidemos disso.

Com base nos dados, o intérprete cria a norma. No entanto, a produção da norma pelo intérprete não está vinculada ou não se limita aos dados de que o legislador se valeu para transformar a norma (por ele idealizada) em dados. A atividade de interpretação (decodificação) é sempre mais rica do que a de produção da norma (legislador).[4] Mas, como dissemos, há um processo de codificação e decodificação permanentemente em curso.

Assim, é preciso reiterar que é o intérprete que cria a verdadeira norma.

A norma é construída pelo intérprete. Fala-se, portanto, em construção, e não simplesmente em aplicação.

---

4 Codificação.

Para que possa ser aplicada, ela precisa antes ser construída.

A norma criada pelo legislador ou recriada pelo interprete é produto de um universo simbólico. A norma construída e reconstruída, respectivamente, pelo legislador e pelo intérprete, é cunhada em contextos distintos, sejam fáticos, valorativos ou ideológicos. Vale dizer: o universo simbólico (contexto) do legislador é distinto do vivenciado pelo intérprete. Aqui surge um significativo problema, a ser tratado no próximo tópico.

6. Há uma ponte entre as duas margens do rio

A função básica de uma norma é dizer como as coisas devem ser. Se a sua função é essa, em razão do que se afirmou até aqui, razoável supor que quem define o padrão de conduta como o admissível é o intérprete, e não o legislador. Mas essa é uma "informação" ou afirmação com a qual o leitor tenderá a não concordar. Uma primeira "informação" que poderá contribuir para a aceitação do argumento é a de que, entre a norma que o legislador cria e a que o intérprete produz, há uma "ponte" que qualificamos de "dados". Sem essa ponte, não existiria nenhuma possibilidade de comunicação entre as pessoas, e o Direito não seria viável. É um equívoco afirmar que a norma que regula as condutas humanas é produzida pelo legislador. No entanto, é certo dizer que a norma é (ou pode ser) criada a partir de dados produzidos pelo legislador, os quais veiculam uma ou mais normas em

potencial. Mas as "duas margens" do rio não são necessariamente iguais. Referido fenômeno é assimétrico.

Se interpretar é transformar dados em normas (informação), quando o intérprete transforma o dado criado pelo legislador em norma, não estaria apenas dando vida à norma que foi idealizada pelo próprio legislador? Ou, dito de outra forma, não teria ele (intérprete) de reproduzir, no outro lado do rio, a mesma margem idealizada pelo legislador? Não seria o caso, então, de afirmar que quem cria a norma é o legislador, e não o intérprete? Ou seja, o papel do intérprete não seria o de recriar a norma tal qual foi idealizada pelo legislador? Não teria ele de agir dentro de uma condição absolutamente objetiva, tal como definida no enunciado prescritivo?

A resposta a todas essas questões é frustrante.

Os dados são apenas uma possibilidade de roupagem que as normas podem assumir. Há a roupagem que o legislador produz para embalar a norma que ele cria e também a roupagem que o intérprete cria para embalar a norma que ele produz a partir do dado criado pelo legislador. Esse é um processo sem fim, pois a norma criada pelo intérprete será transformada em dado e assim sucessivamente. É possível dizer que o Direito é criado e recriado sucessivas vezes, como todas as outras coisas que expressam as relações humanas e se traduzem em dados, ou seja, tudo.

No entanto, não se pode dizer que, ao transformar em norma o dado criado pelo legislador, o intérprete

esteja dando apenas vida à norma idealizada pelo legislador. Ou seja, não há como recriar igualmente a outra margem do rio. E não se pode por uma razão bem simples: o repertório que o intérprete utilizará para converter dados em normas é diferente daquele utilizado pelo legislador para criar a norma inicial. Portanto, temos dois universos simbólicos distintos, cujo resultado final será diferente. É como tentar produzir a mesma receita culinária com ingredientes diferentes: o produto final não será o mesmo. Portanto, é frustrante a perspectiva da pretendida "objetividade" no processo de interpretação. Veremos o que significa a palavra "repertório" ora empregada.

7. A forma e o conteúdo

Prescrições normativas não têm conteúdo. Normas têm conteúdo.

Palavras são "dados", sinais, marcas. É, normalmente, de palavras que o legislador se vale para prescrever normas. Também é a partir de palavras que o intérprete produz suas normas. Palavras são representações simbólicas que podem ou não se relacionar a conteúdos (repertório).

Os dados em si (as palavras) não têm conteúdo, isto é, as palavras ou as representações simbólicas são sintáticas, ou seja, são desprovidas de conteúdo. Para que a palavra tenha um conteúdo, é preciso que a mente humana atribua a ela um significado, um sentido, que

é cunhado em um universo simbólico próprio. A coisa se opera em uma relação de conexão, ou seja, um dado (palavra) tem de se ligar a um significado, sob pena de não se conseguir produzir informação. Sem informação não há norma. Assim, dados são sintáticos, e informações são semânticas. O Código Civil é um conjunto de representações simbólicas (dados) a partir do qual é possível extrair normas (informações). As normas extraídas dos dados que integram o Código Civil é que vão traduzir o mundo do dever-ser, ou seja, o mundo do permitido e do proibido nas relações privadas. Portanto, em princípio, o Código Civil não tem conteúdo.

O eventual sentido que se extrai do Código Civil é retirado do repertório do intérprete, e não dos enunciados prescritivos que integram o referido ordenamento jurídico. Esse é um aspecto que precisa ser entendido, mas ainda não foi. A sua compreensão produzirá mudança significativa tanto na compreensão do Direito quanto no próprio ensino jurídico.

É por meio do dado que se opera o processo de comunicação, ou seja, o vai e vem da informação. Assim, se não entendermos o dado, ou seja, se não conseguirmos decodificá-lo, não será possível produzir informação (transformar enunciado em norma). Aliás, em parte, a razão da dificuldade de se "apreender" sobre o Direito, e aí se inclui qualquer outra área, é a forma confusa que muitas pessoas disponibilizam (ou partilham) os dados. Para tanto, basta falar "difícil", escrever "difícil", rebuscado

ou de forma truncada. Existem pessoas que escrevem e falam "difícil" não porque são profundas, mas porque são confusas, isto é, não têm conteúdo e convicção sobre o que dizem.[5] Tais pessoas são retóricas, falam bonito, e algumas são oradoras que causam até entusiasmo em plateias formadas por analfabetos funcionais. Referidas pessoas (oradores) vivem da ditadura da forma, visto que lhes faltam conteúdo e profundidade. Essas pessoas foram rotuladas pelo Barão de Itararé como verdadeiros tambores: "fazem muito barulho para fora, mas são vazias por dentro".

8. O repertório

Em princípio, para o intérprete produzir normas, são necessárias duas coisas: se valer de dados (enunciados) e possuir um repertório de conteúdos. O repertório de conteúdos é o nosso acervo pessoal, uma espécie de biblioteca individual, que é consultada sempre que nos deparamos com um enunciado prescritivo (um dado). Assim, a partir dos dados (enunciado), são realizados *links* ou conexões com o repertório existente e, como consequência, são ou não produzidas as informações (normas). Quando falamos para um alemão que não entende português e para um brasileiro que entende, o que acontece? Tanto o alemão quanto o brasileiro recebem os mesmos dados. No entanto, o brasileiro consegue

5 Existem exceções, mas não me refiro a elas.

decodificar os dados, e o alemão não. Esse fenômeno de decodificação é possível para um deles, em razão do repertório que um possui e o outro não, ainda que o alemão possa ter muito mais acervo ou informação do que o brasileiro em questão. Um consegue interpretar e o outro não, pois um decodifica o dado e o outro não. Por isso dissemos que interpretar é decodificar o dado. Mas, é claro, não basta apenas conseguir decodificar os dados; é preciso mais do que isso.

O repertório de conteúdos traduz um conjunto de informações que vamos acumulando ao longo da nossa experiência pessoal. É, portanto, o nosso acervo pessoal. Assim como não existe norma em estado natural, também o nosso repertório pessoal não pode ser transferido para outras pessoas tal como ele se encontra (*in natura*). Vale dizer, mesmo que se desejasse realizar esse legado, isso seria impossível.[6] Assim, para transferir informações do nosso repertório para o de terceiros, é indispensável transformar a informação que queremos transmitir em dados. O terceiro receberá a informação codificada e precisará decodificar. Sem a existência do dado (da ponte), não se pode operar a transferência de informações, ou seja, não há comunicação.

A grande questão é a seguinte: como garantir que na decodificação seja preservada a informação que se quis transmitir, ou seja, a informação que foi objeto de codificação? Essa é uma questão capital no processo de

6 Quem sabe um dia isso até venha a ocorrer.

interpretação. Vale dizer: como garantir que, na interpretação jurídica, o intérprete não irá desvirtuar a norma "criada" pelo legislador e enunciada na forma de uma prescrição?

9. O objeto da interpretação

A norma é o produto final da interpretação, não o objeto da interpretação.[7] O intérprete não está diante da norma para interpretá-la, ou seja, o processo de interpretação não é uma relação que se estabelece entre um sujeito e um objeto (norma). O processo de interpretação implica outra realidade, da qual fazem parte o fato, o valor, a suposta norma idealizada pelo legislador e o enunciado prescritivo (o dado) utilizado para comunicar a suposta norma. Portanto, todas essas realidades integram o processo, menos a norma (o dever-ser), que será cunhada pelo intérprete. A "verdadeira" norma não integra o processo de interpretação porque ela é o seu produto final. Da mesma forma, não se pode dizer que o pão é o objeto da atividade do padeiro; o pão é o resultado da sua atividade. O que é objeto da atividade do padeiro é o trigo, o leite, o ovo, o fermento, a água, etc.

Tradicionalmente, temos alimentado a sensação de que o objeto da interpretação é a própria norma porque confundimos norma com o enunciado prescritivo. Como

7 Mas é preciso não esquecer que há também a norma idealizada pelo legislador e transformada em dado (enunciado).

o processo de interpretação parte do enunciado, acreditamos que estamos diante da norma.

Por outro lado, é preciso perceber que, para produzir a norma, será preciso interpretar o fato e todas as suas circunstâncias, o valor ou os valores envolvidos, imaginar o que pretendeu o legislador regular e o que ele regulou, e muito mais. A operação ou o processo de produção da norma é complexo e dependente, fundamentalmente, de uma série de reflexões e ponderações. O fato e o valor são duas dimensões importantes desse complexo processo. Trata-se de um processo eminentemente intelectual, ou seja, ele depende do intelecto humano para ser viabilizado. O intelecto humano depende do cérebro, e este ainda não foi totalmente compreendido; existem "zonas negras" no cérebro que ainda não conhecemos. A neurociência está trabalhando para mudar esse cenário.

10. A diferença entre dizer e falar

A palavra não é o único modo de transmitir informações. Existem muitas outras formas, tais como sons, sinais e gestos. Também não se deve pensar que para transmitir informação é preciso realizar ações ou movimentos. Dissemos que o princípio maior da Semiótica é o de que "não se pode não se comunicar". Assim, ainda que imóveis, estamos nos comunicando, isto é, transmitindo informações para outras pessoas. Há algumas décadas, era comum o filho dizer: "meu pai nem precisava falar; era só ele me olhar, que eu já entendia tudo". Como ele

podia entender se não era dito nada? O fato de o pai não falar nada não significa que algo não foi dito. Claro que foi dito. Dizer é uma coisa, falar é outra. A interpretação pressupõe a clareza entre dizer e falar. Podemos falar muito e não dizer nada; e não falar nada e dizer muito.

Muitas das coisas que estão ditas nos enunciados prescritivos não estão escritas, ou seja, não são visuais. Veremos isso quando interpretarmos o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal e abordarmos a gramática gerativa de Noam Chomsky.

A informação é sempre maior do que a dimensão do dado (enunciado) que a transporta. Por isso, é preciso reconhecer que o Direito não se reduz ao enunciado prescritivo ou ao "texto da lei". Ou seja, o enunciado prescritivo (o texto, o dado) tem uma dimensão menor do que as próprias normas que a partir dele possam ser produzidas.

Como o Direito se expressa, normalmente, por meio de palavras, é mais adequado colocarmos a questão do seguinte modo: dizer é uma coisa e escrever é outra. Com isso, é possível afirmar que nem tudo o que está dito na ordem jurídica está escrito. É possível dizer que a dimensão do conteúdo de uma norma não se reduz à dimensão dos dados que a traduzem (enunciado prescritivo). O volume de informação (ou o conteúdo da norma) será sempre maior do que o volume das suas representações simbólicas.

Em interpretação, a criação é sempre maior que a criatura.

Os dados (textos) estarão sempre em falta com as normas. Jamais podemos dizer que uma obra (livro) tem 200 páginas de informações. O que podemos dizer é apenas que os dados a partir dos quais serão produzidas as informações foram registrados ou materializados em 200 páginas. Da mesma forma, não se pode dizer que uma "lei" tem 100 artigos tampouco que em cada artigo existe uma norma. Uma "lei" com 100 artigos terá, potencialmente, milhares de normas (para não dizer que tem uma quantidade infinita de normas). O dado (o enunciado prescritivo) é passível de quantificação, a norma não. A produção de normas é determinada por uma progressão infinita. Isso pode parecer absurdo, mas não é! É a mais pura "verdade" e vamos demonstrar.

11. Noam Chomsky e o Direito

Steven Pinker[8] adverte que falar em linguagem é lembrar duas personalidades marcantes nesse campo do conhecimento: Ferdinand de Saussure e Noam Chomsky. O primeiro estabeleceu uma máxima, qual seja, "a arbitrariedade do signo". O segundo consolidou a ideia de que "a língua faz uso infinito de meios finitos".

Falar em arbitrariedade do signo é reconhecer que a combinação de um som com um significado é totalmente

8 PINKER, Steven. *O instinto da linguagem*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 96.

convencional. Assim, como pondera Pinker, "a palavra cachorro não se parece com um cachorro, não anda como um cachorro, nem late como um cachorro, mas mesmo assim significa cachorro". Ele explica que isso acontece porque vivemos um processo de aprendizagem mecânica na infância, que liga o som ao significado. Pinker observa que "ao preço dessa memorização padronizada, os membros de uma comunidade linguística desfrutam de um enorme benefício: a possibilidade de transmitir um conceito de mente para mente de modo praticamente instantâneo".

Ao se referir a Chomsky e à sua dedução de que a língua faz uso infinito de meios finitos, Pinker pondera que:

> *"utilizamos um código para traduzir ordens de palavras em combinações de ideias e vice-versa. Esse código, ou conjunto de regras, chama-se gramática gerativa; como já afirmei, não se deve confundi-la com as gramáticas pedagógicas e estilísticas que aprendemos na escola. O princípio que subjaz à gramática não é muito comum no mundo natural. A gramática é um exemplo de 'sistema combinatório discreto'. Um número finito de elementos discretos (nesse caso, as palavras) é selecionado, combinado e permutado para criar estruturas maiores (nesse caso, sentenças) com propriedades bastante distintas das de seus elementos. Por exemplo, o significado de Homem morde cachorro é diferente do*

> *significado de qualquer uma das três palavras que a compõem, e diferente do significado das mesmas palavras combinadas na ordem inversa. Num sistema combinatório discreto como a língua, pode haver um número ilimitado de combinações completamente distintas com um leque infinito de propriedades. Outro sistema combinatório discreto digno de nota encontrado no mundo natural é o código genético do DNA, em que quatro tipos de nucleotídeos combinam-se em sessenta e quatro tipos de códons, e os códons podem se ligar formando um número ilimitado de genes diferentes. (...) Portanto, a língua funciona da seguinte maneira: o cérebro de cada pessoa contém um léxico de palavras e os conceitos que elas representam (um dicionário mental), e um conjunto de regras que combina as palavras para transmitir relações entre conceitos (uma gramática mental)".*

Enquanto lia o texto de Steven Pinker e os exemplos apresentados sobre sistemas combinatórios discretos (gramática e DNA), ocorreu-me outra hipótese muito significativa: as notas musicais. Com base em sete notas básicas (dó, ré, mi, fá, sol, lá e si), é possível realizar infinitas combinações e produzir músicas em quantidade também infinita. Notas significam sons (tal como as palavras), nada mais do que isso. Assim, as sete notas musicais representam uma realidade finita. Apesar de finita, é possível produzir um resultado infinito.

Portanto, é possível dizer que a música faz uso infinito de meios finitos (as sete notas).

O que aconteceria se fosse aplicada a conclusão de Chomsky na área do Direito?

Em primeiro lugar, seria possível reconhecer que a ordem jurídica é potencialmente infinita.

O Direito se vale das palavras, ou seja, a ordem jurídica utiliza um sistema combinatório discreto para enunciar (estabelecer) suas prescrições. Esse sistema é o gramatical, ou seja, um número finito de elementos discretos (palavras) é selecionado, combinado e permutado para criar estruturas maiores (sentenças ou enunciados prescritivos), com propriedades bastante distintas das de seus elementos. É preciso não esquecer que o nosso sistema gramatical tem apenas 26 letras, a partir das quais se formam as palavras e com elas as sentenças (frases, enunciados). Os enunciados, por sua vez, transportam ou contêm normas em estado potencial.

Qualquer enunciado prescritivo, por exemplo, o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, é uma realidade finita, ou seja, tem começo, meio e fim. Todo enunciado prescritivo acaba com um ponto final, que indica que a enunciação acabou. No entanto, com base em um enunciado prescritivo (estrutura finita), é possível criar uma grande quantidade de normas, inclusive de conteúdos diferentes, ou seja, de uma norma que proíbe é possível produzir uma norma que permite e vice-versa.

É um equívoco afirmar que a norma que regula as condutas humanas é produzida (criada) pelo legislador.

Um enunciado prescritivo (ou normativo) é apenas um dado, e não uma norma.

O Direito não é um fenômeno exclusivamente tridimensional (3D), mas quadrimensional (4D), ou seja, ele é constituído por quatro diferentes dimensões, a saber: FATO, VALOR, NORMA E DADO.

A norma é uma criação do intérprete a partir de dados produzidos pelo legislador.

12. O inc. XXI do art. 37 da CF e a gramática gerativa de Chomsky

Vamos utilizar o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal brasileira para demonstrar a veracidade do que constatou Noam Chomsky. A partir do enunciado normativo (dado) referido, vamos colocar para funcionar a fábrica de produção de normas e verificar o que é possível realizar a partir de uma estrutura finita e aparentemente limitada.

A estrutura finita (o inc. XXI do art. 37 da CF) tem os seguintes termos:

> *"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".*

Portanto, como é fácil perceber, ela tem começo, meio e fim.

As conclusões, ou seja, uma parte das normas que podem ser produzidas a partir do referido enunciado, são as seguintes:

a) A seleção do parceiro da Administração não é feita apenas por meio da licitação;

b) A licitação tem como pressuposto o tratamento isonômico;

c) Para assegurar tratamento isonômico, é preciso também que o critério de julgamento seja objetivo, sob pena de a igualdade ser violada por preferência de ordem pessoal (subjetiva);

d) Existem situações nas quais não poderão ser assegurados tratamento isonômico e critério objetivo de julgamento, ainda que se deseje;

e) Se não for possível garantir igualdade e critério objetivo de julgamento, a competição deve ser considerada inviável;

f) Sempre que a competição for inviável, a licitação não poderá ser exigida (realizada);

g) Sempre que a competição for viável, a licitação deverá ser realizada obrigatoriamente, salvo se houver alguma situação ou valor que possa afastar (dispensar) a licitação;

h) O que pode dar fundamento de validade para uma hipótese de dispensa de licitação é outro valor de natureza constitucional, e não apenas uma pura e simples decisão legislativa no plano ordinário;

i) A inexigibilidade traduz as hipóteses nas quais a competição é inviável. Não podem ser confundidas com as de dispensa, pois estas tratam de situações em que a competição é viável;

j) Se for viável a competição, o afastamento da licitação deve ser indicado taxativamente pelo legislador ordinário;

k) Se inviável a competição, não se faz necessária a indicação taxativa das hipóteses que irão determinar o afastamento da licitação, basta relação meramente exemplificativa;

l) Fundamentalmente, inviável é o pressuposto da licitação, não necessariamente a disputa entre possíveis competidores;

m) Não se deve confundir inviabilidade de competição com impossibilidade de disputa, pois são realidades distintas;

n) O fato de haver possibilidade real de disputa não afasta a inviabilidade de competição, ou seja, não é precisamente isso que torna a competição viável;

o) A ideia em torno da viabilidade de competição é condição importante para o regime jurídico da contratação pública, pois determina se a competição é ou não viável: se a licitação é ou não obrigatória;

p) A Administração tem o dever constitucional de pagar pelo encargo que contratou e deve deixar isso bem definido no edital, isto é, não só as condições de pagamento devem ser fixadas, mas também as fontes dos recursos que suportarão a despesa a ser realizada;

q) É a indicação da fonte de recursos que confere legitimidade e garante o dever de pagamento; portanto, ela deve ser indicada obrigatoriamente entre as condições do negócio;

r) A aceitação da proposta pela Administração cria o dever de respeitar os seus termos e as suas condições efetivas;

s) O encargo definido pela Administração e previsto no edital tem dimensão econômica, e a remuneração definida pelo licitante na sua proposta, dimensão financeira; a relação de equivalência jurídica entre ambas é intangível – daí a expressão "equilíbrio ou equação econômico-financeira";

t) A Administração poderá alterar unilateralmente o encargo por ela definido (o objeto da contratação), mas deverá manter a relação de equivalência entre o encargo e a remuneração prevista na proposta, ou seja, a equação econômico-financeira;

u) A lei ordinária regulará a relação entre a Administração e o contratado, mas não poderá desrespeitar a relação de equilíbrio ou equivalência entre o encargo e a remuneração, sob pena de ser declarada inconstitucional e implicar nulidade de pleno direito;

v) As exigências de qualificações técnica e financeira devem ser suficientes para garantir o cumprimento das obrigações relativas ao encargo a ser contratado;

w) A necessidade da Administração calibra o encargo, o qual dá fundamento de validade para as exigências técnicas e financeiras;

x) Tudo o que for indispensável para garantir a plena necessidade da Administração e eliminar a potencialidade de risco em torno da não obtenção do efetivo encargo pode ser exigido do licitante;

y) A Administração está obrigada a justificar as suas exigências e decisões, sob pena de violação de dever constitucional;

z) O valor mais importante para a contratação pública não é a igualdade, mas a ideia em torno da plena satisfação da necessidade, pois ela aparta os dois procedimentos que caracterizam a

fase externa da contratação, ou seja, a licitação e a contratação "direta".[9]

Cada afirmação acima é uma norma, pois representa conteúdo próprio e expressa valor jurídico específico. Indicamos 26 conclusões (normas) não porque apenas 26 podem ser extraídas do referido enunciado prescritivo, mas porque 26 é o número de letras do alfabeto português-brasileiro e quisemos fazer uma homenagem a esse número; apenas por isso. Em verdade, é possível extrair do inc. XXI do art. 37 da CF centenas de normas.

Todas as conclusões acima decorrem do inc. XXI do art. 37 da Constituição. O leitor pode até não encontrar todas de forma literal nesse preceito, mas é possível assegurar que elas estão, todas, lá. O exato conteúdo do inc. XXI do art. 37 da CF possibilitará a compreensão da verdadeira essência do regime jurídico da contratação pública que temos de aplicar e observar no desempenho da atividade profissional.

A interpretação do inc. XXI do art. 37 da CF é um exemplo concreto da teoria de Noam Chomsky, ou seja, a partir de uma estrutura finita (os termos do próprio inc. XXI), é possível o intérprete produzir inúmeras normas. Vale dizer: no campo da interpretação jurídica, a possibilidade normativa é sempre muito maior do que a enunciativa. Vale repetir: a criação é sempre maior do que a criatura.

---

9 Sem licitação, ou seja, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

O que dissemos em relação ao inc. XXI do art. 37 é possível realizar em qualquer outro preceito da Constituição, do Código Civil, Penal, CLT, Código Tributário, Lei das S.As., Código de Regras do Futebol, etc.

13. O enunciado é uma visão parcial do Direito

O dado (enunciado normativo) é sempre uma visão parcial do Direito ou, se preferir, da norma em potencial. É impossível haver coincidência entre o dado e a norma, ou entre o dado e as normas que a partir dele podem ser produzidas. Uma única informação "traduzida" ou representada em um dado pode produzir dezenas e dezenas de normas. É assim porque o Direito é sistêmico. Não há nenhuma possibilidade de exigir que, ao produzir a norma, o intérprete respeite a letra da lei, uma vez que a norma não tem letra, o que tem letra é o dado (o enunciado). É bom não confundir esses dois mundos. Reconheço que não é tão simples aceitar tudo isso. Estou certo de que depende de tempo e de mudança de paradigma.

14. O Direito e as suas dimensões (2D, 3D e 4D)

Até pouco mais da metade do século passado, o Direito era visto sob uma perspectiva do tipo 2D, ou seja, reconhecia-se que o fenômeno jurídico era constituído fundamentalmente por duas dimensões: o FATO e

a NORMA. De acordo com essa perspectiva, tomava-se determinado fato e este era regulado. Assim, produzia-se uma norma jurídica.

Nos anos 60, no entanto, o jurista brasileiro Miguel Reale formulou uma teoria que ficou conhecida como teoria tridimensional do Direito. Com ela, o Direito passa a ser visto sob uma perspectiva do tipo 3D. O que o Prof. Miguel Reale faz é agregar à visão tradicional a ideia de valor. Assim, o Direito passa a ser visto ou constituído por três distintas dimensões: FATO, VALOR e NORMA. Essa é a visão atual que temos sobre o fenômeno jurídico no Brasil e no resto do mundo.

O Direito, no entanto, não é um fenômeno tridimensional (3D), mas sim uma realidade do tipo 4D, ou seja, ele é constituído por quatro diferentes dimensões, a saber: FATO, VALOR, NORMA e DADO. Assim como o Prof. Miguel Reale acrescentou a dimensão VALOR à teoria tradicional, estou incluindo o dado (enunciado) à visão tridimensional. Na visão tridimensional, a norma equivale ao enunciado, ou seja, não há uma distinção entre norma e enunciado, pois este é a própria expressão daquela. A teoria tradicional (visão dual ou tridimensional) acredita que existe norma em estado natural, o que é, segundo pensamos, um engano. Portanto, o Direito é um fenômeno quadrimensional. Mas é preciso que se diga que não se trata de um fenômeno quadrimensional simples, mas do tipo reverso, o que lhe confere especial complexidade. Vamos explicar a afirmação.

O legislador valora um fato e cria uma norma para regular a realidade (um dever-ser). Se o fenômeno parasse por aí, tudo estaria resolvido e teríamos o que o Prof. Miguel Reale denominou de tridimensionalidade do Direito. No entanto, a suposta norma (dever-ser) precisa ser convertida em dado (dimensão enunciativa) pelo legislador, pois essa é a única forma de enunciá-la, de comunicá-la ou, exagerando um pouco mais, de dar vida a ela. Com a transformação ou materialização da "norma" em dado, encerra a missão do legislador e começa o problema.

A partir desse "ato", o legislador sai do palco e entra em cena o intérprete, isto é, quem tem de "aplicá-la".[10] Para que ele possa chegar até a norma, é preciso primeiro decodificar o dado. Sem decodificar o dado, ou seja, interpretá-lo, é impossível chegar à norma, pois ela não é um simples enunciado nem existe em estado natural. Cabe ao intérprete transformar o dado em norma (realizar a decodificação) e, para comunicar qual é a norma que ele identificou (produziu), precisará codificá-la novamente, transformando-a em dado. Outra pessoa precisará tomar o dado que expressa a referida norma produzida pelo intérprete e realizar a mesma operação. Essa é uma atividade progressiva e potencialmente infinita. Portanto, a norma é uma realidade do tipo progressiva, sujeita a sucessivas codificações e decodificações.

10 Ou criá-la.

Portanto, o Direito não é um fenômeno exclusivamente tridimensional (3D), mas quadrimensional (4D). Penso que deveria dizer: quadrimensional do tipo reverso-progressivo. Mas não farei isso. Essa visão sobre a estrutura normativa inova profundamente a compreensão que temos sobre o fenômeno jurídico, isto é, sobre o Direito.

15. A interpretação literal

A maior de todas as falácias no Direito é a chamada "interpretação literal". Querer reduzir a interpretação do Direito ou da ordem jurídica à literalidade do seu texto é, para utilizar uma palavra amena, inaceitável. Como é inaceitável falar em método de interpretação "literal" ou "gramatical", como se fosse possível existir um "método" literal. A palavra não é método de interpretação, é matéria-prima da interpretação. Se tomarmos, no entanto, a ideia de método como o meio pelo qual é possível obter alguma coisa, aí sim seria possível dizer que a palavra (dado) é o meio pelo qual se pode obter uma norma. No entanto, se reconhecermos que o termo "método" tem o sentido apontado acima, teríamos de reconhecer, também, que praticamente só há um único "método" possível: o literal. Assim, o que se rotulam de métodos sistemático, lógico e teleológico não poderiam ser métodos, mas qualquer outra coisa.

Há várias impropriedades em relação ao que é dito e ensinado sobre os "métodos" de interpretação. Por ora,

vamos reconhecer apenas que a palavra (ou o enunciado) é matéria-prima da interpretação. Ou poderíamos dizer que o enunciado é a antessala mais comum para chegar à norma. Assim, o dado é a condição comum para produzir a norma. Mas é possível produzir norma sem a existência de dados. Vale dizer: a produção da norma não depende da existência de um enunciado prescritivo. Por isso é possível falar em "princípios" implícitos; mas não só por isso.

É impossível reduzir a interpretação do Direito à literalidade do texto, pois, como observamos, em princípio, para interpretar é preciso reunir o dado[11] e o repertório pessoal. O dado é sintático, e o repertório,[12] semântico. O dado não tem conteúdo, o repertório sim. Se nos limitarmos apenas ao dado, não haverá nenhum conteúdo como resultado da interpretação, ou seja, não haverá interpretação. E para não haver interpretação, bastará não conseguirmos decodificar os dados (dar sentido, significação a eles). No exemplo indicado, o alemão que não conhece a língua portuguesa não conseguirá interpretar um dado em razão da impossibilidade de decodificação. Como não consegue decodificar, ele não pode produzir a norma (informação). Portanto, não é razoável falar em interpretação reduzida ao texto (dado). Isso é simplesmente impossível. Aliás, é mais fácil resolver o

11 Condição objetiva.

12 Repertório pode ser entendido como as preconcepções, os preconceitos, etc.

mistério da Santíssima Trindade. Mas é o impossível que vem sendo afirmado ao longo dos tempos por importantes juristas.

Vamos apresentar um exemplo de dado e repertório para que o leitor entenda mais facilmente como ocorre a produção da informação ou, no plano jurídico, como é produzida a norma. Imagine a cruz – o símbolo do cristianismo. A cruz é apenas um dado, uma representação simbólica, um sinal, uma marca. A cruz, enquanto representação simbólica, não tem nenhum conteúdo. Se apresentarmos a cruz para uma tribo selvagem e que nunca teve contato com outros seres humanos, ela não significará para eles o que significa para nós. No entanto, quando vemos uma cruz, imediatamente nossa mente a associa a uma série de valores "positivos", tais como perdão, amor ao próximo, compaixão, salvação e fraternidade. Todos esses conceitos integram o nosso repertório pessoal, ou seja, nossa mente associa o dado (representação simbólica) cruz a um conjunto de significados (valores).[13] Há, pois, para todos nós, um sentido para aquele dado (cruz). Aliás, a cruz é a marca, o sinal, o dado e a representação simbólica mais importante e poderosa na história da humanidade ocidental. A marca mais poderosa para nós, ocidentais, não é a Coca-Cola, a Microsoft ou o Google. A marca mais poderosa dos dias atuais e dos vários séculos que nos precederam é a cruz.

13 Esse fenômeno foi estudado por Charles Peirce.

Por outro lado, se nos for mostrada a suástica, isto é, a representação simbólica utilizada pelos nazistas durante a II Guerra Mundial, imediatamente nossa mente a associa a coisas e valores "negativos", tais como guerra, extermínio, morte, sofrimento, tortura, perseguição e destruição. A sensação que temos com a cruz é completamente diversa da que temos com a suástica. No entanto, se observarmos cuidadosamente a suástica, constataremos que ela é uma cruz estilizada, ou seja, com as extremidades alongadas para cima, para baixo e para o lado. A forma mais fácil para desenhar a suástica é antes fazer uma cruz.

A suástica, como representação simbólica, é muito antiga e está presente em diferentes povos. O significado que a suástica representa para nós, ocidentais, é completamente diferente do seu significado para os chineses e indianos. Quando o chinês vê a suástica, lembra-se de outras coisas: infinito, saúde, felicidade e perfeição. Para o indiano, a suástica pode representar o sinal da salvação, de fertilidade, etc. Para os indianos e chineses, a cruz não tem nenhuma relação com o cristianismo, nem veem nela uma pessoa (Cristo) crucificada, como nós, ocidentais. Com base nos exemplos apresentados, é possível perceber que o dado (representação simbólica) não tem conteúdo, uma vez que é sintático. O que tem conteúdo é outra coisa, que se relaciona com os repertórios cultural e pessoal de cada indivíduo. O significado que atribuímos ao dado depende do nosso acervo pessoal e

este, de padrões culturais. Assim, o sentido da norma não está no enunciado que a veicula, mas no conteúdo que podemos associar a ele.

Temos confiado demasiadamente na literalidade para definir a "norma". No entanto, a literalidade não é confiável, ela é enganosa. A literalidade é apenas uma bússola, e não o destino. Estamos confundindo coisas distintas.

A literalidade do enunciado é uma bússola com diversos polos magnéticos. Portanto, o destino é incerto.

A literalidade é confortante; é, para os menos avisados, um seguro referencial objetivo, capaz de conduzir até o destino final. Mas a literalidade[14] não é capaz de possibilitar a segurança que esperamos dela.

Dizer que a "norma" não é um postulado objetivo é edificar o caos. Isso é desesperador para todos nós, pois abominamos o caos, a incerteza. No Direito, gostamos de clareza, objetividade e segurança. Por isso, o positivismo fez do Direito a sua morada. Perder a objetividade é perder o chão. Para muitos, o Direito precisa ter, necessariamente, uma objetividade, ainda que meramente "literal". A literalidade não é nada objetiva; no entanto, ela cria na mente humana essa sensação. A sensação nos conforta e dela nos nutrimos e nos alimentamos. Mas é certo que ela não resolve o problema. Por isso, vivemos uma farsa:

14 Leia-se também a objetividade do enunciado.

a da objetividade que a literalidade proporciona à ordem jurídica. No Direito, a subjetividade desfila na passarela "vestida" de objetividade, e todos nós aplaudimos porque amamos a aparência e cultuamos a farsa.

Não há um padrão objetivo que possa proporcionar a desejada segurança. A única coisa que se pode dizer que é objetiva no processo de interpretação é o dado (símbolo) que enuncia a prescrição potencialmente normativa produzida pelo sujeito que qualificamos como legislador e também a enunciação de que o intérprete se valerá para comunicar a norma que ele produziu. A objetividade, se é que ela existe, é isso, e nada mais.

Não existe nenhuma possibilidade de conferir qualquer objetividade razoável para a realidade jurídica. Razoável é estabelecer um novo paradigma referencial para ela, o qual implica, necessariamente, uma visão essencial sobre o Direito ou sobre o dever-ser. Pretendo contribuir no lançamento da pedra fundamental de um novo edifício para abrigar o Direito, pois estamos em profunda crise. Penso que no futuro todos seremos essencialistas, mas antes iremos resistir muito. Afinal, também abominamos o novo. Fomos treinados para não mudar e resistir. Também, por outro lado, como disse Caetano Veloso na música "Sampa": "Narciso acha feio o que não é espelho".

Não existe interpretação do texto ou enunciado prescritivo, mas interpretação a partir dele.

Normas não existem antes da interpretação.

A literalidade do enunciado é uma bússola com diversos polos magnéticos. Portanto, o destino é incerto.

A única coisa que se pode dizer que é objetiva no processo de interpretação é o dado (símbolo) que enuncia a prescrição potencialmente normativa.

16. A norma é produto da subjetividade

Dizer que o significado que atribuímos ao dado depende do nosso acervo pessoal implica afirmar que a informação obtida em razão da interpretação é cultural. Aplicar essa conclusão no mundo do Direito significa: a norma é fruto da cultura do intérprete. Ora, se para interpretar é preciso um dado e um repertório e, ainda, se o repertório são os acervos cultural e pessoal de cada um de nós, a conclusão não pode ser outra: a norma é a minha representação do dever-ser, parafraseando Schopenhauer.

Vale reiterar: a norma é, em princípio, uma criação pessoal, um dever-ser definido pelo intérprete, com base no seu acervo pessoal, tendo o enunciado como parâmetro e a sua cultura (ideologia, valores) como amálgama.

Portanto, a norma não é um fenômeno que resulta da objetividade, e sim da subjetividade. O que é objetivo é, em princípio, o dado. Daí a confusão que se faz quando se diz que a norma é objetiva (ou que o Direito é objetivo), pois se confunde norma com enunciado prescritivo, ou seja, norma com dado. Foi nesse ponto que os positivistas liderados por Kelsen tropeçaram. Mas essa é apenas uma conclusão parcial. Ademais, o fato de ter havido um tropeço não retira, necessariamente, a beleza da caminhada. Kelsen teve papel e importância indiscutíveis na história do Direito. É bom nunca esquecermos isso. Mas as coisas precisam evoluir. Estamos vivendo

o começo de uma nova fase: a da visão essencialista do Direito. E esse edifício tem, por enquanto, apenas um terreno e um esboço do projeto básico.

Vimos que a comunicação ocorre em razão da existência de um dado que remete para um repertório. O repertório é um conjunto de informações de que nos valemos para produzir outras informações. O repertório traduz um conjunto de valores. Sem a existência desses valores, não é possível viabilizar informação, isto é, produzir normas.

17. O enunciado é estático, e a norma é dinâmica

A "leitura" (decodificação) de um texto nunca é a mesma. Se lermos um texto em determinada fase da nossa vida e, anos depois, revisitarmos o mesmo texto, ele revelará para nós um novo sentido, um novo conteúdo. Mas é preciso perceber que o texto é o mesmo, isto é, os dados são os mesmos, mas não o repertório. A sensação que temos de que o texto revela coisas novas ocorre em razão das mudanças operadas no nosso repertório, no nosso interior. Com isso, é possível concluir que o Direito pode ser dinâmico mesmo que os dados sejam estáticos. O conjunto de dados que integra a ordem jurídica pode permanecer igual por anos, décadas ou séculos (como a Constituição americana), sem que isso impeça que o Direito seja sempre moderno e atual. Com efeito, a questão central do Direito não é o dado que o enunciado

prescreve, mas a qualidade do repertório que o intérprete possui.

São o repertório e a capacidade do intérprete que tornam (ou podem tornar) o Direito dinâmico, e não necessariamente a alteração do enunciado normativo. A modernidade/atualidade do Direito depende mais do intérprete do que do legislador.

O enunciado é estático, e a norma é dinâmica. O enunciado, por ser mero dado, é um só; é, em princípio, invariável enquanto realidade sintática. As normas que podem decorrer de um só enunciado é que são muitas. Uma situação concreta, salvo raras exceções, nunca é a mesma, pois a configuração fática ou outras condições específicas não são replicadas identicamente. Portanto, vale aqui a ponderação de que "um grau de latitude pode revogar toda uma jurisprudência". Muito embora a frase tenha sido dita para se referir a uma questão geográfica, é possível dizer que a alteração dos pressupostos fáticos, por exemplo, podem alterar a perspectiva da solução adotada anteriormente. É aqui que mora toda a "genialidade" de alguns criminalistas.

A questão da dinâmica que envolve a norma é uma perspectiva de análise muito interessante em razão da ideia de súmula vinculante, por exemplo.

Assim, é possível dizer que existe uma única ordem enunciativa; mas não é possível afirmar que existe uma única ordem normativa. Eis o problema.

18. As divergências doutrinárias e jurisprudenciais

O mesmo dado pode produzir diferentes informações, isto é, a partir de um mesmo dado, é possível obter normas diferentes. Como isso ocorre? A resposta é simples: o dado é o mesmo, não o repertório utilizado para produzir a norma. Duas pessoas não possuem o mesmo repertório, ou seja, o mesmo acervo de informações a partir do qual irá produzir novas informações (ou novas normas), nem tampouco a mesma forma de raciocinar (modo específico de manipular as informações).

Isso explica as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Divergências existem em razão da produção de normas distintas por diferentes intérpretes. A existência de divergências não significa que todas as normas produzidas são válidas. A validade implica uma possibilidade de aceitação. A produção de diferentes normas a partir de um mesmo enunciado prescritivo não impede o reconhecimento de apenas uma delas ser tida como adequada, correta. Ser correta ou não é uma questão contextual (não textual), ou seja, em razão da ponderação entre o fato concreto e o valor que se toma para, com base nele, produzir a norma. Em termos relativos, é possível dizer que a norma é o resultado final da ponderação entre fato, valor e enunciado. É relativa porque não implica operação mecânica e automática como pressupõem alguns, inclusive os que não poderiam pressupor.

A norma é produto de um universo simbólico de natureza essencial. Mas é preciso não esquecer que o universo simbólico de natureza essencial pode ser também uma arena onde a luta por poder poderá travar sua implacável batalha.

Uma norma pode ser codificada de diferentes formas, ou seja, existem diferentes formas de enunciar uma "norma". Enunciar significa embalar, escrever ou representar. O mesmo dado pode possibilitar a produção de diferentes normas, normas com conteúdos totalmente distintos. Mas é preciso que o leitor perceba que os dados são exatamente os mesmos, e não o sentido que podemos atribuir a eles em razão da ponderação entre o fato e o valor que consideramos, bem como de outras coisas. Na interpretação, opera-se o seguinte fenômeno: o dado (representação simbólica) é sempre o mesmo, isto é, ele não se altera na percepção visual dos diferentes intérpretes. As diferentes interpretações que são produzidas a partir dos dados não decorrem deles, mas do repertório pessoal de cada intérprete e do significado que se pode fixar em razão da manipulação de informações (ingredientes) diversas.

É preciso ter a clareza de que não há diferentes entendimentos sobre uma mesma norma; o que temos são diferentes normas a partir do mesmo dado (enunciado prescritivo). Essa é outra confusão histórica que precisa ser compreendida.

É por meio da capacidade de interpretar que evidenciamos a existência de uma característica do ser humano: a inteligência ou a sua mais profunda limitação.

19. O "caso" da proibição existente nos ônibus

Quando entramos em um ônibus, de imediato nos deparamos com uma prescrição (dado, regra), cuja enunciação é comumente apresentada de duas formas diferentes, a saber: **a)** fale com o motorista somente o indispensável ou **b)** é expressamente proibido falar com o motorista.

Há alguns anos perguntei a um grupo de advogados se as duas "regras" tinham o mesmo conteúdo ou não. A minha intenção era saber se eles tinham clareza em torno da distinção entre enunciado (regra) e norma. A resposta da quase totalidade (95%) foi a de que eram duas normas distintas, ou seja, uma permitia que se pudesse falar com o motorista, e a outra não. Respondi a eles que não eram duas "normas" distintas, mas apenas uma, cuja enunciação estava prescrita de duas formas diferentes. Em verdade, temos dois dados diferentes, mas uma só norma. Os dois dados são duas formas de enunciação de uma mesma norma. Nas duas enunciações, a "norma" é: fale com o motorista apenas o indispensável. Primeiro, é preciso perceber que a finalidade da "norma" é garantir a segurança dos passageiros, por isso há a proibição de falar com o motorista. Com a proibição, o que se pretende

evitar é que o motorista possa se distrair e venha a perder o controle do veículo. Mas se um passageiro tem o conhecimento de um fato capaz de colocar em risco a vida dos passageiros, é óbvio que ele poderá falar com o motorista, mesmo diante da regra que diz "é expressamente proibido falar com o motorista". Mas, nesse caso, a permissão para falar se restringe ao "indispensável". É nesse sentido que se opera a interpretação da ordem jurídica na visão essencialista.

20. Dados veiculam conteúdos em potencial

Dados existem para veicular conteúdos, mas nem sempre a partir deles é possível apurar um conteúdo. Os dados sempre comunicam alguma coisa. Toda norma tem conteúdo. A enunciação prescritiva traduz potencialmente uma norma. Assim, é possível afirmar que a norma é o próprio conteúdo do dado na visão do intérprete, mesmo que não haja coincidência aparente entre o que o dado enuncia e o que a norma prescreve. A norma é o dado decodificado. Não há, pois, norma sem conteúdo. É da natureza da norma ter conteúdo. Os dados é que podem não implicar conteúdo, quando eles não têm correspondente semântico no repertório do intérprete, por exemplo. Até Jean-François Champollion decifrar totalmente a Pedra de Roseta, o que havia era apenas dado, e não informação.

21. O dado (regra) é visual, a norma é virtual

O dado é visual; a norma não é visual, ela é virtual. Tudo o que o sentido da visão vê (ou é capaz de perceber) é dado, e não norma. A norma não pode ser captada pela visão. Por isso, códigos materializam dados, e não normas. A norma não tem existência no mundo físico. Por isso dissemos que a Constituição ou o Código Civil materializam dados, e não normas. Portanto, quando abrimos o documento (livro) que qualificamos como Constituição, tudo o que vemos são dados, e não normas. O máximo que se pode dizer (ou reafirmar) é que existem normas em estado latente ou potencial, mas não norma em estado natural. Ao visualizar o enunciado prescritivo, a sensação que temos é de estar vendo a norma, não apenas um "dado". É assim porque, como temos um repertório, o cérebro, ao se deparar com o enunciado, deflagra uma decodificação imediata (automática), que proporciona uma informação, não necessariamente a norma. Foi por isso que ponderamos que interpretar não é apenas realizar uma simples decodificação, é preciso mais do que isso.

Por exemplo, ao visualizar o enunciado constitucional que prescreve que "todos são iguais perante a lei", temos uma primeira dimensão normativa que a decodificação proporciona. No entanto, tal dimensão é apenas uma visão (compreensão) parcial da potencialidade do mundo normativo. Nesse momento, em alguma medida,

podemos dizer que não estamos mais no mundo enunciativo, pois já colocamos os pés no universo normativo. A quantidade de normas que pode ser sacada do referido enunciado "todos são iguais perante a lei" é enorme (ilimitada) e não pode ser captada em uma primeira decodificação. É preciso muito raciocínio, reflexão e ponderação, pois somente isso poderá ampliar e revelar o verdadeiro horizonte normativo. Às vezes, inclusive, a primeira "compreensão" ou "impressão" que o contato com o enunciado proporciona se revelará depois imprestável, quando a melhor análise dos fatos e valores for realizada.

22. Quem surgiu primeiro: o dado ou a informação?

É possível formular a questão acima em outros termos mais populares, ou seja, quem surgiu primeiro: o ovo ou a galinha? Essencialmente é o mesmo problema que se pretende enfrentar agora.

O dado (enunciado) nasce de uma norma (informação relativa a um dever-ser). Mas também é certo dizer que a norma nasce do dado, mesmo que seja possível haver norma sem dado. É assim porque a norma se transforma em dado, e o dado, em norma. É o ciclo natural da norma ou do Direito enquanto realidade normativa. Sem entender a referida metamorfose, não será possível compreender o fenômeno jurídico. Por isso afirmamos que o Direito é uma realidade quadrimensional, e não tridimensional.

23. O grande problema do aprendizado do Direito

O problema central do estudo do Direito não está na identificação dos dados (parte visual), mas na apuração do seu conteúdo, o que ocorre por meio do repertório, do qual emanam as informações (ingredientes) com as quais as normas são elaboradas (fabricadas/produzidas). É o repertório, aliado à técnica, que faz a diferença e torna uns bons intérpretes e outros não. É nesse ponto que as faculdades de Direito erram, notadamente quando se satisfazem em apresentar os alunos aos dados.[15] Para conhecer os dados, não é preciso ser jurista, basta ser alfabetizado. Dados não são informações, mas informações podem ser obtidas a partir deles. É nesse ponto que o ensino jurídico se perde. Aliás, não só o ensino jurídico.[16]

O ensino do Direito deve se voltar para a formação do repertório, e não para a apresentação de dados. Conheci um profissional que tinha decorado (memorizado) todo o Código Penal. Era um advogado de uma pequena cidade do interior que visitei. Ele foi me apresentado como o profissional que mais conhecia o Direito Penal. Durante a nossa conversa, pude perceber que ele, em verdade, sabia muito pouco sobre o Direito Penal.

15 Existem exceções pontuais. Mas, de modo geral, é tudo muito ruim ainda.

16 Por isso gastamos tanto dinheiro com educação para colher tão pouco. A relação entre o que se gasta e o que se colhe beira o ridículo.

O que ele conhecia eram os dados que integram o Código Penal, mas o repertório dele era lastimável. Logo, ele não conseguia produzir normas, apenas recitar dados (palavras). No entanto, era tido como um gênio. A genialidade dele decorria da sua capacidade de decorar, memorizar. Aliás, ela era extraordinária – ele sabia o Código Penal brasileiro de cor. No entanto, não conseguia desenvolver raciocínios lógicos nem interpretar.

Um profissional somente será um jurista se possuir um adequado repertório. Mas como se forma um repertório? O repertório que precisamos para atuar na área jurídica vem de diferentes fontes, menos diretamente do texto da Constituição ou dos Códigos (Civil, Penal, Tributário, Processual, etc.). Os enunciados normativos que se podem encontrar nos Códigos, em princípio, nada dizem, pois são sintáticos. Eles ganham vida quando atribuímos a eles significados. Esses significados são possíveis em razão da existência de um conjunto de informações (repertório). O repertório, por sua vez, é formado ao longo da nossa vida, de acordo com as experiências que agregamos no nosso acervo pessoal. As diferentes fontes de formação do repertório são: a educação que recebemos dos que nos educam (nem sempre os pais), a realidade na qual estamos inseridos, os livros, as histórias que nos são contadas, as pessoas com as quais convivemos, as experiências vividas e, fundamentalmente, o processo de reflexão pessoal, os livros técnicos, a Revista Veja, a Folha de São Paulo, o Jornal Valor Econômico, o Globo,

a coluna opinião da Gazeta do Povo, os livros de filosofia, os romances, a conversa com os mais sábios e também com os idiotas, etc. Tudo isso e muito mais forma o nosso repertório, cultura, personalidade e caráter. Vale dizer: todas essas coisas representam fontes de informações que serão fundamentais para decodificar os dados dos Códigos Civil, Penal, Processual, etc.

Cada pessoa decodifica os dados que recebe de um jeito diferente. Isso é assim porque, para decodificar um dado, é preciso ter um acervo de informação anterior. Com base nesse acervo, decodificamos outros dados. Como os acervos ou repertórios são distintos em cada pessoa, o processo de decodificação, e o que dele resulta, também é distinto. Por isso, um grupo de pessoas que recebe os mesmos dados é capaz de produzir diferentes informações a partir deles. Jamais a produção de informação será a mesma relativamente ao grupo que recebeu os mesmos dados. É possível, antes de começarmos a falar para um grupo de pessoas, apurar qual é o nível do grupo ou conhecer um pouco o acervo pessoal de cada membro da plateia. Para tanto, basta fazer algumas perguntas bem elaboradas. O resultado final, dependendo da qualidade das perguntas, poderá desenhar um panorama bem preciso sobre o nível de conhecimento do grupo.

Quando falamos para um mesmo grupo de pessoas, utilizamos os mesmos dados, mas não transmitimos as mesmas informações. Uns compreenderão

uma coisa, outros entenderão outra. A padronização do "dado" não implica uniformidade da informação. Se implicasse, não teríamos dificuldade de entender o dever-ser que resulta da ordem jurídica, pois os enunciados prescritivos (dados) são absolutamente padronizados. No entanto, um mesmo enunciado prescritivo produzirá normas diferentes, necessariamente. Mas, afinal, qual delas é a certa? Ou todas estão certas? Responderei adiante.

Tudo é uma questão de acervo, de repertório. É certo dizer, como fazem alguns estudiosos da Psicologia, que o nosso acervo começa a ser formado antes de sermos concebidos, por meio dos nossos pais. Uma parte do nosso repertório virá dos que nos educam e outra será formada durante a nossa existência e suas fases. Assim, temos os primeiros dias, meses e anos e toda a vida para constituir e adquirir ideias, concepções, juízos, preconceitos, etc.

Ademais, durante toda a existência, estaremos em constante transformação, uns mais, outros (lamentavelmente) menos. Mas é fundamental saber que os primeiros anos de vida são os mais importantes e podem determinar a direção que o ser humano vai seguir. Por outro lado, é preciso levar em conta também que nada é absoluto, e a vida trata de relativizar tudo. Mas isso também dependerá de nós. Uns irão tirar lições de tudo, e outros, de quase nada. Uns passam a vida "apreendendo", outros saem dela ser tirar nenhuma lição significativa, nenhum aprendizado essencial.

A norma não é um fenômeno que resulta da objetividade, e sim da subjetividade.

O enunciado é estático, e a norma é dinâmica.

É possível dizer que existe uma única ordem enunciativa, mas não é possível afirmar que existe uma única ordem normativa.

A ilegalidade existe apenas quando não conseguimos identificar a verdadeira norma.

"Violar" o enunciado não significa, necessariamente, violar a ordem jurídica.

24. A essência das coisas

Para compreender o Direito, é preciso conhecer a essência das coisas, ou seja, a matéria-prima que constitui as suas diferentes realidades. Essa é a parte fundamental do repertório que se precisa ter. Sem ela, entenderemos algumas coisas, mas não o "verdadeiro" Direito. Assim, é preciso separar três coisas distintas: o fundamental, o importante e o desnecessário. Na ordem jurídica as três coisas vêm empacotadas no mesmo recipiente (texto ou enunciado prescritivo), sem qualquer distinção. Com efeito, a separação entre o fundamental e o importante na ordem jurídica, por exemplo, tem de ser feita pelo intérprete. A ele caberá fazer a separação estabelecendo a ordem preferencial entre dois ou mais valores, em razão de cada contexto específico. Nesse momento, nasce a sabedoria ou a "besteira", na forma de doutrina, parecer ou acórdão.

25. Nada é absoluto no Direito

É preciso reconhecer que não existem valores absolutos na ordem jurídica e que tudo deve ser relativizado. O reconhecimento do absoluto enclausura o intérprete e o confina à superficialidade da compreensão. Bem, vamos ver se isso é verdade e se de fato não existe nada absoluto no Direito.

Assim, vamos partir de uma pergunta: existe algum valor absoluto na ordem jurídica? Diante da

complexidade e da amplitude do ordenamento, como é possível alguém analisar todas as disposições previstas na ordem jurídica e, ao final, dizer que nada é absoluto ou que tais coisas são absolutas? Para ter uma ideia da amplitude da ordem jurídica, só no Brasil, acredita-se que existam quase duas centenas de milhares de leis e atos normativos em vigor.[17] Assim, um jurista precisaria dedicar todo o tempo da sua existência para executar a empreitada e, ainda, não conseguiria chegar a bom termo, pois, além do problema da quantidade, as leis mudam constantemente. É preciso adotar outro método que não seja o da decodificação integral da ordem jurídica. Ora, qual seria esse método? A palavra "método" pode ser decodificada como a forma ou o meio empregado para obter um resultado. Como o que pretendemos saber é se há algum valor absoluto na ordem jurídica, o método pode ser traduzido em uma pergunta: qual é o valor mais importante da ordem jurídica? Ora, se o valor mais importante da ordem jurídica não for absoluto, será razoável supor que os demais também não deverão ser; pelo menos, em tese. Então, esse é o método, ou seja, o meio que vamos utilizar para atingir o nosso objetivo. É simples e fácil.

Afinal, qual é o valor mais importante da ordem jurídica ou do Direito?

17 Não há certeza, mas se fala em 180 milhões, ou seja, esse é o "tamanho" da nossa "ordem jurídica", do nosso "ordenamento legal".

A resposta parece ser a vida humana. Ela é o valor essencial de qualquer ordem jurídica. A vida tem balizado o Direito enquanto realidade normativa. O Direito coloca a vida no ponto mais alto da escala valorativa, ou seja, ela é o bem mais importante para o ser humano e deve ser preservada e protegida a qualquer custo. Não é por acaso que o homicídio é o crime que tem a pena mais elevada no Código Penal. Também não é por acaso que a pena mais elevada que se pode estabelecer para o homicídio é a pena de morte. Essa aparente contradição de punir o assassino com a morte nada mais é do que um critério valorativo ou jurídico de reafirmar o respeito à própria vida. A pena de morte é a medida potencializada de maior respeito à vida, ainda que isso possa chocar, parecer contraditório e sugerir um retrocesso.

Assim, para alguns sistemas jurídicos, a violação da vida tem como consequência a eliminação do valor mais importante para o agressor (criminoso): a sua própria vida. A opção pela pena de morte, nesses sistemas, não representa um descaso com a vida; muito pelo contrário, um respeito a ela. É justamente pelo respeito à vida que a pena de morte é definida como a consequência a ser imposta pelo Estado, observadas certas condições. Acho adequado que se entenda bem o que estou afirmando, pois não estou defendendo nenhuma violação de direito, mas desenvolvendo uma lógica de raciocínio distinta sobre um mesmo valor jurídico: a vida.

No entanto, não se pode dizer que em um Estado como o nosso, em que não há pena de morte, o valor vida é absoluto. O valor vida é e sempre será apenas relativo em qualquer sistema jurídico minimamente racional. Por essa razão é que a ordem jurídica brasileira acolhe a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular do direito. Fundamentalmente, nos três casos, o que está dito é que é possível violar a vida, isto é, "matar". É claro que se vai argumentar que isso só é possível em determinadas situações e desde que presentes os pressupostos legais. Mas não é disso que estamos falando. O que estamos afirmando é que a vida não é um valor absoluto, mas relativo. Portanto, o valor mais importante da ordem jurídica é relativo. Com efeito, se ele é relativo, os outros também deverão ser. Logo, tudo é relativo e nada é absoluto, e isso não é uma falácia. Essa é uma informação importante para quem quer ser intérprete do Direito. Digamos que ela é uma das muletas mais importantes que nos conduzirá na escuridão da ordem jurídica.

A propósito, há uma tendência de querer, nos tempos atuais, defender que a dignidade da pessoa é o valor mais importante da ordem jurídica. O valor mais importante da ordem jurídica é a vida, e não a dignidade da pessoa. Não há nenhuma possibilidade de haver dignidade sem vida; mas pode haver vida sem dignidade. É evidente que não estamos propugnando pela existência de vida a qualquer preço ou sem dignidade. Estamos apenas estabelecendo uma prioridade para os valores e

colocando ordem nas ideias. Assim, a melhor forma de rotular a tendência atual é dizer que o princípio não é o da "dignidade da pessoa humana" como proclamado aos quatro ventos, mas o "princípio da vida com dignidade". A vida tem de ser destacada e priorizada, e não simplesmente incluída em rótulo genérico. Portanto, não é procedente o argumento de que o valor vida está implícito na ideia de dignidade. Não é a vida que deve fazer parte da dignidade, mas esta é que deve caracterizar a vida. O núcleo central não é a dignidade, mas a vida. Não se pode inverter a ordem das coisas.

26. Bagunçando o coreto

Outra coisa que o intérprete precisa saber é que o caso concreto irá servir de diapasão para determinar e separar o que é fundamental do que não é. A relativização dos valores que norteiam a ordem jurídica é determinada pela situação concreta. O proibido e o permitido são, em termos abstratos, apenas condições relativa e potencial. A norma que proíbe ou a que permite somente veda ou autoriza um comportamento em razão de um fato ou uma condição determinados. Assim, uma norma pode proibir em termos abstratos e permitir em termos concretos e vice-versa. Nesse sentido, não há proibição abstrata e, em princípio, pouco importa se o enunciado diz que é vedado, pois a norma (que resulta da atividade do intérprete) pode autorizar. Essa afirmação bagunça o coreto, pois o que acabamos de dizer é que o enunciado

de qualquer prescrição pode significar pouco; é um norte, mas não um porto seguro.

Portanto, a norma é produzida pelo intérprete em razão de cada caso concreto; não em tese, pelo legislador.

O exemplo abaixo evidenciará essa certeza.

27. Um caso emblemático: a casa em chamas

Vamos apresentar uma situação emblemática para o processo de interpretação do Direito. O caso relatado abaixo é tão importante para o processo de interpretação do Direito como o dos exploradores de cavernas, do jurista norte-americano Lon Fuller ou mesmo como o mito da caverna de Platão é para a Filosofia.

Eis o caso...

Um casal recebe um convite para jantar na casa de amigos. Convite aceito, a mãe contrata uma babá para ficar com o filho de 6 anos na noite do jantar. A babá se compromete a chegar à residência, no máximo, às 19h30min, já que o compromisso estava programado para ter início às 20h. No horário definido para a sua chegada, a babá liga e informa que não poderá ir, pois um de seus familiares havia sofrido um acidente automobilístico.

Diante do inusitado acontecimento, o casal chega a avaliar a possibilidade de cancelar o compromisso, mas pondera o fato de que o jantar havia sido preparado especialmente para eles. Por outro lado, entendem que levar o filho de 6 anos não seria adequado, uma vez que o

outro casal não tinha filhos. Como o local onde moravam era muito tranquilo e a residência muito segura, decidiram que o filho ficaria em casa vendo televisão ou brincando com seus jogos eletrônicos. Perguntaram ao filho se ele se sentia bem para ficar sozinho; respondeu que sim e que poderiam ir sem preocupação. A mãe explicou ao filho que a chave ficaria pelo lado de dentro, mas que a porta não poderia ser aberta depois que eles saíssem.

Antes de sair, a mãe, uma profissional da área do Direito, chamou o filho e reiterou que a porta da casa não fosse aberta em nenhuma hipótese. Todos os demais acessos à área externa da residência foram totalmente fechados e, com a finalidade de deixar bem claro o teor da proibição, ela escreveu em uma grande cartolina: "É proibido abrir a porta". Abaixo, estabeleceu uma consequência (sanção) para o caso de o filho descumprir a ordem e afixou a cartolina na porta, pelo lado de dentro. Pediu ao filho que lesse o que estava escrito e afixado na porta. A criança leu e disse que entendeu tudo e que não abriria jamais a porta. Em seguida, o casal partiu para o compromisso.

Em razão de todo o transtorno gerado pelo telefonema da babá, a mãe não se deu conta de que o ferro de passar roupa que ela utilizou havia ficado ligado sobre a cama. Poucos minutos depois que saíram, teve início um princípio de incêndio na casa. O fogo ganhou proporções rapidamente e, em poucos minutos, adentrou na sala onde a criança brincava. Percebendo o fogo, ela foi em direção à porta com a finalidade de fugir do local,

mas, diante da regra proibitiva fixada pela mãe, parou. O casal chegou em casa e se deparou com uma grande quantidade de bombeiros e policiais. A casa não existia mais, o fogo havia consumido tudo. No entanto, o filho estava vivo e sem nenhum arranhão, ele havia aberto a porta e escapado do fogo.

Idealizei o caso acima narrado para um evento que ministrei para um grupo de, aproximadamente, 100 advogados no ano de 2001. O curso era sobre contratação pública, mas a parte inicial tratava de interpretação jurídica. Assim, após relatar o fato, perguntei a eles se a criança, ao abrir a porta, havia ou não desrespeitado a ordem da mãe. Deixei claro para todos que a pergunta tinha conteúdo jurídico, pois a questão era a seguinte: o filho violou a norma imposta pela mãe ao abrir a porta ou não?

Para minha surpresa, todos responderam que o filho havia violado a norma e que quanto a isso não havia dúvida. Mas uma parte entendeu que ele não deveria ser punido. É importante deixar claro que foi unânime o entendimento de que a norma foi violada, e foi por maioria a decisão que o filho, no entanto, não deveria ser punido.

Esse caso é emblemático porque deixa bem clara a diferença entre o enunciado (dado) e a norma (resultado da interpretação), além da afirmação acima, de que o enunciado pode proibir e a norma autorizar e vice-versa.

Ao abrir a porta, o que o filho fez foi exatamente atender (cumprir) à norma definida pela mãe. Se ele não

abrisse a porta, aí sim estaria violando a norma. Vamos entender bem o contexto do caso para definir adequadamente a norma.

Vimos que a norma é o produto da interpretação e que ela não se confunde necessariamente com o enunciado (texto). No caso analisado, o enunciado proibia a abertura da porta pelo filho. A questão que se põe desde logo é a seguinte: por que a mãe proibiu que o filho abrisse a porta? A resposta é simples: ela desejava proteger a vida do filho. Logo, essa era a finalidade da norma. Mas, por que a mãe proibiu que a porta fosse aberta? Também é simples: porque, na visão da mãe, o que poderia colocar em risco a vida do filho estava fora da residência, e não dentro dela. Aliás, a casa fechada era, na concepção da mãe, o lugar mais seguro para o seu filho. Ela tomou como pressuposto fático que o interior da casa era seguro e que fora dela havia potencialidade de perigo. Quis ela evitar que o filho abrisse a porta caso alguém tocasse a campainha, por exemplo. A mãe não considerou o fato de que o perigo pudesse estar dentro da casa, ou seja, ela ignorou a possibilidade de um incêndio, como foi o caso. Assim, o enunciado prescreve uma proibição apenas aparente (ou de acordo com determinado pressuposto, condição). Ademais, é preciso perceber que em todo o enunciado não há um ponto final após a última palavra, mas deve haver sempre uma vírgula ou um ponto e vírgula. Se fosse um ponto final, a proibição de abrir a porta, no

exemplo, seria absoluta, mas vimos que no Direito nada é absoluto.

É possível extrair, de tais afirmações, mais uma informação importante para quem interpreta: na enunciação prescritiva nunca há um ponto final, mas sempre uma vírgula ou um ponto e vírgula.

28. Interpretar é saber ler o que não está escrito

Interpretar é saber "ler" o que está dito, mas não escrito. A interpretação pressupõe a capacidade de "ler" o que não consta do dado (do texto). Com isso, é preciso saber "ler" o que vem depois do ponto final (que não é final). Na enunciação: "É proibido abrir a porta", no caso narrado acima, após o ponto final, há uma exceção não escrita, mas que está dita e pode ser traduzida da seguinte forma: "exceto se houver alguma situação dentro da casa que possa colocar em risco a sua vida". Ademais, estar fora da casa era a única forma de dar efetividade para a norma, pois a permanência dentro da casa implicaria sua indiscutível violação, uma vez que a norma foi prescrita para proteger a vida, e não para eliminá-la.

Portanto, no caso apresentado da casa em chamas, o dado (enunciado) diz uma coisa, e a norma, outra bem diferente. Reitero que esse é um caso paradigmático para a interpretação do Direito. Assim, vamos voltar a ele em inúmeras passagens de agora em diante.

29. A interpretação a partir do dado

Os dados estão em toda parte (na Constituição, no Código Civil, na Lei nº 8.666/93, na Lei Complementar nº 123/06, na manchete de um jornal, nos versos de um poema, no silêncio de uma pessoa, no choro de uma criança, em um olhar). Dados, no entanto, precisam ser interpretados (decodificados). Não há nenhuma possibilidade de entendermos ou compreendermos algo se não for pela via da interpretação. Nesse sentido, interpretar é tirar dos dados algum sentido, algum conteúdo, alguma coisa. Ou melhor, interpretar é atribuir ao dado um significado, um conteúdo. Portanto, é um erro grosseiro a máxima que afirma que as "normas" (leia-se enunciado prescritivo) que se revestem de clareza não precisam ser interpretadas. Nenhum enunciado é, por natureza, claro, que não exija interpretação. Ademais, não existe norma *in natura*, o que existe é dado *in natura*. A norma é o resultado da interpretação, portanto, é equivocado pensar que possa existir "norma" clara.

Existe alguma coisa mais clara do que: "é proibido abrir a porta"?

30. O Direito é um sistema

A grande dificuldade na interpretação do Direito é que ele é um sistema. E como afirmado, um sistema de dados cuja conversão em informação (norma) depende de interpretação (decodificação). Assim, não se

interpreta apenas um dado (enunciado) isoladamente, mas um conjunto deles. Aliás, deve-se dizer também que não basta uma norma isolada para resolver um problema, mas um conjunto delas.

A decodificação de vários dados simultaneamente é tarefa das mais difíceis. A mente humana foi projetada para poder realizar essa árdua tarefa, o que não significa dizer que todas as pessoas desempenham bem essa missão ou com facilidade. Não se trata de uma questão de capacidade, pois, em princípio, todos os seres humanos a possuem. Penso que o problema é, principalmente, de acervo e método. A observação me proporcionou a conclusão de que, de modo geral, a maioria das pessoas tem tido mais sucesso com análises compartimentadas e pontuais do que com as que envolvem avaliação sistêmica. No entanto, esse problema pode ser contornado se adotarmos um método que possa reduzir as dificuldades naturais. Assim, penso que a profundidade que se pode atingir no processo de interpretação tem relação direta com a nossa capacidade de identificar ou perceber os valores essenciais que estruturam a ordem jurídica. Esse é verdadeiramente o método que proponho, ou seja, é preciso entender a essência das coisas. Daí a proposição de uma visão essencial para compreender e resolver os problemas do Direito.

31. A regra e a exceção

Outra dificuldade que o intérprete do Direito enfrenta é compatibilizar duas coisas indissociáveis, mas essencialmente distintas: a regra e a exceção. Não há nenhum regime jurídico que seja formado por normas que estabeleçam apenas um padrão de conduta comum (ordinária). Todos os regimes jurídicos, além de fixar o padrão de conduta comum (a regra a ser seguida para resolver a maior parte dos casos), também estabelecem o padrão de conduta excepcional. Apesar de o Direito ser feito, obrigatoriamente, das duas coisas, há uma predisposição para acreditar que se adotarmos hipótese excepcional estaremos afrontando a regra.

Fazer valer a exceção é, para muitos, o mesmo que violar a regra. Temos dificuldade de reconhecer que a exceção é tão importante para a ordem jurídica quanto a regra. Aliás, em determinadas circunstâncias, o que se consideraria exceção é, na verdade, a própria regra, ou seja, a exceção passa a ser a regra e esta, a exceção. Seguir o caminho da regra ou da exceção, sob o ponto de vista jurídico, tem a mesma importância e o mesmo valor. Assim, o exercício da legítima defesa deve ter a mesma importância para o Direito do que a conduta de não matar. Apesar de uma conduta ser comissiva e a outra omissiva, elas são fundamentalmente idênticas, isto é, têm o mesmo valor para o Direito, pois, nos dois casos, a ordem jurídica protege a vida. Portanto, regra e exceção são apenas perspectivas normativas, nada mais do que isso.

A ideia de regra e exceção é apenas uma questão de perspectiva segundo uma possibilidade fática. A existência da regra (conduta padrão) não exclui a da exceção (conduta especial) e vice-versa. Regra e exceção traduzem valores jurídicos e, por conta disso, têm igual importância. A diferença, nem sempre percebida, está no pressuposto de aplicação de cada uma. Assim, a importância de uma em relação a outra é sempre relativa, nunca absoluta. Se o pressuposto de aplicação for o fato que enseja a existência da exceção, não se estará diante da "regra". Em verdade, nesse caso, ela não é exceção, é a própria regra a ser observada diante do pressuposto. É preciso não esquecer que a aplicação da regra implica o afastamento da exceção para o mesmo caso simultaneamente; de igual forma, o inverso é verdadeiro. A aplicação da regra e da exceção simultaneamente para a mesma situação é, em princípio, uma contradição.

32. O mundo da aparência

O homem tem uma dificuldade muito grande de compreender o mundo do conteúdo, por isso prefere o mundo da aparência, do rótulo, dos dados. Muitos juristas reduzem sua atividade intelectual à interpretação literal. Na verdade, não existe tal possibilidade, pois não é possível reduzir uma atividade intelectual a um padrão meramente literal, pois a intelectualidade pressupõe,

necessariamente, transformar "dado" em informação. Com isso, queremos dizer que alguns juristas[18] se satisfazem com uma interpretação superficial, literal, rasteira, míope.

Ir além da literalidade não é para qualquer um. Penetrar no mundo do conteúdo é, para alguns, algo impossível, perigoso ou frustrante. O "mundo dos dados" é mais seguro, menos frustrante; o da informação não, ele é complexo, desafiador. O mundo da informação é o mundo do conteúdo. E o conteúdo tem uma relação direta com o interior, isto é, com o subjetivo, com o sujeito, com o acervo pessoal. No entanto, juristas e pensadores creem que para o Direito estar ancorado em um porto seguro é preciso um critério puramente objetivo. Vale dizer: para muitos, o porto seguro do Direito é o enunciado (ou mais precisamente: o seu texto). É o "princípio" da segurança jurídica em cena ou, pelo menos, uma visão que se tem dela (ou se pode ter).

Damos mais valor para o mundo visual, para a aparência, para o externo e para o objetivo, como se tudo isso fosse possível. E isso se explica facilmente: o mundo visual é o mundo do dado. O dado é aparente, a norma não. O mundo visual é o que impressiona mais. Assim, julgamos as pessoas e as condenamos ou absolvemos pelo seu visual, pela sua aparência. É assim que muitos juízes julgam o réu. E é assim que eles também absolvem

18 A palavra aparece no seu sentido amplo, ou seja, jurista é o que interpreta.

ou condenam. E fazem isso na primeira audiência, só de olhar; a propósito, em alguns casos, após a leitura da inicial, alguém já pode estar condenado ou absolvido. Por isso, todo réu tem cara de vítima. Julgamos a aparência (o visual) para rotular as pessoas e os seus comportamentos. Julgamos e condenamos sem direito de defesa e sem o devido contraditório.

Existem seres iluminados que se dizem capazes de conhecer as pessoas pelo visual e pela aparência, da mesma forma que pensam que podem interpretar o Direito se valendo da literalidade do enunciado. Fomos treinados para viver na superficialidade da aparência, e o momento histórico atual revela uma rica fase desse processo. Posso estar errado, mas penso que nunca fomos tão superficiais como nos dias atuais. Não há nenhuma atividade econômica que tenha crescido tanto quanto a da beleza e da estética. Homens e mulheres, não nessa exata ordem, se voltaram para o externo e esqueceram a essência. É importante que se diga que uma coisa não exclui a outra. Podemos e devemos cuidar da aparência, mas não colocá-la, em escala valorativa, acima dos valores essenciais. Isso não implica ter de ser um monge. Apesar de achar que nunca vivemos tão intensamente o mundo da aparência, devo dizer que acho também que a humanidade nunca viveu um estágio tão avançado, com tanta abundância material e segurança, apesar de a aparência dizer o contrário em relação a essa última.

O segredo da vida e do Direito é o equilíbrio. Não é por acaso que, geralmente, no Direito, diante das teorias subjetiva e objetiva, prevalece a teoria mista. Ser monge ou só se preocupar apenas com a aparência são opções radicais e ambas padecem do mesmo problema. Não se deve viver nos polos. A menor distância entre dois pontos é o centro. E centro representa equilíbrio. Vivemos permanentemente uma crise que qualifico de pendular. O pêndulo é um instrumento que possui um fio e um objeto na ponta e que oscila em torno de um ponto fixo. Vivemos em crise pendular porque estamos sempre indo de um polo a outro, sem lembrar que o equilíbrio está no centro, e o centro é por onde passamos, mas nunca paramos. Essas ponderações podem parecer inapropriadas para um livro sobre interpretação jurídica. Afinal, o que tem a ver o Direito e o equilíbrio que temos de ter na nossa vida? A resposta é simples e direta: tudo.

Se para interpretar é preciso existir um repertório e se o Direito é feito de regras e exceções, sem equilíbrio pessoal (emocional), não há possibilidade de obter uma boa norma. Para obter uma boa norma, é preciso mais sabedoria do que conhecimento técnico. Aliás, veremos que não se deve confundir cultura e sabedoria.

É preciso ter a clareza de que não há diferentes entendimentos sobre uma mesma norma; o que temos são diferentes normas a partir do mesmo dado (enunciado prescritivo).

Na enunciação prescritiva, nunca há um ponto final, mas sempre uma vírgula ou um ponto e vírgula.

Interpretar é saber "ler" o que está dito, mas não escrito.

Ir além da literalidade não é para qualquer um.

Não existe lacuna normativa; o que pode existir é apenas lacuna enunciativa.

33. O processo de interpretação jurídica é uma cebola

O processo de interpretação é como uma cebola que possui diversas camadas – a primeira delas é a do dado. A segunda é a da superficialidade. É na segunda que muitos "juristas" ganham a vida. Estar na terceira é um privilégio. Para atingir a quarta ou a quinta camadas, devemos conhecer o Direito sob outra perspectiva – a da essencialidade. Sem isso, será difícil sair da segunda. No entanto, quando se chega à terceira camada, a sensação é de quase total isolamento ou de se estar falando sozinho. Aí começa a necessidade de partilhar com os outros a terceira ou quarta camadas. O passaporte para a terceira camada é a visão essencialista.

É preciso sempre lembrar que a leitura da ordem jurídica é feita com inúmeras lentes, que têm graus distintos e, por isso, produzem diferentes interpretações.

Por isso há tanta divergência. Uns tentam atingir a essência para revelar (criar) a "verdadeira" norma, outros surfam nas ondas da superficialidade. A obra do primeiro é hercúlea, e a do segundo é fácil. É a luta do conteúdo contra a forma. No entanto, sem o primeiro, viveremos permanentemente no pântano da mediocridade. Mas reconheço: haverá muito mais pessoas afinadas com o *surf* da superficialidade do que com os que tentam descortinar a essência. A batalha é dura e gradual, mas os primeiros vencerão, pois é o caminho que

nos proporcionará a desejada evolução. Portanto, descarto a possibilidade de não evoluirmos.

34. A diferença entre cultura e sabedoria

Há diferença entre cultura e sabedoria.

Há pessoas cultas que não são sábias e pessoas sábias que não são, no sentido tradicional da palavra, cultas. Uma pessoa pode ler muito, estudar muito, viajar muito, falar muitas línguas, ser um orador extraordinário, ter muitos títulos acadêmicos, ter muitas informações e, mesmo assim, não ter sabedoria. Conheço algumas delas. Também tive a oportunidade de conhecer pessoas que não tinham ao menos o curso primário, que não sabiam ler, que só falam uma língua e com muitos erros de pronúncia, que nunca saíram da sua terra natal, mas que são sábias. Aliás, sábias na verdadeira acepção da palavra. A propósito, a viagem mais longa que Kant fez foi de 200 km de distância. A palavra (dado) "viagem" tem apenas um sentido geográfico, pois poucas pessoas na humanidade viajaram mais do que Kant pelas estradas do pensamento e do raciocínio.

Ser culto permite que você possa se tornar um bom intérprete, mas não permite que se torne um excelente intérprete. Para isso, você terá de ser sábio. Ser sábio é compreender a essência das coisas, da realidade, saber interpretar. Fundamentalmente, o Direito diz como as coisas devem ser. E para isso, ele captura a realidade e a regula. Essa realidade tem uma essência, um universo

simbólico. Aliás, tudo tem uma essência. O Direito Constitucional tem a sua essência, o Direito Societário, o Direito Contratual, etc. Cada área de especialização tem os seus pilares de sustentação, sua lógica própria e seus princípios estruturais. Todas as outras coisas que integram a realidade normativa giram em torno dos pilares de sustentação e dos princípios, ou seja, da essência. Só o domínio essencial do Direito poderá nos tornar verdadeiros intérpretes.

A propósito, Noel Rosa disse que "samba não se aprende na escola". E sabedoria também ainda não se aprende em faculdade de Direito (lamentavelmente!). Sabedoria é fruto de muita reflexão e da busca do essencial.

35. A simplicidade e a profundidade

Temos confundido duas coisas básicas: simplicidade e profundidade. Existem pessoas que acreditam que escrever difícil, de forma truncada e sem clareza é um jeito de demonstrar profundidade. É claro que muitos não fazem isso porque acreditam piamente nisso. Eles não fazem de outra forma porque não conseguem. Ser claro, direto, simples e profundo não é para qualquer um. Aristóteles ensinava que o estágio mais avançado da sabedoria era a simplicidade. Ser simples e profundo pressupõe sabedoria, e não apenas "conhecimento" técnico, por exemplo.

O que possibilitou que a música popular fizesse tanto sucesso e se firmasse como uma manifestação

cultural tão importante foi a reunião de dois ingredientes essenciais: simplicidade e clareza. Mas nem todos os compositores conseguem reunir esses ingredientes e ainda conciliar profundidade. Assim, as músicas que não conseguem expressar tais atributos são logo descartadas e lançadas na lixeira do esquecimento, ainda que façam muito sucesso. E fazem sucesso porque ele (o sucesso) não tem relação direta com profundidade/qualidade. O sucesso pode revelar o espírito das pessoas e o eventual grau de superficialidade em que elas se encontram. As músicas que conseguem reunir simplicidade e profundidade são sempre lembradas e não têm prazo de validade. De modo geral, penso que estamos, em parte, respirando "profunda" superficialidade nos dias atuais. Mas é claro, isso vai mudar, é só uma fase.

A propósito, uma das formas de apurar o grau de profundidade ou superficialidade de uma pessoa é conhecer as músicas que ela gosta de ouvir, bem como as convicções que possui sobre diversas outras coisas. Por esse conjunto de coisas (valores), é possível dizer se a pessoa será ou não uma boa intérprete no mundo do Direito. Posso garantir que não é pelo nível de conhecimento que ela tenha sobre "os dados" do Código Civil, por exemplo. O fato de dominar os dados do Código Civil jamais fará de alguém um excelente juiz em matéria civil, mas o repertório e outras qualidades farão dele um excelente intérprete do Direito. Porém, isso não é simples de ser entendido e aceito.

Simplicidade e profundidade não são coisas incompatíveis, ao contrário, deveriam ser inerentes. Se isso é verdade, então por que elas não andam de mãos dadas? A resposta é simples: não é fácil conseguir ser simples e profundo ao mesmo tempo. Apenas poucas pessoas na história da literatura, do Direito e das outras ciências conseguiram isso. A maioria fracassou. Mas é um fracasso não admitido, velado. E a dissimulação (a justificativa) ocorre sob o argumento da profundidade. Se um autor é confuso, prolixo, é comum o argumento: "de que ele é muito profundo". Aliás, uma profundidade que só ele alcança. Se ele tem um título acadêmico para ostentar, aí a profundidade aumenta. Muitas pessoas têm se escondido atrás de um título que não merecem e de uma profundidade que não têm.

Realizar o casamento da simplicidade com a profundidade não é para qualquer sacerdote.

A falsa profundidade em um texto cumpre uma única função: criar nas pessoas a sensação de que elas são incapazes de alcançar as luzes que iluminam quem escreveu. Em muitos casos, se conseguíssemos iluminar aquela "inteligência", não encontraríamos nada além de mediocridade travestida de genialidade.

36. Ignorância e frustração

Quando não compreendemos a realidade ou as pessoas (e suas atitudes), vivenciamos um sentimento que se pode qualificar de ignorância ou frustração. A

ignorância é o termômetro que revela nossa limitação, mas não nossa incapacidade. A frustração é o reconhecimento de que somos incapazes. Porém, é certo que a frustração ocorre também quando conhecemos a realidade e as pessoas, ou seja, quando adquirimos a capacidade de entender ou interpretar. Assim, a ignorância que nutre algumas pessoas pode também frustrar. Nesse caso, a frustração decorre da nossa própria incapacidade de convencer o outro.

Há, pois, duas formas de frustração: quando ignoramos e quando conhecemos. Depois de muita dúvida, reconheci que a melhor forma é a segunda. No entanto, ela impõe mais sofrimento.

É possível dizer que a ignorância é a ausência de conhecimento. A matéria-prima do conhecimento é a informação, pois sem ela não podemos melhorar nosso acervo. Conhecimento depende de informação, e esta, da nossa capacidade de interpretar. Sem interpretar não se pode conhecer nada. Mas é certo dizer que todos conhecem coisas, logo, todos interpretam: uns o fazem bem, outros não.

Copérnico, Galileu, Darwin e Freud foram quatro dos maiores intérpretes de todos os tempos. Eles tiveram a capacidade de ir muito além da aparência e fizeram revelações que mudaram a nossa compreensão sobre o mundo. Em verdade, eles nocautearam a ignorância e hipocrisia humanas. Depois deles, o mundo nunca mais foi o mesmo, pelo menos para um pequeno grupo

de homens. Para outra parte da humanidade, a que não enxerga um palmo à frente do nariz, nada mudou e tudo permanece igual. Aliás, desconfio que a ignorância produz endorfina (hormônio que produz sensação de bem-estar no ser humano).

37. A permissão e a proibição

A ordem jurídica se expressa por meio de um conjunto de normas que, fundamentalmente, existe para permitir ou proibir comportamentos. Nem a permissão nem a proibição que a prescrição enuncia podem ser consideradas absolutas, mas apenas e tão somente relativas. Mesmo diante da regra que veda e proíbe expressamente, há espaço para a permissão, sem que isso represente violação da ordem jurídica. Da mesma forma, uma permissão expressa pode significar uma vedação implícita. Só uma adequada interpretação jurídica pode dizer quando estamos diante da permissão ou da proibição. Isso dependerá de uma situação concreta. A proibição e a permissão normativas não decorrem da enunciação, mas da interpretação de um caso concreto, pois é ele que possibilitará a produção da verdadeira norma. Antes disso, não há norma, mas há enunciado (dado).

38. Quem dá vida à norma?

Afirmar que o legislador produz apenas "dados" é dar a ele uma péssima notícia, pois ele tem a mais

profunda convicção de que cria a norma. Criar a norma significa dizer como as coisas devem ser. Quem diz como as "coisas devem ser" é quem exerce o poder. Assim, na visão tradicional, ser legislador é ser o todo-poderoso. Mas o poder está com o intérprete, e não com o legislador. Na ordem jurídica, o legislador é o Poder Legislativo. O intérprete é, basicamente, o Poder Judiciário. E esse só não é o todo-poderoso porque todo o dinheiro está com o Poder Executivo. É nisso que reside a verdadeira divisão (tripartição) do poder.

A decodificação dos dados e a sua conversão em normas é o que chamamos de interpretação. Interpretar é produzir normas a partir de dados. As normas são produzidas na mente humana e convertidas em dados; estes precisam ser decodificados, posteriormente, também pela mente humana, mas não na de quem a produziu e a codificou, mas na de quem a decodificou.

39. A interpretação é uma operação complexa – A questão da justificação da norma

A comunicação deflagra o processo de interpretação.

Há comunicação quando alguma mensagem é transmitida. A comunicação envolve um emissor, uma mensagem e um destinatário. Alguém ou alguma coisa transmite algo (informação) que é captado por um terceiro. O fato de ter sido transmitida uma mensagem não significa que ela tenha sido captada (compreendida). O

processo de comunicação é complexo e dificílimo. Quem transmite a informação (mensagem) na forma de dado nunca saberá o que o destinatário realmente recebeu (decodificou). Também não adianta simplesmente perguntar: você entendeu? Porque mesmo que ele responda afirmativamente, não será possível saber se o que entendeu foi o que se quis transmitir. A dificuldade está na transformação da informação em dado pelo emissor e na decodificação do dado em informação pelo destinatário.

Como é possível perceber, há um processo de conversão de informação em dado e deste em informação. Esse processo é realizado pelo cérebro humano. No entanto, ainda não se sabe, com precisão, como o cérebro transforma dados em informação, ou seja, como ele, a partir de estruturas sintáticas (palavras, por exemplo), cria sentenças. Temos uma ideia de como isso ocorre, mas não o mapeamento completo de como isso efetivamente se realiza em uma perspectiva sistêmica. Ou seja, temos o *hardware* mapeado (todas as partes componentes do cérebro), mas ainda não sabemos bem como opera o *software*. Ainda estamos em busca do código-fonte desse *software*. A mente ainda é, em parte, um grande mistério. Ela é a fonte da genialidade e também de toda a idiotice milenar do ser humano.

Interpretar não é só criar uma norma, mas, acima de tudo, explicar, de forma lógica e convincente, por que se chegou a ela. A interpretação exige que o intérprete realize uma escolha justificável e convincente. A

tentativa de eleger a literalidade e de exigir que o intérprete recite apenas os "versos" cunhados pelo legislador, além de esvaziar totalmente o poder do intérprete, é uma técnica simplificadora, pois tornaria tudo mais simples.

Com isso, o que se exige do intérprete é apenas a condição de alfabetizado.

Como vimos, essa tentativa nasceu morta e nunca poderá ser aplicada, pois o ato de interpretação exige muito mais do que recitar um enunciado. Eliminada a possibilidade de simplificar a operação de aplicação da "lei" por meio do enunciado, é preciso reconhecer que dar à luz uma norma é atividade difícil e uma operação complexa, principalmente porque o Direito é um sistema integrado por dimensões diversas. Tais dimensões são e/ou podem ser tanto harmônicas como conflitantes, a depender da situação concreta. Disso resulta a necessidade de justificar o caminho adotado para conferir a devida validade da norma. O fundamento de validade da norma é a argumentação em torno da dimensão essencial (fato ou valor) que lhe garante a necessária sustentação. Assim, é preciso forte argumentação para viabilizar (dar à luz) uma norma válida. Portanto, interpretar não é só apontar o destino, mas também justificar o caminho adotado para chegar a ele. Claro que tudo isso exige "tutano": o combustível do processo de interpretação.

A interpretação jurídica não depende da nossa capacidade de leitura, mas sim da nossa capacidade de ponderar coisas e valores distintos.

40. A objetividade no Direito

O desafio dos positivistas foi o de transformar a ordem jurídica em um fenômeno puramente objetivo, isento das ideologias e preferências subjetivas de quem a interpreta. No entanto, como isso é simplesmente impossível, eles fracassaram. Este livro explica por que eles fracassaram. Kelsen, com a Teoria Pura do Direito, tentou realizar o impossível. O que é objetivo na "ordem jurídica" é o enunciado prescritivo, não a norma. As palavras que compõem o enunciado são meras estruturas "objetivas". Mas as palavras, enquanto estruturas sintáticas (objetivas), não dizem absolutamente nada. Vale dizer, a objetividade do Direito não diz nada, absolutamente nada. O que tem significado é o produto da decodificação do dado (enunciado): a informação resultante da interpretação. Como registramos, a informação (norma) é o resultado produzido pela capacidade subjetiva. Sem intérprete, não há norma, mas pode haver dado (e há!).

O positivismo jurídico tradicional procurou confinar a norma à moldura do enunciado e, com isso, confundiu dado com informação. O objetivo era limitar o poder do intérprete e fixar, por meio do dado, o mundo do dever-ser. Repito: isso é impossível.

Confundir o enunciado prescritivo com a norma equivale a confundir a partitura com a música. Tanto o Direito precisa do intérprete para produzir a norma a partir do enunciado quanto é necessário o músico para

produzir a música que está materializada na partitura. A diferença entre a realidade do Direito e da música, no entanto, é o resultado que se pode obter em razão da atuação do intérprete, isto é, pode ser uma obra de arte ou um desastre sinfônico, repita-se: na forma de doutrina, parecer, sentença ou acórdão.

Uma das finalidades da Teoria Pura do Direito foi reduzir o "Direito" a uma dimensão puramente objetiva. Na visão positivista, a norma é algo que tem existência fora do homem, não dentro dele. Como a ideologia é algo subjetivo e que existe dentro do homem, para purificar o Direito era preciso que a norma tivesse existência autônoma em relação a ele (homem). O positivismo clássico, concebido por Kelsen, exige que a norma seja fruto de isenção ideológica. No entanto, a norma é produto do subjetivismo humano.

A objetividade do enunciado prescritivo (dado) serve para conter a subjetividade, não para substituí-la ou eliminá-la.

A concepção de que a norma é produzida pelo intérprete colide frontalmente com a concepção positivista. A partir de determinado momento histórico, houve a necessidade de reduzir o poder pessoal dos homens, daí o fortalecimento das concepções objetivas. A norma é poder, pois ela diz como as coisas devem ser. Ora, reconhecer que a norma é formada no interior de cada um de nós é reforçar o poder individual, pessoal. Por isso foi

preciso criar o mundo do "faz de conta", no qual a norma é o que o enunciado diz que ela é.

41. O legislador é um péssimo contador de piadas

Toda piada tem começo, meio e fim. No entanto, a melhor parte da piada é o final, o que não significa que se possa contar apenas o final da piada. Se for contado apenas o final da piada, certamente não haverá graça e não será mais uma piada, mas uma informação solta e, muitas vezes, sem sentido. A finalidade de toda piada é provocar o riso, sem que se precise explicar o final. Por isso, piadas devem ter uma mensagem revestida de muita clareza e simplicidade. Assim, para que o final faça sentido e as pessoas possam rir, é preciso contar o começo e o meio a fim de contextualizar o final.

O legislador é um péssimo contador de piadas, porque ele conta apenas o final da "estória". Os enunciados prescritivos normalmente não fazem sentido porque representam apenas o final da piada, ou seja, é uma piada que não tem começo nem meio, tem apenas final. Por isso, os enunciados prescritivos são normalmente sem graça e, muitas vezes, não fazem sentido, salvo quando encaixamos o começo e o meio. Para que a piada que o legislador conta faça algum sentido, é preciso entrar em cena o intérprete, a quem caberá criar o começo e o meio e dar, dessa forma, algum sentido para o final que o legislador criou. Até que isso ocorra, quem estará rindo é o

legislador. Acho que se o legislador pudesse, em alguns casos, diria para alguns juristas: tente de novo, pois a conta não fechou.

Todo enunciado normativo é apenas uma piada mal contada. Assim, é possível dizer que a ordem jurídica é apenas um conjunto de piadas incompletas à procura de um bom "humorista".

42. A interpretação jurídica é um piquenique

Sabemos que, para produzir informação, é preciso processar/decodificar dados. É exatamente isso que o cérebro faz: processa os dados e gera a informação. No entanto, para que ele gere informações, é indispensável interpretar os dados. Interpretar significa, portanto, decodificar os dados (símbolos) e deles extrair alguma coisa num determinado contexto. Para tanto, como dissemos, é necessário o repertório (acervo pessoal).

Parafraseando Umberto Eco,[19] ao se referir a um texto literário, afirmo que uma das certezas que se pode ter com a decodificação de um enunciado normativo (dado) é que ela pode ser puro equívoco. Nesse caso, o equívoco é a norma produzida por meio da interpretação.

19 ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 28.

Como disse Todorov, citado por Umberto Eco,[20] "um texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e os leitores com o sentido". Com base nisso, é possível dizer que a interpretação jurídica é também um piquenique, no qual o legislador entra com os dados (o enunciado prescritivo) e o intérprete, com a norma (o dever-ser).

43. A tríplice intenção – O fundamento de validade da norma é a intenção do legislador, do texto ou do intérprete?

Umberto Eco afirma que existem três coisas distintas: a intenção do autor, a intenção do intérprete e, por fim, a intenção do texto.

No exemplo emblemático exposto da casa em chamas, a solução adotada desconsiderou totalmente a aparente intenção literal do texto (enunciado prescritivo), que era a de proibir a abertura da porta da casa, e atendeu à intenção da autora (mãe), que era proteger a vida do filho. Mas é preciso perceber que a autora (mãe) produziu o enunciado, ela proibiu a abertura da porta. Portanto, pode não haver coincidência entre a intenção original (essencial) do autor com o exato texto do enunciado prescritivo, ainda que ambos sejam produzidos pelo mesmo sujeito. Aliás, sobre a incompatibilidade entre o que se pretende dizer e o que se diz efetivamente,

20 Ibid., p. 29.

cabe aqui relembrar a advertência de Carlos Maximiliano ao afirmar que "a palavra é um péssimo veículo do pensamento".[21]

Por outro lado, vimos que a incompatibilidade entre a intenção da autora (mãe) e a do texto decorreu do pressuposto de fato, ou seja, a autora do enunciado ignorou que o perigo pudesse estar dentro da casa, por isso proibiu que a porta fosse aberta. Essa incompatibilidade ocorre com muitíssima frequência na aplicação dos mais diferentes regimes jurídicos vigentes. No entanto, nem sempre esse problema é resolvido adequadamente pelo intérprete, por lhe faltar a visão essencialista sobre o Direito.

Aí entra em cena a atividade do intérprete: que é (deve ou pode ser) complementar a obra do legislador e dar completude ao sistema normativo, isto é, assegurar coerência à obra do legislador, pois esta é sempre incompleta, inacabada. Não há sistema normativo perfeito sem um bom intérprete de plantão; ele é que assegura consistência ao Direito e elimina as lacunas e eventuais antinomias existentes. É possível comparar o Direito a uma obra de engenharia. Na construção do dever-ser, o legislador é quem projeta (o arquiteto), o intérprete é o engenheiro. No entanto, este também projeta, sem ter que, em todos os casos, ignorar o projeto original do arquiteto.

21 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Entre a intenção do legislador (autor) e a do texto pode existir uma distância enorme. O intérprete cumpre o papel de aproximar as intenções, reduzindo a distância ou eliminando-a. No entanto, no final das contas, o que vale mesmo é a atividade do intérprete.

Uma coisa é o valor essencial que se pretende proteger, e outra é o pressuposto fático que se adota ou se reconhece para enunciar a proteção. No exemplo da casa em chamas, como a mãe (legisladora) partiu da premissa de que o mal estava fora da casa, sua intenção foi a de proibir, com todas as letras, que a porta fosse aberta. Assim, a mãe criou uma regra proibitiva ("É proibido abrir a porta"). Não há nenhuma dúvida de que o desejo (intenção) da mãe nada tem (ou tinha) a ver com "o abrir ou o fechar a porta". O que a mãe desejava era outra coisa: proteger a vida do filho (valor essencial). Ao abrir a porta, o filho cumpriu a norma imposta pela mãe, mesmo desatendendo a uma proibição literal. A letra do enunciado proibia, mas a norma autorizava. Essa é a verdadeira essência do Direito. No entanto, ela depende de adequada interpretação, pois do contrário teremos ilegalidade, mesmo atendendo à literalidade do que "aparentemente" prescrevia o enunciado.

Nesse caso, não se pode dizer que a norma autorizava (mas apenas que ela autorizou). E não se pode dizer que ela autorizava porque, em última análise, ela é produto final do intérprete. Mas não se pode esquecer que ela (norma) é válida porque está afinada com a finalidade

da norma editada pelo legislador ou, dito de outro modo, com a intenção de quem legislou (no caso, a mãe). Portanto, não se pode ignorar a intenção do legislador e querer se fixar na aparente intenção do texto, conforme é a visão adotada por muitos intérpretes. Também não se pode simplesmente invocar como fundamento de validade da norma a intenção do legislador, pois este é, em muitos casos, uma mera ficção. Mas, por outro lado, é preciso não esquecer que a compatibilidade entre a intenção do autor e a do intérprete tem fundamento de validade na identidade do valor protegido. Portanto, no caso da casa em chamas, o ponto de convergência entre a "intenção" do autor (mãe) e a do intérprete (filho) é o valor juridicamente protegido (vida e segurança de uma pessoa). Isso, em termos concretos, pode não ter nada a ver com a obrigatoriedade de manter a porta fechada. Como se pode ver, de uma proibição expressa é possível obter uma permissão (implícita), e o contrário também é verdadeiro: de uma permissão explícita é possível sacar uma proibição implícita. Esse é o mundo do Direito.

44. O enunciado é apenas uma escada

Na sua famosa obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, Ludwig Wittgenstein sugere que, depois de usar a escada, é preciso jogá-la fora. Utilizo essa sugestão para afirmar que depois de olhar (avaliar) o enunciado, é preciso virar as costas para ele, como condição necessária para produzir uma boa norma. Em interpretação jurídica, a escada é

o enunciado. Assim, é preciso se valer dele inicialmente. No entanto, depois de cumprir o seu papel, é necessário deixá-lo de lado para que se chegue até a norma. A escada (o enunciado) é capaz apenas de nos levar até certo ponto do percurso. Na interpretação jurídica, parte considerável dos "intérpretes" morre abraçada à escada e, por isso, não consegue atingir a norma. É necessário largar a escada, desapegar-se dela, pois ela é meio, não fim. Enunciado é meio, norma é fim.

A finalidade do *Tractatus Logico-Philosophicus* foi estudar como a linguagem consegue representar o mundo. Posso dizer que o estudo que materializo nesta obra tem uma finalidade, essencialmente, idêntica à de Wittgenstein, pois, em parte, pretendo explicar como o enunciado não pode representar a norma ou como ele é incapaz de cumprir essa missão. Segundo a visão tradicional, acredita-se que o enunciado representa e traduz a norma, ele, em verdade, se confunde com a própria norma; ele a representa. Na visão que apresento neste estudo, o enunciado não é a norma, ele não se confunde com a norma.

Temos dois mundos distintos: o enunciativo e o normativo. É fundamental entender isso e saber distingui-los.

45. A questão da legalidade

O modelo baseado na ideia de que a norma tem como expressão o exato "sentido do texto" traduz a

tentativa de impor limites e criar fronteiras intransponíveis para o intérprete, como se isso fosse possível. Reduzir a possibilidade de interpretação ao "sentido" do texto é impor limites, e isso significa reduzir poder. Que poder é esse do qual estamos falando? O poder de criar a norma e dizer como as coisas devem ser. Aliás, não há poder maior do que esse. Portanto, entendeu-se que era preciso reduzir esse poder e confiná-lo a um padrão totalmente objetivo. Essa missão coube a uma corrente de pensamento: o positivismo jurídico. A forma de reduzir o poder foi confinar a atuação do intérprete ao enunciado prescritivo. Essa possibilidade ou ideia foi tão bem "vendida" que, até hoje, acreditamos nela. O paradigma agora tem de ser outro. No entanto, um novo paradigma significa nova cultura, nova concepção. Claro que isso será construído aos poucos.

Este livro propõe, portanto, um novo paradigma para a interpretação jurídica. Essa nova concepção considera o Direito sob uma perspectiva essencialista.

É preciso ter a clareza de que a ideia de fronteira e limites condiciona a cultura racional da humanidade. Impor limites para os outros e tratar de eliminá-los para si próprio tem sido um propósito dos homens ao longo da história. Déspota é o que impõe limites para os outros e acredita que para si não pode existir nenhum. Temos vários exemplos recentes na política atual. Na Antiguidade, "bárbaros" eram os povos que não tinham limites (os que não respeitavam os territórios). Eram os que iam

além das suas próprias fronteiras e, por conta disso, invadiam a dos outros. Não há dúvida de que todos nós precisamos de limites, pois eles possibilitam o equilíbrio e tornam razoável o convívio em sociedade. Mas também é preciso romper barreiras. Romper a barreira da literalidade é uma transgressão para os que entendem que a norma é o enunciado contido na moldura. O enunciado não é uma pintura realista, mas impressionista. O enunciado normativo está mais para Monet (impressionista) do que para Manet (realista). Talvez o mais adequado a dizer seja que o fenômeno da interpretação jurídica está mais para o surrealismo de Salvador Dalí e do cubismo de Picasso do que para qualquer outra coisa.

A redução da norma ao texto é uma medida de contenção do poder e um dos possíveis critérios para definir o que é legalidade. E a violação de tal critério resulta, na visão tradicional, na ideia de ilegalidade. Na visão literal, que é uma das que vigora entre nós e norteia a concepção mais tradicional, ilegal é o que está diferente do texto, do dado, do enunciado. Como sustentar tal ideia se o dado é apenas sintático, ou seja, não tem sentido próprio, mas apenas o sentido que podemos atribuir a ele?

Afinal, o que é ilegalidade então?

A ilegalidade existe apenas quando não conseguimos identificar a verdadeira norma. Assim, não se pode dizer que há ilegalidade quando a enunciação literal de uma prescrição normativa não é respeitada, mas quando não se consegue sacar da referida prescrição a norma que

habita o seu interior – a sua essência. Isso implica dizer, mais uma vez, que não se pode confundir o enunciado com a norma.

No caso emblemático que apresentamos sobre a casa em chamas, a conduta do agente (filho) violou indiscutivelmente a literalidade do enunciado (dado), pois era proibido abrir a porta e não havia nenhuma exceção expressa. No entanto, não houve nenhuma ilegalidade. Ao contrário, haveria ilegalidade se a proibição literal fosse atendida. Portanto, a legalidade não é uma realidade sintática, mas um fenômeno (ou realidade) semântico, isto é, ela não tem seu fundamento de validade na enunciação textual (no dado), mas em outra condição (contextual).

A questão é: quais limites precisam ser impostos aos intérpretes?

Se a norma é o resultado da conjugação ponderada entre fato e valor e, ainda, se interpretar é produzir a "melhor norma" diante do caso concreto, parece adequado reconhecer que o eventual limite ao intérprete decorrerá da adequação entre o fato e o valor a serem considerados para fins de ponderação. Não se trata de reproduzir, por exemplo, o fato considerado pelo legislador, pois, como vimos no exemplo da casa em chamas, a dimensão factual adotada pela mãe (legisladora) era reduzida, pois ela ignorou a possibilidade de haver um evento no interior da casa que pudesse colocar em risco a vida do filho. Assim, o intérprete pode ampliar a base factual sem extrapolar o limite imposto pela ordem

jurídica. O problema, no entanto, tem relação direta com o valor, pois traduz a verdadeira dimensão essencial da norma jurídica. No caso emblemático da casa em chamas, a única coisa que permaneceu imutável foi o valor, a preservação da segurança (vida) do filho, ainda que a dimensão factual tenha se alterado, pois foi ampliada na perspectiva do intérprete.

O fato de ser o intérprete quem cria a norma não significa que ele tem total liberdade para dizer como as coisas devem ser. Existem limites, mas eles não são simples de ser fixados, justamente porque a essência do Direito é valorativa. No entanto, não estamos dizendo que o fato não tem importância; é claro que o fato tem importância e, em muitos casos, inclusive, é determinante. Os positivistas tentaram resolver esse complexo problema por meio do enunciado, ou seja, houve a tentativa de limitar a ação do intérprete impondo a ele a obrigação de respeitar o "enunciado". O que se pretendeu foi, sob o argumento de garantir segurança, aprisionar o intérprete ao dado (ao texto da lei). Vimos que é simplesmente impossível limitar a ação do intérprete aos limites textuais do enunciado. A função do enunciado normativo é simplesmente tentar comunicar algo que se supõe que seja a norma (dever-ser), não necessariamente "congelar" a norma, que pode ser outra coisa, inclusive.

Ao olharmos para o enunciado não significa que veremos a norma. O enunciado prescritivo é uma espécie de veículo com vidros fumês.

Só o domínio essencial do Direito poderá nos tornar verdadeiros intérpretes.

A proibição e a permissão normativas não decorrem da enunciação, mas da interpretação de um caso concreto, pois ele possibilitará a produção da verdadeira norma.

A interpretação jurídica não depende da nossa capacidade de leitura, mas sim da nossa capacidade de ponderar coisas e valores distintos.

Sem intérprete não há norma, mas pode haver dado (e há!).

46. A vinculação e a discricionariedade

Os positivistas dogmáticos têm muito medo do exercício do poder. Não do exercício que eles possam vir a fazer, mas do que os outros possam fazer. Assim, tentam reduzi-lo ao máximo, confinando a eventual liberdade de quem o exerce ao mínimo possível. Esse mínimo possível é o enunciado prescritivo. Assim, criam com base na ideia de legalidade, entre outras, duas possibilidades: a ideia de vinculação e a de discricionariedade. Dizem os dogmáticos que o "enunciado" regula o dever-ser de forma integral, não deixando margem de liberdade alguma para o agente que tem de aplicar o que eles chamam de norma. Essa camisa de força, eles chamam de vinculação. Assim, é denominada conduta vinculada a que o agente que exerce o poder não tem nenhuma liberdade, somente a obrigação de ser um autômato. Nesse caso, o agente está preso à literalidade do enunciado. Ele tem de tocar a música com total fidelidade à partitura (enunciado). Uma espécie de músico clássico. Por outro lado, se a conduta é discricionária, tem o agente maior liberdade diante do enunciado; liberdade conferida e limitada pelo caso concreto. Voltando à analogia com a música, é possível dizer que determinados enunciados prescritivos permitem que o agente toque bossa nova. Onde está o equívoco dos dogmáticos? O equívoco é sempre o mesmo: o enunciado. Eles reduzem a ordem jurídica à sua dimensão enunciativa e não veem que o

Direito tem duas dimensões distintas: a enunciativa e a normativa. Não percebem que é impossível confinar o intérprete (agente) ao enunciado. A ideia de vinculação e de discricionariedade, tal como pensam os dogmáticos, simplesmente não existe, é uma ficção.

O intérprete é uma espécie de psicanalista ou terapeuta diante do enunciado. O enunciado não é o que parece ser ou o que diz que é, por isso a "sua análise" é indispensável.

47. O significado da "violação" do enunciado

Há uma diferença não percebida entre "violar" o enunciado e "violar" a norma. A expressão "violação da ordem jurídica" tem sido empregada, em parte dos casos, de forma inadequada.

"Violar" o enunciado não significa, necessariamente, violar a ordem jurídica, conforme é a sensação tradicional que temos. Violar o enunciado é permitir o que "aparentemente" estava proibido, é proibir o que aparentemente estava autorizado, bem como obrigar quando aparentemente parecia haver faculdade ou vice-versa. A "violação" do enunciado é isso. Em muitos casos, a dita violação se traduz na substituição de um verbo por outro, ou seja, em transformar ou substituir o "é proibido" pelo "é permitido". No entanto, violar o enunciado não implica violar a ordem jurídica, uma coisa não pode ser confundida com a outra.

Ao contrário do que se pensa, respeitar o enunciado prescritivo implicará impor grave violação à ordem jurídica. É bom repetir mais uma vez: o enunciado é uma coisa e a norma é outra. A violação da ordem jurídica não se mensura ou se afere com base no respeito à literalidade do enunciado.

Violar a norma é viabilizar um "dever-ser" incompatível com a ordem jurídica em vista do caso concreto.

48. O Direito é contrário à natureza humana – Não existe Direito natural

Tradicionalmente se reconhece que existem duas realidades distintas: a do ser e a do dever-ser. A realidade do mundo do "ser" pode ser analisada sob dupla perspectiva: a) externa ao homem (natureza propriamente dita) e b) interna ao homem (natureza do homem enquanto ser). Vamos nos focar apenas no item "b". Assim, o mundo do "ser" expressa a realidade humana tal como ela é por natureza, isto é, como ela é sob o ponto de vista natural. O mundo do "ser" retrata o homem desnudo[22] (sem dissimulações e outros acessórios que o tempo produziu). O mundo do "dever-ser" retrata o homem não como ele é (essência), mas como ele deve ser (o que se espera dele). O mundo do Direito (campo normativo) tem a finalidade de moldar a natureza humana, de modo que o homem não faça determinadas coisas que ele (essencialmente)

22 É o que Freud chamou de "id".

teria propensão a fazer (ou certamente faria), em razão da sua natureza.

Nesse sentido, é possível dizer que o Direito é contrário à natureza humana. Portanto, o mundo do "ser" é toda realidade que traduz o que é natural, e o mundo do "dever-ser" representa o que é contrário à natureza ou o que não é da própria natureza. Então, há o mundo natural e o não natural (artificial). O artificial é o mundo criado pelo homem, conhecido também como cultural. O Direito é uma obra cultural do homem, e não natural.

O que é natural não é o Direito, mas outras coisas que fazem com que ele surja. Com efeito, não existe Direito natural. O Direito é um fenômeno cultural. O que impulsiona a criação do Direito é o que é natural, e não o Direito propriamente dito.

O Direito é fruto do reconhecimento de que se o homem é ou age naturalmente de determinado modo não significa que não possa ser ou agir de outro modo (dever-ser). Essa é uma das grandes constatações ou descobertas da humanidade, pois é com ela que surge o Direito. A questão central é: o que fez o homem ceder a sua natureza e agir diferentemente dela? A resposta possibilita a compreensão do Direito como fenômeno social. Mas não vamos, neste momento, tratar dessa questão.

49. A efetividade do Direito

A efetividade do Direito depende mais da norma dita secundária (que fixa a consequência) do que da

norma primária (que proíbe, por exemplo). O que o homem teme é a consequência que sua ação ou omissão pode ensejar. Assim, a impunidade gera a grande crise de efetividade do Direito. O temor da sanção é a única coisa capaz de tentar manter o homem sobre controle e dentro dos limites. O que assegura ao Direito a necessária efetividade não é a existência de uma sanção abstrata (meramente potencial), mas a certeza de uma punição concreta (efetiva). É nesse ponto que o Estado brasileiro tem se perdido. Por isso, há uma crise de efetividade (ou a sensação dela, ainda que se possa afirmar que ela não existe).

50. Não existem lacunas no sistema jurídico

A ordem jurídica é um sistema de "normas" totalmente completo, ou seja, não há incompletude. Vale dizer: o que se denomina de incompletude é uma característica que envolve os enunciados (dados), e não as normas. Não há incompletude propriamente normativa, apenas enunciativa. A norma está sempre presente na ordem jurídica, o que pode não existir é o dado que traduza a sua enunciação "prescritiva". Portanto, normas podem ser produzidas mesmo que não existam dados que lhe forneçam suporte formal, literal. Assim, não há lacunas na ordem jurídica, mas pode haver ausência de dados.

A lacuna é uma questão apenas visual, não virtual. É principalmente um problema que existe na cabeça dos dogmáticos.

Os dados conduzem às normas, mas é possível produzir normas sem que exista dado. Isso é possível porque as normas não dependem dos dados, mas os dados podem depender das "normas". Os dados são produzidos a partir das normas, mas estas podem ou não decorrer deles.

51. O Direito é uma ciência exata como a Matemática?

Tenho dúvida em responder à questão proposta, mesmo que isso possa parecer, de acordo com o senso comum, um despropósito, um absurdo. Afinal, sempre ouvimos a mesma conversa: o Direito não é uma ciência exata tal como a Matemática! Também sempre aceitei essa afirmação. No entanto, em razão das reflexões e dos estudos atuais que tenho realizado, confesso que estou em dúvida. Acho que precisarei refletir mais. O que posso afirmar, por ora, é que o Direito pode até não ser uma ciência exata, mas a solução dos seus problemas depende dos mesmos pressupostos que presidem as ciências exatas: o raciocínio lógico. A questão ficará para outro momento, pois precisará ser refletida, bem como o significado da palavra "exata" no contexto da afirmação. Porém, não tenho dúvida de que estudar a Matemática é tão importante para o aprendizado do Direito

como estudar Direitos Civil, Penal e Constitucional. No entanto, devo dizer que não estou me referindo necessariamente ao estudo da álgebra, mas à teoria dos jogos, estatística, matemática financeira, teoria da otimização, teoria dos conjuntos, teoria da ordem, teoria dos leilões, etc.

Outra dúvida que pareço não ter mais é: no Direito, a conta tem de fechar. Se não fechar, há algo errado. Daí a dúvida (provocação) se o Direito é ou não uma ciência "exata".

52. A norma é um ato (operação) de manipulação

A norma resulta de um ato de manipulação. No entanto, e desde logo, é preciso que se diga que a palavra "manipulação" é empregada em sentido próprio, e não no sentido negativo. No sentido negativo, manipular é enganar e falsear. O sentido próprio que empregaremos à palavra "manipular" é outro e significa forjar, produzir, dar forma, criar, ponderar. No sentido farmacológico, manipular é reunir diferentes elementos (matérias-primas, sais, etc.) e dosar o emprego de cada um deles a fim de produzir uma solução (remédio) para um problema específico. É perfeitamente possível estabelecer uma analogia entre a manipulação farmacêutica e a manipulação jurídica – a lógica é a mesma, portanto, a essência é a mesma.

Assim, o intérprete é, antes de tudo, um manipulador. Ele manipula os fatos, o enunciado prescritivo, os valores envolvidos e, como resultado, produz a norma. A norma é o resultado de uma operação complexa de manipulação, isto é, de ponderação entre diferentes coisas (o fato envolvido, o valor protegido, os valores do intérprete, os valores do grupo a que ele pertence, o estado emocional que o envolve no momento de realizar a operação, o enunciado prescritivo, etc.). É nesse contexto que o intérprete opera e forja a norma. A norma é o produto de um estado de espírito de um sujeito que chamamos de intérprete. A propósito, sobre o sujeito, Schopenhauer disse: "Sujeito é o que conhece, mas que não é conhecido". Afirmou também o grande filósofo: "o mundo é a minha representação". Com base em Schopenhauer, é possível dizer: a norma é a minha manipulação, ou seja, a minha ponderação dos fatos, valores, enunciados, etc. Diante disso, só nos resta pedir a Deus que nos proteja.

53. A norma original e o enunciado

Enunciados não são nem verdadeiros nem falsos, são apenas "proposições" simbólicas a partir das quais se produzem normas válidas ou inválidas. A validade e invalidade normativas são apenas perspectivas que se estabelecem (ou podem se estabelecer) sob o ponto de vista essencial.

A norma é o resultado da atividade realizada pelo intérprete. No entanto, a norma não é, necessariamente,

algo exclusivamente subjetivo, ou seja, não se trata de um resultado totalmente original ou arbitrário de quem a produz.[23] Ao produzir a norma, o intérprete tem em conta valores definidos socialmente e que foram utilizados para criar a "norma original" que o intérprete visa a recriar. Toda atividade de interpretação é uma tentativa, aparente ou real, de recriar a "norma original" que foi transformada em "dado" pelo legislador. É a tentativa que possibilita tudo, inclusive a frustração.

Nesse sentido, a legalidade não é a exata medida de correspondência entre a norma criada pelo intérprete com o dado produzido pelo legislador, mas a viabilização do valor utilizado pelo legislador para forjar a norma que depois foi transformada em dado, para que a comunicação pudesse se operar regularmente. A estrita legalidade é determinada pela adequação da "norma" produzida pelo intérprete ao valor que suportou a "norma" criada pelo legislador, e não pela adequação daquela com o dado que materializa o texto formal do enunciado prescritivo. Esse raciocínio se aplica para a maioria dos casos. No entanto, não estamos ignorando a possibilidade de a "norma original" nascer incompatível com a ordem jurídica vigente.

A mente humana é uma fábrica de produção de normas. Trata-se de uma produção ilimitada e diversificada. No entanto, a norma é fruto de um "parto" complexo. É por meio da norma que se dá "luz" ao Direito.

23 Conforme ponderou Gadamer, na obra citada.

Sem interpretação, não há Direito. Essa é também uma afirmação difícil de ser aceita.

Na percepção visual, o enunciado contém apenas a indicação de uma possibilidade de direção, mas não é, nem pode ser, um destino único e certo. Portanto, o enunciado vislumbra apenas uma possibilidade de norma a ser "declarada", no futuro, pelo intérprete. Mas, repita-se, apenas em uma percepção visual.

O enunciado é uma partitura com base na qual se pode tocar Jazz, Blues, Samba, Hip-hop, Rock ou música clássica. Dependerá apenas de uma coisa: do intérprete.

54. O que é o conhecimento, afinal? Uma questão de método

Somos todos capazes de produzir conhecimento a partir de informações. A matéria-prima básica com a qual forjamos o conhecimento é a informação. A informação, por sua vez, serve para melhorar o nosso acervo pessoal. A reflexão intelectual é o motor que movimenta a fábrica que produz a informação e também o conhecimento. Refletir é ponderar; por meio da reflexão que se produz na mente construímos nosso mundo interior (ideias, preconceitos, valores, verdades, mentiras, etc.).

Temos dificuldades de transmitir aos outros o conhecimento que possuímos, ou seja, o resultado da nossa manipulação intelectual. Conhecimento é informação, e a informação produz o conhecimento. A informação é ao mesmo tempo matéria-prima e produto final.

Porém, preferimos qualificar o produto final com outro rótulo (nome específico) – esse nome é conhecimento. Assim, conhecimento é a informação que produzimos com base em outras informações (ou tendo outras informações como matéria-prima). Nesse sentido, norma é conhecimento, pois ela é o resultado de uma operação realizada com base no nosso acervo pessoal (que nada mais é do que um conjunto de informações).

Ninguém transmite conhecimento (no sentido de acervo). A razão é simples: conhecimento não pode ser transmitido. Se fosse possível, até acredito que alguns iluminados fariam isso. Também ninguém transmite experiência. A razão é a mesma: experiência não pode ser transmitida. É possível tentar transmitir (partilhar/compartilhar) informação/experiência por meio de dados. Mas, se o ouvinte não conseguir decodificar o dado, não haverá informação. Portanto, é possível partilhar o conhecimento por meio de dados e assim produzir informação. Para haver compartilhamento do conhecimento, é preciso uma padronização mínima entre o repertório de quem transmite o conhecimento na forma de informação e o repertório de quem vai receber a informação na forma de dado. Sem essa compatibilidade mínima, a única certeza é a de que haverá fracasso. Quem transmitirá a informação tem de partir desse pressuposto e agir com muita didática. Mesmo assim, a probabilidade de dar errado é considerável. Para constatar isso, basta ver o resultado do ensino no Brasil. Claro que, nesse caso,

existem vários outros fatores a serem considerados. O fato é que a educação (e a sua gestão) neste País parece ter sido pensada e organizada justamente para não dar certo. Sendo assim, temos conseguido atingir excelente resultado. Se o objetivo não foi esse, é possível dizer que a incompetência tem feito da gestão na área educacional a sua morada. Portanto, temos que propor a necessária ação de despejo. É preciso reagir.

Levando-se isso para o ambiente escolar, a aula é o espaço destinado fundamentalmente à transmissão de dados, não necessariamente de informação. O que se deseja é que, durante a aula, enquanto o professor transmite os "dados", o aluno produza informações. Para tanto, o aluno precisa dar ouvidos ao professor e ter um acervo pessoal básico. Vale dizer: concentração e, pelo menos, um repertório mínimo (*kit* básico). Mas só isso não basta. É preciso mais: um professor com bom acervo e com método espetacular.

Ensinar Direito é preparar o aluno para decodificar dados e produzir normas. Para tanto, é preciso qualificar o acervo pessoal do aluno, transformando-o. É isso que o professor deve fazer em uma faculdade de Direito, como em qualquer outra. Professor nenhum transmite conhecimento, tampouco informação, como se imagina. O professor transmite apenas dados, a partir dos quais o aluno pode produzir informação. Assim, o dado não pode ser "quadrado", ele precisa ser "redondo", caso contrário o processo de comunicação ficará prejudicado.

Apenas uma parte dos dados transmitidos pelo professor é utilizada pelo aluno para produzir informações; outra parte significativa dos dados é perdida ou inutilizada, mesmo que o dado seja "redondo". Agora imagine se ele for "quadrado". Normalmente, os dados transmitidos pelos professores em sala de aula são "quadrados". Isso pode explicar por que o resultado é ruim.

O método de ensino ainda reinante é o expositivo. O que significa que o professor entra na sala de aula e começa a falar sobre um tema durante, em média, 45 minutos. Se o aluno estiver absolutamente concentrado e tiver o *kit* básico, ele conseguirá, no máximo, "apreender" uma parte do que foi dito. "Apreender" no sentido de se apropriar. O restante vai pelo ralo. O método expositivo não é o mais eficiente e eficaz; no entanto, é o mais utilizado no ensino no Brasil e no resto do mundo.

Penso que o melhor método para partilhar o conhecimento e possibilitar que o aluno se aproprie da informação é o construtivista. O conhecimento precisa ser construído no ambiente da sala de aula, em qualquer nível de educação. O aluno tem de ser estimulado a raciocinar e a produzir informações. Esse é o papel fundamental do professor (de um verdadeiro professor). Para tanto, o professor precisa ter um acervo de informação adequado, excelente didática para transmitir as informações e extraordinária capacidade de questionar os alunos. O sucesso da educação, em qualquer nível de

ensino, depende da capacidade do professor de fazer perguntas e ajudar os alunos a viabilizar as respostas.

Professor bom não é o que tem muitos títulos acadêmicos e dezenas de textos científicos publicados em revistas técnicas que ninguém lê. Professor bom é o que cria condições para que os alunos possam ser melhores do que ele; possam superá-lo, pois sem isso não haverá evolução. Se os alunos não forem melhores do que o professor, será sinal de que este fracassou. Uma geração tem de ser melhor do que a outra. Se isso não estiver acontecendo, há alguma coisa errada e devemos corrigir.

É fundamental saber partilhar conhecimento. A questão central aqui é o tipo de informação que será partilhada pelo professor. Essa informação precisa ter natureza essencial e estar organizada para permitir que o aluno possa se apropriar. Com base em um acervo essencial, caberá ao professor problematizar situações e estimular o aluno a encontrar soluções para o problema. O segredo para resolver problemas jurídicos e aprofundar raciocínios, o que permitirá atingir níveis mais profundos de conhecimento, é saber fazer as perguntas. Reitero o que disse: a missão fundamental de um professor, além de oferecer um repertório essencial para o aluno, é saber formular perguntas e estimular os seus alunos a respondê-las. À medida que as perguntas são respondidas, o conhecimento vai se consolidando e o acervo pessoal de cada aluno (e do professor) é enriquecido com novas informações. Esse é o método de ensino e aprendizagem

que produz resultados como nenhum outro é capaz. Em pouco tempo, a transformação será extraordinária.

O único problema desse método é que o professor não pode ser medíocre.

Professores medíocres não conseguem aplicar esse método, por isso eles vão preferir continuar com o método expositivo. O método do qual estamos falando é capaz de proporcionar uma revolução significativa no aprendizado. Nessa nova perspectiva, o professor deixa de ser o expositor e passa à condição de mediador, de facilitador, o que não implicará nenhuma perda de *status*. O método expositivo deve ser reservado para eventos não regulares nos quais é preciso, em curto espaço de tempo, partilhar grande volume de informação para um público amplo e que já tem um razoável conhecimento do assunto abordado. Para os cursos regulares (fundamental, médio e superior), ele não é adequado e deve ser evitado a todo custo.

Na sala de aula, para viabilizar a construção do conhecimento, o professor precisará, no mínimo, respeitar uma sequência lógica e básica. A primeira coisa é saber definir adequadamente o problema que será discutido com os alunos. Exige-se aqui uma visão estratégica por parte do professor. O assunto deve, de preferência, possibilitar o domínio de um pressuposto de natureza fundamental por parte do aluno. Mas é preciso lembrar que a vida não é feita apenas do fundamental, mas também do importante – que não se confunde com o fundamental.

Definido o problema, caberá ao professor oportunizar que os alunos reúnam as informações que possuem sobre o tema, ou seja, o que eles sabem sobre o assunto. Reunidas tais informações, caberá ao professor validá-las e propor um consenso em torno delas, de modo a separar o que se revele adequado e eliminar o que não se considere apropriado para equacionar o problema central. Em seguida, o professor deverá formular outras questões pontuais sobre o problema central de modo a estimular os alunos a encontrar soluções para as referidas questões. Caberá ao professor contribuir gradualmente com informações essenciais retiradas do seu próprio repertório. Claro, se o professor não tiver um bom acervo de informações, capacidade para fazer as perguntas adequadas e para realizar as ponderações devidas, ele não conseguirá contribuir e logo virão as frustrações e os conflitos. Entretanto, se reunir as qualidades exigidas, o resultado será extraordinário e ele deverá se preparar para ser o paraninfo de turma. Quem não quer ser paraninfo de turma e adota esse método já deve avisar os alunos que não pretende aceitar o convite, pois ele virá inevitavelmente. Alunos sabem distinguir entre verdadeiros professores e professores medíocres. Isso não é preciso ensinar.

Com base na discussão, será possível reunir um conjunto de informações essenciais sobre o tema central discutido. Esse conjunto de informações será, inegavelmente, apropriado pelos alunos e, com base nele,

poderão resolver vários outros problemas que nem imaginavam. Esse método não é simplesmente uma elucubração de quem escreve este livro. Ele foi testado e aprovado, ou seja, se o professor for capaz, ele funciona maravilhosamente bem. Com ele, seria possível triplicar ou quadruplicar a melhoria do ensino jurídico, sem ter de fazer nenhuma obra de ampliação das instalações.

A adoção estruturada desse método possibilita um ganho qualitativo excepcional. O método realmente funciona e produz resultados extraordinários. Para tanto, é preciso um professor hábil e com um acervo essencial de informações. A aplicação desse método nas faculdades de Direito produziria, em três anos de ensino, um resultado muito superior ao que normalmente é obtido ao final dos cinco anos.

Esse método não é aplicável apenas às salas de aula, ele pode ser utilizado para resolver problemas que devem ser equacionados por grupos e equipes. Não há problema jurídico que não possa ser resolvido, é bom nunca se esquecer disso.

Os dois grandes problemas do ensino no Brasil são o professor e o método adotado. O resto é mais fácil resolver. Apenas para não esquecer: o problema não é (talvez nunca tenha sido) a falta de recursos financeiros. Em verdade, há dinheiro sobrando para ser mal aplicado.

O positivismo jurídico tradicional procurou confinar a norma à moldura do enunciado e, com isso, confundiu dado com informação.

Enunciado é meio, norma é fim.

O enunciado não é uma pintura realista, mas impressionista.

Diferentes interpretações produzirão diferentes normas.

55. A questão da adequação entre a norma editada pelo legislador e a produzida pelo intérprete

Como é possível garantir adequação entre a norma produzida pelo legislador e a criada pelo intérprete?

No caso emblemático da casa em chamas, o enunciado prescrevia o seguinte: "é proibido abrir a porta". Vamos realizar uma avaliação analítica do processo de interpretação de modo a considerar o fato que motivou a proibição, o valor que a mãe quis proteger ao editar a norma e o enunciado normativo no qual ela descreveu a imaginada "norma". A finalidade da análise é demonstrar como pode ser obtida a adequação entre a norma editada pela mãe (legislador, no caso) e a produzida pelo intérprete (filho), mesmo admitindo-se que a conduta do destinatário da prescrição (filho) afrontou o enunciado normativo, mas não a norma editada. É preciso ter em mente (não esquecer) que o enunciado normativo é uma coisa, a norma é outra.

Para avaliar a situação, é preciso analisar separadamente cada uma das dimensões que envolvem o fenômeno jurídico, ou seja, o fato, o valor, a norma e o dado (enunciado). É essa análise que vai revelar a verdadeira essência do Direito, qual seja, a norma.

Vamos começar pelo fato e reunir as demais dimensões gradualmente. É a condição fática que dá vida para o Direito, ela o fez nascer enquanto fenômeno e lhe dá o

movimento inicial. E o fato se revela, fundamentalmente, por meio da conduta humana. No exemplo emblemático da casa em chamas, o fato regulado pela mãe foi a conduta do filho, impondo-lhe uma proibição (um não fazer). A proibição, no caso, era a de não abrir a porta. No entanto, o que motivou a mãe a proibir a conduta do filho foi a potencialidade de outro fato ou de outra conduta, a saber: a possibilidade de um terceiro atentar contra um valor determinado (a vida do filho). Na visão da mãe, a potencialidade do fato, representado pela conduta de um possível assaltante ou assassino, encontrava-se fora da casa, ou seja, era exterior à casa. A mãe (legisladora) ignorou totalmente a possibilidade de existir algum fato no interior da casa que pudesse atentar contra a vida do filho, que é o valor juridicamente protegido no caso. Logo, a proibição foi a de que a porta não fosse aberta. Nesse momento da análise, é importante observar que o enunciado (dado) "é proibido abrir a porta" é apenas um mecanismo (instrumento) capaz de viabilizar a proteção do valor. A proibição de abrir a porta, na visão essencialista, é meio, não fim – serve apenas para viabilizar o fim (a segurança do filho). Assim, o meio (a manutenção da porta fechada) pode ou não servir para inviabilizar o fim.

A adequação entre a norma produzida pelo legislador e a criada pelo intérprete ocorre pela eficácia do valor juridicamente protegido, e não pelo atendimento do que prescreve objetivamente o enunciado ou mesmo pela adequação ao fato que inspirou a norma.

É possível perceber, no caso analisado, que enquanto o fato sofreu alteração na sua configuração, o valor permaneceu inalterado. Nesse sentido, é possível dizer que a norma produzida pelo intérprete corresponde à editada pelo legislador quando houver adequação valorativa entre elas, ou seja, que se consiga preservar o valor juridicamente protegido na sua essência.

No caso analisado, o enunciado normativo foi alterado, pois a proibição de abrir a porta foi substituída pela permissão de abrir a porta. Houve uma transformação deôntica significativa, pois a modalidade "proibição" cedeu lugar para a "permissão". Assim, a adequação entre a obra do legislador e a do intérprete nada tem a ver com o respeito à literalidade do enunciado. O respeito à literalidade é apenas um mito (que será superado nos próximos anos). Portanto, o enunciado normativo não se presta como critério seguro para revelar o verdadeiro sentido da norma.

A mesma lógica ou o mesmo raciocínio lógico que utilizamos no caso emblemático da casa em chamas pode ser utilizado para resolver qualquer outra situação jurídica, seja ela de natureza constitucional, civil, penal, trabalhista, administrativa, etc.

O essencialismo jurídico transformará o Direito e a visão que temos sobre ele.

56. Diferentes interpretações significam diferentes normas?

É fato que diferentes interpretações produzirão diferentes normas. Portanto, a resposta é afirmativa para a questão proposta. Isso ocorre porque a interpretação é fruto de diferentes matérias-primas, a saber: fato e valor considerados pelo legislador para definir a norma; fato e valor que orientam o intérprete para criar a norma; padrão objetivo que o enunciado prescreve; entre outras condições. Ainda que possa parecer idêntico para todos, o cenário é distinto. Mesmo que se considere a mesma circunstância fática que motivou o legislador a fixar a norma, não haverá certeza de que o valor ideológico que orienta o intérprete será o mesmo que norteou o legislador. Isso impediria a adequação entre a norma prescrita pelo legislador e a formatada pelo intérprete. Ademais, basta o intérprete considerar diversa a circunstância fática tomada pelo legislador para que se sustente que o enunciado é inaplicável ao caso concreto. E, como explicaremos, não existe fato, o que existe é apenas versão de uma representação que se supõe objetiva. Assim, basta "manipular" o fato, e o "Direito" ficará totalmente à mercê do intérprete. É possível não manipular os fatos, mas subverter o valor que sustenta a norma supostamente fixada pelo legislador. Portanto, fato e valor são determinantes para a atividade do intérprete.

Se, por um lado, é certo afirmar que a norma é uma criação do intérprete e que diferentes intérpretes podem produzir normas distintas; por outro, não é certo sustentar que cada norma produzida pelos diferentes intérpretes será válida. A validade não é uma decorrência da produção em si, mas do reconhecimento da adequação entre a norma produzida pelo intérprete e as condições fáticas e valorativas reguladas pela ordem jurídica. Se, necessariamente, de "cada cabeça pudesse sair uma sentença válida", isto é, uma norma igualmente válida apenas porque cada intérprete é um centro de produção de normas em potencial, estaria instaurado o caos. É certo que cada cabeça produz uma sentença, mas não é certo que cada uma delas pode ser, de per si, considerada válida, sob o ponto de vista da ordem jurídica.

Outro aspecto que deve ser reiterado é que a adequação da norma que o intérprete produz não tem seu fundamento de validade na enunciação normativa, mas no valor juridicamente protegido, em vista de uma condição fática, ainda que esta se altere. É esse valor que precisa ser preservado e, para tanto, a norma tem de ser "recriada" por meio do processo de interpretação. A alteração da circunstância fática pode ou não ser relevante para obter a adequação entre o que o intérprete produz e o que o legislador disciplinou. O enunciado normativo não proporciona nenhuma segurança considerável para o processo de interpretação ou para que garanta referida

adequação. Para os que acreditam nisso, só resta uma certeza: esta não existe.

Com isso, não estamos dizendo que vigora a ditadura do intérprete.

57. O intérprete pode ser um tirano!

A tirania nunca é do legislador, mas sempre do intérprete. Já dissemos que déspota é o que gosta de limitar o poder dos outros, não o seu. Assim, é dito que os outros devem se limitar ao texto, mas "eu" vou além dele. Mas sob qual argumento se vai além do texto? Como é possível justificar a violação do limite (o texto, o dado)?

Vimos que não é possível se limitar ao texto, pois isso significaria reduzir o Direito àquilo que chamamos de "dado", ou seja, o Direito ficaria reduzido meramente às suas dimensões visual e sintática. Se isso pudesse ocorrer, não se poderia mais falar em norma, e o Direito perderia a sua dimensão normativa. Portanto, sem ir além do texto, não é possível falar em norma, pois para chegarmos a ela é preciso ir, obrigatoriamente, além dele.

Direito é expressão de poder, e o exercício do poder pode se transformar em tirania. Todo juiz é um tirano em potencial, pois pode manipular fatos, valores e dados e forjar a norma como bem entender. Daí a importância do recurso e da possibilidade de rever o seu ato (ou a norma que ele forjou e que se traduz na sentença), o que não garante que quem o fará (quem julga o recurso) também não seja um déspota de plantão. A questão fica atenuada,

no entanto, porque quem julga o recurso normalmente é um órgão colegiado.

Ademais, há uma vantagem de ser intérprete na área do Direito: sempre é possível jogar a culpa no legislador. Aliás, como já se disse: "a culpa é minha e eu transfiro para quem eu quiser". Referida tese é fundada no legítimo direito de propriedade, na covardia e na hipocrisia humana.

58. Fato e versão

Nietzsche afirmou que não existe fato, mas apenas interpretação. Atualmente, essa é uma das certezas que cultivo. De "fato", não existe fato, existe apenas versão. Versão é o fato processado pelo homem. O fato como acontecimento puramente objetivo simplesmente não existe, é uma ficção. Para que o fato tenha qualquer relevância jurídica, é preciso ser percebido pelo homem. Nesse instante, ele se torna versão, ou seja, ele passa a ser uma representação subjetiva. Assim, a representação puramente objetiva não existe; o que existe é apenas a representação subjetiva, isto é, a versão que produzimos de uma realidade que qualificamos como fato. A mente humana distorce qualquer realidade "objetiva".

Quando uma pessoa relata um "fato", ela cria uma representação subjetiva de uma possível realidade, ou seja, ela interpreta. Ao interpretar, ela cria a versão, e a versão será novamente recriada pelo seu interlocutor. Assim, nenhum fato é confiável. Fato não é verdade, fato

é mera representação. A verdade é apenas a versão aceita de algo que chamamos de fato ou acontecimento. Nada mais do que isso. O processo judicial depende da versão, não do fato, pois este não existe. O que se chama de fato é apenas a versão aceita como a mais convincente. Assim, a melhor versão é a que prevalecerá ou o verdadeiro fato é a versão que prevalecerá. O bom advogado não é o que demonstra o fato que sustenta a sua tese, mas o que produz a versão capaz de convencer o juiz. Essa é a perspectiva da justiça no Brasil e no resto do mundo.

Fato (jurídico) é apenas a versão juridicamente aceita de uma possível representação objetiva.

59. O processo judicial precisa ser repensado

O processo judicial é algo lamentável. Quase perdemos o bom senso completamente. Institucionalizamos a ditadura da forma sobre o conteúdo. É a superficialidade subjulgando a essência. Esquecemos completamente o que importa (a essência) e nos concentramos no que não importa (as filigranas). A complexidade do processo enquanto realidade jurídica não é razoável, é inadmissível. Em vez de optar pelo simples, elegemos a "complexidade", a confusão. Criaram-se dificuldades para justificar a inoperância e ineficiência.

Sob o ponto de vista essencial, penso que a maior parte dos problemas que tramitam na justiça brasileira e que consomem centenas e milhares de folhas de papel

(ou de *bits*) poderia ser reduzida (resumida), com muita facilidade, a uma folha de papel A4, talvez sem precisar utilizar o verso. É claro que existem exceções. No caso do Mensalão, por exemplo, seria possível gastar até metade de uma resma de papel (250 folhas), não mais do que isso. No entanto, foram gastos milhares de resmas e despendida muita energia. O custo que o Brasil teve com esse processo é algo absurdo. Certamente estamos falando de dezenas e dezenas de milhões de reais.

É um despropósito o que acontece na justiça brasileira. Parece que não somos racionais. O problema não é de fulano ou sicrano, mas de todos nós, do sistema instituído. É preciso rever esse processo, esse cenário. E não vamos resolver o problema com o tipo de reforma que está em curso. Refiro-me à reforma do Código de Processo Civil. É preciso ir muito além. Devemos nos concentrar no essencial. É preciso sentir vergonha, e não orgulho, de dizer que a petição inicial ou a sentença tem 400 páginas ou mais de 1.000 páginas, como ouvimos recentemente. Estou quase convencido de que o processo judicial somente irá melhorar quando as "leis" passarem a ser feitas por economistas, e não mais por juristas.

Também temos de pôr fim à linguagem inacessível dos nossos tribunais e ao formalismo excessivo. Quando sobra formalidade é porque falta essencialidade. Vivemos uma profunda crise de essência no Judiciário, nas faculdades de Direito, nas obras publicadas na área jurídica e nos discursos. Fala-se muito e não se diz quase nada.

Na verdade, parte da discussão judicial é etérea e despropositada. É preciso mudar esse cenário e focar a essência do problema e a sua solução, segundo a "verdadeira" ordem jurídica, e esta é de natureza essencial. O resto é perfumaria, como se costuma dizer. É claro que, na análise jurídica, fato, valor, norma e dado são realidades indissociáveis do fenômeno, mas tais realidades devem ser focadas sob uma perspectiva essencial.

Grande parte dos processos judiciais que se arrastam por anos a fio poderia ser resolvida em 60, 90 dias, no máximo. Essa é a grande reforma que precisamos promover no Judiciário. Se não a fizermos nas duas próximas décadas, teremos de jogar a toalha e decretar a falência do Judiciário.

É necessário mudar a visão que se tem de Direito e justiça. Mas é preciso lembrar: ninguém dá o que não tem. Quem vive na superfície não tem nada de profundo ou de essencial a oferecer.

60. Dois mitos que temos cultuado

Há um mito positivista que proclama que no campo do direito público tudo o que não for permitido está proibido. No campo do direito privado, o mito é outro: tudo o que não for proibido é permitido. Esses mitos são verdadeiros ou falsos?

O caso emblemático da casa em chamas que analisamos dá conta de que o permitido e o proibido na perspectiva normativa são questões relativas, o que impede que

possamos considerá-los como simplesmente verdadeiros ou falsos. Portanto, em tese, a ideia de conduta proibida ou permitida é apenas uma perspectiva que pode decorrer de um enunciado prescritivo. O fato de o enunciado proibir uma conduta ou uma possibilidade *in abstrato* não significa que não se possa, *in concreto*, produzir uma norma (decisão, ato) que permita o que estava, em termos literais, proibido. Referida possibilidade, conforme afirmamos em várias passagens desta obra, não significa violação da ordem jurídica. Aliás, muito pelo contrário, em determinados casos, a proibição da conduta, em respeito à literalidade do enunciado, é que significaria violação da ordem jurídica.

O mundo do proibido ou do permitido é apenas uma perspectiva pressuposta. Dito de outro modo, o permitido e o proibido são questões de pressuposto fático ou mesmo valorativo. Vejamos um exemplo que bem demonstra a questão.

A Constituição Federal, no § 3º do art. 195, determina que o Poder Público não poderá contratar com pessoa (terceiro) que estiver em débito com a previdência social. Aparentemente, isto é, em termos literais, há uma proibição absoluta imposta ao agente público. A aplicação do princípio de que o agente público somente poderá fazer aquilo que a "lei" permite implicará o reconhecimento de que, por força do que dispõe o § 3º do art. 195, é absolutamente proibido ao agente público contratar com quem esteja em débito com a previdência social.

Até porque o enunciado não possui nenhuma exceção literal. Mas é óbvio que não há proibição absoluta, apenas relativa. É claro que, em situações especiais, o agente poderá contratar com quem esteja em débito com a previdência social. Aliás, o verbo mais indicado aqui não é "poderá", mas sim "deverá".

Os dois mitos criados no campo do Direito, acima indicados, não são necessariamente verdadeiros ou falsos. Ser verdadeiro ou falso é apenas uma possibilidade, uma perspectiva enunciativa, não normativa.

A questão central que envolve o problema do proibido e do permitido na ordem jurídica é a seguinte: qual o sentido das palavras "proibido" e "permitido"? O que significa dizer que posso fazer qualquer coisa que não está proibida ou somente fazer o que está permitido? Estamos falando do enunciado que "prescreve" literalmente o proibido ou o permitido ou da norma que pode proibir ou permitir, mesmo que, literalmente, o enunciado legal se utilize dos verbos "proibir" ou "permitir"? Dependendo da resposta, a máxima acima, que vem sendo dita e repetida como inquestionável, pode ser uma impropriedade.

61. A questão dos conceitos jurídicos indeterminados

Quando se afirma que existem conceitos jurídicos indeterminados, o que se quer reconhecer é que existe uma categoria de conceitos cujo conteúdo ou significação

é distinto de outra categoria: a dos conceitos determinados, sob pena de não fazer sentido o emprego do adjetivo "indeterminado". Quem sustenta a existência de conceitos indeterminados reconhece, ou tem de reconhecer, necessariamente, que existem conceitos precisos, exatos e, portanto, determinados. Aliás, os que assim entendem admitem que, normalmente, os conceitos são determinados, e não indeterminados. Nesse sentido, é da natureza do conceito ser determinado, e não indeterminado. A indeterminação conceitual não é uma regra, mas uma exceção, conforme entendem os que assim pensam.

Todo enunciado normativo (todo texto, dado) é uma "norma" potencialmente "indeterminada", pois a determinação do seu conteúdo será dada pelo intérprete, por meio de uma operação complexa que se denomina interpretação. Assim, é certo dizer que todo conceito é, sob o ponto de vista jurídico, indeterminado, e não determinado. Com efeito, é da natureza do conceito ser indeterminado. Não há conceito, seja jurídico ou não, que possa ser determinado, pois todo conceito é uma realidade sintática, e não semântica. O conceito, que é um enunciado normativo, somente se torna uma realidade semântica (norma, portanto) quando o intérprete atribui a ele um sentido, um significado. Em decorrência disso, ele passa a ser determinado, segundo a visão (ou a norma) produzida pelo intérprete. Portanto, não existe uma categoria de conceitos que sejam determinados e outros indeterminados; todos os conceitos são, em tese,

indeterminados. E não é porque eu quero, mas porque simplesmente são.

Também não procede a discussão se a indeterminação é do conceito ou das palavras que o compõem. E não procede porque o conceito não é o produto final da soma de significações que se atribuem individualmente a cada uma das palavras que o compõe. O conceito é algo distinto. Um conjunto de palavras não é por si só uma realidade semântica, mas sim uma realidade sintática. Para que as palavras e os conceitos tenham sentido determinado, é preciso que um intérprete atue, ou seja, dê a eles sentido, pois do contrário permanecerão indeterminados. Uma norma não é uma palavra e nem se compõe de uma só palavra; uma norma é uma sentença, uma oração.

62. O Direito e a hierarquia

O Direito regula relação de poder.

Não é possível a existência de relação de poder sem hierarquia, pois sem ela não haverá como resolver, de forma pacífica, a oposição ou a contrariedade entre duas vontades ou duas normas, isto é, entre dois entendimentos distintos sobre o dever-ser. Sem a hierarquia, estaria instaurado o caos institucional. Historicamente, uma das razões que motivou a luta pelo poder foi ou a inexistência de hierarquia definida ou a ausência de critério de legitimidade na sucessão entre quem detém o poder no presente e quem o deterá no futuro.

O sistema jurídico pressupõe, necessariamente, a ideia de hierarquia. A hierarquia é um valor que norteia o funcionamento do sistema jurídico. Hierarquia é o escalonamento do poder em face de um dever-ser. O Direito pressupõe a submissão de "A" no tocante a "B". Há hierarquia normativa, inclusive, entre normas e princípios constitucionais. O fato de se estar na mesma fonte normativa não significa que não haverá hierarquia. A hierarquia entre "normas" ou entre "princípios" é condição que se estabelece no plano concreto, não no abstrato. A eventual discussão da hierarquia no plano abstrato é irrelevante, pois o que faz sentido é a hierarquia aplicada (*in concreto*), até porque não existe norma *in abstrato*, conforme se supõe e se afirma; o que existe, em tese, é apenas a dimensão enunciativa da norma. A norma é um fenômeno tipicamente concreto. No entanto, não é tão simples de ser compreendido. Aliás, isso também bagunça o coreto.

63. A questão da finalidade legal

O que se deve entender por finalidade legal? No exemplo da casa em chamas, qual a finalidade da "lei" ou do enunciado "é proibido abrir a porta"? A finalidade da norma era proteger a vida do filho. Por outro lado, a finalidade do enunciado era impedir que a porta fosse aberta. A finalidade da norma que se obtém por meio da interpretação não é, necessariamente, coincidente com a que aparentemente parece revelar o enunciado. Aliás, pode haver entre o enunciado e a norma que se produz,

por meio da interpretação, uma contradição absoluta em termos de finalidade. No exemplo da casa em chamas, a proibição de abrir a porta é meio para proteger um bem jurídico, não fim legal a ser assegurado.

Como identificar a finalidade da norma? O enunciado é capaz de revelá-la? É possível chegar à finalidade da norma por meio do enunciado? No exemplo da casa, parece que não. É por meio da identificação do valor (da essência do dever-ser) que se chega até a norma. Mas é preciso não esquecer que, para produzir normas, deve-se ter a capacidade de formular perguntas e obter respostas alinhadas com a essência da ordem jurídica.

64. O legislador e o intérprete

O legislador produz uma norma de eficácia ampla, geral. O intérprete, por sua vez, como regra, produz uma norma de eficácia restrita, isto é, em princípio, limitada ao caso concreto. A ação do legislador norteia a do intérprete, não o contrário. No entanto, o intérprete completa a obra do legislador. Toda "norma" criada pelo legislador e convertida em dado (enunciado) é incompleta, inacabada. Como dissemos, o intérprete conclui, por meio do processo de interpretação, a obra iniciada pelo legislador e lhe dá plenitude em face do caso concreto. Não há Direito ou ordem jurídica sem uma ação integrada e articulada entre a obra produzida pelo legislador e a do intérprete. Ambos realizam uma ação complementar e indissociável. No entanto, a palavra final é do intérprete. É ele que diz o que o enunciado diz.

65. A vontade do legislador e a vontade da lei

É comum a máxima de que "a vontade da lei não se confunde com a vontade do legislador". Com isso, quer-se dizer que há autonomia entre duas vontades: a da "lei" e a do legislador, ou seja, entre a criação e a criatura.

Mas o que significa dizer que a "lei" tem uma vontade? Só pode significar uma coisa: que o enunciado fala por si só, que tem um conteúdo independente, autônomo, ou seja, que independe do intérprete para ter existência. Isso simplesmente não é possível, mesmo que desejássemos que fosse. Essa impossibilidade é extranormativa, mesmo que o legislador e todos os juristas juntos desejassem isso, simplesmente não seria possível.

Atribuir uma vontade própria para a "lei", ou seja, para o enunciado, foi um esforço dos positivistas para reduzir o poder de quem produziu a "lei", ou seja, do legislador. Mas, ao fazer isso, fortaleceram o poder do intérprete, uma vez que o texto (enunciado) não tem nenhuma vontade própria. Essa contradição dos positivistas é extraordinária, mas até aqui não foi evidenciada. Aliás, ela apenas está sendo percebida porque o referencial lógico utilizado é distinto do que tem sido empregado para compreender o Direito.

Por fim, é possível reconhecer que há uma vontade do legislador e que se traduz em um enunciado. No entanto, vimos que não é possível dizer que exista uma vontade autônoma do enunciado. Por fim, o que resta é apenas a vontade do intérprete, vale dizer: nem do enunciado nem do legislador. Portanto, reafirma-se: a norma é uma criação do intérprete.

66. O intérprete está condenado a ser livre para produzir a norma

Este tópico traz a visão de Jean Paul Sartre sobre a liberdade, em *O Ser e O Nada*, para dentro do estudo da norma jurídica.

O intérprete é muito mais livre para produzir a norma do que supõem os positivistas dogmáticos. Parafraseando Jean Paul Sartre: o intérprete está condenado a produzir a norma com liberdade sem ter de dar satisfação ao enunciado. O intérprete está condenado a ser livre para dizer "como as coisas devem ser". Assim, é puro fingimento dizer: eu julgo conforme a lei ou o que eu faço é apenas atender ao que determina a Constituição. O que se pode, para ser minimamente verdadeiro,[24] é dizer: eu julgo conforme a minha lei ou conforme o meu dever-ser. Vale dizer: eu faço a lei, eu defino como deve ser. É preciso perceber que a "minha lei" ou o "meu dever-ser" estão configurados em um cenário que tem como pano de fundo a objetividade do enunciado. Mas isso não significa que a suposta objetividade do enunciado aprisione o intérprete ou que impeça que ele faça o que não deseja fazer.

Na visão de Sartre, todos nós negamos a liberdade que temos para não ter de assumir o fato de que somos nós mesmos os responsáveis por aquilo que somos ou que produzimos. No campo da interpretação jurídica, é preciso o enunciado e o legislador para não se ter de

24 Se isso for possível ou se a verdade for algo possível de ser realizado.

assumir a nossa própria liberdade. Com isso, muitos dos que julgam e produzem normas não assumem que têm liberdade para criar o dever-ser, bem como, inclusive, subverter a "ordem" se necessário. Ser juiz é ter e viver a permanente sensação de liberdade e poder que a decisão judicial proporciona. A negação disso é a mentira institucional que alimenta os que se nutrem do poder. Referida mentira foi rotulada por Sartre como má-fé. Portanto, somos todos mentirosos na visão de Sartre. Ademais, podemos representar o papel de mentirosos tanto vestidos com as vestes talares da humildade ou da arrogância. O traje somos nós que também escolhemos. Afinal, como disse Sartre, estamos condenados a ser livres.

Uma coisa é a negação que implica a desculpa que damos de que apenas aplicamos a "lei" que foi criada por outro (o legislador); outra coisa é o que realmente ocorre. A culpa cumpre uma importante função nesse cenário: ela aponta o culpado. E nada melhor do que uma instituição que não fala, não ouve e não vê, ou seja, o legislador.

A norma está fora do enunciado; ele pertence a outro mundo, ou seja, outra dimensão. A norma é o que desejamos, ou podemos desejar, que ela seja.

Não há nada fora da linguagem. Essa é outra importante lição que a Filosofia tem oportunizado a todos nós.

Interpretar é construir e desconstruir, pois tais possibilidades representam dois lados de uma mesma moeda. No campo do conhecimento, é preciso desconstruir para

poder construir, conforme nos ensinou Jacques Derrida. Trata-se de uma condição insuperável. Às vezes é preciso perder para ganhar, é preciso superar nossas crenças para evoluir.

Ao completar a obra do legislador, o intérprete a constrói e a reconstrói, não exatamente nessa ordem. Portanto, o intérprete vai muito além do que se imagina e supõe poder ir. Ao completar a obra do legislador, o intérprete dá a ela um sentido concreto e, em razão disso, fecha um dos ciclos da normatividade. O Direito não é nada enquanto realidade enunciativa. Para completar a obra do legislador, o intérprete precisa subtrair e adicionar, isto é, suprimir e incluir coisas – essa é uma importante lição de Derrida.

A Constituição Federal é o que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. É inútil dizer que o STF tem limites objetivos a serem respeitados na interpretação da Constituição. Nem o STF nem a Suprema Corte dos EUA têm qualquer limite a ser observado senão os próprios limites definidos pelos próprios ministros. O único limite possível é a eventual crise institucional ou a revolta popular. O pior de tudo não é isso, mas o fato de que há a mais profunda certeza de que existem limites objetivos que decorrem da ordem jurídica e que tais limites devem ser observados.

Dizer que existem limites objetivos equivale a dizer que é o destino (acaso) que nos impede de fazer o que desejamos. O enunciado prescrito não impõe limites

objetivos para o intérprete que diz o que o enunciado diz. A norma não existe antes da atuação do intérprete, o que existe antes dele é o enunciado. A norma é criação do intérprete. Tal como no existencialismo cristão, o homem é uma criação de Deus. Sartre dizia que o projeto do homem é ser Deus. De minha parte, digo que o homem consegue chegar mais perto disso quando cria a norma. Dizer qual é a norma vigente é dizer como as coisas devem ser. É nesse momento que ele se torna o todo-poderoso.

Seguindo a visão de Sartre, é possível dizer que o enunciado é um "ser para-si", ou seja, ele não tem nenhuma essência no momento da sua existência enquanto realidade prescritiva. Como expliquei, o enunciado não tem conteúdo, portanto, ele não tem nenhuma essência. Quem tem essência é a norma. O enunciado precede a norma, assim como a existência precede a essência, na visão existencialista de Sartre.

O legislador projeta o futuro enquanto possibilidade. A norma é um dever-ser dominante (ou aceito) enquanto possibilidade.

Gosto da clareza do texto, mesmo sabendo que ela não existe; gosto da objetividade do texto, mesmo sabendo que ela não existe; o que existe é a impressão de que algo é claro e objetivo, portanto, gosto da impressão (equivocada) que a realidade produz na minha percepção. Por isso, faço a opção pela clareza e objetividade, não por outra razão.

Agora que o enunciado foi sepultado, só restam ao intérprete duas opções: chorar suas mágoas ou admirar sua obra: a norma jurídica.

Com o fim do mito da objetividade da ordem jurídica, é vital pedir proteção a Deus e juízo aos intérpretes.

CONCLUSÕES E PRINCIPAIS IDEIAS EXTRAÍDAS DA OBRA

67. CONCLUSÕES E PRINCIPAIS IDEIAS EXTRAÍDAS DA OBRA

1. O mundo e tudo o que nele existe se apresentam para todos nós criptografados. A realidade é apenas um conjunto de "dados" que precisa ou pode ser transformado em informações.

2. Uma coisa é linguagem; outra é informação.

3. Dizemos sempre mais do que falamos, isso não se pode evitar.

4. A comunicação deflagra o processo de interpretação.

5. Entre a "norma" produzida pelo legislador e a definida ou aplicada pelo intérprete, há uma distância que pode ser abissal.

6. A ordem jurídica é um conjunto de dados.

7. Com a transformação ou materialização da "norma" em dado, encerra a missão do legislador e começa o problema.

8. O Direito não é um fenômeno exclusivamente tridimensional (3D), mas quadrimensional (4D), ou seja, ele é constituído por quatro diferentes dimensões, a saber: FATO, VALOR, NORMA e DADO.

9. Um enunciado prescritivo (ou normativo) é apenas um dado, e não uma norma.

10. Para que um "dado" (texto, imagem) se transforme em informação, é necessário que ele seja decodificado.

11. Não há informação sem dado, nem dado sem informação, pelo menos em termos potenciais.

12. A realidade existe apenas dentro do cérebro humano, no seu interior, e não fora dele.

13. O mundo (a realidade) é apenas uma perspectiva interior do sujeito, não algo exterior a ele (realidade objetiva).

14. Sem o cérebro não há como armazenar dados e, a partir deles, produzir informação. Da mesma forma, não haverá como produzir normas.

15. Interpretar nada mais é do que criar um conteúdo (uma informação) a partir de um dado.

16. É um equívoco afirmar que a norma que regula as condutas humanas é produzida (criada) pelo legislador.

17. A norma é uma criação do intérprete a partir de dados produzidos pelo legislador.

18. Não existe interpretação do texto ou enunciado prescritivo, mas interpretação a partir dele.

19. Normas não existem antes da interpretação.

20. Norma é o que se obtém em razão do processo de interpretação.

21. Os dados (enunciados) não limitam nem condicionam a produção das normas pelo intérprete.

22. A "revelação" da norma é um processo de construção. A boa norma é o resultado de um parto muito difícil.

23. Não existem normas em estado natural.

24. A Constituição é um conjunto potencial de normas na forma de dados.

25. A norma é uma informação (do tipo dever-ser).

26. A norma criada pelo legislador ou recriada pelo intérprete é produto de um universo simbólico.

27. O universo simbólico (contexto) do legislador é distinto do vivenciado pelo intérprete.

28. Os dados (enunciados) são apenas uma possibilidade de roupagem que as normas podem assumir.

29. Prescrições normativas (dados) não têm conteúdo. Normas têm conteúdo.

30. O Código Civil é um conjunto de representações simbólicas (dados) a partir do qual é possível extrair normas (informações).

31. Em princípio, o Código Civil não tem conteúdo.

32. O eventual sentido que se extrai do Código Civil é retirado do repertório do intérprete, e não dos enunciados prescritivos que integram o referido ordenamento jurídico.

33. Em condições normais, para o intérprete produzir normas, são necessárias duas coisas: valer-se de dados (enunciados) e possuir um repertório de conteúdos.

34. O repertório de conteúdos traduz um conjunto de informações que acumulamos ao longo da nossa experiência pessoal.

35. A norma é o produto final da interpretação, não o objeto da interpretação.

36. A "verdadeira" norma não integra o processo de interpretação porque ela é o seu produto final.

37. Nem tudo o que está dito na ordem jurídica está escrito.

38. A ordem jurídica é potencialmente infinita.

39. Em interpretação, a criação é sempre maior que a criatura.

40. Os dados (textos) estarão sempre em falta com as normas.

41. Os enunciados transportam ou contêm normas em estado potencial.

42. O dado (enunciado normativo) é sempre uma visão parcial do Direito.

43. O enunciado é apenas a parte do *iceberg* que visualizamos na superfície.

44. A norma é uma realidade do tipo progressiva, sujeita a sucessivas codificações e decodificações.

45. A palavra não é método de interpretação, é matéria-prima da interpretação.

46. Há várias impropriedades em relação ao que é dito e ensinado sobre os "métodos" de interpretação.

47. O enunciado é a antessala mais comum para chegar à norma.

48. A produção da norma não depende da existência de um enunciado prescritivo.

49. É impossível reduzir a interpretação do Direito à literalidade do enunciado (texto legal).

50. A literalidade do enunciado é uma bússola com diversos polos magnéticos. Portanto, o destino é incerto.

51. A literalidade é confortante, mas não é capaz de possibilitar a segurança que esperamos dela.

52. No Direito, gostamos de clareza, objetividade e segurança. Por isso, o positivismo fez do Direito a sua morada.

53. A literalidade não é nada objetiva, mas cria na mente humana essa sensação.

54. No Direito, a subjetividade desfila na passarela "vestida" de objetividade, e todos nós aplaudimos porque amamos a aparência e cultuamos a farsa.

55. A única coisa que se pode dizer que é objetiva no processo de interpretação é o dado (símbolo) que enuncia a prescrição potencialmente normativa.

56. Não existe nenhuma possibilidade de conferir qualquer objetividade razoável para a realidade jurídica.

57. A norma é um dever-ser; o enunciado é uma potencialidade de dever-ser.

58. A norma é, em princípio, uma criação pessoal, um dever-ser definido pelo intérprete, com base no seu acervo pessoal, tendo o enunciado como parâmetro e a sua cultura (ideologia, valores) como amálgama.

59. A norma é a minha representação do dever-ser.

60. A norma não é um fenômeno que resulta da objetividade, e sim da subjetividade.

61. A "leitura" (decodificação) de um texto nunca é a mesma.

62. O enunciado é estático, e a norma é dinâmica.

63. É possível dizer que existe uma única ordem enunciativa, mas não é possível afirmar que existe uma única ordem normativa.

64. Uma norma pode ser codificada de diferentes formas, ou seja, existem diferentes formas de enunciar uma "norma".

65. É preciso ter a clareza de que não há diferentes entendimentos sobre uma mesma norma; o que temos são diferentes normas a partir do mesmo dado (enunciado prescritivo).

66. Toda norma tem conteúdo; o enunciado é que pode não ter conteúdo.

67. A norma é o dado decodificado.

68. O dado é visual; a norma, virtual.

69. A norma não pode ser captada pela visão humana; o enunciado sim.

70. A norma se transforma em dado, e o dado, em norma.

71. É o repertório, aliado à técnica, que faz a diferença e torna uns bons intérpretes e outros não.

72. Para conhecer os dados, não é preciso ser jurista, basta ser alfabetizado. Dados não são informações, mas informações podem ser obtidas a partir deles.

73. Cada pessoa decodifica os dados que recebe de um jeito diferente.

74. Quando falamos para um mesmo grupo de pessoas, utilizamos os mesmos dados, mas não transmitimos as mesmas informações.

75. Jamais a produção de informação será a mesma relativamente ao grupo que recebeu os mesmos dados.

76. Para compreender o Direito, é preciso conhecer a essência das coisas, ou seja, a matéria-prima que constitui as suas diferentes realidades.

77. No campo do Direito, é preciso separar três coisas distintas: o fundamental, o importante e o desnecessário. Na ordem jurídica, as três coisas vêm empacotadas no mesmo recipiente (texto ou enunciado prescritivo), sem qualquer distinção.

78. Sob o ponto de vista essencial, não existe nada absoluto no Direito.

79. O valor mais importante da ordem jurídica é a vida, e não a dignidade da pessoa.

80. Não é a vida que deve fazer parte da dignidade, mas esta é que deve caracterizar a vida.

81. Na enunciação prescritiva nunca há um ponto final, mas sempre uma vírgula ou um ponto e vírgula.

82. Interpretar é saber "ler" o que está dito, mas não escrito.

83. Interpretar é tirar dos dados algum sentido, algum conteúdo, alguma coisa.

84. Nenhum enunciado é, por natureza, claro, que não exija interpretação.

85. A norma é o resultado da interpretação, portanto, é equivocado pensar que possa existir "norma" clara.

86. Não se interpreta apenas um dado (enunciado) isoladamente, mas um conjunto deles.

87. A decodificação de vários dados simultaneamente é tarefa das mais difíceis.

88. Não há nenhum regime jurídico que seja formado por normas que estabeleçam apenas um padrão de conduta comum (ordinária).

89. A ideia de regra e exceção é apenas uma questão de perspectiva segundo uma possibilidade fática.

90. Regra e exceção traduzem valores jurídicos e, por conta disso, têm igual importância.

91. O exercício da legítima defesa deve ter a mesma importância para o Direito do que a conduta de não matar.

92. O homem tem uma dificuldade muito grande de compreender o mundo do conteúdo, por isso prefere o mundo da aparência, do rótulo, dos dados.

93. O dado é aparente, a norma não.

94. O processo de interpretação jurídica é uma cebola.

95. Ir além da literalidade não é para qualquer um.

96. Existem seres iluminados que se dizem capazes de conhecer as pessoas pelo visual e pela aparência, da mesma forma que pensam que podem interpretar o Direito se valendo da literalidade do enunciado.

97. Haverá muito mais pessoas afinadas com o *surf* da superficialidade do que com os que tentam descortinar a essência.

98. Só o domínio essencial do Direito poderá nos tornar verdadeiros intérpretes.

99. No futuro, todos seremos essencialistas, mas antes iremos resistir muito.

100. Há pessoas cultas que não são sábias e pessoas sábias que não são, no sentido tradicional da palavra, cultas.

101. Para obter uma boa norma, é preciso mais sabedoria do que conhecimento técnico.

102. Não é fácil conseguir ser simples e profundo ao mesmo tempo.

103. A ordem jurídica se expressa por meio de um conjunto de normas que, fundamentalmente, existe para permitir ou proibir comportamentos.

104. Pouco importa se o enunciado diz que é vedado, pois a norma (que resulta da atividade do intérprete) pode autorizar, sem que isso represente violação da ordem jurídica.

105. Só uma adequada interpretação jurídica pode dizer quando estamos diante da permissão ou da proibição.

106. A proibição e a permissão normativas não decorrem da enunciação, mas da interpretação de um caso concreto, pois ele possibilitará a produção da verdadeira norma.

107. O processo de interpretação permite que de uma proibição expressa seja possível obter uma permissão (implícita), bem como de uma permissão explícita seja possível sacar uma proibição implícita. Esse é o mundo do Direito.

108. O mundo do proibido ou do permitido é apenas uma perspectiva pressuposta.

109. Interpretar não é só criar uma norma, mas, acima de tudo, explicar, de forma lógica e convincente, por que se chegou a ela.

110. A objetividade do enunciado prescritivo (dado) serve para conter a subjetividade, não para substituí-la ou eliminá-la.

111. Afirmar que o legislador produz apenas "dados" é dar a ele uma péssima notícia.

112. A interpretação jurídica não depende da nossa capacidade de leitura, mas sim da nossa capacidade de ponderar coisas e valores distintos.

113. A objetividade do Direito não diz nada, absolutamente nada de essencial.

114. Os enunciados normativos, enquanto estruturas sintáticas (objetivas), não dizem absolutamente nada.

115. Sem intérprete não há norma, mas pode haver dado (e há!).

116. O positivismo jurídico tradicional procurou confinar a norma à moldura do enunciado e, com isso, confundiu dado com informação.

117. Confundir o enunciado prescritivo com a norma equivale a confundir a partitura com a música.

118. Na visão positivista, a norma é algo que tem existência fora do homem, não dentro dele.

119. A concepção de que a norma é produzida pelo intérprete colide frontalmente com a concepção positivista.

120. O legislador é um péssimo contador de piadas.

121. É possível dizer que a ordem jurídica é apenas um conjunto de piadas incompletas à procura de um bom humorista.

122. Na interpretação jurídica, o legislador entra com os dados (o enunciado prescritivo) e o intérprete, com a norma (o dever-ser).

123. Não há sistema normativo perfeito sem um bom intérprete de plantão.

124. Entre a intenção do legislador (autor) e a do texto (enunciado) pode existir uma distância enorme.

125. Uma coisa é o valor essencial que se pretende proteger, e outra é o pressuposto fático que se adota ou se reconhece para enunciar a proteção.

126. Enunciado é meio, norma é fim.

127. O modelo baseado na ideia de que a norma tem como expressão o exato "sentido do texto" traduz a tentativa de impor limites e criar fronteiras intransponíveis para o intérprete, como se isso fosse possível.

128. Romper a barreira da literalidade é uma transgressão para os que entendem que a norma é o enunciado contido na moldura.

129. O enunciado não é uma pintura realista, mas impressionista.

130. Na visão literal, que é uma das que vigora entre nós e norteia a concepção mais tradicional, ilegal é o que está diferente do texto, do dado, do enunciado.

131. A ilegalidade existe apenas quando não conseguimos identificar a verdadeira norma.

132. Não se pode dizer que há ilegalidade quando a enunciação literal de uma prescrição normativa não é respeitada, mas quando não se consegue sacar, da referida prescrição, a norma que habita o seu interior – a sua essência.

133. Há uma diferença não percebida entre "violar" o enunciado e "violar" a norma.

134. "Violar" o enunciado não significa, necessariamente, violar a ordem jurídica.

135. A violação da ordem jurídica não se mensura ou se afere com base no respeito à literalidade do enunciado.

136. Violar a ordem jurídica é viabilizar um "dever-ser" incompatível com a sua essência.

137. O fato de ser o intérprete quem cria a norma não significa que tenha total liberdade para dizer como as coisas devem ser.

138. A função do enunciado normativo é simplesmente tentar comunicar algo que se supõe que seja a norma (dever-ser), não necessariamente "congelar" a norma, que pode ser outra coisa, inclusive.

139. Ao olharmos para o enunciado (texto) não significa que veremos a norma. O enunciado prescritivo é uma espécie de veículo com vidros fumês.

140. O Direito é contrário à natureza humana.

141. Não existe Direito natural.

142. A ordem jurídica é um sistema de "normas" totalmente completo, ou seja, não há incompletude.

143. A lacuna é uma questão apenas visual, não virtual.

144. Não existe lacuna normativa; o que pode existir é apenas lacuna enunciativa.

145. Os dados são produzidos a partir das normas, mas estas podem ou não decorrer deles.

146. No Direito, a conta tem de fechar.

147. O intérprete é, antes de tudo, um manipulador.

148. Enunciados não são nem verdadeiros nem falsos, são apenas "proposições" simbólicas a partir das quais se produzem normas válidas ou inválidas.

149. A legalidade não é a exata medida de correspondência entre a norma criada pelo intérprete e o dado produzido pelo legislador.

150. A mente humana é uma fábrica de produção de normas.

151. O enunciado contém apenas a indicação de uma possibilidade de direção, mas não é, nem pode ser, um destino único e certo.

152. O enunciado é uma partitura com base na qual se pode tocar Jazz, Blues, Samba, Hip-hop, rock ou música clássica. Dependerá apenas de uma coisa: do intérprete.

153. Conhecimento é informação, e a informação produz o conhecimento.

154. Ensinar Direito é preparar o aluno para decodificar dados e produzir normas.

155. Professor bom é o que cria condições para que os alunos possam ser melhores do que ele.

156. A missão fundamental de um professor, além de oferecer um repertório essencial para o aluno, é saber formular perguntas e estimular os seus alunos a respondê-las.

157. Os dois grandes problemas do ensino no Brasil são o professor e o método adotado.

158. O que as faculdades de Direito têm feito é apresentar os seus alunos aos dados, e não, necessariamente, permitir que eles conheçam as normas.

159. A missão dos professores é propiciar condições para que os alunos "apreendam" a "criar" ou "obter" normas.

160. O ensino do Direito deve se voltar para a formação do repertório.

161. Um profissional somente será um jurista se possuir um adequado repertório.

162. O essencialismo jurídico transformará o Direito e a visão que temos sobre ele.

163. Diferentes interpretações produzirão diferentes normas.

164. A tirania nunca é do legislador, mas sempre do intérprete.

165. Norma é poder, pois ela diz como as coisas devem ser.

166. O Direito regula a relação de poder.

167. Direito é expressão de poder, e o exercício do poder pode se transformar em tirania. Todo juiz é um tirano em potencial, pois pode manipular fatos, valores e dados e forjar a norma como bem entender.

168. Há uma vantagem de ser intérprete na área do Direito: sempre é possível jogar a culpa no legislador.

169. Fato (jurídico) é apenas a versão juridicamente aceita de uma possível representação objetiva.

170. Quem vive na superfície não tem nada de profundo ou de essencial a oferecer.

171. Não existe uma categoria de conceitos que sejam determinados e outros indeterminados; todos os conceitos são, em tese, indeterminados.

172. O sistema jurídico pressupõe, necessariamente, a ideia de hierarquia.

173. Para produzir normas, é preciso ter a capacidade de formular perguntas e obter respostas alinhadas com a essência da ordem jurídica.

174. A norma está fora do enunciado; ele pertence a outro mundo, ou seja, outra dimensão.

175. O enunciado prescrito não impõe limites objetivos para o intérprete que diz o que o enunciado diz.

176. O legislador projeta o futuro enquanto possibilidade. A norma é um dever-ser dominante (ou aceito) enquanto possibilidade.

177. Agora que o enunciado foi sepultado, só restam ao intérprete duas opções: chorar suas mágoas ou admirar sua obra – a norma jurídica.