UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS

Departamento de Linguística

Programa de Pós-Graduação em Semiótica e Linguística Geral

Wallace Ricardo Magri

Hermenêutica Jurídica: Proposta Semiótica

SÃO PAULO

2012

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS

Departamento de Linguística

Programa de Pós-Graduação em Semiótica e Linguística Geral

Hermenêutica Jurídica: Proposta Semiótica

Wallace Ricardo Magri

Tese apresentada ao Programa de Pós-Gradução em Linguística e Semiótica do Departamento de Linguística da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Letras.

Orientador: Prof. Dr. Antônio Vicente Seraphim Pietroforte

SÃO PAULO

2012

Banca Examinadora

À Christina, minha esposa, por sempre me indicar o caminho e me fazer acreditar que é possível.

Ao meu filho Matheus, por me compreender e abrir mão de nossas brincadeiras aos finais de semana, sempre com um sorriso sincero no rosto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram de algum modo para este trabalho e que compõem, de um modo ou de outro, minha família.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais biológicos, José Ricardo e Marilda, por terem aberto mão de muita coisa em nome de minha formação escolar; também ao meu pai acadêmico, Antonio Pietroforte, por ter aberto um mar de oportunidades em minha vida simplesmente confiando em meu obscuro potencial.

Em segundo lugar, aos meus irmãos mais velhos, Wagner, pela camaradagem que nunca falta, especialmente nos momentos em que ninguém quer estar ao nosso lado; Paulo Hamilton, grande inspiração na área jurídica e, Luis Accácio, que sempre gostou de mim de graça e apostou na minha capacidade profissional, um tanto não convencional.

Em terceiro lugar, aos meus irmãos mais novos, cuja capacidade, sabedoria e entusiasmo sempre me encorajaram a estudar cada vez mais a fim de acompanhá-los no caminho do conhecimento: Álvaro Gonzaga, que me abriu as portas do mercado editorial; Cauê Nogueira, companheiro inseparável na semiótica jurídica; Edson Knippel, com quem compartilho dúvidas e possibilidades sempre de modo leve e amistoso; Marcus Boeira, por sempre me incentivar a não deixar de lado a meta de me tornar doutor.

Por fim, agradeço a todos os meus filhos e filhas acadêmicos, que nas salas de aula diariamente me ajudam a pensar um novo direito, que pretendo com eles compartilhar, na esperança de que sigam adiante construindo o novo direito a que a sociedade anseia.

Não poderia encerrar sem agradecer a Cid Paroni, meu guru espiritual com quem travei sinceras conversas e encontrei as ferramentas da autoconfiança, respeito e contentamento para produzir este trabalho, proporcionando-me autoconhecimento que levarei por toda vida!

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar soluções alternativas para velhas questões que integram a problemática do Direito, tais como o conceito de norma jurídica, as fontes de direito dos diferentes sistemas jurídicos, bem como os critérios de interpretação da norma a fim de aplicá-la aos casos em concreto.

Com o enfraquecimento dos paradigmas da Modernidade – tanto no que se refere a valores culturais como no que tange a metodologia das ciências sociais – os conceitos acima mencionados precisam ser revistos, a partir de novos pontos de vista.

É assim que, por meio dos modelos da semiótica de linha francesa e da análise interdiscursiva e dialógica de textos, pretende-se romper com as estruturas dicotômicas do direito, passando a observá-lo como processo de produção de sentido.

Nessa linha de raciocínio, por meio de método hipotético-dedutivo e com base na depreensão de sentido desvelado na análise de textos, busca-se o *ser do sentido* do discurso jurídico naquele discurso desenvolvido diuturnamente nos Tribunais.

Como cumprir o propósito do direito de assegurar a harmonia e paz social em determinado Estado Democrático de Direito? Por meio de normas provenientes do Poder Legislativo ou por decisões provenientes do Poder Judiciário, na atividade de dizer o direito aplicável ao caso em concreto?

Enquanto os discursos unificadores da Modernidade funcionaram bem, aparentemente, bastaria a leitura dos textos legais e sua aplicação literal na solução do caso em concreto para que se atingisse o anseio de segurança jurídica. Assim, no sistema da *civil law*, os Códigos dariam aos cidadãos e magistrados o norte para se determinar aquilo que seria /conforme/ e o que seria /em desacordo/ com o previsto em lei. Por seu lado, no sistema da *common law*, a casos iguais, dever-se-ia aplicar a mesma decisão extraída de *case law* análogo.

Contudo, a partir de meados do século XX, as sociedades tornam-se tão complexas quanto os valores dos grupos sociais particulares, culminando na ruptura com o discurso absoluto, monológico, próprio dos textos centralizadores das codificações e das *stare decisis*.

Com isso, as teorias da interpretação do direito também evoluíram, criando-se novos modelos que não partem da análise da norma jurídica (ou *case law*), mas sim da apreensão dos valores encontrados nos casos em concreto, sob prisma dos princípios gerais de direito, notadamente os direitos humanos fundamentais.

É assim que se operam mudanças nos paradigmas do discurso jurídico, indicando que está menos no caráter prescritivo da norma jurídica e mais na solução de litígios de forma dialógica o caminho para a segurança jurídica.

Sem negar o importante papel ocupado pelo discurso legislativo na estabilização das relações intersubjetivas, tudo indica que o padrão de produção legal não vence as constantes alterações que vêm ocorrendo sobretudo em direito de família, sendo que, aos poucos, o discurso legislativo cede espaço produção de direito pela jurisprudência.

Neste trabalho procuramos demonstrar como é possível desenvolver modelo decisório que leve em consideração o discurso das partes em litígio para a criação de jurisprudência, de modo a lhe conferir legitimidade, abrindo caminho para adoção de sistema jurídico único para todas as nações ocidentais, restabelecendo a harmonia entre os Poderes, operando este novo sistema por Estatutos e Súmulas.

Palavras-Chave: Semiótica Jurídica; Hermenêutica; Análise do Discurso.

ABSTRACT

This work intends to present alternative solutions to old questions that integrate the issue of law, such as the concept of rule of law, sources of law of different legal systems, and the criteria for interpreting the rule to apply it to cases in concrete.

With the weakening of the paradigms of modernity - both with regard to how cultural values regarding the methodology of the social sciences - the concepts mentioned above need to be revised, from new points of view.

And so, by the models of French semiotics and interdiscursive and dialogic analysis of texts, intended to break the law dichotomous structures, going to observe it as a process of meaning production.

In this line of reasoning through hypothetical-deductive method and based on the apprehension of meaning uncovered in text analysis, we seek the being of the sense of the legal discourse developed during the daytime in the Courts.

How to fulfill the purpose of the law to ensure social harmony and peace in particular democratic state? Through standards from the Legislature or from decisions by the judiciary, saying the activity of the law applicable to the case at issue?

While the unifying discourse of Modernity worked well, apparently, seemed to be enough reading legal texts and proceed its application in the literal solution to the particular case that reached the yearning of legal certainty. Thus, the system of civil law, the codes would give citizens and magistrates the way to determine what would be / as / and what would / disagree / with the provisions into law. For its part, the system of common law, the same cases, the duty would apply the same decision extracted from analogous case law.

However, from the mid-twentieth century, societies become as complex as the values of particular social groups, culminating in absolute break with the speech, monologic, self centering of the encodings of the texts and stare decisis.

Thus, theories of interpretation of the law also evolved, creating new models that do not depart from the analysis of the rule of law (or case law), but the seizure of the values found in cases where concrete prism under the general principles of law, notably fundamental human rights.

That's how they operate changes in the paradigms of legal discourse, indicating that it is less the prescriptive character of the rule of law and more on solving disputes in a dialogical the path to legal certainty.

Without denying the important role played by legislative discourse in stabilization of interpersonal relations, it seems that the standard of legal production does not bear the constant changes that are occurring primarily in family law, and gradually gives way legislative speech production to the jurisprudence.

In this work we demonstrate how it is possible to develop decision-making model that takes into account the discourse of the parties to create case law in order to give it legitimacy, paving the way for adoption of the legal system unique to all Western nations, reestablishing harmony between the Powers, this new operating system by the Statutes and Precedents.

Key Words: Legal Semiotics; Hermeneutics; Analysis of Speech.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....1

1. Teoria da Norma Jurídica: do dado ao construído.....10

1.2. Caracteres da Norma Jurídica.....12

1.3. Abordagem semiótica.....24

1.3.1. Distinções.....24

1.3.2. Percurso gerativo do sentido.....27

1.3.2.1. Nível Fundamental.....28

1.3.2.2. Nível Narrativo.....32

1.3.2.3. Nível Discursivo.....39

1.3.3. Semiótica Jurídica.....43

2. Hermenêutica Jurídica.....61

2.1. Hermenêutica e Interpretação Jurídica: distinções.....63

2.2. Escolas de Hermenêutica Jurídica.....64

2.2.1. Escola da Exegese.....65

2.2.2. Insuficiência do modelo da escola da exegese.....69

2.2.3. Escola da Livre Interpretação Científica do Direito: François Geny – “para além do Código”.....70

2.2.4. Escola Sociológica do Direito.....72

2.2.5. Escola do Direito Livre.....73

2.2.6. Escola da evolução histórica.....74

2.3. Alemanha: pandectistas e tendências historicistas.....75

2.3.1. Alemanha. Escola Teleológica.....77

2.4. Inglaterra, Estados Unidos e suas questões hermenêuticas antes de 1945 – Utilitarismo Jurídico e Experiência Prática.....78

2.5. Influências das Escolas Hermenêuticas no Brasil.....80

2.6. Espécies de Interpretação Consolidadas 81
2.6.1. Interpretação quanto à origem. 81
2.6.2. Interpretação quanto ao método 83
2.6.3. Interpretação quanto ao alcance 86
2.7. Critérios de interpretação – perspectiva semiótica 87
2.8. Sintaxe do discurso jurídico na Modernidade 94
3. Sistemas Legais na *Common law* e na *Civil law*.....100
3.1. Noções Gerais.....100
3.2. Sistema da *Common law* – Reino Unido 102
3.2.1. Sistema Judiciário do Reino Unido.....103
3.2.1.1. Distribuição de competências.....103
3.2.1.2. Fontes de Direito 106
3.3.2. Sistema da *civil law* – o sistema brasileiro 115
3.3.2.1. Competência Jurisdicional 116
3.3.2.2. Fontes de Direito do Brasil 118
4. Hermenêutica Jurídica na Pós-Modernidade.....144
4.1. Da modernidade à pós-modernidade – panorama geral 147
4.2. Nível discursivo da norma jurídica.....152
4.3. Interpretação Jurídica após 1945. Caracteres Gerais 157
4.4. Hermenêutica contemporânea. Sistema x Problematização 159
4.4.1. DWORKIN. Teoria da Adjudicação e os *hard cases* 160
4.4.2. VILLEY. Direito aristotélico-romano 161
4.4.3. PERELMAN. Lógica Argumentativa 162
4.4.4. VIEHWEG. O retorno às Tópicas Aristotélicas.....163
4.4.5. SICHES. Lógica do Razoável.....165
4.4.6. Pressupostos Semióticos 166

4.5. Análise Dialógica do Discurso 168
4.5.1 Gêneros do discurso – discurso legal e discurso jurisprudencial 176
CONCLUSÃO 185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 195
ANEXOS 200
Anexo I 201
Anexo II 203
Anexo III 205
Anexo IV 209
Anexo V 222

INTRODUÇÃO

O discurso jurídico convive com a problemática de se afirmar como garantidor da paz e ordem social, conferindo às relações intersubjetivas segurança jurídica – questão tormentosa – especialmente quando é colocada no cenário político-social contemporâneo, em que as sociedades e as relações interpessoais tornam-se extremamente complexas e plurais.

As duas principais formas de expressão verbal do discurso jurídico são a lei e a jurisprudência. Em apertada síntese, pode-se afirmar que as leis são comandos normativos de caráter geral que vinculam a atuação dos jurisdicionados, sob pena de sanção institucionalizada pelo Estado, ao passo que a jurisprudência consiste em um conjunto de decisões de Órgão Judiciais Colegiados no mesmo sentido quando da resolução de litígios aplicando-se a sanção prevista em norma jurídica.

A controvérsia sobre a supremacia das leis sobre a jurisprudência, enquanto efetiva fonte de direito, já rendeu e ainda rende acirrados debates na comunidade jurídica, havendo correntes doutrinárias que concedem à lei jurídica este caráter absoluto de criação do discurso jurídico, enquanto outras pugnam pela autonomia produtiva de discurso da jurisprudência, defendendo que não se trataria de mera interpretação da norma para sua aplicação ao caso em concreto.

Sabe-se que há dois grandes sistemas de amparo ao discurso jurídico, o que segue a tradição da *civil law* e aquele que segue a *common law*. O primeiro sistema é aquele surgido no Império Romano que, ao longo de sua existência, buscou sistematizar as normas aplicáveis pelo Estado, criando um conjunto coeso e abstrato de normatização de condutas humanas, de observância obrigatória.

Esta tendência Romana de concentração discursiva foi atualizada no período Medieval, consolidando as leis canônicas em verdadeira Codificação (*Corpus Iuris Canonici*), tradição esta que se manteve, sobretudo na França e Alemanha, com o advento do Estado Constitucional de Direito e a criação dos Códigos Civis respectivos, reforçando o individualismo nas relações privadas.

Já o sistema da *common law*, oriundo da tradição anglo-saxônica, iniciado na Inglaterra após a invasão normanda em 1.066, passando pelos Tribunais de Westminster, que tornaram o então direito costumeiro de cada região ou feudo em

direito comum a toda Inglaterra, atravessando o sistema da *equity*, solidifica-se no século XIX, com a aplicação simultânea da *common Law* e da *equity* e a reformulação do sistema por meio das *Judicature Acts*.

A princípio, seria possível afirmar que os Estados que adotam o sistema da *civil law* determinam a supremacia da lei jurídica como fonte formal primária de Direito, ao passo que os países da *common law* consideram os precedentes de corte sua fonte primeira.

No entanto, na prática, a solução não é assim tão simples, até porque, afora os embates e debates academicistas, a polêmica encontra reflexos diretamente na prática forense cotidiana, uma vez que as decisões judiciais são determinadas pela prévia acepção de direito adotada pelo julgador.

Vale dizer, aqueles mais afeitos ao predomínio da lei jurídica como fonte de direito adotarão postura de simplesmente efetivar a chamada subsunção do fato à norma.

Já aqueles que consideram aspectos advindos da análise do caso em concreto para a aplicação de norma jurídica traduzem a validade do direito a questões de ordem social e de efetivação da justiça conforme análise do caso colocado à apreciação do judiciário, como vem ocorrendo em decisões na seara do direito de família, tais como o reconhecimento de relações socioafetivas e homoafetivas.

Seja como for, para a resolução dos litígios jurídicos, é necessário atividade interpretativa por parte do julgador, que se socorre nos modelos de interpretação que lhe são conferidos pela Hermenêutica Jurídica, ramo do conhecimento que se presta justamente a oferecer modelos teóricos de depreensão de sentido dos textos sob análise.

Assim, julgadores que privilegiam a supremacia da lei jurídica adotarão o modelo oferecido pela Escola da Exegese, que orientará o intérprete a realizar raciocínio silogístico a fim de operar a subsunção do fato à norma, que Kelsen resumiria à equação *Se 'A' é, então 'B' deve ser*.

Já aqueles que buscam a solução da lide na apreciação do caso em concreto, livres da mera atividade silogística para a aplicação da lei jurídica, amparam-se nas

ciências auxiliares para chegar à conclusão interpretativa, com escora na chamada Escola Científica do Direito, o que abre campo para investigações de ordem ética e sociológica para a construção do discurso jurídico, que se distancia de uma pretensa autopoiése, que afirmaria o Direito como Ciência independente dos demais ramos do conhecimento, alheando-se deles.

É justamente este o contexto desta pesquisa, que pretende alinhar-se à área de concentração da Teoria Geral do Direito, mais especificamente no campo da zetética jurídica e, por esse viés, perquirir acerca das fontes formais do direito, tratando do efetivo papel da lei jurídica e da jurisprudência na construção do discurso jurídico, relevando o papel da hermenêutica para o desenvolvimento da prática forense a fim de lhe conferir o traço de segurança jurídica e de fonte autônoma de direito, sobretudo em nações da *civil law.*

Como os modelos de análise utilizados nesta pesquisa partem de ancoragem textual e considerando ainda a abrangência do debate, a delimitação do tema surge justamente da coleta dos textos que servem de *corpus* de estudo.

Assim, a pesquisa se desenvolve mediante a análise das súmulas vinculantes, vindas à luz no ordenamento jurídico pátrio por força da emenda constitucional 45 de 08 de dezembro de 2004 e a viabilidade de sua aplicação para a criação de um novo Direito de Família.

Em linhas gerais, as súmulas vinculantes são decisões judiciais sedimentadas pelo Supremo Tribunal Federal que passam a ser de observância obrigatória pelos magistrados de instâncias inferiores em sua atividade cotidiana de solução de litígios, obedecidos os critérios para a validação daquelas, nos termos do disposto no art. 103-A da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Com isso, o discurso erigido da prática forense ganha novo traço semântico, qual seja, caráter /vinculativo/, tal como ocorre com a lei jurídica que, do mesmo modo, vincula a conduta em sociedade.

No entanto, o que ainda diferencia os dois fenômenos textuais é que a lei jurídica vincula diretamente a conduta do jurisdicionado, enquanto a súmula vinculante, a princípio, orienta a atividade do juiz.

Outro aspecto distintivo, e da mesma forma relevante, é a existência efetiva de um processo legislativo, a fim de conferir legitimidade e autoridade à lei jurídica enquanto manifestação das vontades dos cidadãos por meio da democracia representativa, capaz de oferecer segurança jurídica às relações sociais, o que não se encontra com a mesma força e autoridade no campo da jurisprudência, em sistemas fundados na *civil law*, sendo a Súmula Vinculante, e alguns modelos anteriores, o início da construção desta base de legitimidade que merece ser analisada, refletida e revista.

Considerando que o texto final aperfeiçoado em Súmula Vinculante surge de debate judicial anterior e intenso a respeito do assunto objeto de referida súmula, os modelos da hermenêutica jurídica apresentam-se como apanágio fundamental a fim de se analisar os caminhos percorridos para se chegar a tais decisões vinculantes do Pretório Excelso.

Isto porque, se referidas decisões partem da análise de casos em concreto e buscam a correção do discurso legislativo ou a supressão deste discurso ou ainda a complementação de possíveis lacunas do ordenamento jurídico, desprendendo-se de se prestar a ser mera interpretação da lei jurídica previamente determinada, há necessidade de conferir rigor ao método de análise, sob pena das referidas súmulas e decisões judiciais serem consideradas mera *doxa* dos julgadores.

Em outras palavras, para que o exercício intelectual dos julgadores seja aceito como fonte efetiva de direito é preciso conferir a essas decisões estatuto científico, o que somente é alcançado com a utilização e explicitação do modelo hermenêutico adotado.

Possivelmente, desta maneira, o discurso jurisprudencial adquiriria legitimidade e maior estabilidade como fonte de direito em Estados que adotam a *civil Law,* ante a presença de critérios para a adoção desta ou daquela escola de interpretação do direito; razão pela qual a organização e sistematização das aludidas escolas se faz necessária, o que se pretende aqui realizar por meio dos modelos oferecidos pela semiótica e análise do discurso.

Considerando que as fontes do direito somente são formalmente apreensíveis quando tornadas discurso verbal, a semiótica é mecanismo adequado e possível que se presta a depreender o sentido dos textos com vistas a uma abordagem

discursiva do fenômeno jurídico formalmente apresentado que rende uma investigação criteriosa e enriquecedora.

A semiótica é, portanto, o ferramental teórico adotado para a análise que segue, sendo necessário esclarecer duas questões importantes de antemão: em primeiro lugar, se é bem verdade que o discurso jurídico sempre conviveu muito bem com a semiótica pierciana e assumindo a inegável contribuição desta forma de abordagem textual, a linha de pesquisa aqui adotada deve reverência à semiótica de linha francesa, iniciada com os estudos de A. J. Greimas e a configuração de um percurso gerativo do sentido.

Assim, o objeto de estudos da semiótica aqui desenvolvida é o sentido que se depreende dos textos, fazendo abstração a respeito de concepções de caráter ético, antropológico, sociológico ou histórico para dar conta de, por meio de atividade empírica e de método hipotético dedutivo, descortinar o processo de significação existente por de trás de toda manifestação discursiva.

A semiótica francesa é essencialmente estruturalista, surgida da ampliação dos conceitos da linguística (projeto piloto de análise científica das ciências sociais originado nos estudos de linguística geral formulados por Saussure) para além da teoria dos signos linguísticos, trabalhando com as noções de forma e substância do plano de expressão e do plano de conteúdo a fim de apreender o sentido dos textos e que ganha novos contornos no novo milênio, com os modelos ditados pela semiótica tensiva, das paixões e missiva, como caminhos para a superação dos modelos de primeira hora, geralmente criticados por serem considerados excessivamente formais.

Em segundo lugar, cabe informar que as obras de referência que norteiam a aplicação da semiótica para a análise do discurso jurídico são “Semiótica e Ciências Sociais”, de Algirdas Julien Greimas na qual, em seu capítulo III**,** há análise do que se entende de pessoas jurídicas empresariais, quando foram lançados os primeiros alicerces para a construção de uma semiótica jurídica propriamente dita; e “Sociedade refletida”, de Eric Landowski na qual há também capítulo que, decorrente do trabalho de Greimas, esmiúça melhor não só as relações isotópicas da linguagem jurídica, mas também as minúcias dos processos de produção legislativa e de verificação judicial.

É certo que referidos estudos servirão de subsídio para a análise aqui pretendida, no entanto, considerando que estes estudos vieram à luz antes dos anos 90 do século XX, deixaram de considerar as inovações trazidas a este ramo do conhecimento, razão pela qual a pesquisa busca prestar serviço relevante também à semiótica ao atualizar as pesquisas de Greimas e Landowski utilizando as propostas da semiótica das paixões, do fazer missivo e da semiótica tensiva.

Com isso, pretende-se abrir caminho incomum na área jurídica para responder à hipótese de estudos que dá impulso inicial à presente investigação: nos países de tradição da *civil Law* é possível consolidar a jurisprudência como verdadeira e independente fonte de direito? As súmulas vinculantes afirmam a existência independente da jurisprudência em relação à lei jurídica? A construção de uma análise sistemática e estrutural das escolas hermenêuticas é a base para a afirmação da jurisprudência como fonte autônoma do direito, conferindo-lhe estatuo científico?

Valendo-se deste recurso metodológico, é possível escapar da velha tradição de pesquisa jurídica de operar simplesmente com o compêndio de doutrinas a respeito de determinado tema, ou de realizar um esboço histórico a fim de apresentar uma evolução diacrônica de determinado fenômeno.

Aqui, a abordagem é também e em grande medida sincrônica ao se aproximar da realidade a ser pesquisada a fim de desvendar a estrutura lógico-formal que dá sustentação aos diversos saberes.

Atualizando os modelos semióticos e destacando a importância da construção interdiscursiva e dialógica do direito, aproximando a pesquisa da realidade social em que se insere, a fim de não ser acusada de a-histórica e tão pouco entregar-se à tentação de empreender análise histórica sem ser historiador, a construção social e histórica do direito é levada a termo com base nos modelos de análise do discurso de Maingueneau e Bakhtin.

O caráter distintivo da teoria semiótica e da análise do discurso é partir da abordagem de textos em concreto, a fim de permitir a demonstração dos caminhos seguidos para se chegar a determinada conclusão sobre a hipótese de estudos em exame.

É assim que, partindo das súmulas vinculantes, será possível a observação de como estas surgem, escoradas em outros discursos – o que releva seu caráter interdiscursivo – seja do mesmo lugar, campo ou universo discursivo no qual o Direito é abarcado, ou seja, o discurso social, filosófico, ético, religioso, etc.

Esta breve reflexão permite inferir que está no caminho a ser percorrido, no método, o maior interesse desta pesquisa, uma vez que a pretendida análise semiótica das súmulas vinculantes enfrenta os velhos temas jurídicos sob uma perspectiva pouco utilizada e considerada e que pode levar a respostas e conclusões proveitosas e produtivas, tais como:

a. a possibilidade de se constituir o estatuto científico para a validação do discurso jurisprudencial por meio da semiótica e análise do discurso, conferindo-lhe segurança jurídica;
b. propor, não apenas a existência de uma decisão do Pretório Excelso que vincula as decisões inferiores, mas de caminho especulativo uniforme (modelo de análise) para se chegar a estas decisões, agora afastadas da dogmática jurídica, deixando de ser uma ordem de conduta *de cima para baixo*, mas de um discurso construído dialogicamente, com vistas à efetivação da justiça com a participação direta do jurisdicionado em seu nascedouro;
c. a legitimação democrática da jurisprudência que geralmente é criticada enquanto fonte de direito por ser criada por poucos iniciados nas ciências jurídicas (juízes, advogados e promotores de justiça), com a participação direta do jurisdicionado, que criaria discursivamente e dialogicamente o direito a lhe ser aplicado;
d. a possibilidade de descodificação do Direito de Família uma vez que, por se tratar de ramo social em constante transformação, aparentemente apresenta-se como lugar próprio para novas experiências no âmbito jurídico, caminhando para uma legislação mínima a este respeito, respeitando a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana;
e. demonstrando-se funcional para este ramo do direito privado, seria possível ampliar sua aplicação para outros Institutos Jurídicos de Direito Privado, especialmente nas relações obrigacionais e empresariais, o que

pode servir de alento em momento em que há juristas que pretendem a reformulação e criação de (mais uma) Codificação do Direito Comercial;

f. o modelo pode se mostrar funcional para o Direito Internacional Privado, considerando os efeitos de globalização, a mudança de paradigma nas relações sociais cada vez mais virtuais, certamente tudo isto determinará o remanejamento do discurso jurídico para ambientes transnacionais bem como a atual prevalência que vem ganhando o enfoque dos direitos humanos e dignidade da pessoa humana em todas as nações, colaborando para a construção da ética do discurso compartilhado e a criação de direitos humanos surgidos das praças de debate e não à moda da Revolução Francesa;

g. além de servir como releitura e abrir possibilidades de revisão dos modelos dicotômicos do direito com base nas questões cruciais da contemporaneidade, libertar a Teoria Geral do Direito da Teoria Geral do Direito Civil e aproximá-la dos Direitos Humanos Fundamentais e Princípios Constitucionais, acompanhando a chamada publicização do direito.

Com este intuito, no primeiro capítulo, parte-se daquilo que já está bem definido na área do conhecimento jurídico, que é a concepção da norma jurídica, abordando, através das lições de Bobbio, quais são os pontos de vista das principais escolas que buscam a compreensão do fenômeno normativo por meio de sua abordagem lógico-enunciativa.

Após esta leitura, trataremos de apresentar o modelo semiótico da abordagem de textos, a fim colaborar na solução de certas contendas teóricas que buscam a gênese da norma por meio de análise de texto extraído do Livro IV do Código Civil Brasileiro, que trata do Direito de Família.

No segundo capítulo, o tema será a Hermenêutica Jurídica concebida na Modernidade, abordando as principais escolas que informam a interpretação da norma jurídica, desde a Escola da Exegese, passando pelas Escolas Científicas do Direito desembocando na Escola do Direito Livre.

Certamente não se trata de trabalho exaustivo a fim de esgotar todas as possibilidades interpretativas expostas, mas de dar destaques a certas linhas de pensamento que se mostrarão produtivas para a etapa seguinte, quando se

pretende apresentar os modelos teóricos da semiótica de linha francesa e da análise do discurso, detalhando cada um deles e desde já os aplicando a fim de organizar as escolas tradicionais de hermenêutica jurídica em relações tensivas, dialógicas e polêmicas a fim de buscar estatuto semiótico para a interpretação das normas jurídicas.

No terceiro capítulo, propõe-se a análise e aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*, explicitando as relações entre o Poder Legislativo e Judiciário em ambas as tradições, como se dá a distribuição das competências dos Órgãos Judiciais no Reino Unido e no Brasil, como se dá a criação dos *stare decisis* no sistema judiciário inglês bem como se desenvolveu o discurso jurisprudencial no Brasil até o advento das Súmulas Vinculantes. Isso com a finalidade de observar as semelhanças entre os dois sistemas e o que um pode aprender com o outro com vistas a criar um sistema único, que aproveita os traços funcionais tanto da *civil law* quanto da *common law*.

A seguir, trataremos de como se dá a sedimentação da jurisprudência até que se torne súmula e até mesmo súmula vinculante; como o discurso judicial funciona como verificador e corretor das incongruências legais e em que passo acaba se apresentado como fonte insegura e dissonante de direito em virtude da diversidade das decisões judiciais, apegadas às tradições e ideologias distintas.

No quarto capítulo, traçaremos Análise Dialógica do Discurso Jurídico. Mais uma vez, as propostas da semiótica e análise dialógica do discurso serão colocadas em operação a fim de demonstrar como é possível a construção jurisprudencial do direito dialogicamente, apontando para o caminho da descodificação do direito de família e a possibilidade de aplicação deste modelo para outras áreas do direito privado, sob a lógica dos direitos humanos fundamentais, diferenciados da lógica formal da Revolução Francesa e da prevalência da propriedade privada e do individualismo nas relações intersubjetivas.

Considerando que ainda não há súmulas vinculantes tratando de direito de família, pretende-se estudo de caso que trate da socioafetividade familiar e suas implicações nas decisões judiciais apontando como podem dar à luz súmula vinculante regulamentando a questão; o que, caso se apresente possível, homologará a pretensão deste trabalho.

Finalmente, a partir das considerações apontadas pelo estudo de caso, passaremos às considerações finais por uma proposta semiótica para se consolidar a hermenêutica como fundamentadora da segurança jurídica do discurso jurisprudencial ampliando a aplicação do modelo para outros Institutos Jurídicos de Direito Privado bem como em âmbito internacional, alinhado com escolas contemporâneas de pensamento filosófico e em consonância com a dita viragem linguística das ciências humanas e especialmente do Direito.

1. Teoria da Norma Jurídica: do dado ao construído

> *As ações têm consequências. As consequências para as ações erradas são inescapáveis. (David Lynch, Inheland Empire)*

Este enunciado foi extraído de um diálogo havido no filme dirigido dor David Lynch, cujo título foi traduzido no Brasil para “Império dos Sonhos”, em que se narra a produção de um filme em Hollywood baseado em roteiro original rodado na Polônia, cujos atores principais foram brutalmente assassinados em virtude de cometerem adultério no filme original.

Ao lado da constatação de que ações têm consequências, também é verdade que as ações humanas são fruto do livre arbítrio do homem, que age de acordo com sua visão de mundo, assumindo as referidas consequências de seus atos – corretos ou errados.

Como pode variar o entendimento sobre o que é *certo* ou *errado* dentro de certos universos de valores, convenciona-se que a norma jurídica determinará, ao menos, aquilo que deve ser tido como *conforme* de acordo com determinado Poder Político Organizado que *vincula* a conduta dos agentes, sob pena de Sanção Institucionalizada.

Antes de enfrentar a tarefa central pretendida de, por meio da semiótica, desenvolver o modelo de construção de decisões judiciais que lhes confira efetiva legitimidade por obedecer a determinado procedimento e revestir-se de formalidades

peculiares, é questão de prudência partir daquilo que a doutrina já oferece como fartamente discutido e determinado – em que pese divergências de autores quanto aos métodos, abordagens e critérios – que é a Teoria da Norma Jurídica.

Assim, nesta seção, pretende-se descrever o que se entende por norma jurídica, seus traços característicos e como se dá a formação de um modelo consistente e abrangente capaz de explicar qualquer ordenamento jurídico, independentemente das peculiaridades de cada sociedade juridicamente organizada.

Para atingir tal intento, a abordagem que se traça da norma jurídica é sob o aspecto meramente formal, num primeiro momento, a fim de se evitar debates de cunho filosófico ou sociológico, que elejam caracteres diversos para determinar o que é jurídico e o que não é.

A seguir, a pretensão é organizar semioticamente a Teoria da Norma Jurídica, a fim de apresentar referido modelo de análise da maneira como melhor se explica: pela aplicação do percurso gerativo do sentido, considerando as lições da semiótica greimasiana de primeira hora e esboçando os avanços trazidos pela semiótica das paixões, tensiva e do fazer missivo.

1.1. Norma Jurídica

Conforme alertado anteriormente, pretende-se analisar a norma jurídica sob seu aspecto meramente formal, ou seja, sem preocupação com seu conteúdo.

Tal ponto de partida não é tomado inadvertidamente, isto porque a semiótica é mecanismo de análise que parte da análise textual para a apreensão de sentido, não se tratando, pois, de uma pesquisa metafísica ou naturalística dos eventos que importam ao Direito.

A fim de não perder o fio condutor deste momento da pesquisa na análise de infindáveis teorias que procuram cuidar da norma jurídica sob o aspecto formal, desde já nos alinhamos aos estudos de Norberto Bobbio acerca da norma jurídica em busca, não da ideologia que move o autor, mas do sentido que se pode extrair dos dados linguístico de seu texto.

1.2. Caracteres da Norma Jurídica

Para que não restem dúvidas sobre a oportunidade de nos valermos do autor eleito, o trecho abaixo deixa clara a proximidade das abordagens de Bobbio e a que este trabalho pretende:

> O ponto de vista do qual nos propomos estudar a norma jurídica neste curso pode ser denominado formal. É formal no sentido de que consideraremos a norma jurídica independentemente do seu conteúdo, ou seja, na sua estrutura. Toda norma, como de resto toda proposição, apresenta problemas estruturais que são propostos e resolvidos sem atentar para o fato de ela ter este ou aquele conteúdo.[1]

Alerte-se que a forma pela qual Bobbio apreende a norma jurídica é a pragmática, ou teoria dos atos da fala, ramo da linguística que se aproxima sobremaneira da lógica formal, esmiuçando os aspectos lógicos do pensamento transformados em discurso:

> Como dissemos, a Pragmática tal como a conhecemos hoje tem início quando Austin começa a desenvolver sua teoria dos atos da fala. Até então, a Linguística pensava que as afirmações serviam para descrever um estado de coisas e, portanto, eram verdadeiras ou falsas. Uma afirmação como O céu é azul descreve o estado do firmamento e, portanto, o falante pode verificar se ela é verdadeira ou falsa, no momento em que é usada. Austin vai mostrar que a Linguística se deixa levar por uma ilusão descritiva, pois é preciso distinguir dois tipos de afirmações: as que são descrições de estados de coisa, a que ele vai chamar de constativas e as que não são descrições de estado de coisa. São esses que lhe interessam.[2]

Bobbio vai partir deste tipo de especulação para definir inicialmente as normas jurídicas como proposições prescritivas em oposição a proposições descritivas, afirmando que estas são submetidas ao critério de verdade ou falsidade – tal como observado na citação acima – ao passo que as primeiras se submetem a outros critérios, que podem ser de justiça ou injustiça, de validade ou invalidade.

De fato, é isto fundamentalmente o que separa o discurso das ciências do discurso normativo, ou seja, ao passo que o primeiro declara determinado fenômeno naturalisticamente observável, fazendo o destinatário *crer* no que é dito, sendo passível de verificação empírica ou racional e submetido a julgamento do tipo

---

[1] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. Rev. Trad. Silvana Cobucci Leite. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 61.

[2] FIORIN, José Luiz. **Introdução à linguística**. I. Objetos Teóricos. 1ª Ed. São Paulo: Linguística Contexto, 2003, p. 170.

verdadeiro ou falso, o discurso normativo, por ser prescritivo, pretende modificar o comportamento dos indivíduos diretamente, levando-os a *fazer* alguma coisa, sendo passível de justificação material (justiça ou injustiça) ou de justificação formal (validade ou invalidade).

Sintetizando:

> Em última análise, a diferença entre a verificação das proposições descritivas e a justificação das proposições prescritivas está na maior objetividade da primeira em relação à segunda, uma vez que a primeira tem como último ponto de referência o observável e pertence ao domínio da percepção; a segunda encontra seu último ponto de referência no que é desejado, cobiçado, objeto de tendência ou inclinação, e pertence ao domínio da emoção ou sentimento.[3]

Estabelecida a distinção fundamental entre proposições descritivas e proposições prescritivas, a preocupação do autor também se volta a determinar a forma gramatical e a função gramatical que teriam as prescrições, concluindo que as normas jurídicas são imperativos em forma de comando, ou seja, proposições cuja função é influir no comportamento alheio para modificá-lo. Adverte ainda o autor que pouco importa que o imperativo esteja em forma declarativa.

> Assim como a mesma função pode ser expressa com formas gramaticais diversas, a mesma forma gramatical também pode exprimir diferentes funções. Num tratado de geografia posso encontrar a seguinte frase: 'A Itália é dividida em regiões, províncias e municípios'. Não resta dúvida de que essa proposição declarativa é, no que diz respeito à função, uma asserção, ou seja, uma proposição cujo objetivo é dar uma informação (explicar as formas e funções no rodapé). Na Constituição da República italiana, leio no art. 114: "A República é dividida em regiões, províncias e municípios". No que diz respeito à forma gramatical, a proposição é idêntica àquela que li no tratado de geografia. Mas o significado é o mesmo? Ao ditar esse artigo, o constituinte não se propôs de modo algum dar aos cidadãos italianos uma informação geográfica, mas estabelecer uma diretiva para o legislador: essa frase, em suma, não é uma asserção, e sim uma norma.[4]

É o que, em linguística, denomina-se função de linguagem conativa ou apelativa, aquela que busca influenciar a ação do sujeito, de modo que ele faça ou deixe de fazer alguma coisa de acordo com o que é expresso no enunciado. Este tipo de linguagem é comum nos meios publicitários e jurídicos e facilmente perceptível em grupos sociais de toda espécie, onde o grupo determina o *fazer* de seus integrantes.

---

[3] BOBBIO, op. cit., p.74.
[4] Idem, p. 69.

Em seguida, com vistas a delimitar o lugar discursivo das normas jurídicas em oposição a outras formas prescritivas de conduta (moral, gramatical, etiqueta, etc.) o autor vai adotar os seguintes critérios fundamentais de distinção: quanto ao sujeito ativo e passivo da prescrição; quanto à forma; quanto à força obrigatória.

Pelo critério dos sujeitos envolvidos nas proposições prescritivas, temos os imperativos autônomos e os heterônomos, sendo os primeiros aqueles em que sujeito ativo e passivo se confundem e os segundos aqueles em que há distinção entre sujeito ativo e passivo.

Geralmente, imperativos autônomos são atribuídos às normas morais, ao passo que, os heterônomos, às normas jurídicas e sociais, embora haja exceções que não permitem adotar este critério como único para a distinção entre tais normas, haja vista haver possibilidade de autonomina da vontade expressas em normas jurídicas, especialmente as que regulam a negociação contratual e até mesmo a produção das normas jurídicas de um Estado pela democracia indireta.

Um exemplo de norma jurídica autônoma está na doação, figura contratual por meio da qual o doador dispõe livremente de parte de seus bens em favor de um ou mais donatários, conforme dispõe o artigo 538 do Código Civil Brasileiro que assim dispõe:

> Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio, bens ou vantagens para o de outra.

É bem verdade que, mesmo neste caso, não haveria que se falar em vontade plenamente autônoma, uma vez que há limite legal para este ato de liberalidade:

> Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.
> Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Quanto à forma, utilizando a fórmula kantiana de imperativos categóricos e hipotéticos, Bobbio situa as normas jurídicas no âmbito dos imperativos hipotéticos, que tratam das ações que são boas para buscar um fim, ou seja, que são condicionadas, portanto.

Neste campo, temos as normas técnicas (que objetivam um fim possível) e normas pragmáticas (que objetivam um fim real). O autor, desta feita, coloca em

dúvida a possibilidade de normas jurídicas serem verdadeiros imperativos em vista de se amoldarem como normas técnicas:

> Quanto aos imperativos hipotéticos, eles se distinguem, por sua vez, conforme Kant, em duas subespécies, dependendo do fim a que a norma se refere ser, com diz Kant, um fim possível ou um fim real, isto é, dependendo de o fim ser tal que os homens possam persegui-lo ou não, ou então ser tal que os homens não possam deixar de persegui-lo. Exemplo do primeiro é o das regras que Kant chama de habilidade, como 'Se você quer aprender latim, deve fazer exercícios de tradução do italiano para o latim'; exemplo do segundo fim é o das regras que Kant chama de prudência, como 'Se você quer ser feliz, deve dominar as paixões.[5]

Bobbio arremata com a formatação lógica dos imperativos formulados por Kant, considerando que o primeiro é um dever absoluto (categórico), logo, *você deve X*; já os imperativos hipotéticos dos quais decorrem um dever de ação em busca de felicidade, o que para o autor não é uma opção, remontam ao seguinte esquema lógico: *uma vez que você deve Y, também deve X*. Por fim, as normas técnicas determinam um *dever fazer* para atingir um fim útil, logo: *Se você quer Y, deve X*.

Embora nem todas as normas jurídicas possam ser consideradas normas técnicas, é evidente que a relação *Se você quer Y, deve X*, conforme prevê o art. 541 do Código Civil: *A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular*. Ou seja, se o doador quer dispor de seu bem, deve fazê-lo por escritura pública, diga-se, sob pena de nulidade.

Quanto ao último critério – da força obrigatória – temos que imperativo e obrigações são termos correlatos. No entanto, existem modos mais brandos de influir no comportamento do que os comandos, que são os conselhos e pedidos.

A distinção entre as três formas discursivas citadas seria basicamente a seguinte: o *comando* se exprime com um *queria* por parte do sujeito ativo e com um *você deve* referindo-se ao sujeito passivo (norma jurídica); o *conselho* prescinde do *quero* e, em relação ao sujeito passivo, exprime-se com um *você deveria* (jurisprudência); o *pedido* prescinde do *deve* e se exprime, por parte do sujeito ativo, com um *eu queria* (petição jurídica).

Vejamos como isto se dá, partindo da definição de cada uma destas formas pelo autor:

---

[5] Ibidem, p. 85.

> Até agora falamos de imperativos (ou comandos). Mas os imperativos (ou comandos) são aquelas prescrições que possuem maior força vinculante. Essa maior força vinculante se exprime dizendo que o comportamento previsto pelo imperativo é *obrigatório*, ou, em outras palavras, que o imperativo gera uma *obrigação* na pessoa a quem é destinado. Imperativo e obrigação são dois termos correlatos: onde há um, há o outro. Pode-se exprimir o imperativo em termos de obrigatoriedade da ação-objeto, assim como se pode exprimir a obrigatoriedade em termos do comando-sujeito[6].

É justamente este o aspecto distintivo das leis que compõem determinado ordenamento jurídico, uma vez que têm este poder de ação sobre os sujeitos, que devem agir de acordo com o comando legal, sob pena de sofrerem consequências normalmente indesejáveis, como fica bem claro nos dispositivos do Código Penal: *Art. 121. Matar alguém. Pena: reclusão de 6 a 20 anos e multa*.

Bobbio distingue comando de conselho valendo-se das lições de Hobbes em Leviatã, conforme segue:

> Os argumentos de Hobbes aduzem para distinguir o comando do conselho são substancialmente cinco: 1) quanto ao sujeito ativo: aquele que comanda é dotado de uma autoridade que lhe dá o *direito* de comandar; aquele que aconselha não pode pretender o *direito* (diríamos mais exatamente o *poder*) de fazê-lo; 2) quanto ao conteúdo: os comandos se impõem pela vontade que os emite (ou seja, derivam sua força vinculante do fato de serem expressões de uma vontade superior); os conselhos conseguem determinar a ação alheia em razão de seu conteúdo (ou seja, segundo o seu maior ou menor *bom senso*) (...); 3) quanto à pessoa do destinatário: no comando o destinatário é *obrigado* a segui-lo, no conselho não é obrigado, ou seja, é livre para segui-lo ou não (...); 4) quanto ao fim: o comando é dado no interesse de quem comanda; o conselho é dado no interesse do *aconselhado*; 5) quanto às consequências: se dá execução de um comando deriva um mal, a responsabilidade é daquele que comanda, se o mesmo mal deriva de se ter seguido um conselho, a responsabilidade não é do conselheiro, mas apenas do aconselhado.[7]

Diante de tal distinção, poderíamos imaginar o conselho como sendo a jurisprudência quando direcionada especialmente a advogados e promotores, uma vez que, ainda que não sejam em regra obrigatórias, servem de parâmetro a respeito das decisões dos Tribunais sobre determinada questão jurídica, portanto, seria bom seguir a jurisprudência tanto mais quanto maior o grau do Tribunal que a edita.

No entanto, caso não haja sucesso na demanda baseada em súmula, a responsabilidade de tê-la seguido é do destinatário, uma vez que, como se verá, os

[6] Ibidem, p. 89.
[7] Ibidem, p. 89-90.

demais magistrados não estão obrigados, no mais das vezes, a seguir determinada orientação (conselho) dos Tribunais.

Finalmente, de acordo com o autor:

> Existe um tipo de proposição que, embora pertencendo à categoria das prescrições, se distingue dos comandos propriamente ditos por uma menor força vinculante. São os chamados *pedidos*, ou seja, aquelas proposições com as quais visamos fazer com que o outro faça algo em nosso favor, embora sem vinculá-lo.[8]

Dentro do discurso jurídico, seriam os pedidos as petições judiciais formuladas pelos advogados e promotores, a fim de requerer a concessão de algum direito, desde a prorrogação de um prazo judicial para a apresentação de um documento em juízo, até o pedido mesmo de procedência de ação, a fim de que se dê guarida a determinado direito expresso em um comando legal, ou conselho jurisprudencial.

Feitas referidas distinções, ato contínuo, o autor enfrenta a questão do fator da imperatividade da norma jurídica ser considerada seu elemento constitutivo (teoria imperativista) ou se é apenas uma parte da norma (teorias mistas) ou ainda se as proposições que compõem um ordenamento jurídico não são imperativas (teorias negativas).

A principal crítica que se tece à teoria imperativista reside no fato de que, a fim de conferir o traço de imperatividade à norma, os autores clássicos desta doutrina aliam este fator ao estatismo e à coatividade, ou seja, para que o comando legal seja considerado imperativo deve ser posto pelo Estado de Direito e cabe a este impor sua observância por meio de sanção.

De todo modo, o primeiro problema a se enfrentar ao tratarmos da imperatividade do direito é considerar a possibilidade das normas jurídicas poderem se apresentar como imperativos positivos e também como imperativos negativos, ou seja, em comandos de *fazer* e de *não fazer* (proibições).

Por certo, ambas são vislumbradas no ordenamento jurídico, uma vez que o discurso jurídico não se limita a proibir condutas, mas também infere em muitos casos a cooperação recíproca entre os homens que convivem juntos, prescrições estas que pressupõem obrigações positivas.

---

[8] Ibidem, p. 95.

É um exemplo de obrigação positiva prevista pelo legislador aquela presente no art. 227 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, que dispõe o seguinte:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Olivecrona separa a noção de comando – que deve ser pessoal – de imperativo e para tanto lança mão do traço distintivo da norma jurídica através do destinador, que é sempre impessoal. Assim, as normas não poderiam ser comandos pela ausência de uma pessoa que exerça a autoridade.

Este tipo de raciocínio remete à ideia de como as normas são redigidas pelo Parlamento, quando geralmente enfrentam uma série de etapas e que acabam se tornando um discurso compartilhado que torna difícil e mesmo enfadonha a tarefa de se determinar de quem seria o *querer* expresso em tal norma jurídica, por isso essa não poderia ser considerada propriamente um comando.

Bobbio rechaça esta afirmação ao dispor que uma Portaria ou ato administrativo correlato tem sujeito ativo expresso, tal qual ocorre em uma decisão judicial, não sendo este critério, pois, sobreposto à imperatividade da norma jurídica:

> Por um lado, parece muito difícil demonstrar que todos os imperativos jurídicos sejam impessoais, e bastaria citar a sentença de um pretor (que é sem dúvida um imperativo jurídico, embora se defina a uma pessoa determinada) ou à deliberação de um prefeito, se não quisermos recorrer ao caso-limite de uma ordem imposta por um rei absoluto ou por um déspota; por outro lado, mesmo admitindo que todos os imperativos jurídicos sejam impessoais, não se pode negar que existam imperativos impessoais em outros sistemas normativos, e bastaria lembrar os Dez Mandamentos, citados pelo próprio Olivecrona, e as chamadas normas sociais em que a impessoalidade é ainda mais evidente do que nas leis emanadas pelo parlamento.[9]

Quanto ao destinatário das normas jurídicas, a teoria imperativista procura também problematizar a relação do imperativo normativo no que concerne ao sujeito passivo do que é por ela imposto.

[9] Ibidem, p. 105.

Se a norma jurídica é um imperativo, e por *imperativo* entende-se uma proposição cuja função é determinar o comportamento alheio, não há dúvida de que a norma jurídica é destinada a alguém, mas a quem?

Temos que o destinatário das chamadas normas jurídicas primárias são os cidadãos em geral, ao passo que o das normas jurídicas secundárias são os órgãos estatais que garantem a sanção, sendo que ambas são imbuídas do caráter de imperatividade, haja vista que temos as normas jurídicas como componentes de um sistema e não consideradas isoladamente. Assim, uma norma primária, que prevê a ação dos cidadãos, pressupõe a outra (norma secundária, que prevê aplicação de sanções).

A fim de ilustrar o acima referido, vale observar as seguintes disposições do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei Federal 8906/94, que em seu artigo 34 dispõe sobre as condutas vedadas ao advogado no exercício de sua profissão: “Art. 34. Constitui infração disciplinar: (...)XXVIII – praticar crime infamante”.

Veja que a norma jurídica em referência é considerada, sob esta abordagem, primária, uma vez que seu destinatário é qualquer cidadão que exerça a atividade da advocacia. Em que pese diretamente não prever qualquer tipo de sanção, esta é dada através do sistema, uma vez que o artigo 38 do mesmo diploma legal preceitua que: "A exclusão é aplicável nos casos de: (...) II – infrações definidas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34.”. E, em seu parágrafo único, determina de que maneira a exclusão é levada a termo: “Para a aplicação da sanção disciplinar de exclusão é necessária a manifestação favorável de 2/3 (dois terços) dos membros do Conselho Seccional competente”.

Observe que, no caso acima, estamos diante de norma secundária que prevê a sanção respectiva para a infração capitulada no art. 34, XXVIII do EAOAB, bem como o modo de operar tal sanção, mediante a maioria qualificada do Conselho Seccional da OAB.

É assim que é possível afirmar que a toda norma – direta ou indiretamente – está relacionada uma sanção, o que lhe confere caráter de imperatividade quer se refira ao cidadão ou aos agentes públicos incumbidos de exercer a atividade punitiva em vista à inobservância do comando legal.

As teorias mistas admitem que em todo ordenamento jurídico existam imperativos, mas negam que todas as proposições componentes de um sistema jurídico sejam imperativos ou redutíveis a imperativos.

Haveria normas que, por exemplo, atribuem faculdade aos indivíduos, o que levaria certos autores a concluir que a finalidade primordial da norma jurídica seria permitir e não comandar.

De fato, o ordenamento jurídico convive com prescrições que são deveres (*dever fazer*), proibições (*não dever fazer*) e permissões *(poder fazer*). A questão enfrentada por Bobbio é determinar se a presença de normas permissivas pode ser considerada um argumento contra a imperatividade do direito, concluindo que as normas permissivas pressupõem as imperativas, haja vista que podemos considerar que "tudo o que não é proibido ou comandado é permitido", ao passo que "tudo é proibido ou comandado, exceto aquilo que é permitido".

Utilizando o exemplo do contrato de doação já referido, temos que é *permitido* ao jurisidicionado doar seus bens a qualquer pessoa, sendo *proibida* a doação de todo o patrimônio do doador ao donatário, sendo certo que, para que o negócio jurídico surta efeitos, o doador *deve fazê-lo* expressamente por ato público ou particular.

Finalmente, as teorias negativas negam que as normas jurídicas sejam imperativos, mas mera asserção sobre uma relação já existente. E, um juízo, conforme a lógica clássica, não é um comando. Para esta doutrina, as normas morais seriam comandos, ao passo que as normas jurídicas seriam juízos hipotéticos – exprimem a relação específica de um fato condicionante com uma consequência condicionada – do tipo: *Se A é, deve ser B*.

A crítica à teoria imperativista, de uma lado, entendida com teoria que via nas leis um comando dirigido aos súditos, e a interdependência estabelecida entre o conceito de direito e sanção (é norma jurídica somente aquela sancionada), conduziam Kelsen a atribuir à norma jurídica não o caráter mais de comando, mas do *juízo hipotético*, voltando a estabelecer um nexo entre uma *condição* (o ilícito) e uma *consequência* (a sanção), como na fórmula citada na qual *A* representa o ilícito e *B* a sanção.

Arrematando, há correntes anti-imperativistas que sustentam que o fundamental da norma jurídica é a valoração das condutas. No entanto, pondera Bobbio que o fato de haver a valoração da conduta dos agentes que se submentem a determinada regulação jurídica não furta deste seu caráter imperativo, havendo aí apenas uma mudança de nome que não corresponde a uma mudança de significado, uma vez que se mantém a qualidade prescritiva da norma jurídica.

Ao final desta incursão, Bobbio conclui que não há grandes contradições entre as teorias analisadas a ponto de desconstituir a imperatividade como traço fundamental das prescrições jurídicas, sem que com isso tenha que necessariamente conviver com os outros traços característicos dados pela teoria tradicional (estatal e coativo) ou negar a valoração que, para o autor, seria o desenvolvimento lógico do primeiro:

> A conclusão que podemos extrair do exame dessa teoria da norma como juízo de valor vale para todas as doutrinas que propuseram negar no todo ou em parte o imperativismo. Isso não significa que o imperativismo tenha resistido incólume à prova. O antigo impertativismo partia de uma noção demasiado restrita da norma jurídica ou comando, ou seja, como imposição do soberano (é a concepção de norma como comando que vai de Hobbes a Austin e domina grande parte do positivismo jurídico estatista do século passado). (...) A reação contra o imperativismo, enquanto se entendeu por "imeperativismo" a teoria da norma jurídica como comando fundada (ainda que nem sempre explicitamente reconhecido) na identificação do direito como direito estatal foi reação justa. (...) a disputa entre imperativistas apresentou-se como disputa relativas ao *genus*, quando, na realidade, foi – essa é a nossa conclusão – uma disputa relacionada às *species*, vale dizer, relacionada aos vários tipos de proposições prescritivas que podem compor um sistema normativo, e não afetou a comunhão do gênero, a que todos os diversos tipos de normas pertencem, e que é o gênero das proposições prescritivas distinta das descritivas.[10]

Enfim, o autor vai estabelecer o critério que entende determinante para diferenciar as normas jurídicas das demais normas prescritivas de conduta, com o que procura solucionar o embate sobre a natureza de referidas normas e sua distinção fundamental com as normas morais e sociais.

Para além da busca do *genus* da norma jurídica no seu aspecto formal, que sempre volta à noção de imperatividade e de proposições prescritivas que não podem ser negadas, mas que, no entanto, não as distingue das normas morais e sociais, tal critério deve ser perquirido pelo caráter definidor da norma jurídica.

[10] Ibidem, p. 136.

Antes de estabelecer seu critério, a autor rejeita as concepções que querem ver o traço distintivo da norma jurídica por seu *conteúdo*, cabendo a esta regulamentar relações intersubjetivas, o que implica aspecto bilateral de seu comando, uma vez que a um poder corresponde um dever alheio, ao passo que as leis morais são fundamentalmente unilaterais. O problema desta concepção residiria no fato de não distinguir as normas jurídicas das normas sociais, as quais, do mesmo modo, são bilaterais.

Partindo, então, para a *finalidade* da norma jurídica enquanto regulamentação das relações intersubjetivas específicas e que são relevantes para a conservação da sociedade, cujo inconveniente é que aquilo que é visto como relevante em determinado tempo e sociedade pode não o ser em outro tempo e lugar social.

Do mesmo modo, o critério que procura no *sujeito que diz a norma* para definir o caráter distintivo da norma jurídica peca por referir-se a certo Poder Soberano, atrelando a noção de norma necessariamente à de direito positivo, segundo a qual o soberano não cria as normas essenciais para a conservação da sociedade, mas as normas estabelecidas pelos soberanos tornam-se essenciais porque impostas pelo soberano.[11]

Opondo-se ao positivismo exacerbado da teoria anterior, certos autores partem para as concepções jusnaturalistas do direito que, como se sabe, no ramo jurídico sempre culminam na indefinição sobre aquilo que deva ser considerado o conteúdo de *justiça* da norma.

Finalmente, parte-se para a definição da normatividade jurídica pelo comportamento do destinatário, que teria em relação a esta verdadeira consciência de sua obrigatoriedade como um estado de necessidade com a consequente adesão exterior, ao passo que as normas sociais dependem da livre adesão do sujeito, e as normas morais são obedecidas na medida em que internalizadas. A imprecisão aqui, segund Bobbio, estaria no fato que, sempre que este traço afasta a norma jurídica de uma delas, aproxima-a da outra.

É assim que Bobbio centra no caráter sancionatório e no grau de resposta à violação da prescrição o traço fundamental do direito. Quando se viola um imperativo positivo temos o ilícito, que consiste em uma inobservância da norma, ao

[11] Ibidem, p. 141.

passo que, quando se trata de imperativo positivo, a inexecução se dá pela inobservância da norma.

Partindo, pois, da admissão de que normas jurídicas são imperativos e é este traço que distingue o discurso normativo do discurso científico, uma vez que, no segundo caso, se os fatos contradizem a lei, devemos nos orientar em direção à modificação da lei (verificação empírica); no sistema normativo, caso a ação que deveria ocorrer não ocorra, devemos nos orientar a modificar a ação e salvar a norma. A ação que se realiza sobre a conduta é a sanção (autoridade):

> No primeiro caso, o contrataste é sanado agindo-se sobre a lei e, portanto, sobre o sistema; no segundo caso, agindo-se sobre a ação não conforme e, portanto, procurando fazer de modo com que a ação não ocorra ou ao menos neutralizar suas consequências. A ação realizada sobre a conduta não conforme para anulá-la ou ao menos para eliminar suas consequências danosas é aquilo que se chama *sanção*.[12]

Pelo critério da resposta à violação, a sanção jurídica é aquela tida pelo autor como a mais eficiente em relação à sanção moral (sujeita à consciência do dever pelos indivíduos) e também mais organizada do que a sanção social (cuja sanção pode ser variável de acordo com certos estados anímicos).

Os defeitos da sanção moral são representados pela *incerteza* de seu êxito, pela *inconstância* da sua aplicação e pela *falta de medida* na relação entre violação e resposta, haja vista não ser institucionalizada.

Assim, a sanção jurídica seria diversa da sanção moral por ser externa ao sujeito que pratica a conduta e, ao contrário da sanção social, institucionalizada (além de regular os comportamentos dos consociados, também regula a reação aos comportamentos contrários).

Após toda esta incursão, o autor sustenta que normas jurídicas são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa institucionalizada, na medida em que, para toda violação de uma regra primária, é estabelecida a respectiva sanção (certeza da resposta); é estabelecida, mesmo dentro de certos limites, a medida da sanção (proporcionalidade); são estabelecidas as pessoas encarregadas de obter sua execução (imparcialidade).

Por fim, cabe a advertência do autor:

---

[12] Ibidem, p. 145.

> É claro que também na esfera do normativo com eficácia reforçadas existem vários níveis, e sempre existirá aquela zona fronteiriça ou de transição em que todo critério e, portanto, também este, parece inadequado: a realidade é sempre mais rica que qualquer esquema , e que fique bem claro, mais uma vez, que aqui se propõem esquemas de classificação, e não definições de essências puras.[13]

1.3. Abordagem semiótica

1.3.1. Distinções

Pois bem, sob uma abordagem semiótica, a leitura acima descrita de Bobbio acerca da norma jurídica carrega a vantagem de não levar em consideração perspectivas ontológicas ou antropológicas sobre sua concepção.

Com efeito, a teoria dos atos da fala contribui em muito para explicar e teorizar acerca das concepções linguajeiras que implica o discurso jurídico. Sem dúvidas, não há como negar o caráter *prescritivo* da norma jurídica, que a coloca no campo deontológico (dever ser), por meio de função de linguagem que a teoria da comunicação trataria como função de linguagem apelativa – aquela que busca influenciar o sujeito a agir de acordo com determinado comando.

O préstimo da semiótica a tal análise reside no fato de considerar aquilo que é tido pela pragmática como *intenção de linguagem* como processo de produção de sentido, construindo estruturalmente um modelo de análise que permita, por assim dizer, organizar melhor o pensamento e a percepção do *continum* do sentido.

Antes de desenvolver os pressupostos teóricos da semiótica que levaremos adiante, é bom não confundi-la com 'parentes próximos', em vista de seus objetivos. De acordo com as lições de Landowski:

> Ao contrário de uma opinião bastante difundida, a semiótica não tem por objeto essencial o estudo dos signos; na verdade, ela visa a construção de uma teoria geral da significação, e nisso há mais que uma simples nuança. É à *semiologia* que cabe, em linhas gerais, descrever o sistema de signos, isto é, a organização de um certo número de "códigos" (códigos dos sinais rodoviários, código dos surdos-mudos, etc.), que associam de maneira explicitamente intencional e perfeitamente unívoca – pelo menos para os que têm conhecimento do sistema de convenção adotado – certas unidades

[13] Ibidem, p. 167.

> de um quadro preestabelecido de "significados" (passagem proibida *versus* permitida *versus* prescrita, no caso da sinalização rodoviária) a determinadas unidades correspondentes do "significante" (no caso, cromático: o vermelho, o alaranjado, o verde). Restritas no que diz respeito a seu número e, sobretudo, ínfimas quanto ao seu alcance, do ponto de vista do conhecimento dos fatos sociais, são infelizmente as práticas sociais que se reduzem a esse tipo de comunicação por signos atômicos. É esta a razão do divórcio entre os "semiólogos" e "semioticistas" (embora as denominações das duas orientações por vezes se sobreponham)[14]

Com efeito, a abordagem meramente semiológica da norma jurídica em pouco contribuiria para o que já se fez a esse respeito no que tange a sua Teoria Geral, correndo o sério risco de concluir de modo óbvio aquilo que já foi dito em relação à norma jurídica de acordo com as lições de Bobbio já traçadas aqui.

Vale dizer, tratando apenas das relações entre significante e significado das normas, o trabalho desenvolvido concluiria apenas que, conforme cada cultura, os signos são traçados distintamente, não havendo a possibilidade da criação de um modelo de previsibilidade de ocorrências, mas apenas a construção de uma tipologia da norma jurídica.

Ora, poderia haver nação – tratando ainda das leis de trânsito levantadas por Landowski – em que o significante para /passagem permitida/ fosse simbolizado pela cor azul e /passagem proibida/ pela cor amarela e assim por diante.

Assim, um indivíduo oriundo de uma cultura *A* não conseguiria apreender os signos de uma cultura *B* que estabelece relações entre o plano de expressão e o plano de conteúdo de maneira diversa, restando claro que não está aí, portanto, o caminho para a criação de uma Teoria Geral da Norma capaz de abstrair os traços temporais (em algum momento da evolução histórica, antes do advento da eletricidade, tais /permissões/ e /autorizações/ poderiam se reduzir ao gestual, como pode acontecer quando falta eletricidade) e sociais (em uma pequena cidade do interior da Holanda, a sociedade pode prescindir deste tipo de sinalização elétrica e até mesmo gestual, uma vez que há raríssimas ocasiões em que pode haver interceptação de passagem entre veículos).

De acordo com Bittar:

> Para além do estudo da estrutura elementar do signo linguístico, Saussure não negligencia o estudo da ideia de institucionalidade do signo; em sendo

[14] LANDOWSKI, Eric**. A Sociedade Refletida**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Educ/Pontes, 1982, p.58.

> institucional, o signo saussuriano é necessariamente uma unidade cultural, variável, portanto, espaço-temporalmente. Nesse espectro de investigação, passam a se destacar os conceitos de *convencionalismo* (referente ao uso do signo) e de *arbitrariedade* (referente à legislação interna entre significante e significado), para os quais se deve apresentar um campo semântico preciso e inconfundível, a fim de erradicar falsas interpretações sobre a teoria saussuriana.[15]

É claro que os critérios da semiologia contribuíram em muito para a criação de categorias presentes no discurso, tal como ocorre no texto de Bobbio, geralmente preocupado em estabelecer qual o traço semântico capaz de definir o *ser* da norma jurídica, em oposição, por exemplo, da norma social e da moral, relevando os traços de /heteronomia/, /coatividade/ daquela, a ausência de /coatividade/ na norma social e a ausência de ambos os traços na norma moral.

No entanto, como pudemos observar naquelas linhas, tudo se passa como se, muito em função da arbitrariedade do signo e da convenção adotada, ora as Teorias da Norma ressaltam um ou outro traço semântico como o *mais significativo* do *ser da norma,* não havendo consenso e não se podendo categoricamente afirmar qual deles deve, efetivamente, preponderar sobre os demais.

Importante esclarecer também que o projeto semiótico não guarda relações com abordagens filosóficas acerca da construção da norma, em busca de um sentido primeiro desta, uma vez que se trata – conforme já dissemos – de um método de abordagem hipotético-dedutivo criado com base no discurso efetivamente realizado.

De acordo com Pietroforte:

> Diferente de boa parte da filosofia, que concebe sentidos *a priori* na ordenação do mundo a serem desvelados por ela, a semiótica parte do princípio de que o sentido é antes construído, que dado a ser descoberto; portanto, cabe ao semioticista investigar o processo que garante sua geração e não seu desvendamento. À maneira de Greimas, pode-se afirmar que a semiótica não estuda o sentido do ser, mas o ser do sentido.[16]

Como bem coloca Tatit:

> A semiótica apresentou-se sempre como disciplina fundada num arcabouço teórico de grande envergadura. Desde seus primeiros modelos, lançados por Algidras Julien Greimas no final dos anos 1960 e início da década seguinte, já se previa uma investida de longo alcance, que foi se

[15] BITTAR, Eduarco C. B. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.
[16] PIETROFORTE, Antonio Vicente; Gê, Luiz. **Análise textual da história em quadrinho** – uma abordagem semiótica da obra de Luiz Gê. São Paulo: Anablume, 2009, p. 10.

> confirmando à proporção que ampliava seu objeto de estudo. Dos enfoques lexicológicos e das abordagens meramente narrativas, o 'projeto de ciência' concebido pelo grande semioticista tomou a forma geral de estratos gerativos de sentido, infletiu do núcleo da ação para o núcleo da paixão, adotou a tensividade como parâmetro para análise do universo sensível e reuniu talvez os primeiros critérios consistentes para uma descrição estética.[17]

Como se sabe, a semiótica analisa textos por meio de um percurso gerativo de depreensão de sentido, que percorre as relações semânticas fundamentais, passando pelas relações de narratividade mínima, desembocando nos aspectos discursivos encontrados na superfície do texto.

É assim que, partindo do inteligível chega-se ao sensível, ao que aqui chamamos de nível fundamental de geração do sentido, esclarecendo, desde logo, que todos os níveis possuem uma estrutura sintática e uma estrutura semântica.

Enquanto a estrutura sintática ocupa-se em determinar categorias semânticas e as relações sintáxicas havidas entre elas, o componente semântico dá conta de explicar o valor que é atribuído a cada um dos termos da rede de relações estabelecida.

Trataremos, em primeiro lugar, da sintaxe fundamental. De acordo com Diana Luz Pessoa de Barros:

> A sintaxe fundamental articula-se nos subcomponentes taxionômico ou morfológico e operacional ou sintático. Em decorrência do caráter relacional da sintaxe semiótica, os termos do subcomponente taxionômico são inserções ou redes de relações e as operações do subcomponente sintático, *stricto sensu*, 'atos que estabelecem relações'.[18]

1.3.2. Percurso gerativo do sentido

Como as análises semióticas sempre partem de textos, antes de tratar propriamente do sentido das normas jurídicas, tomemos um poema como ponto de partida para ilustrar melhor a teoria que se desenvolverá adiante:

> Morte à Venda
> - Boa tarde.
> - Boa tarde, senhor. Em que posso ajudar?
> - Gostaria de um desses aqui. Quanto custa?

[17] TATIT. Luiz. **Análise semiótica através das letras**. 3 ed.São Paulo: Ateliê Editorial, 2008, p. 11.
[18] PESSOA DE BARROS, Diana Luz. **Teoria do Discurso**. Fundamentos semióticos. 3 ed. São Paulo: Humanistas, 2002, p. 20.

> - Depende do modelo.
> - (Nossa...até isso tem modelo?) E quais são eles?
> - São esses aqui do folheto. Desculpa a pergunta, é para algum parente?
> - Não, é para mim.
> - Perdão...não entendi...para o senhor?
> - Sim, não quero ser uma despesa para meus filhos, me preocupo em deixar tudo comprado, tudo pago.
> - Nesse caso, recomendo um plano.
> - Como assim? Um plano? Como um convênio?
> - Funciona assim: eu junto o nome de todas as pessoas que fizeram um plano e mando para elas a conta de todas as pessoas que se foram neste mês. Aí, quando for a sua vez, outras pessoas vão ratear as suas despesas. Entendeu?
> - Entendi...e eu posso escolher qualquer modelo?
> - O senhor paga o plano de acordo com o modelo que escolher.
> - Ótimo! Quero esse aqui. Onde assino?
> (...)
> - Muito obrigado.
> - Eu que agradeço, senhor. Espero que esteja satisfeito com seu plano funerário[19].

Trata-se de texto que se desenvolve por meio de um diálogo envolvendo a compra de uma mercadoria, um caixão, estabelecido entre um sujeito que pretende comprá-lo para si e por outro sujeito que comercializa o produto.

A intenção do consumidor é deixar tudo pronto para o evento morte, de modo a não deixar o ônus da aquisição do caixão para seus descendentes.

A fim de facilitar a compra, a vendedora propõe a adesão a um plano em que outras pessoas financiariam a aquisição do produto de escolha do consumidor, que aceita a proposta e deixa o local entusiasmado com sua aquisição.

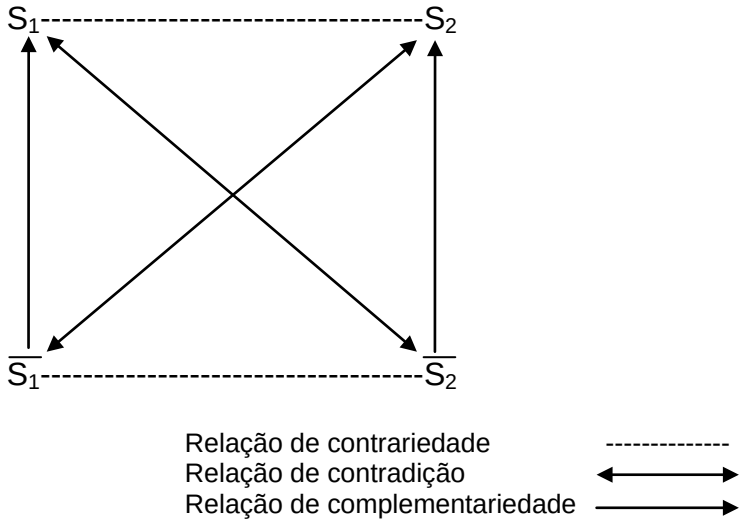
1.3.2.1. Nível Fundamental

Pois bem. As categorias semânticas fundamentais que articulam a produção de sentido do texto são definidas por dois termos que se opõem semanticamente. Propomos a oposição fundamental VIDA x MORTE.

Por se tratar de um modelo metalógico, a partir dos termos contrários, pressupõem-se a ocorrência de outros termos que estabelecem, com aqueles, relações de contrariedade e de complementariedade, conforme segue, ao que chamamos quadrado semiótico:

[19] CAÇAPAVA, Elisa Pires da Cruz Reale. In. BITTAR, Eduardo C. B.; MELO, Tarso de (org.). **Vidas à Venda**. São Paulo: Terceira Imagem, 2009, p. 23.

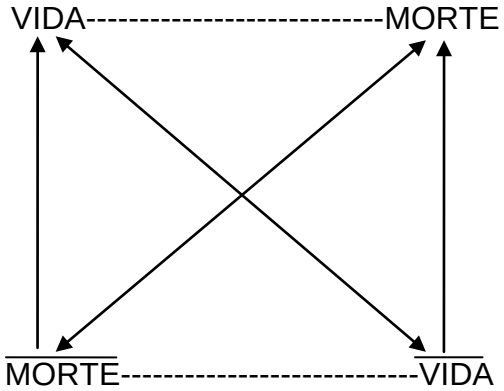
Figura 1



No caso do texto em análise, a categoria S_1 é ocupada pelo termo *VIDA*, ao passo que S_2 é ocupada pelo termo *MORTE*, que estabelecem relação de contrariedade.

O termo que é contraditório à *VIDA* é a *NÃO-VIDA* e o termo contraditório à *MORTE* é a *NÃO-MORTE*; nesse mesmo sentido, a *NÃO-VIDA* implica a *MORTE*, ao passo que a *NÃO-MORTE* implica a *VIDA*. Temos assim, os eixos dos termos contrários, contraditórios e complementares, conforme segue:

Figura 2



Uma vez estabelecidas as categorias fundamentais e os eixos de relação entre os respectivos elementos, passa-se à organização sintática do nível fundamental, que vai propiciar a fluência de sentido entre os termos. De acordo com BARROS:

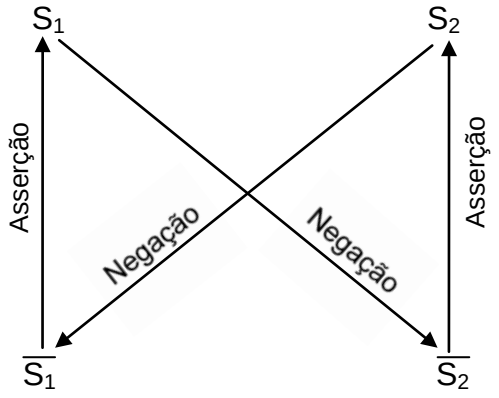
> Com esse modelo, traduz-se estaticamente a organização relacional do conteúdo, a taxionomia do subcomponente morfológico. Enquanto o subcomponente morfológico ocupa-se do modo de existência da significação, cabe ao subcomponente operatório ou sintático descrever e explicar o seu modo de funcionamento. A dinamização do modelo taxionômico da estrutura elementar – as relações são tratadas como operações orientadas – permite passar ao ponto de vista sintático. A orientação das relações é a primeira condição da narratividade e pressupõe já um sujeito produtor do sentido. Reúnem-se aí – relações de estrutura elementar da significação e sequência ordenada de operações sintáticas – as condições mínimas de um discurso.[20]

Do mesmo modo que uma frase só é assim considerada quando há conjunto de palavras organizadas de modo a transmitir uma informação completa, sendo, portanto, a ideia de organização essencial para o relacionamento de seus termos; quando se pretende analisar a significação de um texto integralmente considerado, também é necessário desvelar seu caminho, ou seja, aquilo que lhe dá fruição.

Tal mecanismo torna-se possível por meio de operações de negação e de asserção, a partir das quais se passa de um termo contraditório a outro (pela negação) e dos termos contraditórios caminha-se para os termos contrários originários (pela asserção).

No texto em análise, temos a seguinte representação gráfica:

Figura 3



[20] PESSOA DE BARROS, Op. cit., p. 22.

Assim, o texto em análise tem esquema sintático que se inicia negando a *VIDA* e afirmando a *MORTE* como aquilo com que se pretende estar em conjunção. Para arrematar ainda com Barros:

> Duas tarefas, entre outras, foram confiadas ao modelo quaternário que acabamos de definir: a primeira é de modelo constitucional, ponto de partida do percurso de geração do discurso linguístico ou não; a segunda, que de certa forma incluiria a primeira, é a de representar as relações semânticas em sua dimensão paradigmática e propiciar-lhes a sintagmatização pelas operações orientadas, em qualquer etapa da descrição. O quadrado semiótico pertence ao nível metalinguístico da semiótica. Ressalte-se, ainda, a eficácia heurística do quadrado, enquanto *modelo de previsibilidade.*[21]

Uma vez estabelecida a distribuição taxionômica e sintáxica do nível fundamental, a semântica fundamental trata da axiologização destas estruturas, quando o enunciador atribui valores aos termos estruturais pela projeção sobre o quadrado que os articula da categoria tímico-fórica /euforia/ x /disforia/. De acordo com Pietroforte:

> Euforia e disforia são palavras de origens gregas; foria vem do verbo "phoréo", que significa "tolerar", "suportar". Com os prefixos "eu" e "dis", euforia é "aquilo que se suporta bem" e disforia "aquilo que se suporta mal.[22]

No texto em análise, a *MORTE* é o termo euforizado, ao passo que a *VIDA* é o termo disforizado. Vale dizer, os termos da estrutura fundamental são axiologizados e, a partir daí, podem ser apropriados pelo sujeito, apto a lhes conferir valor. Neste caso, temos um sujeito que afirma os valores de *MORTE* (ao pretender adquirir um caixão) e que, em consequência, nega o valor de *VIDA*.

Importante ressaltar que cabe à instância da enunciação determinar quais dos termos em jogo serão valorizados positivamente e qual será valorizado negativamente.

Em um texto em que o vendedor de caixões, por exemplo, dissesse ao consumidor que este não deveria se ocupar de tal assunto, uma vez que ainda está vivo e que caixão só tem validade para os mortos e que, por isso, deveria gastar seu

[21] Idem, p. 23.
[22] PIETROFORTE, A. V.;Gê, L. op cit., p. 13.

dinheiro com algo que lhe deixasse feliz, ou ainda que adquirisse um plano de saúde para prolongar sua vida, estaria certamente a euforizar o termo *VIDA* e disforizar o termo *MORTE*.

Há também a possibilidade de existir, no nível fundamental, termos complexos e termos neutros; aquele que afirma a vida e a morte ao mesmo tempo é o termo complexo, ao passo que aquele que afirma a não-vida e a não-morte é o termo neutro.

Por sinal, parece este o caminho do texto em análise, uma vez que dá a entender que, na sociedade capitalista, tudo é produto, é bem de consumo, não diferencia axiologicamente o valor de vida e de morte, por exemplo.

1.3.2.2. Nível Narrativo

No nível narrativo, os termos axiológicos ainda virtuais no nível fundamental são atualizados por meio da introdução de tais valores em objetos e sujeitos que se relacionam com tais objetos, de acordo com certa ideologia, tornando aquelas relações deveras abstratas em algo inteligível para os homens. De acordo com Barros:

> Quanto à passagem específica do nível fundamental ao narrativo, é possível reconhecer certos elementos. As operações da sintaxe fundamental convertem-se, na sintaxe narrativa e graças ao sujeito do fazer, em enunciados do fazer que regem enunciados de estado. Pode-se dizer que a conversão das operações lógicas em transformações narrativas é uma antropomorfização, em que a sintaxe narrativa, de caráter antropomórfico, substitui as operações lógicas da sintaxe fundamental com objetos-valor, formulando, portanto, sintaticamente, a relação básica do homem com o mundo.[23]

A sintaxe narrativa pressupõe transformação de estados por um sujeito, ou seja, um *fazer* direcionado à conjunção com determinado objeto.

A semiótica de linha francesa ora aplicada estabelece modelo de análise sintática que trata de programas por meio dos quais o sujeito empreende o mencionado fazer em busca de seu objeto-valor. Chama de programas de uso aqueles necessários para a consecução do programa de base, que, por sua vez, orienta toda a sintaxe narrativa.

[23] BARROS, op. cit., p. 27.

Vale ressaltar que o nível narrativo ainda conta com certa abstração do analista, uma vez que *actantes* e *objetos* estabelecidos neste nível de apreensão do sentido do texto não correspondem necessariamente aos personagens e 'coisas do mundo' a que eventualmente se relacionam no nível discursivo.

No texto em análise, sob o mesmo sistema semio-narrativo, os *actantes* poderiam ser um paciente e um médico e o *objeto*, a eutanásia, por exemplo.

Retomando, para o sujeito entrar em conjunção com o objeto de valor deve desenvolver o que se denomina 'programas narrativos'. O programas narrativos são enunciados de fazer que regem enunciados de estado. Ressalte-se que os enunciados de fazer operam a passagem de um enunciado de estado a outro.

Não se deve confundir a narratividade aqui tratada com a noção de texto narrativo, que é apenas uma das possibilidades de sua ocorrência. Todo texto conta uma narratividade mínima que trata justamente da referida transformação de estados.

Até mesmo em uma oração trivial como "A família comprou o cachorro", podemos perceber dois *estados* e um *fazer* que os transforma: um deles é a família sem o cachorro (em *estado de disjunção* com seu *objeto-valor*) e o segundo, a família com o cachorro (em *estado de conjunção* com seu *objeto-valor*); o que opera a transformação entre os dois estados é o *fazer*, ou seja, a ação de comprar o cachorro (a *performance*, que opera a transformação central do texto e torna o sujeito realizado). É deste tipo de narratividade que estamos tratando aqui.

No texto em análise, podemos estabelecer os seguintes estados e transformações:

a. sujeito pretende comprar um caixão (Sujeito em disjunção com seu objeto de valor); *estado*;
b. Sujeito dirige-se a uma loja para a aquisição de seu objeto de valor; *fazer*;
c. vendedor oferece as opções de aquisição do objeto de valor; *fazer* (saber-fazer – aquisição de competência);
d. actante *A* adquire o caixão desejado (Sujeito em conjunção com seu objeto de valor); *estado* (poder-fazer – performance).

A conjunção do sujeito com seu *objeto-valor* é o *programa de base* (de junção). De acordo com Pietroforte:

> A segunda propriedade do esquema narrativo, por sua vez, diz respeito ao estatuto do fazer transformador. Seja em programas de acionamento, seja em contratos fiduciários, o programa narrativo principal que os define é chamado programa de base. No programa de base, o objeto de valor é chamado descritivo, que se caracteriza por assumir os valores gerados pela categoria semântica fundamental.[24]

A realização do programa de base é o cumprimento da *performance* que opera a transformação central do texto. Para o sujeito realizar a *performance* precisa, antes, adquirir *competência* (saber-fazer) para tanto, o que conquista por meio dos chamados *programas de uso*.

No texto em análise, o sujeito pretende entrar em conjunção com objeto de valor descritivo, que se refere à categoria semântica euforizada no nível fundamental, ou seja, /morte/.

Para tanto, vê-se obrigado a desenvolver programas de uso, tais como dirigir-se à loja, negociar com o vendedor, pagar pelo produto para, finalmente, tornar-se sujeito realizado.

Ainda de acordo com Pietroforte:

> Esses programas narrativos são subordinados ao programa de base e são chamados programas narrativos de uso. Enquanto programas narrativos, os programas de uso também são definidos na transformação de estados juntivos, no entanto, o objeto desses programas não é descritivo. Embora recobertos por inúmeras realizações discursivas, os objetos dos programas de uso podem ser generalizados em objetos que dizem respeito às dimensões pragmáticas do discurso – os objetos de poder; e em objetos que dizem respeito às suas dimensões cognitivas – os objetos do saber.25

É o que se denomina em semiótica de *objetos modais*. É assim que no texto "Morte à venda", o sujeito é modalizado pelo saber que lhe é oferecido pelo adjuvante-vendedor ao lhe apresentar as possibilidades de aquisição do produto. Pressupõe-se que o sujeito tenha o poder, que lhe é proporcionado pelo dinheiro que traz para aquisição de seu objeto de valor.

---

[24] PIETROFORTE, op. cit., p. 15.
[25] Idem, p. 15.

Além do percurso acima mencionado, que é denominado percurso da ação, podemos depreender outros dois percursos, o da manipulação e o percurso da sanção.

Podemos pressupor que, para que o sujeito desenvolva percurso de ação para entrar com conjunção com seu objeto de valor é preciso que seja manipulado para tanto. Aqui entra em jogo a figura do destinador-manipulador, que coloca o sujeito em condição de destinatário-manipulado.

No texto em análise, o que move o sujeito a buscar seu objeto de valor é o desejo de não causar transtornos financeiros a seus filhos quando de sua morte, sendo manipulado, portanto, pela sociedade capitalista e moderna a financiar seu próprio enterro, preocupando-se com sua família até mesmo na hora de sua morte.

Entre o *destinador-manipulador* e o *destinatário-manipulado* instaura-se o que se denomina contrato fiduciário, ou seja, uma relação de confiança que leva o destinatário a *crer* que deve agir de acordo com o indicado pelo destinador a fim de entrar em conjunção com seu objeto de valor.

O destinador, por sua vez, deve capacitar o destinatário com o *saber* e o *poder* necessários para que se torne o sujeito realizado do percurso da ação.

No texto em análise, o destinador, por meio da figura do vendedor, oferece ao destinatário o *poder* e *saber,* uma vez que o sistema capitalista oferece ao sujeito dinheiro e, caso o que este traga consigo não seja o suficiente, oferece-lhe linha de crédito, por meio do plano financeiro de aquisição do bem que pretende.

Para que o sujeito saia de seu estado inicial de inércia e parta para um programa de aquisição de objeto há o *fazer manipulativo* do destinatário, que pode acionar o sujeito por meio de *provocação*, *sedução*, *tentação* e *intimidação*.

De acordo com Barros:

> No primeiro caso (provocação e sedução), o destinador-manipulador persuade pelo *saber,* provocando, seduzindo, ou pelo *poder,* tentando, intimidando. Na provocação e na sedução, o destinador diz ao destinatário, de forma clara ou implícita, o que sabe de sua competência, colocando-o em posição de escolha forçada. Na provocação, deve escolher entre aceitar a imagem desfavorável que dele foi apresentada ou fazer o que o manipulado pretende; na sedução, precisa recusar a representação lisonjeiras que dele foi feita ou deixar-se manipular. O julgamento da competência é, portanto, positivo, na sedução, e, negativo, na provocação. Na tentação e na intimidação, o manipulador mostra poder e propõe ao

> manipulado, para que ele faça o esperado, objetos de valor cultural, respectivamente positivo (dinheiro, presentes, vantagens) e negativo (ameaças).[26]

No texto "Morte à venda", o destinatário é manipulado por *sedução* e por *tentação*, isto porque pretende manter a imagem positiva que a sociedade tem dele de homem que provê sua família e seu próprio sustento até mesmo na hora se sua morte; de outra banda, o *destinador* confere ao *destinatário* a possibilidade de adquirir o caixão que mais lhe agrada, por meio da *tentação* de linha de crédito.

Importante notar que a *competência modal* do manipulado é alterada graças à atuação do manipulador que lhe atribui um querer-fazer por meio dos mecanismos da *tentação* e da *sedução*.

Por fim, uma vez manipulado e tendo realizado a ação pretendida, o sujeito passa ao *percurso da sanção*, ou da *veridicção*, quando sua ação será julgada pelo *destinador-julgador* como cumprida ou não. De acordo com BARROS:

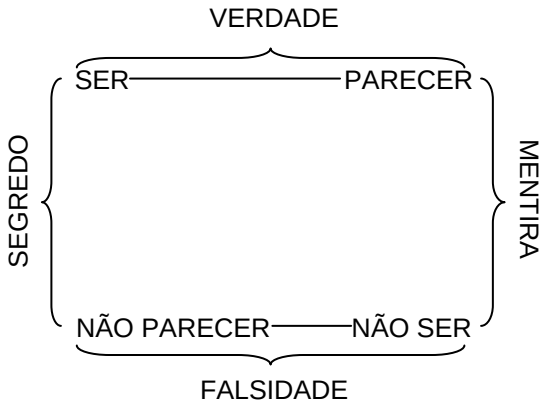
> O terceiro percurso narrativo proposto é o do destinador-julgador, ou percurso da sanção. O percurso do destinador-julgador, da mesma forma que a manipulação, consiste no encadeamento lógico de programas narrativos, em geral complexos, de dois tipos: o primeiro, responsável pela sanção cognitiva, que leva ao reconhecimento do 'herói' e ao desmascaramento do 'vilão'; o segundo, encarregado da sanção pragmática, que culmina na retribuição, sob a forma de recompensa ou punição. A sanção pragmática pressupõe a cognitiva e caracterizam-se, ambas, como programas de doação de valores, modais e descritivos, que modificam o ser do sujeito.[27]

É mais fácil visualizar o percurso da sanção por meio da análise de contos maravilhosos, como, por exemplo, o da Lebre e da Tartaruga, no qual, a lebre, embora tenha mais habilidade (*poder-fazer*) acaba por se distrair ao longo do trajeto da corrida que propõe à tartaruga – demonstrando não possuir o *saber-fazer* – ao passo que esta, em que pese seu reduzido *poder-fazer*, mesmo diante das dificuldades, demonstra ter o *saber-fazer* (persistência) e, tendo aceitado a provocação da lebre, acaba por ser julgada positivamente ao final do percurso, uma vez que realiza adequadamente sua performance.

[26] BARROS, op. cit., p.38.
[27] Idem, p. 38.

É desta maneira que o ‘herói’ é revelado (a tartaruga) e a farsa desfeita, uma vez que o mais fraco pode vencer a luta. É aqui que se articula o juízo veridictório articulado entre as categorias do *ser* e *parecer*:

Figura 4



No texto em análise, é notável que o percurso do julgamento é o menos desenvolvido, o que é perfeitamente possível de ocorrer, sendo certo que é comum cada texto desenvolver mais detidamente um ou outro dos percursos aqui analisados (da ação, da manipulação ou da sanção).

De qualquer modo, resta subentendido que o sujeito realiza a ação central do texto da maneira esperada e entra em conjunção com seu objeto de valor sendo sancionado positivamente, culminando com a aquisição de seu caixão.

Note que os percursos expostos não valem apenas para o texto que estamos analisando. Referidos modelos podem ser utilizados para a análise de qualquer texto pretendido, o que compreende o que se denomina de ‘esquema narrativo canônico’:

> O esquema narrativo canônico compreende os três percursos descritos, o percurso da manipulação ou do destinador-manipulador, o da ação ou do sujeito e o da sanção ou do destinador-julgador. Os percursos de manipulação e da sanção situam-se na dimensão cognitiva e enquadram o da ação, localizado tanto na dimensão pragmática (encadeamento de atos somático-gestuais), quanto na cognitiva (sucessão de atos de linguagem) (...)[28]

[28] Ibidem, p. 41.

Em que pese, como adverte a autora[29] não se tratar de uma camisa de força a obrigar necessariamente a análise da maneira como é desenvolvido o percurso narrativo dos textos, funciona como quadro de previsibilidade dos momentos presentes no texto e, reitere-se, ainda que um dos percursos não esteja explícito no texto, podem facilmente ser pressupostos por meio de referido modelo canônico.

Sob o aspecto semântico, podemos cuidar de como os valores atribuídos aos termos do nível fundamental são atualizados nesta etapa de geração do sentido, quando há a seleção dos valores em jogo com sua inserção nos objetos e a posição do sujeito diante deles.

De acordo com Barros:

> Como a modalização diz respeito às relações constitutivas dos enunciados, e os enunciados são de dois tipos, determinam-se duas classes de modalidades, as existenciais ou modalidades do ser e as intencionais ou modalidades do fazer (GREIMAS, 1979). A modalização do fazer é responsável pela competência modal do sujeito do fazer, qualificando-o para o fazer. A modalização do ser dá existência modal ao sujeito do estado, modificando o estatuto dos objetos que estão em relação ao sujeito e definindo estados passionais.[30]

Mais adiante arremata:

> A semiótica trabalha essencialmente com quatro modalidades, inventário estabelecido a partir da experiência de análise de discursos e das descrições de algumas línguas europeias: *o querer, o dever, o poder e o saber*. Tais valores modais determinam tanto o *ser* (enunciados de estado), quanto o fazer (enunciados de fazer) e interdefinem-se e classificam-se segundo diferentes critérios.[31]

No texto em análise, o sujeito é imbuído do *querer fazer*, no que se refere ao enunciado do fazer e *sabe* que *pode fazê-lo*, uma vez que adquiriu competência modal para tanto. É assim que parte para um percurso de aquisição, de supressão da falta.

Quanto aos enunciados do ser presentes no texto, temos que o sujeito *crê* que *deve* ser um indivíduo que cumpre as expectativas sociais e, a fim de manter relação com a visão de terceiros sobre si, de bom pai de família, torna este seu estado desejável, construindo estado de sujeito realizado (satisfação) uma vez que

[29] Ibidem, p. 41.
[30] Ibidem, p. 49.
[31] Ibidem, p. 51.

sabe-ser aquilo que *crê-ser* e que pode contar com o sistema capitalista para confortá-lo até mesmo na hora de sua morte.

1.3.2.3. Nível Discursivo

É no nível discursivo que os elementos abstratos das estruturas semio-narrativas ganham as propriedades necessárias para que sejam apreendidas pelos indivíduos, colocando-os em categorias inteligíveis de pessoa, lugar e espaço e estabelecendo relação persuasiva entre enunciador e enunciatário.

De acordo com Barros:

> A análise discursiva opera sobre os mesmos elementos que a análise narrativa, mas retoma aspectos que foram deixados de lado: as projeções da enunciação no enunciado, os recursos de persuasão utilizados pelo enunciador para manipular o enunciatário, a cobertura figurativa dos conteúdos narrativos abstratos.[32]

É especialmente neste nível que a semiótica acaba por abrir campo para áreas do conhecimento próximas a fim de auxiliá-las a desvendar todas as possibilidades deste campo de produção de sentido.

Isso porque, fiel ao propósito de não se tornar teoria transcendental ou filosófica, torna limitadas as possibilidades de tratar devidamente do que chama de instância da enunciação, conforme veremos mais adiante.

De qualquer modo, são bem conhecidos os estudos sobre a sintaxe discursiva em semiótica que tratam dos mecanismos de projeção do enunciado pela instância da enunciação, que desenvolve o discurso por meio das categorias de tempo, lugar e pessoa.

O enunciador pode, neste momento, de acordo com sua estratégia discursiva, desenvolver o texto por meio de sistemas de *debreagem* e *embreagem*. Conforme indica Pietroforte:

> O discurso tem duas dimensões, a sintática e a semântica. Em sua sintaxe,o discurso é construído pelas categorias discursivas de pessoa, tempo e espaço. Na relação enunciação-enunciado, o enunciador e o enunciatário podem ser ou não explicitados no enunciado:

[32] Ibidem, p. 72.

> 1) Quando são explicitados, gera-se a chamada debreagem enunciativa, em que a pessoa é marcada na relação 'eu-tu', o tempo é marcado no 'agora' e o espaço, no 'aqui';
> 2) Quando não são explicitados, gera-se a chamada debreagem enunciva, em que a pessoa é marcada no 'ele', o tempo é marcado no 'então' e o espaço, no 'lá'.[33]

No texto em análise, temos uma debreagem enunciativa, uma vez que o discurso é desenvolvido entre um EU-TU instaurados no texto, marcando o espaço do 'aqui' de quem diz e o tempo do 'agora'.

Com isso, a intenção do enunciador é criar efeito de sentido de verdade, uma vez que tudo se passa como se o diálogo havido entre os personagens realmente tivesse ocorrido.

Neste tópico, vale ressaltar as relações estabelecidas entre enunciador e enunciatário, para que fique claro desde já que o fazer discursivo sempre tem a intenção de manipular o enunciatário a *crer* como verdadeiro aquilo que lhe é transmitido pelo enunciador.

Por isso, é oportuno retomar a noção de manipulação já desenvolvida quando se tratou do nível narrativo de produção de sentido. De acordo com Barros:

> (...) em primeiro lugar, que o enunciador propõe um contrato, que estipula que o enunciatário deve interpretar a verdade do discurso; em segundo lugar, que o reconhecimento do dizer-verdadeiro liga-se a uma série de contratos de veridicção anteriores, próprios de uma cultura, de uma formação ideológica e da concepção, por exemplo, dentro de um sistema de valores, de discursos e de seus tipos.[34]

Ora, voltando a lupa mais uma vez ao texto em análise é possível supor que a sociedade que se desenvolve sobre (ou sob) um sistema de produção capitalista evidencia que tudo nesta vida tem um preço, até mesmo a morte.

Ao mesmo tempo, as tradições familiares e religiosas determinam que cabe às famílias enterrar seus mortos, isto desde a concepção que temos das cidade antiga, conforme as lições de Fustel de Coulangens em "Cidade Antiga".

Esta opção manipulativa do enunciador fica mais clara quando passamos à semântica discursiva, momento em que o texto é revestido por temas e/ou figuras, a fim de relacioná-las à visão de mundo dos indivíduos, vale dizer, parcela inteligível do discurso.

---

[33] PIETROFORTE, op. cit., p. 17.
[34] BARROS, op. cit., p. 94.

Como se sabe, os temas são mais abstratos que as figuras, sendo perfeitamente possível a construção de textos exclusivamente temáticos, ao passo que é opção do enunciador revesti-lo com figuras.

O texto em análise é predominantemente figurativo, embora seja evidente o tema subjacente. Para melhor elucidar estes conceitos, nos apropriamos mais uma vez das lições de Barros:

> A tematização assegura a conversão da semântica narrativa em semântica discursiva e poder-se-ia, então, pensar em discursos puramente temáticos ou não-figurativos, como os discursos científicos. O exercício da análise textual tem mostrado, porém, que não há discursos não-figurativos e sim discursos de figuração esparsa, em que assumem relevância as leituras temáticas. Os discursos literários, denominados figurativos, e os científicos, considerados não-figurativos, diferenciam-se, na verdade, por graus de figurativização, a serem examinados nos procedimentos de figurativização semântica.35

Em uma obra filosófica que trata da pós-modernidades e *reificação* do sujeito em oposição à *humanização* do capital, cuidaria do mesmo tema de "Morte à Venda" de maneira predominantemente temática, o que nos permite afirmar que é no universo interdiscursivo que a instância da enunciação busca os valores que desembocam no enunciado.

Sob a perspectiva de Maingueneau, tratamos o termo interdiscursividade não por meio de uma sondagem linguística *strictu sensu*, que certamente nos permitiria observar apenas o que se convenciona chamar de intertextualidade mostrada, mas por meio de recursos que permitem apurar o texto como um todo de sentido, que dialoga com outros textos, os quais incorpora constitutivamente.

De acordo com o autor:

> Quando os linguistas precisam encarar a heterogeneidade enunciativa, são levados a distinguir formas de presença do 'Outro' no discurso: a heterogeneidade 'mostrada' e a heterogeneidade 'constitutiva'. Só a primeira é acessível aos aparelhos linguísticos, na medida em que permite apreender sequências delimitadas que mostram claramente sua alteridade (discurso citado, auto-correções, palavras entre aspas etc.). A segunda, ao contrário, não deixa marcas visíveis: as palavras, os enunciados de outrem estão tão intimamente ligados ao texto que não podem ser apreendidos por uma abordagem linguística *strictu sensu*. Nossa própria hipótese do primado do interdiscurso inscreve-se nessa perspectiva de uma

[35] Idem, p. 115-116.

> heterogeneidade constitutiva, que amarra, em uma relação inextricável, o Mesmo do discurso e seu Outro.[36]

Conforme será tratado mais detidamente no Capítulo quatro, o momento sociocultural das sociedades contemporâneas é conhecido como pós-modernidade – denominação advinda do discurso filosófico – em que os valores caros à modernidade são colocados em jogo e criticam-se os padrões da sociedade capitalista de índole liberal, notadamente a sanha pelo consumo desenfreado e a redução do ser humano a um sujeito em busca de bens de consumo.

No poema "Vidas à Venda", é justamente este o tema subjacente, e leva o enunciatário a compreendê-lo como crítica a tal modelo de vida socioeconômica. Desde o plano de expressão há evidências de engajamento do texto em análise com o discurso da pós-modernidade, isto porque, em que pese podermos considerá-lo um poema, é, aparentemente, apenas um diálogo entre duas pessoas.

Ora, se o diálogo reproduzido no poema fosse visto em uma loja que comercializa caixões, não poderíamos considerá-lo como tal. Vale dizer, é a carga ideológica impressa pela instância da enunciação e sua colocação em relação com outros discursos que lhe confere tal qualidade.

Advirta-se que este está longe de ser o primeiro caso em que outro gênero discursivo é tornado gênero literário em virtude do *fazer-persuasivo* da enunciação, bastando apenas dar como exemplo o poema "Tragédia brasileira" de Manuel Bandeira.

Tudo se passa como se, na pós-modernidade, o valor da *diversidade* fosse euforizado, quebrando as regras da modernidade, seus padrões metrificados, burocratizados e estratificados. Diálogo vira poema, poema vira texto publicitário, etc.

O tema da perda de valores da sociedade capitalista é figurativizado no texto pela aquisição de bem de consumo que é realizado em virtude da previsão do evento morte.

A dinâmica do discurso faz com que o modo retraído com que o consumidor entra na loja seja transformado ao se dar conta – ao longo do discurso – que a morte

[36] MAINGUENEAU, Dominique. **Gênese dos discurso**. Trad. Sírio Possenti. Curitiba: Criar Edições, 2005, p. 33.

também virou uma indústria e que a dor que se relacionada a este evento resta anulada em virtude de ser comercializada como qualquer outra mercadoria.

É assim que na sociedade contemporânea, tanto o início da vida quanto o seu fim restam desprovidos de valores próprios, preponderando mais o *ter* do que o *ser* nestes momentos. Quando uma criança vai nascer, a maior preocupação são os gastos com o parto, em qual Hospital a mãe e o recém-nascido ficarão internados, se é luxuoso, confortável, condizente com a condição social da família (afinal, receberão visitas...).

No caso do poema em análise, o consumidor deixa de lado o aspecto sentimental do evento morte que prevê e passa a um estranho estado de felicidade por poder adquirir um bom caixão para ser utilizado em seu funeral.

Assim, é possível concluir que o capital é o termo complexo, que está presente tanto na /vida/ quanto na /morte/ e, quer pense o sujeito estar em conjunção com um valor ou outro, está sempre sendo manipulado pela sociedade capitalista de consumo e colocado em busca de aquisição de algum produto, até mesmo para depois de sua morte.

1.3.3. Semiótica Jurídica

Uma vez já delineadas as linhas gerais da teoria semiótica de linha francesa e a operosidade de referido modelo, é preciso voltar a atenção para o tema central deste capítulo que se refere à norma jurídica e a depreensão de sua significação por meio do modelo eleito.Sob uma abordagem semiótica, inicialmente, as normas jurídicas podem ser consideradas produções discursivas cuja finalidade consiste na ação de um manipulador que busca levar um sujeito-manipulado a *crer* que a ação por aquele determinada *deve ser* tida como conforme para que sua conduta esteja de acordo com o traço semântico de /integração/ ao sistema jurídico.

Por esta espécie de abordagem, é possível afirmar que, a partir da oposição fundamental *INTEGRAÇÃO* x *TRANSGRESSÃO*, cabe ao legislador determinar o percurso narrativo que informa as relações sociais que afirmam o valor semântico de *INTEGRAÇÃO* ao sistema normativo.

É assim que, além de simplesmente regulamentar condutas individuais, cabe à norma jurídica traçar meios de conduta que amoldem a ação do sujeito àquilo que é esperado pelo corpo social, sob pena de ser sancionado negativamente em virtude de sua conduta em desacordo ao percurso desejável.

A seguir, traçamos sucinta análise semiótica de texto jurídico contido no capítulo II, do Subtítulo II, que está contido no Título I, do Livro IV do Código Civil a fim de esclarecer melhor o que foi dito linhas acima e buscando traçar os avanços dos estudos semióticos havidos a partir dos anos 90 do século passado até os dias de hoje, que nortearão o desenvolvimento de nossa pesquisa com base nesta linha teórica, cujo tema é a filiação.

Pois bem, o tema em análise neste trecho do Código Civil é a filiação e os meios pelos quais o discurso legislativo atribui este *status* aos indivíduos, criando seu papel actancial específico, tornando-os potenciais sujeitos de direito e obrigações.

Conforme alertado em linhas anteriores, Eric Landowski em sua obra "A Sociedade Refletida" apresenta o principal critério de análise conhecido acerca da proposta semiótica da análise do discurso jurídico, centrando seus estudos no nível narrativo de apreensão do sentido.

De acordo com tais estudos, o que a semiótica jurídica busca determinar é o processo de construção do sentido, analisando o texto sob o aspecto formal. É assim que se pode afirmar que o traço fundamental das normas jurídicas é seu caráter deontológico, ligado ao dever dos sujeitos de observá-las sob pena de sanção imposta pelo Estado regularmente instituído.

No que se refere à sintaxe narrativa, esclarece o autor que:

> O direito não poderia ser – ao contrário do que frequentemente se diz, com base nas aparências – editar, em forma de Decálogo ou catálogo, séries de prescrições e proibições, mas sim, com também se diz, aliás, de maneira menos trivial, regulamentar as relações. O direito não regulamenta diretamente o fazer dos atores sociais ou, pelo menos, não está aí seu princípio essencial; em compensação ele distribui valores modais, cita-os, desloca-os ou, simplesmente, se necessário, reconhece valores modais preexistentes à sua intervenção; assim fazendo, confere um estatuto jurídico aos regimes e relações intersubjetivas que as configurações modais assim criadas ou reconhecidas comandam.[37]

[37] LANDOWSKI, op. cit., p. 65-66.

No texto em análise, é notável a intenção do destinador em estabelecer os traços que determinam a competência do destinatário para que lhe seja atribuído o *estado de* filho sob a ótica do discurso legislativo, que vem capitulado logo no artigo inaugural que confere tal *estado a* filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção.

Esta conjunção com referido objeto de valor é conferida ao sujeito por meio de um destinador manipulador que lhe alimenta com tais atributos, aparentemente prevendo que este enunciado de estado poderá ser espoliado por um antissujeito a quem o antidestinatário manipulador confere tal competência, conforme dispõe o art. 1601 do Código Civil que, como vimos, dispõe: “Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível”.

Portanto, apenas aquele que deveria ter participado do ato de concepção do sujeito-filho possui o *poder* para contestá-lo, não podendo nem mesmo os demais herdeiros deste sujeito-pai opor resistência caso este entenda por bem permanecer em conjunção com seu objeto de valor /paternidade/.

A esse respeito, curioso notar que as normas jurídicas que informam a espécie caminham no sentido da evidente presunção de relação de filiação nos casos de filhos havidos durante o casamento, havendo determinadas evidências, tais como todas as presunções elencadas no art. 1.597 do Código Civil.

Parece mais interessante agora voltarmos a atenção para a construção da narrativa do antissujeito-pai nesta relação estabelecida pela norma entre dois actantes.

Ora, manipulado pelos valores sociais que informam a concepção que possuímos de entidade familiar, a legislação centraliza sua atenção à forma tradicional de concepção familiar e criação da prole que é a figura do casamento.

É comum, no cotidiano, a utilização do termo ‘filho’ em diversas acepções e em diversos contextos linguísticos. É assim que a expressão ‘meu filho’ é normalmente utilizada em tom ‘paternal’ sempre que queremos ensinar a alguém o modo correto de ação de modo carinhoso; também podemos usar ‘filho’ em sentido semelhante a ‘amigo’, geralmente como vocativo; do mesmo modo, muitas pessoas dizem que referido sujeito é como se fosse ‘um filho’ para ele.

Ora, em todos os casos acima relatados releva-se o traço semântico de /filho/, /filiação/ como o sentido de /afetividade/ (afora cortante ironia...), do mesmo modo que alguém pode se referir a outrem como ‘meu pai acadêmico’, etc.

Como se sabe, é característica do discurso jurídico tornar monossêmicos signos linguísticos que em língua natural são manifestamente polissêmicos. Vale dizer, a partir do momento em que o destinador-manipulador conhecido como legislador utiliza a expressão na linguagem jurídica, confere ao termo /filho/ apenas um sentido, conforme passa a definir.

Quando o legislador traça as competências que torna alguém /filho/ no discurso jurídico está a lhe atribuir um feixe de direitos e obrigações. De imediato, é possível depreender do comando legal aquilo que distingue aquele que pode ser filho daqueles que não podem ser.

Ora, quando afirma as condições que conferem ao sujeito a posição de /filho/, implicitamente, impõe aos pais o *dever-fazer* (reconhecer) aquele sujeito como seu filho, bem delimitando as hipóteses de recusa do estado de sujeito-pai, quais sejam: provar que o suposto filho nasceu antes de cento e oitenta dias da convivência conjugal, ou seja, o nascimento deste se deu antes de 9 meses da concepção, ou ainda que nasceu 300 dias depois da dissolução conjugal, ressalvadas as hipóteses de concepções artificiais assistidas, muito comuns na sociedade contemporânea;

Nesta hipótese, o sujeito-pai pode *crer-não-ser* o legítimo genitor daquela criança uma vez que concebida fora da relação conjugal prevista em lei, excepcionando a única hipótese em que o pai que também é cônjuge em uma relação conjugal pode ser excluído da presunção legal de paternidade, conforme dispõe o art. 1599 do Código Civil que ilide a presunção legal de paternidade em virtude de um *não-poder-ser* daquele que era impotente à época da concepção.

Por outro lado, o artigo de lei subsequente (art. 1600 do Código Civil) impõe ao sujeito-pai um desconfortável *crer-ser*, embora tenha havido adultério por parte da mãe, não se livra da presunção legal de que é o pai presumido, devendo mover ação judicial para provar que o fruto da concepção não é seu filho, ainda que haja confissão materna confirmando o adultério.

Considerando que o percurso narrativo permite pressuposições lógicas independentemente de sua enunciação expressa, o que salta aos olhos nesse caso

são as relações fiduciárias estabelecidas entre as partes envolvidas neste tópico legal.

Tudo se passa como se o legislador, conferindo /juridicidade/ ao pacto nupcial estabelecido entre os sujeitos cônjuges observasse, ao enlace havido, presumida relação de confiança, de modo que entre eles há a expectativa de que o contrato não seja rompido e que os vínculos conjugais sejam obedecidos em todos seus termos.

Curioso notar que o legislador-manipulador, na qualidade de metadestinador-axiológico, não se detém muito na relação entre mãe/filho, até mesmo porque, biologicamente, mãe é quem gera a criança e forçoso reconhecer seu laço de filiação.

A maior preocupação está no sujeito-pai que, certamente, pode ter dúvidas sobre o fato de ser, efetivamente, o pai biológico daquele filho e, por via oposta, o actante-filho, que pode não-crer-ser ou crer-não-ser seu pai aquele que isto lhe diz.

Assim, são apenas nos casos específicos delineados pela lei que é possível um dos actantes envolvidos negar a conjunção com seu objeto de valor que é a vida em família e as relações afetivas e patrimoniais aí envolvidas. Neste caso, tornando aquele que poderia ser considerado um adjuvante que lhe socorre na manutenção do estado de família em antissujeito, transformando estados e decretando o fim dos enlaces familiares em virtude da ruptura de pacto anterior que servia de alicerce para o reconhecimento da relação harmônicas entre filiação e paternidade. O que colocaria tais sujeitos em estado disjuntivo do então objeto de valor que agora é carregado negativamente com o traço de /transgressão/, uma vez que aquele que *quer-ser* /família/ *não-pode-ser* em vista da impossibilidade marcada na lei, de acordo com a vontade do destinador-manipulador, portador dos metavalores axiológicos.

Nesse sentido, é notável a inadequação da fórmula legislativa a fim de resolver a questão da filiação, uma vez que parte de premissa atualmente equivocada de que o casamento é vínculo inviolável e que seria capaz de presumir paternidade e/ou maternidade.

No entanto, como portador dos valores que são inscritos nos objetos a serem adquiridos pelos sujeitos, o legislador-manipulador determina a preferência

axiológica pelas relações estáveis e previstas em lei, como é o caso do casamento e da união estável.

Em que pese o discurso inicial do texto legal, de que todos os filhos devem ter reconhecimento legal idêntico, resta clara a diferenciação entre aqueles presumidamente havidos na constância do casamento e aqueles havidos fora do casamento e isto se dá por meio de construção de modelos de percurso de ação diversos para os filhos havidos fora da relação conjugal e aqueles a quem são conferidos tal traço semântico por adoção.

Observe no Anexo II as previsões dispostas nos arts. 1609 e seguintes do Código Civil que tratam do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento.

Para o indivíduo ser integrado nos feixes de previsões legais precisa receber determinadas competências junto ao destinador-manipulador, responsável pela edição das normas jurídicas ou, como vimos tratando a nessa pesquisa, como o destinador que determina as competências e os percursos que devem ser cumpridos pelos sujeitos para se integrarem aos valores sociais euforizados pelo discurso normativo.

É assim que, antes de tudo, é necessária a aquisição da condição de cidadão, conforme previsto na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a quem reconhece o estado de sujeito de direitos e obrigações.

Considerando os moldes do Estado de Direito contemporâneo, são os documentos reconhecidos e fornecidos por este Estado que conferem ao sujeito tal modalização para *poder-ser-cidadão*.

Conforme vimos anteriormente, os filhos havidos durante o casamento são assim reconhecidos mediante a imposição à mãe e ao pai de um *dever-fazer* que é a lavratura de registro de nascimento perante o competente Cartório de Registro das Pessoas Naturais. É assim que os pais *por doação* de competência conferem ao filho mencionado *estado de filiação*.

Agora, como fica esta possibilidade delineada na hipótese do sujeito-filho não ser reconhecido como tal por aqueles que o conceberam?

Nesta hipótese, a norma jurídica prevê percurso narrativo diverso para aquisição de competência a fim de que o sujeito-filho, em disjunção com seu objeto de valor (filiação/integração), desenvolva percurso de supressão da falta.

É assim que o art. 1606 dispõe que "o filho havido fora do casamento *pode ser* reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.". Neste caso, temos um programa narrativo de obtenção de competência por meio de doação, uma vez que o sujeito-filho *espera* que seus pais biológicos o insira devidamente na malha de direitos do Estado.

Mais uma vez, remontamos ao contrato fiduciário estabelecido entre os actantes do percurso da ação e o destinador-manipulador que, neste caso, confere aos sujeitos-pais uma mera faculdade de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, em virtude da inexistência anterior de fidúcia entre os dois adjuvantes pactuada na forma da lei.

Caso *queiram fazer* aquilo que é *permitido* por lei, por doação – como se disse – conferem ao sujeito-filho *o estado de satisfação da falta*, integrando-o definitivamente por meio de documento no âmbito das prescrições jurídicas.

Caso os sujeitos-pais, ou um deles, não supra a falta do sujeito-filho que permanece em estado de disjunção com seu objeto de valor, em vista da ruptura da relação fiduciária, ou por não compartilhar dos mesmos valores ali inscritos, manipulam o sujeito-filho a praticar programa narrativo de aquisição de objeto por apropriação, uma vez que neste caso o sujeito de estado é o mesmo que o sujeito da ação.

Para *poder-fazer* e tornar-se sujeito realizado, o legislador, na qualidade de destinador-manipulador, confere a este competência indicando o mecanismo legal pela qual pode atingir seu objetivo, que é a ação investigatória de paternidade.

Aqui, ganha relevo novamente as lições de Landowski, especialmente quando trata da preferência do discurso jurídico em discretizar os papéis-actanciais, ou seja, evitar a todo custo que o sujeito que sofre a espoliação, *sponte propria* tome providências para suprir sua falta:

> (...) o direito, na medida em que põe em funcionamento uma gramática narrativa implícita, opta, ao contrário, em geral e por princípio, parece-nos, pelo máximo da desconcentração, se assim podemos dizer. Ele quer que

> haja, na maior medida possível, tantos "atores" em superfície quantos 'actantes' em profundidade.[38]

Nesse sentido, é de se notar que impõe ao sujeito-filho um programa narrativo de uso para que possa adquirir seu objeto de valor por meio do programa de base e, com isso, atingir seu objetivo de transformar os enunciados de estado.

É neste momento que o Estado entra em ação mais uma vez, apontando os caminhos para a integração com o ordenamento bem como do estado de filho que busca.

Em primeiro lugar, prevê o artigo 1.608 que a maternidade é presumida pelo nome de sua mãe (actante) contido no termo de nascimento do filho, o que só é afastado com a prova de sua falsidade.

Em segundo lugar, prevê que o sujeito-filho, em relação ao agora anti-sujeito-pai que *não-quis-fazer* a fim de *poder-ser* o responsável pela concepção daquele, ainda que *saiba-sê-lo*, deva promover ação judicial de investigação de paternidade.

Neste momento, tem-se a confirmação de que o discurso jurídico discretiza os papéis do sujeito do querer e do sujeito do fazer acrescentando aos actantes o sujeito-juiz, que será o responsável por suprir a falta do sujeito-filho.

É justamente esta a concepção moderna de Estado Democrático de Direito, que veda a obtenção do valor de justiça pelas próprias mãos, sempre avocando ao Estado, agora sob sua faceta decisória, por meio do Poder Judiciário, a competência modal para *poder realizar* a conjunção do sujeito com seu objeto de valor /filiação/.

Portanto, embora inicialmente pareça paradoxal, o percurso narrativo de apropriação pretendido pelo sujeito-filho só é concebido indiretamente por meio de ação operada pelo actante-juiz, que será responsável por julgar o fazer-persuasivo daquele.

Oportunamente, além deste fator explícito na leitura do artigo de lei em comento, sabe-se que, via de regra, os indivíduos não postulam diretamente seus direitos em juízo, devendo sempre contar com a presença de um representante legal, que tanto pode ser um advogado como um promotor de justiça. Temos assim,

[38] Idem, p.69.

mais uma confirmação da tendência do discurso jurídico de discretizar as relações actanciais havidas, criando uma série de personagens intermediárias.

Faz sentido, uma vez que se sujeito-filho (ou seu representante legal, que geralmente é a mãe que, do mesmo modo que o sujeito-filho, vê-se espoliada de ver reconhecido o adjuvante com quem o concebeu) e antissujeito-pai tratassem desta questão na via judicial diretamente, por certo os estados de alma alterados impediriam a análise com sensatez de referido episódio.

Não obstante, é ilusão achar que o discurso jurídico meramente por meio da frieza do discurso técnico-legislativo tem o poder de 'esfriar' os estados passionais dos indivíduos envolvidos em uma demanda jurídica, especialmente deste tipo. A isto voltaremos mais adiante, quando tratarmos dos estados patêmicos dos actantes, por meio dos instrumentos da semiótica das paixões.

Finalmente, foi dito linhas acima que o sujeito pode entrar em conjunção com seu objeto de valor /filiação/ e ter, assim, reconhecida sua conjunção com a integração ao ordenamento jurídico, pertencendo a uma unidade familiar, por meio da adoção. Veja no ANEXO III os principais comandos legais que informam a espécie e nos remetem à leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em uma primeira abordagem, salta aos olhos o caráter excepcional de aquisição do *estado de filho* por meio do instituto da adoção, sendo esta a previsão legal que inaugura o capítulo legal em estudo:

> Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.
> § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Neste caso, o sujeito-filho dos outros modelos de filiação mencionados, que age ou adquire competência por meio de terceiros, torna-se o efetivo objeto de valor para aqueles que pretendem com eles manter relação de filiação/maternidade/paternidade.

Obviamente que para um indivíduo poder ser filho de alguém não pode manter relação de filiação com outrem, é assim que o filho – tornado agora objeto de valor – só poderá ser objeto de aquisição por apropriação caso tenha havido, de

alguma forma, a destituição do poder familiar dos pais pretéritos, ou se houver consentimento expresso desses anuindo a adoção, que pressupõe um programa anterior de doação, nesta hipótese.

Também é notável os diversos e exaustivos programas de uso para que o sujeito-pai/sujeito-mãe possam entrar em conjunção com seu objeto de valor.

Em primeiro lugar, confere minuciosamente as qualidades que devem ter aqueles que *querem-ser* pais do adotando *poderem-ser*, desde a estipulação de idade mínima (18 anos), diferença mínima de idade entre adotante e adotando (16 anos), as possibilidades de adoção conjunta (apenas por aqueles que mantiverem relação matrimonial) indicando ainda a realização de uma performance sujeita a julgamento prévio determinada de 'período de convivência'.

Mais uma vez, o sujeito da falta não pode realizar diretamente programa de apropriação do objeto de valor pretendido a fim de se tornar sujeito realizado, uma vez que *deve* acionar mais uma vez o Estado, na figura do sujeito-juiz, para que este o coloque em estado de junção com referido objeto (filho).

Uma vez tendo sua performance julgada *conforme* a integração, é que o sujeito-pai/mãe é sancionado positivamente, recebendo como 'prêmio' seu objeto de valor /filho adotivo/, o qual, como se diz, não pode, neste percurso, ser considerado sujeito, mesmo quando a lei diz daqueles que não-podem-ser apropriados pelo sujeito do fazer indireto (vedada a adoção de maiores de 18 anos).

Certamente, todas essas etapas para conquista do objeto-valor têm uma razão de ser, uma vez que cabe ao Estado se preocupar com a condição daquela criança que tem sua apropriação pretendida, a fim de garantir que não a colocará, por meio do fazer do sujeito-juiz, em um lar inadequado em que não se preze pela relação de /afetividade/ pretendida pela lei e respectiva /integração/, sendo notórias as hipóteses em que, sob a pretensa intenção de adotar uma criança para lhe dar um lar, o pai/mãe, no percurso da sanção, é desmascarado e tornado vilão, uma vez que pretendia adoção para fins libidinosos ou para tráfico de menores para toda sorte de atos criminosos chegando ao extremo de utilizá-las eventualmente, para retirar-lhe os órgãos.

Claro que todo esse cenário que traçamos leva a crer que, de fato, está correta a conduta do legislador em impor ao sujeito-pai/mãe todos esses programas de uso para atingir a condição de sujeito realizado.

No entanto, cabe a ponderação: será que pais biológicos, ou que tenham filhos dentro da relação conjugal, do mesmo modo, não seriam capazes de atrocidades semelhantes? Basta ler os noticiários para ter certeza de que a resposta a esta assertiva deve ser positiva.

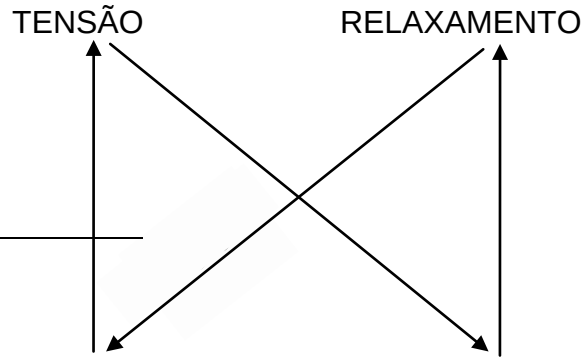
Assim, uma vez tratados os modos de aquisição da condição de filho, voltamos nossa análise para os estados de alma envolvidos nestas narrativas, procurando, de maneira ainda experimental, traçar as relações entre o nível narrativo e o nível fundamental por meio dos avanços da semiótica tensiva para, ao final, aportar no nível discursivo e debater todos os valores e ideologias colocadas em jogo neste capítulo do Código Civil.

De acordo com Barros:

> Pode-se concluir que a tensividade, ou melhor, a variação e a conservação tensiva organizam os conteúdos no nível das estruturas fundamentais e correspondem à metacategoria semântica, tímica ou fórica, que determinam o descritivo e o torna valor axiológico. Metacategoria definidora das categorias semânticas ou relação de significação responsável pela organização, conservação ou redução das diferenças semânticas, como prefere Zilberberg, a tensividade tem, inegavelmente, um papel a cumprir na instância fundamental do percurso de geração do sentido, além de iluminar um pouco as obscuras regras de passagem de um nível semiótico a outro[39].

A grande contribuição de Zilberberg à semiótica por meio de sua proposta reside no fato de permitir uma percepção mais dinâmica do quadrado semiótico, introduzindo a noção de significação dos semas em relações de tensão do sujeito com os valores que tais signos linguísticos carregam, como é o caso da conjunção *ou*, que tanto pode significar exclusão (tensão) ou soma de possibilidades (relaxamento).

Figura 5



[39] BARROS, op. cit., p. 26-27.

INTENSÃO DISTENÇÃO

Ainda de acordo com Barros:

> A tensividade, para Zilberberg, é uma propriedade do indivíduo ou, mais exatamente, do encontro do ser vivo com o não-vivo, concepção que lhe permite homologar a foria ao princípio do prazer de Freud, à pulsão. Rotam-se, uma vez mais e indiretamente, a categoria tímica, tal qual propôs Greimas, como a categoria que articula as reações do ser vivo ao contexto.[40]

No texto em análise, as relações de junção do sujeito-filho com o estado de filiação, que o integra à família como Instituição legalmente prevista, são de relaxamento quando se acha reconhecido pelo sujeito-pai e de tensão, quando não é por este reconhecido, uma vez que em disjunção com o valor de /integração/ à sociedade.

No caso dos filhos havidos durante o casamento, o estado de relaxamento só é modificado quando o sujeito-pai contesta a paternidade, distanciando-o do objeto virtual /filiação/ integração/.

Já no caso dos filhos havidos fora do casamento, o estado inicial do sujeito-filho é de tensão inicialmente, passando para estado de relaxamento quando tem reconhecida a filiação por medida judicial de investigação de paternidade.

No caso do adotando, deve-se lembrar que este é considerado objeto-valor neste percurso e a relação de tensão e relaxamento se dá exclusivamente em relação ao sujeito-pai-adotante que pretende entrar em conjunção com este seu objeto de valor.

Em estado de relaxamento, pois em conjunção com objeto-valor, o sujeito-filho havido sob a constância do matrimônio está no que chamamos de continuação da continuação, passando para a parada da continuação quando o pai lhe nega a paternidade, havendo a continuação da parada até que haja decisão judicial que pode vir a lhe retornar ao estado inicial.

[40] Idem, p. 26.

As relações de disforia e euforia informadas agora pelas noções de tensão e relaxamento permitem a compreensão dos estados de alma, das paixões envolvidas no discurso.

Como já se disse anteriormente, em que pese a aparente impessoalidade do discurso jurídico, as ações levadas a termo pelos actantes estão carregadas de paixão, informadas, justamente pela relação de proximidade ou distanciamento do sujeito de seu objeto-valor.

Observe o caso do sujeito-filho havido fora da relação conjugal e que não é reconhecido de imediato pelo sujeito-pai. Ao realizar programa narrativo de base para suprir a falta (ação de investigação de paternidade), uma vez que *crê-ser* ou, no mínimo, não-crê-não-ser filho do antissujeito-pai que, por sua vez, *crê-não-ser* ou *não-crê-ser* pai daquela criança.

Assim, o duelo é informado por aquele que pretende a conjunção com objeto e aquele que pretende permanecer em estado de disjunção, em relaxamento por estar em conjunção com o seu objeto-valor enquanto sujeito, que é a não-paternidade.

Para Barros:

> "As paixões complexas têm um estado inicial que Greimas (1981 b) denomina espera. A espera pode ser simples ou fiduciária. Na espera simples o sujeito deseja estar em conjunção ou em disjunção com um objeto-valor, sem, no entanto, nada fazer para isso. Trata-se de uma paixão de "ser acionado", distintas das paixões "de ação", como avareza, por exemplo (GREIMAS, 1981 b, p.11). (...) Na espera fiduciária, o sujeito do estado mantém com o sujeito do fazer uma relação fundamentada na confiança.41

Ora, no caso da adoção, temos uma situação de espera simples, uma vez que não cabe ao filho, enquanto objeto-valor, fazer nada a respeito, cabendo ao sujeito-pai/mãe desenvolverem a ação necessária para a conquista da /filiação/.

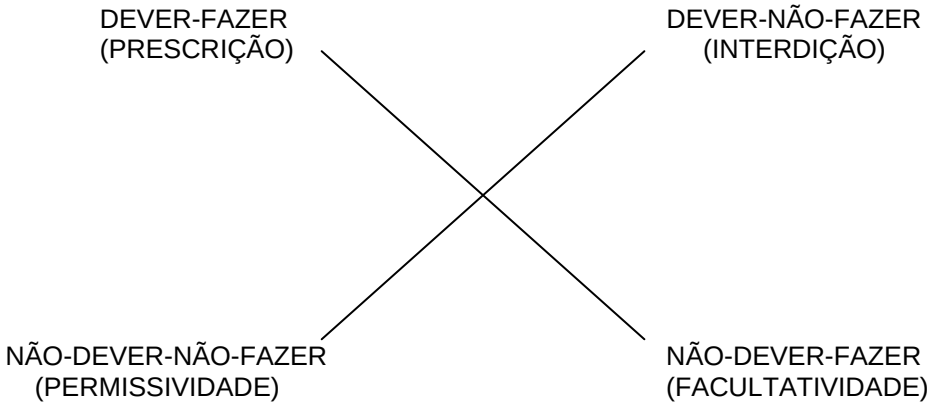
Já no caso do filho havido fora do casamento, estabelece com o sujeito-pai relação fiduciária, que não é compartilhada por aquele, desenvolvendo seu percurso de satisfação da falta por *amargura, decepção, frustração* (disjunção e tensão) ou por *cólera* ou *rancor* (não-conjunção e intensão).

[41] Ibidem, p. 63-64.

É justamente neste caso que as paixões se afloram e os comandos legais que informam este tipo de aquisição do estado de filho prevê, inclusive, hipótese em que, mesmo reconhecida a filiação, o filho pode preferir a não-conjunção com o estado, conforme o artigo 1.616 do Código Civil, que prevê em sua segunda parte uma forma de *vingança* prevista em lei:

> Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Note-se que a tensão e relaxamento e as relações estabelecidas entre os sujeitos e os valores do nível fundamental aspectualizam espaços discursivos distintos, sendo o espaço do sujeito *integrado* à lei o lugar apto ao convívio social pleno, ao passo que aquele que é *transgressor* da norma está no espaço exterior àqueles que comungam das boas relações sociais, conforme o quadro legal de previsibilidade de condutas relacionadas a prescrições, interdições, facultatividade e permissões:



A esta altura de nossa análise é possível trazer de volta as lições de Bobbio que traçamos em breves linhas no início deste capítulo e passar a analisá-las com base nas constatações até aqui empreendidas nesta análise semiótica.

O quadro acima dá conta de explicar, sob a noção de sistema de relações (paradigmáticas) e fluxo de sentido (sintaxe), como se dá a interação das normas jurídicas com vistas a compor o todo do corpo textual.

Conforme podemos observar da análise dos artigos de lei que compõem os Títulos e Capítulos do Código Civil que vimos analisando, ora o legislador constrói o

texto com finalidade prescritiva (o dever do pai que tem filho havido durante o casamento de reconhecê-lo como tal); ora com finalidade de impedir um ato (impede a adoção conjunta por pessoas que não sejam casadas ou que mantenham união estável); ora com finalidade permissiva (permite aos pais de filho havido fora do casamento reconhecê-los espontaneamente); e ora com finalidade de conceder uma faculdade ao sujeito (poder requerer adoção).

Note-se que não altera a forma como o discurso se apresenta, independentemente da finalidade do artigo de lei, uma vez que, a todo momento, remetem à /juridicidade/ ou /integração/ da relação social que regulamenta.

Assim, não há como afirmar a preponderância de uma finalidade normativa sobre a outra, valendo-se o legislador dos comandos da forma e na quantidade necessárias para cobrir de modo mais completo possível as relações entre sujeitos.

Do mesmo modo, parecem pouco produtivos os embates entre os teóricos do direito que querem ver distinções fundamentais entre normas morais, sociais/religiosas e jurídicas.

Conforme pudemos notar neste breve ensaio, todas estas normas estão em jogo neste caso, uma vez que as relações sociais têm seu pilar na família e o sujeito que a ela não se integra, além de desobedecer à norma jurídica, é excluído do espaço familiar e social integrado, desenvolvendo certamente sentimento de remorso ou culpa por se achar desta maneira.

A toda evidência, no instituto da adoção, a busca do sujeito por uma família não significa apenas ser reconhecido juridicamente como tal, mas também encontrar seu (novo) espaço no seio social, para não ser considerado excluído da sociedade, por não ter filho ou por não ser filho e, com isso, distanciar-se do grupo social integrado.

De acordo com Bobbio, as normas jurídicas seriam diversas das normas sociais e morais em virtude do traço semântico /sancionatório/, acreditando o autor que a norma jurídica possui sanção mais eficaz do que aquelas, uma vez que: seria certa (porque externa ao sujeito); garantiria a isonomia, porque previamente regulada sua sanção (proporcionalidade); e seria a sanção operada imparcialmente, ou seja, por sujeito estranho à relação material.

No caso das normas que informam o direito de família, como vimos, não é possível garantir com toda certeza qual delas teria maior força a impulsionar os agentes, haja vista que o aspecto moral pode falar mais alto que o jurídico, bastando o exemplo de que há pais que pagam pensão alimentícia aos filhos mesmo sem promoção de ação de alimentos, ao passo que há réus em ação de execução de alimentos que nunca prestaram alimento a seus filhos.

Assim, ao menos no que concerne ao direito de família, o discurso normativo concorre com os demais no intuito de amoldar a conduta social do agente, que pode se dar tanto por questões de valores morais internalizados, como por temos quer seja à sanção social ou jurídica.

E talvez seja um mito acreditar que, realmente, a mera institucionalização da sanção esteja apta a torná-la 'mais confiável' do que as demais em virtude de pretensa isenção dos agentes públicos, o que não se pode afirmar, uma vez que sempre valores estão em jogo e as condutas são tomadas com base nesses mesmos valores.

Ademais, conforme veremos no estudo do nível discursivo das normas jurídicas em análise, o texto de lei está impregnado de valores sociais e morais predominantes em sociedade.

De qualquer modo, uma possibilidade de estabelecer relações entre referidas normas seria pelo critério da quantificação subjetiva, afirmando que as normas jurídicas dependem *menos* da internalização dos seus comandos pelo sujeito, ou que são *mais* eficazes do que as normas morais por restarem institucionalizadas. Ou ainda, quanto *mais* dependente da consciência moral do agente *menor* seria sua eficácia e assim por diante.

Também foi possível notar que os percursos narrativos e as movimentações axiológicas do nível fundamental permitem a compreensão do funcionamento do discurso normativo e, não raro, os signos que se encontram expressos na lei (*deve, pode, quer, não-pode*) são também aqueles utilizados pela semiótica, o que sinaliza para a possibilidade de aproximação dos dois discursos.

Ademais, por meio das pressuposições possíveis relacionadas à programas de acionamento e de realização de ações a fim de suprir faltas, aponta-se para a pouca necessidade de percursos tão densos a informar a conduta dos sujeitos na

área de direito de família, sendo prudente rever esta constelação de leis, tal como se deu com o regime de comunhão de bens do casamento quando da entrada em vigor do Código Civil atualmente em vigência.

Retomando as lições de Bobbio, de acordo com os critérios da semiótica aplicada ao texto, temos que, de fato, as normas jurídicas são comandos prescritivos uma vez que ordenam a conduta dos indivíduos por meio de um *dever ser* em sociedade, a fim de ser considerado *integrado* ao sistema, conferindo a garantia de /juridicidade/ de seus atos.

Um indivíduo pode simplesmente tomar posse de um terreno e viver naquele local uma vida toda sem se preocupar em regularizar esta sua inflexão sobre a terra que habita.

No entanto, caso queira passá-la em herança regularmente a seus filhos, evitar desapropriação ou reintegração por parte de terceiros, deve tornar sua conduta /conforme/ o ordenamento, aderindo ao discurso “Se você quer A, deve B”. É basicamente esta função utilitária que as normas têm para os cidadãos.

A partir desta constatação, mais importante do que definir qual o traço semântico fundamental a ocupar o *ser* da norma jurídica, é compreender que é na relação entre os actantes envolvidos e os objetos de valor que circulam onde o discurso normativo ganha sentido.

O legislador é o destinador-manipulador, representado pelo Parlamento, responsável pela elaboração das normas jurídicas, de acordo com o *poder-fazer* que lhe é conferido pela Constituição Federal. O legislador, de fato, não *determina* a conduta dos sujeitos em sociedade, mas apenas prevê percursos narrativos a serem observados por aqueles que pretendem se integrar ao ordenamento, reconhecendo valores e validade a determinados percursos de ação observáveis em sociedade, bem como modalizando o *fazer* e o *ser* dos jurisdicionados.

Discordamos de Bobbio ao nos alinharmos com Landowski e sua visão do discurso jurídico como responsável por regulamentar relações, haja vista que o discurso normativo não está o tempo todo participando da vida dos sujeitos, mas apenas traçando os percursos que devem ser observados pelos indivíduos para integrarem-se ao sistema jurídico, que busca a harmonia nas relações sociais.

Isto posto, pedimos licença para tratarmos do nível discursivo do discurso jurídico apenas capítulos adiante, uma vez que é necessário, antes, refletir a respeito das relações dos atores envolvidos no cenário jurídico, tais como juízes, promotores de justiça, advogados, legisladores, com os valores que circulam em sociedade, aos métodos que utilizam para se relacionarem com norma jurídico, a fim de criar um contexto interdiscursivo necessário para fundamentar de maneira mais consistente certas observações de cunho ideológico no que concerne aos valores em jogo nos textos legais.

2. Hermenêutica Jurídica

> *Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos.* (Rui Barbosa)

Tornou-se célebre a sustentação oral de Rui Barbosa no plenário da Corte Constitucional do Brasil em que se julgava conduta de magistrado que negou aplicação à lei vigente à época no Rio Grande do Sul, que afastava a recusa de jurado pela defesa e o segredo do voto dos membros do Tribunal do Júri, por entender que tal previsão seria inconstitucional.

O ano era 1896 e os governantes do Rio Grande do Sul, em virtude da decisão judicial, representaram o magistrado pela prática de crime de prevaricação, previsto no art. 207, parágrafo primeiro do Código Penal de 1890, com as agravantes previstas no art. 39, parágrafos segundo e quarto do mesmo diploma legal.

O magistrado foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mas por conduta diversa, prevista no art. 226 daquele Código Penal que punia "*Exceder os limites das funções próprias do emprego*", condenando-o a nove meses de afastamento de suas funções.

Interessante o teor da denúncia ofertada por ocasião da conduta do juiz:

> A obediência à Lei - dir-se-ia - e o primeiro dever do cidadão e principalmente do cidadão juiz, investido de autoridade para executá-la e fazê-la executar (...). Não cabe ao Poder Judiciário e menos a um juiz singular e isolado opor embaraços a sua execução. O procedimento do denunciado é, portanto, criminoso. Indagando do pensamento que presidiu sua irregular conduta, vê-se que se movido por paixão partidária, interesse e ódio político, ousou o denunciado afrontar o regime constitucional do Estado e arvorar-se em supremo e original poder moderador para tardiamente oferecer seu veto à execução da Lei. Quando em forma correu a lei os tramites da publicidade, tendo o denunciado, como qualquer outro cidadão, em seu lar e no seu gabinete, uma partícula do Poder Legislativo podendo apresentar emendas, guardou silencio e só agora na cadeira de presidente do Júri, com abuso flagrante de autoridade, veio dar o seu grito de sedição, obedecendo a interesses dos perturbadores da ordem. A

> gravidade do fato, a natureza do delito, demonstram a premeditação do denunciado; e a circunstancia de escolher ele os auditórios de justiça para praga da sua rebelião contra a lei e todo o regime legal, acentua a necessidade de enérgica punição ao confessado crime tão caracterizado.[42]

Rui Barbosa, em sua sustentação oral, argumentara, em síntese, que não seria possível a aplicação de pena ao juiz por suposto "crime de hermenêutica", ou seja, ser incriminado o aplicador da norma por negar aplicação a dispositivo legal que entendia inconstitucional por ferir preceitos contidos na Constituição Federal.

Nas palavras do eminente jurista:

> Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na analise do direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juízes, pelo sistema de recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo.[43]

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a revisão criminal que o réu-juiz ofertara e o absolveu, por entender que seria lícito a este não aplicar a lei local sob o argumento de inconstitucionalidade da mesma.

Esta passagem de nossa história é relevante para pensarmos sobre o papel da hermenêutica como elemento que torna possível a atividade essencial do juiz: interpretar as normas jurídicas no momento de sua aplicação ao caso em concreto.

Certamente, a insurgência dos políticos do Rio Grande do Sul contra aquela decisão judicial, longe de ser um contrassenso, estava de acordo com o pensamento jurídico da época no que concerne à atividade jurisprudencial, uma vez que se pensava então que o papel do juiz ao aplicar a norma ao caso concreto deveria ser apenas o de "boca da lei", eximindo-se de opinar acerca da validade e eficácia da norma jurídica.

Cabe salientar que o relato acima foi retirado de texto publicado por Luis Carlos Fontes de Alencar, em 2000, cujo título é "A lição de Rui: crime de

---

[42] ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. **A lição de Rui**: crime de hermenêutica, a hipérbole do absurdo. Revista de Direito Renovar, v. 16, p. 31-36, jan./abr. 2000, p. 2.
[43] Idem, p. 5.

hermenêutica, a hipérbole do absurdo”[44] quando principiavam os debates a respeito da inclusão das súmulas vinculantes em nosso ordenamento jurídico, cujo projeto de emenda constitucional inicial previa a criminalização da conduta dos magistrados que desobedecessem a tais súmulas.

A lição de Rui Barbosa, o relato do inconformismo dos políticos sulistas em si e a insurgência do Ministro do STJ em seu texto em relação à Súmula Vinculante reportam a estudos acerca de compreensões diversas do fenômeno jurídico e a filiação a escolas do pensamento jurídico diverso.

De fato, o momento crucial da experiência jurídica centra-se na aplicação das normas jurídicas aos casos em concreto e, para que tal mister seja alcançado, o aplicador da lei deve se valer de modelos de interpretação da norma que são elencados por ramo do saber a que se denomina Hermenêutica Jurídica.

2.1. Hermenêutica e Interpretação Jurídica: distinções

No Direito, chamamos hermenêutica o campo do conhecimento que se preocupa em descrever as diversas formas (Escolas) de interpretação da norma jurídica, cada uma delas relacionada a um particular modo de se tomar contato com o discurso legal.

Já interpretação significa depreender do texto seu sentido e alcance por meio de utilização de determinada técnica. Dependendo da Escola Hermenêutica que segue o intérprete, diversa será a determinação do limite e alcance da norma, conforme veremos mais adiante.

Portanto, parece nítida a distinção entre os dois termos que, embora possuam significações próximas não se confundem, uma vez que o primeiro (hermenêutica) é termo hiperônimo que abarca o sentido do segundo (interpretação).

Na lição de Carlos Maximiliano:

> Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, Interpretação. Esta é a aplicação

[44] ALENCAR, L. C. F. de. Op. cit.

> daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar. [45]

Etimologicamente, o temo *hermenêutica* advém de 'Hermes', ou 'mensageiro dos Deuses', aquele que, na mitologia grega, era responsável por interpretar e dizer a vontade das divindades.

A diferença entre hermenêutica e interpretação é bem ilustrada no mito de Medusa. Neste, Hermes entregou a Perseu, a pedido de Zeus, a sandália alada quando o orientou para que encontrasse as Ninfas a fim de conseguir as armas de que precisaria para cortar a cabeça de Medusa e levar a górgona ao Rei e, com isso, Perseu conseguiria evitar que fosse expulso do Reino e sua mãe tivesse que se casar com o soberano.

Comparando com o Mito de Medusa, a Hermenêutica seria o saber-fazer para que o intérprete desenvolva seu poder-fazer. Ou seja, do mesmo modo que Hermes entregara a Perseu as ferramentas de que precisava (saber-fazer) e este adotou um poder-fazer para atingir seu propósito (utilizar o escudo de Athena para visualizar Medusa sem olhá-la diretamente), a hermenêutica dá ao intérprete as técnicas necessárias para que este pratique a arte de elucidar a vontade da norma.

2.2. Escolas de Hermenêutica Jurídica

Em geral, os autores adotam critérios semelhantes para divisar as escolas hermenêuticas. Rodolfo Luis Vigo[46], por exemplo, divide as escolas naquelas relacionadas ao modelo tradicional, dito dogmático e surgidas no século XIX e nas novas escolas de interpretação surgidas no século XX.

Carlos Maximiliano, por sua vez, divide as escolas hermenêuticas em dogmáticas – aquelas que se limitavam a expor a matéria dos Códigos artigo por artigo (histórico-evolutivas) – aproximando a vontade do legislador contida na lei do contexto histórico em que esta é aplicada; e fazia apenas menção às escolas

[45] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

[46] VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica** – do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.35-36.

científicas do direito – análise teleológica, sociológica – bem como à Escola do Direito Livre[47].

José Luis Recasens Siches, em sua monumental obra "Panorama del Pensamiento Juridico em el Siglo XX" [48], faz uma análise exaustiva de todas as escolas do pensamento jurídico e autores contemporâneos das principais Nações iniciando com as lições de François Geny.

Em virtude da pretensão desta pesquisa, de não se tornar análise histórica do pensamento jurídico, incorrendo no engano de aparentar que uma escola do pensamento se sobrepõe a outras diacronicamente, uma vez que todas elas coexistem contemporaneamente em nosso ordenamento jurídico, adotamos a divisão ofertada por Chaïm Perelman em sua obra "Lógica Jurídica"[49], que vai separar as Escolas Hermenêuticas entre aquelas surgidas a partir da análise do Código Civil Francês de 1804 até o período anterior à Segunda Guerra Mundial, quando surgem novas escolas que retomam preocupações relacionadas à ideia de justiça e referência a valores, menos vinculadas ao texto legal emanado do poder constituído, uma vez que, especialmente após o holocausto, conclui-se o que o Estado pode ser o criminoso:

> (...) com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que a 'Lei é Lei', e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao direito.[50]

2.2.1. Escola da Exegese

De acordo com Perelman, citando L. Husson:

> É possível distinguir, no seio daquilo que se chamou 'A Escola da exegese', três fases: 'uma fase de instauração, que começou na promulgação do Código Civil, em 1804, e terminou em 1830 e 1840; uma fase de apogeu, que se estendeu até cerca de 1880; e por fim uma fase de declínio, que se fechou em 1899, quando a obra de Geny anunciou-lhe o fim. Estas

[47] MAXIMILIANO. Op. cit. p. 36-41.
[48] SICHES, José Luis Recasens. **Panorama del Pensamiento Juridico em el Siglo XX**. México: Porrua, 1963.
[49] PERELMAN. Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91.
[50] Idem, p. 94-95.

> distinções não passam, evidentemente, de cortes cinematográficos, que servem para balizar uma evolução contínua. [51]

A Escola da Exegese surgiu do que denominamos "trauma da Revolução Francesa de 1789". No período anterior à referida Revolução, as nações europeias eram governadas de acordo com os cânones do Antigo Regime, sociedade do tipo estamentária em que o poder era centralizado no Primeiro e Segundo Estado (clero e nobreza), sem participação efetiva do povo, relegado ao Terceiro Estado, sem perspectivas de ascensão aos outros estamentos, uma vez que eram os vínculos de sangue que determinavam a colocação do indivíduo nesta ou naquela posição social.

A Revolução Francesa surgiu justamente para destronar o Antigo Regime e iniciar um novo período em que as divisões sociais estanques seriam aniquiladas, com a retomada da soberania popular e o governo exercido pelo povo e para o povo. Nos dizeres de Comparato:

> O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio a operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180º. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a sua estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo violência – para conduzir o nascimento de uma sociedade sem precedentes históricos. [52]

Para atingir tal intento, em consonância com as lições de Rousseau, o Parlamento, composto por representantes do povo, deveria editar as leis necessárias para que os direitos naturais dos cidadãos fossem preservados, evitando-se o arbítrio do Soberano, que passaria a respeitar a lei posta pelo Poder Legislativo na condução de suas atividades.

Surge assim a lei como norma jurídica fundamental capaz de consolidar o ideário da revolução francesa de liberdade, igualdade e fraternidade. Falando ainda com Comparato, a liberdade consistiria na possibilidade do cidadão de determinar

---

[51] Op. cit.Ibdem, p. 31.
[52] COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 129.

sua condição social, ao passo que a fraternidade representaria o fim do favorecimento dos mais poderosos em ocupar cargos públicos[53].

Já a ideia de igualdade adviria da lei que, sendo igual para todos, uma vez que todos os homens são iguais por serem providos de razão, criaria o que denominamos igualdade formal entre os jurisdicionados. De cunho francamente liberal, a revolução francesa preocupou-se especialmente em regular as relações do indivíduo em situação de igualdade sem a intervenção do Estado (*laisse-faire*).

É nesse contexto que surge o Código Civil Francês de 1804, com a intenção de regulamentar a vida dos indivíduos em todos os seus detalhes, desde seu nascimento, aquisição de capacidade, exercício dos atos da vida civil e sucessão em virtude de morte.

Trabalho de cunho exaustivo procurava, por meio de previsões gerais e abstratas, colocar os cidadãos em pé de igualdade sob o Império da Lei. Assim, tudo o que fosse necessário para determinar o dever-ser em sociedade deveria ser buscado no Código Civil, monumento jurídico que poria fim ao arbítrio dos exercentes do Poder.

Sem dúvida, um dos poderes que mais preocupava a revolução francesa era o Judiciário, uma vez que os juízes, a pretexto de decidirem conforme seu livre arbítrio, acabavam por sempre decidir de acordo com o interesse do *status quo* dominante antes da revolução. Dizia-se que, no Antigo Regime, o juiz era o *langa manus* do Imperador. Após a Revolução, tornar-se-ia a 'boca da lei'.

Em outras palavras, considerando que todo o direito estaria contido na Codificação, não haveria tarefa intelectual interpretativa relevante do juiz, que estaria adstrito a dizer a vontade do legislador. E como deveria proceder o juiz para chegar a tal intento? Realizar a subsunção do fato à norma por meio de um raciocínio silogístico.

De acordo com Alaôr Caffé Alves:

> Fechando o parêntese, consignamos que o silogismo, como expressão verbal, é uma forma de argumentação dedutiva, pela qual de um antecedente (duas premissas), relacionando dois termos (extremos) a um terceiro (médio), tiramos um conseqüente (conclusão) que une esses dois termos (extremos entre si). Em sua expressão pronta e acabada, a

[53] Idem, p.136.

> denominamos ‘argumento’, como já analisamos neste trabalho. O paradigma é o famoso argumento que nunca nos deixa duvidar da mortalidade de Sócrates: ‘todo homem é mortal; ora, Sócrates é homem (antecedente-premissas), logo, Sócrates é mortal (conseqüente-conclusão).[54]

Pegue-se o caso do dever de observância das cláusulas contratuais pelas partes que o firmaram (*pacta sunt servanda*). Na hipótese de uma das partes evocar a tutela jurisdicional em virtude de a parte contrária ter descumprido a obrigação consistente na entrega de determinado bem móvel, caberia ao juiz aplicar a vontade da lei e determinar ao descumpridor a entrega de mencionado bem.

Pouco importa a opinião do juiz a respeito da justiça da decisão, não podendo deixar de aplicar a norma por este pensamento, cabendo a ele realizar um esforço intelectual meramente dedutivo, em que a premissa maior é a lei, a premissa menor é o fato e o silogismo é a aplicação do fato à norma.

Era assim que caberia ao magistrado, por meio da análise do texto literal da lei, aplicá-la ao caso concreto, por meio de uma concatenação lógica de seus elementos. O sistema de leis, tido como completo, prevê todas as possíveis ocorrências em sociedade, não havendo razões para superar o que está literalmente previsto em lei pelo legislador. De acordo com Perelman:

> Para constituir este instrumento perfeito, o sistema de direito deveria ter todas as propriedades exigidas de um sistema formal, a um só tempo completo e coerente: seria necessário que para cada situação dependente da competência do juiz houvesse uma regra de direito aplicável, que não houvesse mais de uma, e que esta regra fosse isenta de toda ambigüidade.[55]

Com um sistema legal posto desta forma, nada ficaria ao arbítrio do julgador, parafraseando a lição de Laurent em 1878, um dos grandes entusiastas do modelo exegético em apreço. Vale mencionar que, em seu período inicial, tal escola entendia que, na hipótese de não haver norma aplicável ao caso em concreto, deveria o juiz deixar de resolver o caso (*non liquet*), o que fora rechaçado pela previsão do artigo 4º do Código de Napoleão, que determinava que o juiz não

[54] ALVES. Alaôr Caffé. **Lógica** – pensamento formal e argumentação. São Paulo, Quartier Latin, 2005. p. 264.
[55] PERELMAN. Op. cit., p. 34.

poderia se recusar a julgar a lide a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei[56].

2.2.2. Insuficiência do modelo da escola da exegese

No entanto, o modelo tradicional da escola da exegese demonstrou-se insuficiente para solucionar todas as demandas levadas a julgamento pelo Judiciário.

Em muitas hipóteses havia evidente lacuna legal a respeito do tema e, em outros casos, a mera aplicação silogística da lei traria imperfeições na busca da vontade do legislador. De acordo com Carlos Maximiliano:

> Deve-se ao uso excessivo do Direito Romano entre os povos cultos, sobretudo o Foro civil, esse apego à formalística, a redução do aplicar dos Códigos a uma espécie de autômato, enquadrando em regras precisas e cheias de minúcias, em uma geometria pretensiosa, obcecado pela arte, enganadora, dos silogismos forçados, interpretando hoje um texto como se vivesse há cem anos, imobilizando, indiferente ao progresso, conforme os ditames da escola tradicional. Copia, aliás, as práticas de Roma dos piores tempos; não dos organizadores da incomparável nação, e sim, dos epígonos sem o talento criador, que brilhava nos antepassados ricos em aspirações, ciosos de onipotência. Como imitá-los imperfeitamente, agrava o mal, cristaliza preceitos outrora empregados com inteligência e dutilidade. [57]

Ora, as civilizações europeias, sobretudo após a Revolução Industrial, passaram a viver realidades sociais cada vez mais distantes dos ditames da legislação vigente e que, por vezes, não encontravam amparo na codificação então existente.

Com isso, cada vez mais se tornou evidente a existência de lacunas no ordenamento jurídico que impediam o magistrado de exercer mero intelecto silogístico para a solução de litígios. Assim, novos modelos de interpretação da norma passaram a surgir, deixando de lado a ilusão do sistema legal fechado, completo e coerente, isto porque a resposta às demandas em certos casos teria que ser buscada fora do sistema, que possuía lacunas e cujo texto, gramaticalmente

[56] Idem.

[57] MAXMIILIIANO. Op. cit., p. 36.

considerado, passava a apresentar imperfeições semânticas, tirando a certeza e exatidão do texto legal.

Vale ressaltar que na França do século XIX a tarefa das Cortes de Cassação era controlar a aplicação das normas pelos magistrados e, na eventualidade de algum intérprete julgar em desacordo com a lei, tal decisão deveria ser cassada. Considerando que competia apenas ao legislativo elaborar as leis, impedida estava a ação criadora do juiz.

É por isso que nos casos em que a lei se apresentasse ambígua, obscura ou contraditória caberia à Corte de Cassação encaminhar o caso ao Legislativo que deveria ofertar a sua interpretação acerca da aplicação da norma.

A isto se denomina interpretação autêntica da lei, recurso ainda utilizado em certas codificações contemporâneas por meio da "Exposições de Motivo". E, ao mesmo tempo em que privilegia a interpretação criadora do legislativo rechaça a interpretação judicial como válida, ou seja, como fonte criadora de norma jurídica.

2.2.3. Escola da Livre Interpretação Científica do Direito: François Geny – "para além do Código"

O precursor da Escola da Livre Interpretação Científica do Direito foi François Geny, citado por diversos autores como o responsável pela ruptura com o modelo tradicional, embora não ignorasse a presença e a necessidade do sistema legal.

Por esta razão, conforme ressalta Maria Helena Diniz, citando Vicente Ráo:

> Por tais razões, Vicente Ráo entende que a melhor ubicação da doutrina de Geny está dentro da teoria das lacunas do direito, pois apresenta-se como um processo integrativo do direito, já que visa suprir, mediante a livre apuração de novas normas, as omissões das normas jurídicas existentes. Para Geny, nos casos de lacunas e nos de várias soluções admissíveis, o intérprete deve recorrer à *livre investigação científica*. Essa investigação é *livre* porque não se submete a uma autoridade positiva e é *científica*, porque pode dar bases sólidas aos elementos objetivos descobertos pela ciência jurídica. [58]

Portanto, seria no momento de silêncio ou de indecisão do legislador que caberia ao juiz interpretar, com bases científicas, livremente a norma jurídica a ser

[58] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo:Saraiva, 2006, p. 63.

aplicada ao caso em análise. Com isso, torna-se possível a atividade criadora do judiciário, que passa a determinar decisões às lides por meio de tarefa interpretativa, para além do Código Civil.

Geny concebe esta forma de investigação do direito ao constatar que a tarefa atribuída às Cortes de Cassação tornara-se inviável, sendo muitos os casos em que o magistrado, a pretexto de realizar mero pensamento dedutivo para aplicação da norma, passava a decidir em desacordo com os ditames legais e, não raro, conforme convicções pessoais.

Foi justamente para dar amparo técnico e científico para estas novas decisões, surgidas das novas necessidades e anseios sociais, que François de Geny forjou a escola científica. Nos dizeres de Recaséns Siches, no início do século XX (e até os dias de hoje, diga-se), convivia a área jurídica com a tradição acadêmica do direito e com a então surgida tradição não acadêmica do direito, pois criada a partir da análise de casos nos tribunais, no desenrolar da atividade cotidiana de juízes, advogados e promotores. [59]

De acordo com a segunda tradição, o direito é criado a partir da análise de dados inferidos da vida social, os quais o intérprete não pode alterar e deve apreciar objetivamente.

Após a análise dos dados que podem ser naturais ou reais, históricos, racionais ou ideais, caberia ao juiz depreender o direito naturalmente existente nas relações sociais para, então, passar ao construído, esta sim obra efetiva do jurista, resultado de sua técnica jurídica, cuja observância torna-se imprescindível a fim de se evitar a contaminação da decisão judicial com as convicções pessoais do julgador.

De acordo com Maria Helena Diniz:

> O jurista e o magistrado, ao desempenhar suas funções, não agem arbitrariamente, procuram ater-se aos dados, procedendo à sua valoração com base na justiça, e não nas preferências ou pontos de vista pessoais (...), fundando sua interpretação e decisão (construído) sobre elementos de natureza objetiva, que são os dados, levando em conta os interesses das partes, sem afetar o equilíbrio que deve haver entre os interesses conflitantes. [60]

[59] SICHES, op. cit., p. 29
[60] DINIZ, op. cit., p. 66.

2.2.4. Escola Sociológica do Direito

Na esteira das lições de Geny, surge a escola sociológica do Direito que, de postura mais radical, vai buscar diretamente nos fatos sociais a fonte direta para a busca do direito aplicável ao caso, uma vez que entende que o ordenamento jurídico positivo é insuficiente para solução dos litígios levados ao judiciário.

Desta maneira, aproveitando o caminho aberto pelas lições de Geny, certos pensadores, como é o caso de Eugen Enrlich, cada vez mais afastam a interpretação do direito da aplicação de pensamento silogístico, ressaltando o caráter ficcional deste tipo de atividade.

A partir desta perspectiva, o direito passa a ser visto como fato social, inaugurando uma frente de pensamento jurídico que compreende o direito positivo apenas como uma tecnologia condicionada ao ramo da sociologia jurídica.

De acordo com H. Levy-Bruhl, seguidor de referida escola:

> Ao mesmo tempo que sociológica, a concepção do direito a que me filio é realista. E essa palavra tem para mim dois sentidos precisos. A atitude realista consiste em considerar as regras jurídicas como fatos, ou mesmo como coisas. Esta atitude se impõe a quem se preocupa em estudar o direito cientificamente, pois a ciência do direito não é uma ciência normativa (expressão que contém em si uma contradição), mas uma ciência das normas, o que é completamente diferente. Ela se impõe também a todo jurista que, elevando-se acima da pura técnica, dirige suas reflexões para o direito. Ela permite eliminar, como destituídas de significação, os falsos problemas como o de procurar o fim do direito. O direito não tem finalidade, como a religião ou a arte. Como elas, talvez com mais intensidade, ele exprime a vontade e as aspirações eminentemente mutáveis do corpo social (...). Por isso eu não hesito em considerar como regras de direito as prescrições obrigatórias observadas de fato e em eliminar as regras que existem apenas no papel, convencido de que apenas um esforço deste gênero permite apreender a realidade jurídica. [61]

Tal forma de pensar o direito faz ressurgir na prática forense a aplicação dos costumes jurídicos como fonte do direito, bem como de método de integração do ordenamento jurídico, sempre que houver lacuna da lei.

---

[61] LÉVY-BRUHL, L. Les sources Du droit. Les Méthodes. Les Instruments du travail, in **Introduction à l'étude du droit**, em colaboração com outros professores da Faculdade de Direito de Paris, ed. Rousseau, 1951, v.1., p. 253, *apud.* MONTORO, André de Fanco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

Nos moldes da escola tradicional, haveria a possibilidade de aplicação apenas do costume *secundum legem*, ou seja, aquele cuja aplicação é prevista em lei (tal como ocorre certas vezes em nosso Código Civil em vigência), no entanto, restaria afastada a possibilidade de aplicação do costume *praeter legem*, ou seja, na lacuna da lei e especialmente a aplicação do costume *contra legem*, em seja, que contraria previsão legal.

Se a aplicação do costume *praeter legem* encontra amparo e passa a ser admitido na comunidade jurídica a partir das lições de Geny, o costume *contra legem* encontrará respaldo em uma escola do pensamento jurídico que extermina a relação com a escola tradicional, levando aos limites as lições de Geny e da escola sociológica, denominada, Escola do Direito Livre.

2.2.5. Escola do Direito Livre

De acordo com um de seus principais pensadores, Herman Kantorowicz, o direito surge diretamente das fontes materiais, ou seja, dos fatos sociais ocorridos em sociedade e das valorações axiológicas de determinado grupo social.

Seria deste universo axiológico que as ações ideológicas surgiriam, cabendo ao intérprete da norma manifestar ato de vontade em consonância com o sentimento prevalecente na comunidade em sua decisão judicial.

De acordo com Maria Helena Diniz:

> A interpretação jurídica, segundo ele, deve seguir quatro diretrizes: a) se o texto de lei é unívoco e sua aplicação não fere sentimentos da comunidade, deve-se aplicá-lo; b) se o texto legal não oferece solução pacífica, ou se conduz a uma decisão injusta, o magistrado deverá ditar a sentença que, segundo sua convicção, o legislador ditaria se tivesse pensado no caso; c) se o magistrado não puder formar convicção sobre como o legislador resolveria o caso concreto, então deve inspirar-se no direito livre, ou seja, no sentimento da coletividade; e d) se ainda não encontrar inspiração nesse sentimento, deverá, então, resolver discricionariamente. [62]

É na hipótese prevista no item ‘c’ acima mencionado que o magistrado encontraria respaldo para decidir conforme um costume *contra legem*, o que continua sendo afastado pelos seguidores das escolas tradicionais de aplicação do

[62] DINIZ, op. cit., p. 68.

direito, em virtude de desconsiderar o ordenamento jurídico e colocar em perigo a pretensa segurança jurídica conferida por este.

Vale mencionar que este tipo de pensamento foi e continua sendo amplamente difundido na região Sul do Brasil, havendo diversos seguidores desta escola em nossos meandros jurídicos, que até os dias de hoje rivalizam com aqueles que adotam a escolas positivistas para a realização dos fins próprios ao direito, conforme previsto pelo ordenamento jurídico.

De fato, a aplicação de direito conforme previsto no item 'd' das lições do autor, corre o risco de tornar as decisões judiciais mero arbítrio do magistrado, contrário a tudo aquilo que fora criado em virtude dos mencionados esforços da Revolução Francesa e da primazia da lei.

Nesse diapasão, diversos autores se insurgem contra esta prática judiciária, conforme deixa bem claro o seguinte texto:

> Pode-se pretender mudar a lei, buscando um direito Justo, mas o caminho indicado é a via democrática, mediante as pressões legítimas exercidas sobre o Parlamento, o trabalho de convencimento, a persuasão, a dialética, a divulgação das ideias e das teorias. Principalmente, procurando-se eleger representantes do povo que dignifiquem os seus mandatos, que produzam leis mais consentâneas com o interesse público, com a paz e o bem-estar social. Não se permite, contudo, que alguém, sem mandato popular, se arvore em legislador, pretendendo aplicar o seu próprio e duvidoso direito, num indiscutível ameaça à segurança jurídica. No dia em que cada juiz fizer a sua lei, a justiça será para as pessoas uma verdadeira loteria, em que quase sempre se perde e raramente se ganha. [63]

2.2.6. Escola da evolução histórica

Ainda na esteira das lições de Geny e fortemente inspirado pelo pensamento jurídico alemão de orientação romântica[64], surge na França a chamada Escola da evolução histórica do Direito, cujo autor de destaque foi Saleilles.

Para tal corrente hermenêutica, o intérprete deveria, no momento da aplicação da norma, recriá-la no sentido de não apenas declarar a vontade do

---

[63] SILVEIRA, Eustáquio. *In* **O (Verdadeiro) Movimento pelo Direito Alternativo***,* resenha do TRF da 1ª Região, vol. 4, nº 4, set. 98, os. 14-15, *apud* FREIDE, Reis. Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 56.
[64] SICHES, op. cit., p. 116.

legislador, mas aquilo que ele pretenderia caso fosse formular a norma no momento de sua aplicação.

Como se sabe, por mais futuristas que sejam as previsões legais, há sempre uma perda de sentido em virtude da evolução histórica dos mecanismos sociais, havendo sempre a necessidade de adaptá-la à realidade vigente no momento da sua concretização em decisões judiciais. Seria por este mecanismo que a letra fria da lei ganharia vida.

Essa abordagem na aplicação da norma deu origem a novas previsões ao orientar a tarefa do intérprete, como, por exemplo, contrapondo à *pacta sunt servanda*, segundo a qual o contrato faz lei entre as partes; a teoria da imprevisão, de acordo com a qual os contratos devem ser revisados sempre que as condições que o envolviam tiverem sofrido substancial alteração, tal como ocorreria em uma previsão contratual que estipula o preço com base em câmbio de moeda estrangeira, vindo tal moeda a oscilar para cima ou para baixo de tal modo a comprometer a vontade efetivamente expressa pelas partes.

Na esteira da Escola da evolução histórica do direito, que encerra a breve incursão desta pesquisa no sistema legal francês, cabe ressaltar que em outras partes do mundo também havia rico debate a respeito da concepção do direito com o surgimento do Estado Moderno bem como sobre a tarefa do aplicador da norma, o que torna necessária breve análise do que ocorria na Alemanha e nos países da *common law* neste período.

2.3. Alemanha: pandectistas e tendências historicistas

Enquanto a França, a partir do Código de Napoleão, forjava os alicerces da escola da exegese, na Alemanha desenvolvia-se uma disciplina jurídica fortemente influenciada pela prática dos glosadores da Idade Média, cuja atividade fundamental era realizar uma análise atenta das disposições legais que organizavam a vida social na Roma Antiga.

Como se sabe, o levantamento da legislação romana do período de Justiniano deu vida ao que conhecemos como *Corpus Juris Civile*, que era dividido em *Digestos* ou *Pandectas*, *Institutas*, *Codex* e *Novelas*. As *novelas* eram o

compêndio das leis que surgiram no momento da unificação da legislação romana; o *Codex* era o conjunto das leis já existentes em Roma no período anterior a Justiniano; as *Institutas* eram uma organização dos principais institutos de direito romano voltados principalmente aos aprendizes do direito; já os *digestos* ou *pandectas* eram a compilação dos pareceres dos renomados juristas romanos a respeito de temas de interesse para o direito. É o que ficou legado para a posteridade como o 'Tribunal dos Mortos', composto por Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo e Modestino.

É justamente através desta análise detida dos textos jurídicos da Roma Antiga que a chamada escola pandectista surge em território alemão e serão estes autores os responsáveis pela elaboração do Código Civil Alemão de 1896, que passa a viger em 1900, destacando-se os trabalhos de Windscheid.

Os autores da chamada Escola Histórica do Direito estavam contrários à ideia de codificação das relações civis alemãs, colocando em destaque os pensamentos de Friedrich Carl von Savigny e George Friedrich Puchta.

De acordo com Maria Helena Diniz:

> A idéia fundamental da doutrina histórico-jurídica de Savigny era a oposição à codificação do direito, por considerá-lo como manifestação característica da livre consciência do povo ou do espírito popular, sob a forma de costume, e não como um produto racional do legislador, visto que surge na história como decorrência dos usos e costumes e da tradição. O legislador não cria o direito, apenas traduz em normas escritas o direito vivo, latente no espírito popular, que se forma através da história desse povo, como resultado de suas aspirações e necessidades. O direito, longe de ser criação arbitrária da vontade estatal, era produto da consciência popular (*Volksgeeist*), em determinadas condições de tempo e lugar, da qual o costume é manifestação autêntica, livre e direta. [65]

Conforme bem assinalado no texto acima colacionado, Savigny era contrário à concepção meramente racional do direito, capaz de criar prescrições do modo de agir em sociedade *a priori*, defendendo que o verdadeiro direito somente poderia ser aquele que é compreendido na evolução histórica dentro do seio social.

Assim, a História do Direito seria a disciplina fundamental desta área do conhecimento, negando relevância ao papel da análise gramatical dos textos, isto porque o autor entendia que a sintaxe do direito estaria no processo histórico e não em relações sintáticas e semânticas estanques.

[65] DINIZ, op. cit. p. 98.

Seguindo as ideias de Savigny, no entanto caminhando para uma concepção mais próxima ao dogmatismo jurídico, destaca-se os estudos de Puchta, responsável pela criação do que denominamos em hermenêutica de jurisprudência dos conceitos.

Mais uma vez pegando emprestada a lição de Diniz:

> Com a descoberta da realidade histórico-cultural do direito como única realidade jurídica, o historicismo deu um grande passo para a fundamentação da ciência do direito em bases positivas, dando-lhe cientificidade. A expressão *juris scientia* é criação dessa doutrina, que procurou dar caráter científico à ciência do direito, principalmente por propugnar-lhe método próprio de natureza histórica que, ante a condicionalidade histórica do direito procura verificar como seu ser é determinado pela categoria teórica da temporalidade histórica, isto é, como o direito tem sua essência dada pela história.Mas apresentou tal escola alguns senões como a substancialização e personificação do coletivo na figura imaginária do *Volksgeist*; a contradição entre um programa historicista traçado para a jurisprudência e a realização racionalista, que resultou na dogmática e na jurisprudência dos conceitos. [66]

Assim, ao procurar a sistematização do direito como processo histórico, acabou por torná-lo dogmático, como sói aconteceria com tal tipo de atitude, fazendo surgir a jurisprudência dos conceitos, movimento amplamente adotado pelo juízes na aplicação da norma, detidos na análise dos conceitos trazidos pela dogmática a serem aplicados na solução dos casos em concreto.

2.3.1. Alemanha. Escola Teleológica

Discípulo de Savigny, Rudolf von Ihering é criador da chamada escola teleológica do direito, segundo a qual, para se chegar ao espírito da lei seria necessário buscar a finalidade do legislador ao editar determinada norma jurídica.

Portanto, considerando que a interpretação histórica não seria capaz de intuir a vontade do legislador, a *mens legis*, caberia ao intérprete, para além da análise dos projetos de lei e sua contextualização em determinado período, a tarefa fundamental de extrair o que pretendia de fato o legislador ao criar a norma.

De acordo com Perelman:

---

[66] Idem, p. 101.

> Segundo essa concepção, o direito não constitui um sistema mais ou menos fechado, que os juízes devem aplicar utilizando os métodos dedutivos, a partir de textos convenientemente interpretados. É um meio do qual se serve o legislador para atingir seus fins, para promover certos valores. (...) Consequentemente, o juiz já não pode contentar-se com uma simples dedução a partir dos textos legais; deve remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em conformidade com essa vontade. Pois o que conta, acima de tudo, é o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei. [67]

A seguir, baseados em Perelman[68], citamos exemplo desta espécie de adaptação da norma em busca da vontade do legislador: no caso de uma norma que proíbe a entrada de cães em estação de metrô, como deveria proceder o intérprete quando um indivíduo pretende ingressar naquele local levando consigo um urso de estimação? E no caso de um portador de deficiência visual pretender ingressar na estação com um cão guia?

Ora, seguindo os ditames da escola teleológica, não seria possível apenas declarar o sentido literal da norma nesses casos, sendo necessário conferir-lhe alcance extensivo na primeira hipótese e impedir o ingresso do urso de estimação, no segundo caso, restringindo o alcance da norma. Além disso, deveria permitir a entrada do cão-guia, uma vez que este é necessário para a locomoção do portador de deficiência visual.

Tal forma de pensamento é fortemente enraizado em uma concepção utilitarista da conduta humana, louvando tudo aquilo que causa a maior quantidade de prazer para o maior número de pessoas possível. Um dos grandes precursores do utilitarismo foi Jeremy Bentham, autor de origem inglesa, o que nos leva à Inglaterra.

2.4. Inglaterra, Estados Unidos e suas questões hermenêuticas antes de 1945 – Utilitarismo Jurídico e Experiência Prática

Como bem salienta Maria Helena Diniz, “A escola da exegese, da França, correspondeu ao *pandectismo*, da Alemanha, e a *escola analítica (Analytical School)* de Austin, da Inglaterra”[69].

---

[67] PERELMAN, op. cit., p. 70-71.
[68] Idem, p. 72.
[69] DINIZ, op. cit., p. 54.

Naquele país também a concepção moderna de Estado surgiu sobre forte influência exegética e racional da aplicação direito. Caberia ao julgador apenas proceder à criação legal, ancorado em precedentes judiciais e princípios científicos admitidos pela jurisprudência.

O mesmo ocorria nos Estados Unidos da América, onde, no final do século XIX e no início do século XX, era proibido ao juiz qualquer trabalho de inovação e de flexibilidade interpretativa[70].

Na Inglaterra, opondo-se à tradição de interpretação dedutiva do direito, surgem os trabalhos de Jeremy Bentham, para o qual, na aplicação da norma, é necessário buscar a finalidade da lei, de seus efeitos reais, devendo aplicá-la com vistas a produzir bons efeitos em sociedade, de acordo com um suposto cálculo sobre aquilo que é vantajoso ou desvantajoso para o meio social.

De acordo com Michel Villey a respeito deste cálculo das vantagens, a legislação seria o caminho para organizar essa 'teoria dos prazeres':

> *O meio: a legislação*. Bentham imagina além de tudo que seria possível construir uma *ciência* dos prazeres e das penas. Ciência quantitativa: ela *mede* graus de prazer, estabelecendo por exemplo por que há mais prazer em manter durante muito tempo uma coisa, como aquela tranqüilidade que nos proporciona a situação do proprietário, do que no gozo efêmera. Ciência também das *causas* do prazer. [71]

Nos Estados Unidos, por sua vez, destaca-se o trabalho de Oliver Wendell Holmes que, muito em razão de sua atividade como juiz, entende que, para além do raciocínio silogístico, é preciso buscar na experiência em si, nas aspirações políticas e ideológicas de uma sociedade, o fundamento para a aplicação direito, embora não negue a importância do direito positivo.

Note que, se a teoria de Bentham assemelha-se à busca dos fins da norma de Ihering, as lições de Holmes consolidam a sociologia como parâmetro para a busca do direito aplicável no caso em concreto, levando em consideração também os valores em jogo nos casos judiciais[72].

---

[70] Idem, p. 56.
[71] VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito** – definições e fins do direito; os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150.
[72] DINIZ, op. cit., p. 61.

2.5. Influências das Escolas Hermenêuticas no Brasil

No Brasil, foi forte a influência da escola da exegese, conforme se depreende do episódio que inaugura este capítulo, no qual – para recordar – o magistrado sulista fora processado e condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por negar-se a aplicar a lei local no que concerne à condução pelo juiz dos trabalhos no Tribunal do Júri, ao que Rui Barbosa chamou "Crime de Hermenêutica".

Certamente a tradição dogmática do direito encontra grande ressonância no meio jurídico, sendo que até os dias atuais há juristas que ousam dizer que o direito é a lei. No entanto, por certo, boa parte adota as lições históricas e sociológicas do direito, conforme veremos nos próximos capítulos.

Como se sabe, somente podemos falar em produção jurídica no Brasil a partir de 1824, com a Constituição do Brasil Império e sobretudo com a Constituição Republicana de 1891. Entre estas duas constituições, seguindo a tradição francesa, o Brasil consolidou sua independência sob o Império da Lei, com o advento do Código Comercial, Código Penal e, em 1899, os trabalhos de Clóvis Bevilacqua finalizaram com o que, após revisões pelo Parlamento, viria a ser o Código Civil de 1916.

Vale lembrar que o Código Civil de 1916 entrou em vigor em 01 de janeiro de 1917, sendo que a previsão de sua edição já se encontrava na Constituição Federal de 1824. Ocorre que a incumbência de elaborar o Código fora passada para diversos juristas, com destaque para Teixeira de Freitas, que elaborou a Consolidação das Leis Civis, que, apesar de não ter sido aproveitada no Brasil em razão da demora na sua conclusão, serviu de inspiração para o Código Civil da Argentina.

Somente em 1899 Clóvis Bevilaqua assumiu o encargo e entregou em 1900 o Código Civil ao governo republicano. Referida obra adveio de um trabalho de cátedra do autor, debruçado sobre os códigos da França e da Alemanha, destacando-se a forte influência das lições de Savingy e de Ihering no pensamento de Bevilaqua.

Com início de uma tradição jurídica em território nacional, diversos pensadores de relevo surgem em nosso país, desenvolvendo trabalhos doutrinários

com vistas à interpretação da norma, cada qual seguindo determinada escola das acima mencionadas.

Merece destaque especial o trabalho de sistematização da hermenêutica realizada por Carlos Maximiliano, autor que vimos utilizando ao longo deste trabalho e que é citado por praticamente todos os manuais pátrios voltados à Introdução ao Estudo do direito.

2.6. Espécies de Interpretação Consolidadas

Com base na análise das escolas hermenêuticas do direito, criou-se tradição, também adotada no Brasil, de sistematizar os meios de interpretação da norma, que passamos a expor, fulcrados na lição de Paulo Hamilton Siqueira Junior[73].

A tradição jurídica pátria assinala as seguintes espécies de interpretação da norma: as que consideram o sujeito de que emana a norma (quanto à origem); as que consideram os métodos de interpretação (quanto ao método); as que consideram o alcance da norma (quanto ao alcance).

2.6.1. Interpretação quanto à origem.

Subdividem-se em:

a) Autêntica;

b) Judicial;

c) Doutrinária;

a. Interpretação Autêntica. É aquela realizada pelo legislador, que expõe os motivos para a elaboração da norma jurídica, bem como os aspectos que levou em consideração para a elaboração desta.

Poderia ser tomada como a interpretação genuína, pois, em tese, nada como aquele que criou o texto para lhe conferir o real alcance e sentido.

[73] SIQUEIRA JR. Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144 e ss.

No entanto, sabemos que, uma vez produzido, o texto ganha vida no corpo social em que circula, tornando-se, muitas vezes, desprovida de atualidade a interpretação autêntica da norma, especialmente se o que é considerado é a norma jurídica objetivamente, e não a impressão (subjetivamente) do autor do texto jurídico.

De acordo com a linha de pesquisa que vimos desenvolvendo, não há que se falar em buscar a vontade do legislador, antropologicamente considerado, rechaçando-se desde já as teorias subjetivistas da interpretação da norma, haja vista que o texto, uma vez produzido, já não mais pertence à instância da enunciação, sendo certo que a interpretação textual, para ser considerada cientificamente válida, deve distanciar-se desta forma de concepção.

Afinal de contas, tratando do tema filiação, qual vantagem adviria do fato de sabermos quem foi efetivamente o elaborador daquelas prescrições legais. Miguel Reale? Villaça? Além disso, há tantas emendas, alterações e correções do texto legal que, para pôr fim a este tipo de busca infundada, podemos assumir que o elaborador da norma são os representantes do povo brasileiro.

b. Interpretação Judicial. A todo o momento, os magistrados realizam a tarefa de aplicar a norma ao caso concreto.

Proferir uma decisão judicial significa tornar o comando legal, geral e abstrato, em norma particular, considerando os aspectos do caso em concreto. Neste momento, o magistrado deve se valer de todo o seu conhecimento para extrair da lei o seu real significado, quando confrontado com a demanda em análise.

O tema interpretação judicial já rendeu muita discussão, especialmente no auge do fetichismo normativo, quando não era dado ao magistrado senão aplicar raciocínio silogístico para depreender a lei aplicável ao caso concreto, conforme já tratamos linhas acima.

No entanto, conforme foi visto ao longo do presente capítulo, na medida em que os sistemas jurídicos tornam-se obsoletos ou ineficazes diante das sociedades complexas que pretendem organizar, cada vez mais as decisões judiciais ganham espaço na área jurídica, especialmente com o advento das súmulas vinculantes, em nosso ordenamento, que sinalizam para a concreção definitiva da jurisprudência como fonte de direito e não apenas como fonte indireta, mero exercício de reflexão sobre o texto legal. A este tema retornaremos no próximo capítulo.

c. Interpretação Doutrinária. Diz respeito ao parecer dos renomados juristas a respeito de determinado texto legal. Todos nós sabemos que, toda vez que nova lei passa a integrar o ordenamento jurídico, surgem diversas dificuldades em se determinar o seu real alcance e sentido.

É esta oportunidade de a comunidade jurídica se deter na leitura de textos de comentaristas das leis que, a cada alteração legislativa, abastecem o mercado jurídico com várias obras cuja finalidade é de interpretar o novo texto legal, influenciando diretamente a interpretação dos operadores do direito, em especial do juiz, criando nessa simbiose o que chamamos de jurisprudência.

Muitas vezes, é graças aos estudos de doutrinadores que se torna possível a criação de um novo instituto no âmbito jurídico. Caso exemplar é o instituto da união estável que, de construção doutrinária, por meio de textos forenses, tornou-se jurisprudências (Súmula 385 do STF) e, desde o advento do atual Código Civil, tornou Instituto reconhecido por nossa legislação.

2.6.2. Interpretação quanto ao método

Levando-se em consideração o método utilizado para a aplicação da norma, expõem-se os ensinamentos da escola tradicional e da escola científica de Geny. Há autores que entendem que há uma ordem de utilização dos métodos que deveria ser observada, cuja ordem seria:

a. Método gramatical. A interpretação gramatical seria a primeira forma de se ter contato com a norma jurídica. O legislador, para traduzir seu pensamento e fazê-lo circular em sociedade, deve expressá-lo por meio de intermediário linguístico.

E o pensamento vai se desenvolvendo por meio de estruturas sintáticas e escolhas semânticas. É justamente por meio da interpretação gramatical que se torna possível depreender o sentido e alcance da norma.

Há que se considerar, no entanto, que a primeira vez que este método foi exposto para depreender o sentido da lei, a intenção era a de evitar que o intérprete se sentisse livre para compreender os mandamentos legais da maneira como bem

entendesse. Ao contrário, estava em perfeita consonância com a ideia de que a lei continha todo o sentido, bastando o intérprete declará-lo.

Contudo, de acordo com a teoria dos signos linguísticos, o sentido de um signo é dado socialmente, em que pese o falante não poder mudar nada em um signo, posto que ele é social.

Ora, apenas em Estados Autoritários é possível conferir a um significante apenas um significado. Já em Estados Democráticos, o sentido do signo deve ser dado dialogicamente, havendo sérias dificuldades em conferir ao signo apenas um sentido, espelhando a vontade da lei.

Para citar apenas um exemplo, é comum em aulas de Diretos Humanos e Cidadania, ao tratar dos anos 60 a 80 no Brasil, quando imperou a ditadura militar, haver estranhamento de estudantes mais velhos ou que frequentaram escolas militares ao ouvirem o termo Ditadura Militar, uma vez que para eles o que houve no Brasil foi efetivamente uma Democracia Militar. O que dizer? Cada tempo com suas construções semânticas...

b. Método lógico-sistemático. Uma palavra, isoladamente, não possui necessariamente o mesmo significado quando colocada em determinado contexto discursivo. Do mesmo modo, uma oração, uma frase e um texto como um todo ganham maior sentido quando confrontado com os demais que pertencem ao mesmo universo discursivo.

É assim que a tarefa do intérprete da lei, iniciada gramaticalmente, ganha realce com o confronto de seus ditames de acordo com os preceitos da lógica formal, além de considerar aquele artigo de lei, aquele parágrafo, inciso ou alínea, não isoladamente, mas como parte integrante de um todo legislativo, quando ganha maior significação.

Atualmente, todos os ramos do direito devem ser interpretados de acordo com os mandamento e princípios constitucionais, sendo comum se falar em Direito Civil Constitucional, Direito Penal Constitucional etc.

No caso que analisamos no início deste capítulo – que tratava da condenação criminal de um juiz de direito em virtude de negar aplicação à norma prevista na Constituição do Rio Grande do Sul tratando do procedimento do Júri – vimos que o

Supremo Tribunal Federal entendeu que o juiz poderia deixar de aplicar norma estadual, desde que esta ferisse a constituição.

Eis um exemplo de interpretação lógico-sistemática da lei, ou seja, considerando que o ordenamento jurídico é um todo harmônico, as normas não podem colidir, sob pena da norma hierarquicamente inferior ser considerada inconstitucional, quando em confronto com norma constitucional.

c. Método Histórico. É preciso que o intérprete faça uma análise diacrônica da norma jurídica, ou seja, de seus antecedentes históricos, as motivações de determinado legislador em determinado tempo para a elaboração de um texto legal.

É o que Maximiliano chamaria de ocaso jurídico, alinhado com as lições de Savigny e Puchta que pretendiam ver na história de determinada civilização a sintaxe do discurso jurídico, apontando para um direito decidido caso a caso, na medida da evolução de determinada sociedade.

Seria por este mecanismo que se aproximaria a vontade da lei, expressa pelo legislador, dos anseios de determinada sociedade. Havendo discrepância entre ambos, dever-se-ia operar a revogação da norma pela conduta social consolidada em um costume.

d. Método Sociológico. Além de uma análise diacrônica, muitas vezes é necessário fazer um recorte de determinado momento histórico para depreender, agora sob o método sincrônico, as causas sociais que influenciaram na aplicação de determinada norma.

Ora, os valores sociais compartilhados em determinado tempo e espaço só podem ser diversos daqueles que permeiam a sociedade em outro tempo e espaço. É aí que a análise sociológica das normas jurídicas ganha maior relevo.

De acordo com posicionamento filosófico de autores tais como Carlos Cóssio e sua teoria egológica, que enxerga o direito como um fenômeno incorporado na vida do *ego*, e no embate entre diversos sujeitos sociais. Seria no seio da sociedade que o conceito de direito seria forjado, devendo o intérprete atentar a esta questão.

Conforme veremos mais adiante, há autores de direito de família que a consideram mais um ‘fato-de-família’ do que um Instituto jurídico, vale dizer, a família é criada no âmbito social, quando vontades colidentes determinam um *animus* de

viverem afetivamente. Diante de tal manifestação de vontades, cabe ao direito apenas reconhecê-las e a elas conferir validade jurídica.

e. Método Teleológico. Neste caso, o que se busca é a *mens legis* no que concerne a sua finalidade, baseado nos estudos das escolas alemãs que dão especial relevo à finalidade da lei quando foi elaborada, para além da sucinta análise de seus elementos meramente formais e gramaticais.

Este tipo de interpretação e de pensar o direito guarda relação direta com recentes julgamentos de nosso Pretório Excelso quando, por exemplo, tratam das leis de cotas para ingresso em ensino superior, o que causa ásperos embates jurídicos entre aqueles que entendem que a igualdade formal e material não pode coexistir com diferenciações raciais para beneficiar os indivíduos.

No entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que se trata de ações afirmativas, cuja finalidade é reparar discrepâncias sociais evidentes advindas da escravidão que assolou o Brasil nos primeiros séculos de sua existência. Tal como toda ação afirmativa, após cumprir sua finalidade (de aparar as arestas históricas e dirimir as diferenças sociais), as leis de cotas, por exemplo, perderão sua razão de ser, como seria o caso de uma norma que previsse cotas para mulheres no atual contexto, por exemplo.

2.6.3. Interpretação quanto ao alcance

A fim de determinar o que pretendia o legislador na elaboração da norma, com vistas a adequar sua aplicação à análise dos casos em concreto, propõem-se as seguintes possíveis interpretações quanto ao alcance:

a. Interpretação Declarativa. O intérprete, diante da clareza do texto legal, deveria apenas declarar seu sentido e alcance, aplicando-o exatamente do modo como foi publicado, sem estendê-lo ou restringi-lo com vistas a conformar a vontade da lei ao caso em concreto.

No caso, por exemplo, da determinação legal de que a menoridade penal cessa aos 18 anos, não caberia ao intérprete reconhecer a aplicação de pena a um rapaz que conta com 17 anos, 11 meses e 29 dias, por entender que já teria

discernimento suficiente para compreender a conduta ilícita de seu ato. Ora, se o legislador disse 18 anos, não quis dizer nem mais nem menos, tampouco atribuir este juízo ao arbítrio do intérprete.

b. Interpretação Extensiva. Neste caso, o intérprete amplia o alcance da norma, procedendo a uma análise extensiva de seus ditames a fim de aproximá-lo do caso em concreto.

É sempre bem-vindo o exemplo de Bobbio, no qual se aplicaria norma que prevê a proibição de circulação de textos pornográficos em determinada região na hipótese de haver um Compact Disc (CD) com conteúdo pornográfico, com vistas a cumprir o comando legal. Nestes casos, sempre quanto mais abrangente a definição legal do objeto, menor a necessidade da aplicação de interpretação desta natureza.

c. **Interpretação Restritiva.** Nesta hipótese, à luz do caso em concreto, o intérprete limita o alcance da norma a fim de ajustar à vontade da lei. Seria o caso, por exemplo, de dar interpretação adequada à norma que proíbe a circulação de animais nas estações de trem de determinado local.

Este episódio, inclusive, ocorreu na cidade de São Paulo, onde uma advogada com deficiência visual foi sistematicamente proibida de ingressar no Metrô com o auxílio de um cão-guia, diante do impeditivo legal. Ora, coube ao Judiciário dar interpretação restritiva à proibição para torná-la conforme aos anseios previstos na Constituição (liberdade de locomoção do cidadão e dignidade da pessoa humana), uma vez que impedir a entrada de animais, nesse caso, impediria a gozo de um bem colocado, pelo Estado, à disposição de todas as pessoas, portadoras de deficiência ou não.

2.7. Critérios de interpretação – perspectiva semiótica

Como pudemos notar ao longo desta breve incursão nas escolas de interpretação da norma jurídica, dependendo da perspectiva ideológica ou temporal do intérprete, pode variar sua relação de aproximação ou distanciamento com aquilo que é previsto pela norma jurídica.

Nesta altura, pode ser produtiva a noção de quantificação subjetiva proposta por Tatit ao tratar da semiótica tensiva de Fontanille e Zilberberg, bem como o

capítulo de “Tensão e significação”[74], obra dos referidos autores que trata do valor e das noções de valores do absoluto e valores do universal, a fim de organizar as diversas correntes e as tendências por esta ou aquela maneira de interpretar o discurso jurídico.

Ao tratar do valor à luz da semiótica, Fontanille e Zilberberg esclarecem que:

> Para Greimas, essa problemática é dupla: trata-se de formular uma mediação entre os valores linguísticos, em princípio estritamente diferenciais e ‘vazios de conteúdo’, e os valores narrativos, os quais, na perspectiva greimasiana, são considerados como imanentes ao devir do sujeito em busca do ‘sentido da vida’. Em segundo lugar, se se admite que o percurso gerativo declina as diferentes classes de valores – valores aferentes às estruturas elementares de significação, valores modais e temáticos aferentes às estruturas narrativas de superfície, valores discursivos – a reflexão sobre os valores acaba por se confundir com outra, referente à *conversão* dos valores de um nível ao outro e indica uma certa incompletude da semiótica greimasiana atual.[75]

Mais adiante, os autores vão propor que:

> (...) do ponto de vista figurativo, ou seja, das categorias atestadas somente no plano de conteúdo, admitiremos que o espectro do valor possui termos extremos: para intensidade, os valores do *absoluto*, onde domina o foco; para a extensidade, os valores de *universo*, onde domina a apreensão; mas, tanto num caso como no outro, trata-se apenas de um dominante: os valores de absoluto prevalecem em detrimento dos valores de universo, e reciprocamente.[76]

Vale esclarecer que, considerando a tensão havida entre os termos, a predominância de um valor sempre pressupõe a diminuição do outro, proporcionalmente, embora ainda seja possível atestar a existência do valor contrário.

É aí que entra em jogo a noção de ‘vazio de sentido’ e quantificação subjetiva. Tatit, ao analisar “Às margens da alegria”, de Guimarães Rosa, que trata da história de um menino que se depara com o que o autor chama de acontecimento extraordinário enfoca o tema:

> Na realidade, são muitos os pensadores que já se debruçaram sobre as circunstâncias que cercam esses acontecimentos extraordinários e suas implicações estéticas, mas poucos conseguiram, como Greimas, fazer dessa reflexão uma espécie de introdução a um estudo sistemático da apreensão artística. Pois encontramos também em Guimarães Rosa um

---

[74] FONTANILLE, Jacques; ZILBERBERG, Claude. **Tensão e significação**. Trad. Ivã Carlos Lopes, Luiz Tatit, Waldir Beividas. São Paulo: Humanitas FFLCJ-USP, 2001.
[75] Idem, p. 40.
[76] Ibidem, p. 45

> brilhante equacionamento desse estudo em seu conto 'As margens da alegria'.[77]

Nesses eventos, descreve o autor, a tendência é a dissemantização dos valores de mundo então havidos para, então, ressemantizá-los de acordo com aquele evento, com o qual o sujeito pretende permanecer em estado de conjunção.

No entanto, curiosamente, esta conjunção com seu objeto-valor é tensa, pois, bem sabe o sujeito que a qualquer momento referida conjunção pode ser desfeita pela atuação do antissujeito.

Aplicando as noções de valores de absoluto e valores de universo e a referência à obra de Tatit, conforme já tivemos a oportunidade de descrever, o evento da Revolução Francesa foi algo nunca antes experimentado na história das sociedades políticas ocidentais, uma vez que, ao romper com as balizas políticas do Antigo Regime, pôs em funcionamento um sistema de previsões legais capaz de fazer valer os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade.

Temos, neste momento histórico, a dissemantização dos valores que pertenciam ao antigo regime, que passam agora a processo de semantização de acordo com ideais revolucionários. Pegue-se como exemplo a noção de /soberania/, que é transferida do Monarca Absolutista para o povo (*demo*cracia).

Era justamente esta a preocupação dos pensadores que arquitetaram a ruptura com o *ancient regime* por meio da criação de grandes monumentos jurídicos que teriam o condão de prever a vida do jurisdicionado em todos seus aspectos, para que não se vissem obrigados a se submeter ao arbítrio do soberano.

Neste caso, o antissujeito era representado pelo juiz que, sob a pretensão de analisar discricionariamente as ocorrências em sociedade, punindo ou absolvendo os cidadãos, fazia este arbítrio valer como impunidade dos poderosos e excesso de rigor aos menos validos.

É assim que, partindo para um processo de criação de texto legal codificado, certamente o que se buscava não era o aprisionamento do sujeito, mas sim a limitação da discricionariedade do juiz para que este não agisse em descordo com os anseios da Revolução, momento epifânico com o qual os revolucionários

[77] TATIT, Luiz. Semiótica à luz de Guimarães Rosa. São Paulo: Ateliê Editorial, 2010, p. 46.

desejavam manter-se em conjunção. O que duraria tanto mais tempo quanto as mãos do juiz estivessem engessadas, quanto mais este se tornasse a boca da lei.

A fim de operar o fechamento dos valores revolucionários e livrá-los da *generalização* das decisões judiciais arbitrárias, o Código Civil de Napoleão ganhava contornos de valor de absoluto, ou seja, descrevia minuciosamente o dever-ser em sociedade e de que maneira o juiz deveria aplicar a norma jurídica.

Antes de acusarem de se estar utilizando ferramental específico da análise do discurso da arte para aplicação em algo próprio do discurso da vida, vale a informação de que Zilberberg e Fontanille utilizam a obra de Tocqueville, “Democracia Americana” para desenvolver as explicações deste momento de sua obra.

É assim que os operadores da escola da exegese, maravilhados com a perfeição que tinham então alcançado com a elaboração da codificação civil, concentrando (*intensividade*) todo o direito civil em um diploma legal, passaram a aplicar, de forma literal, suas disposições. Note-se que este processo pressupõe uma triagem dos valores distribuídos em sociedade para, a partir daí, tratar seus objetos de modo absoluto.

Sob esta concepção, é natural que ganhem relevo os critérios de interpretação que valorizam os traços de /concentração/, dos valores de absoluto. É por isso que, na primeira fase da escola da exegese, predominaram os seguintes mecanismos de interpretação que valorizavam positivamente a triagem e o fechamento, negando a possibilidade de considerações outras que não aquelas previstas pelo legislador: quanto à origem, a interpretação autêntica; quanto ao método, lógico-gramatical ou, quando muito, lógico-sistemático; quanto ao alcance, declarativa.

Sem dúvida, a maior extensidade dos *valores de absoluto* e da concentração encontra-se na já mencionada possibilidade do *non liquet*, ou seja, do magistrado deixar de proferir sentença por inexistir previsão legal nesse sentido, bem como na tarefa das Cortes de Cassação de rever decisões judiciais em desacordo com a norma jurídica, submetendo os casos omissos ao Poder Legislativo para a adequada interpretação.

Assim, o fazer missivo do magistrado era conduzido pelo *crer* que o Código Civil era sua ferramenta de trabalho perfeita, plena e acabada, não havendo necessidade de recorrer a quaisquer outros critérios, uma vez que ali o sistema jurídico encontrava-se aperfeiçoado.

A noção de quantificação subjetiva apresenta-se como a ferramenta mais eficaz para tratar de gradações de sentido nas ciências humanas, uma vez que seria um contrassenso tentar sistematizar tal área do saber com previsão matemática, objetiva.

Como esclarece Tatit, "Claude Zilberberg introduz os elementos *mais* e *menos* (e suas combinatórias) como se fossem 'sílabas' tensivas responsáveis pelos graus de ascendência e descendência no plano da intensidade"[78].

Utilizando este tipo de gradação, tem-se que o excesso de concentração, de intensidade, cria um grau de saturação (*mais mais*), que acaba por tornar necessária a sua distenção.

No caso do Código de Napoleão e do modelo exegético, por óbvio, a reafirmação constante de valores de absoluto tornou aquelas previsões legais distantes da realidade *(rarefação*), uma vez que eram avessas à mistura e incorporação de outras possibilidades de visão da sociedade em que operava efeitos.

É assim que a Escola da Livre Interpretação ou Livre Interpretação Científica do Direito surge como opção no momento em que o sistema se mostra não tão fechado e não tão perfeito assim (*menos mais*).

No entanto, ainda sem negar os valores de absoluto, com o fito de ainda se manter em conjunção com os valores trazidos pela Revolução Francesa, busca trabalhar apenas no eixo das lacunas da lei, ou seja, quando a lei faltar, possível é devolver a noção de completude do sistema por meio da colmatação de tais lacunas. Aqui, podemos dizer que há a distenção dos valores de absoluto e a pressuposta extensão dos valores de universo, de abertura.

Por este aspecto, conferindo uma redução da concentração anterior, dando menos relevo à noção de completude do ordenamento jurídico, torna possível a

[78] TATIT, L, op. cit., 74.

aplicação de critérios rigorosos de outras áreas do saber a fim de preencher as lacunas do ordenamento.

O sistema torna-se *menos* fechado. Como se sabe, os processos de preenchimento das lacunas da lei foram sistematizados em nosso ordenamento, por meio do art. 4° da LINDB. Tais lacunas só podem ser resolvidas recorrendo o intérprete ao costume (*praeter legem)*, à analogia (*legis*) e aos princípios gerais de direito, mantendo relação de proximidade com a codificação civil, vale dizer, não se revoga a lei por meio de uma interpretação; permite-se trabalho intelectivo do magistrado apenas na *ausência de lei*.

Certamente, este tipo de compreensão do ordenamento, que caminha para a distenção, abre possibilidades que tendem para a outra ponta dos valores, ou seja, valores de universo. Neste caso, considera-se o sistema aberto, admitindo-se a mistura de diversos valores, para depois estabelecer alguma forma de triagem.

No limite da extensividade dos valores de absoluto, ganham relevo as escolas que propõem a análise histórica e sociológica do direito, para fora do ferrolho da norma jurídica, passando pela situação intermediária (*menos abertura)* quando tratamos da análise teleológica do legislador que, a princípio, indica que a lei deve ser considerada como ponto de partida, mas aplicada conforme as relações que estabelece com o caso em concreto, a fim de graduar o alcance semântico de seus termos.

No exemplo que já citamos da entrada de cães em estação de trem, quando o intérprete opera interpretação restritiva da lei, torna menor o alcance da expressão legal, quando estende, aumenta sua significação semântica, sempre tendo como norte o que é declarado pelo texto legal, diga-se, literalmente considerado.

Nestes últimos casos, a fim de sistematizar os mecanismos de interpretação da norma, podemos afirmar que, quanto ao método, conforme salientado no parágrafo anterior, aqueles que devem ser utilizados quando os valores de absoluto operam com diminuição da melhoração são o histórico, sociológico e teleológico, uma vez que partem da análise da norma sob pontos de vista externos ao sistema de leis; quanto à origem a interpretação é cada vez mais judicial; quanto ao alcance, afastando-se da literalidade da lei, aproxima-se o intérprete da interpretação cada

vez mais extensiva da norma que gera benefícios ao jurisdicionado e restritiva, quando causa gravame a este.

Veja que nesses casos, ainda, não há disjunção do intérprete com os valores do absoluto da norma civil, pelo contrário, parece que operam sua abertura justamente para salvá-lo como norte de compreensão das relações sociais juridicamente relevantes, vale dizer, a partir do Código Civil.

Enfim, atinge-se o limite da abertura com as lições da escola do direito livre, que chega ao ponto de negar a relevância do direito codificado, admitindo, inclusive, o julgamento do magistrado por meio do mero arbítrio, razoavelmente delineado da análise das provas colacionadas ao processo.

Como alertam Zilberberg e Fontanille:

> Delineia-se, assim, uma sintaxe dos tipos de valores, que permitiria descrever 'a vida' e a 'morte' das axiologias e até o grau de interesse e de desinteresse dos sujeitos que as utilizam: a banalização, por exemplo, num regime de valores de absoluto, conduz, progressivamente, não à vitória dos valores de universo, mas uma *decomposição axiológica*, assim como, num regime de valores de universo (uma democracia, por exemplo), a *marginalização*[79]

Portanto, sob o critério da quantificação subjetiva dando *mais* relevância ao sistema codificado ocorre a banalização do conceito de sistema fechado e acabado, passível apenas de interpretação lógico-gramatical. De outra banda, a negação total das normas, torna os fundamentos do direito *generalizados*, dando a entender que tudo é possível, de acordo com o arbítrio dos magistrados, o que também é prejudicial à interpretação jurídica neste extremo, valendo citar o caso do juiz que acaba por se tornar um 'xerife' ou 'tirano do judiciário' por se julgar capaz de decidir sobre o certo e errado dos casos judiciais de acordo com seu próprio universo axiológico.

Desta breve análise, é possível colocar em funcionamento o modo de aplicação da teoria semiótica que será de grande relevo ao final deste trabalho, conforme segue nas palavras de Zilberberg e Fontanille:

> a) os valores de universo supõem a predominância da valência da abertura sobre a do fechamento e a predominância da valência da mistura sobre a triagem; em relação à primeira, a abertura vale como *livre* e o fechamento como *restrito*, ou até *apertado*; em relação à segunda, o misturado é

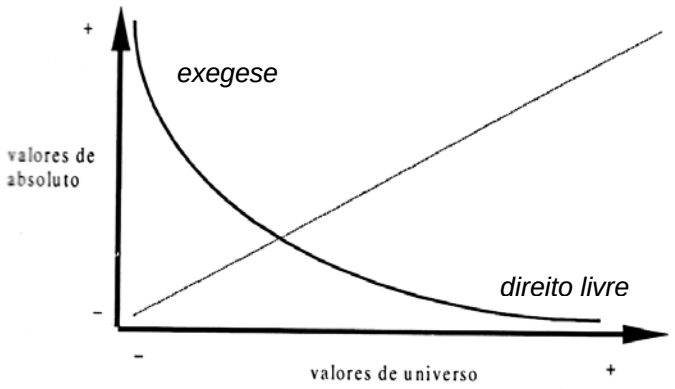
[79] FONTANILLE, J.; ZILBERBERG, C., op. cit, p. 56-57.

> avaliado como *completo* e *harmonioso* e o puro é depreciado como *incompleto* ou mesmo imperfeito ou *desfalcado*;
> b) os valores de absoluto supõem a predominância da valência de fechamento sobre a da abertura e a predominância da valência da triagem sobre a mistura; em relação à primeira, o fechado vale como *distinto* e o aberto como *comum*; em relação à segunda, o misturado deprecia-se por ser *disparatado* (cf. na isotopia religiosa, o profano, ou mesmo o sacrilégio), e o puro aprecia-se justamente por ser *absoluto*, sem concessão (cf. o sagrado)."[80]

Cabe ponderar que todas as escolas hermenêuticas acima expostas, de todo modo, ainda operam tendo como força centrípeta o discurso legislativo do Código Civil, quer seja adotando seus ditames de maneira absoluta, quer seja negando gradualmente os valores de fechamento, sendo certo que quando a Escola do Direito Livre busca se libertar daqueles valores de então não migra para os valores de universo, mas apenas degrada o sistema ao qual se opõe, sem, no entanto, aparentemente, conferir caminho adequado como alternativa ao padrão vigente.

Observe abaixo uma proposta de organização das escolas modernas de hermenêutica jurídica com base na reflexão semiótica acima traçada:

Figura 7



2.8. Sintaxe do discurso jurídico na Modernidade

Admitindo que as referidas escolas hermenêuticas modernas sempre partem da análise do ordenamento jurídico, quer seja para afirmar sua completude, quer seja para negá-la, resta proveitosa a análise de Landowski e Greimas a respeito do alicerce semio-narrativo do discurso jurídico sob esta perspectiva.

[80] Idem, p. 53

Conforme vimos estudando no primeiro capítulo, no percurso narrativo da sanção dos actantes dispostos na norma jurídica, a performance do sujeito-manipulado, determinada pelo fazer-persuasivo do legislador-manipulador, se submete ao fazer interpretativo do actante juiz, que deverá lançar mão de certos critérios para operar seu julgamento, o que faz informado pelas escolas jurídicas mencionadas neste capítulo, que tratam das possibilidades de interpretação da norma para resolução do caso em concreto.

Oportunamente, pedimos licença para recuperar trechos de texto nosso que compôs dissertação de mestrado cujo foco, do mesmo modo, foram as lições de referidos autores a fim de determinar semioticamente como se dão as relações entre o Poder Legislativo, responsável pelo que denominamos produção legislativa, e o Poder Judiciário, que opera a verificação judicial das ações dos sujeitos à luz das normas do parlamento.

Na obra "Semiótica e Ciências Sociais"[81], Greimas propõe que o discurso jurídico é amparado em duas isotopias, a primeira pertencente aos domínios da língua natural e a segunda expressa em linguagem jurídica, que possui sintaxe e dicionário próprios.

O discurso jurídico, dentre tantos outros, como o discurso científico em geral, enuncia-se por meio de uma linguagem própria que é criada assumindo termos da língua natural e conferindo a eles especificidade semântica, ou seja, transformando termos manifestamente polissêmicos em monossêmicos, como é o caso da linguagem jurídica.

Com efeito, o discurso jurídico, apropriando-se da língua natural, dá a seus termos significações específicas, por meio de dicionário próprio que, não por isso, deixa de manter relações com a língua natural da qual se utiliza (no nosso caso, o português).

Ao lado do dicionário jurídico, há a gramática jurídica, que estabelece a maneira como os elementos paradigmáticos estabelecerão relações sintagmáticas e, dessa forma, desencadearão o discurso jurídico.

[81] GREIMAS, Algirdas Julien. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1976.

O discurso jurídico se baseia em uma dupla isotopia: a primeira que se refere ao discurso legislativo e a segunda que se refere ao discurso referencial. O discurso legislativo é composto de enunciados performativos e normativos que conferem existência jurídica a determinados fatos e pessoas que advêm do discurso referencial, entendido como o próprio mundo social anterior à fala que o articula[82].

Relação curiosa esta que remete diretamente às peculiaridades do discurso jurídico que, não obstante ser criado a partir de determinada língua natural, dela se destaca ao criar uma sintaxe e semântica peculiar, apropriando-se dos termos destacados daquele discurso, que lhe é referência.

É assim que podemos dizer que o nível legislativo vai atribuir sentido jurídico para determinados fatos do nível referencial, que se entende como um *a priori* lógico que a fala legislativa apenas descreve e organiza.

Como já se disse, o discurso jurídico possui uma gramática própria, que só recepciona aquelas construções que se mantenham intactas diante de seus critérios próprios de verificação, uma vez alçadas do nível referencial. Da mesma forma, como também já se viu, possui uma semanticidade própria, ou seja, um dicionário jurídico autônomo.

Para recordar, no caso de /filiação/, nem tudo que pode ser assim considerado no dicionário da língua natural é recepcionado pela semântica específica do discurso jurídico, apto a conferir-lhe consequências nesta área discursiva.

Como se dá, então, a passagem dos fatos do nível referencial ao nível legislativo? Por meio do que se denomina ‘prática jurídica’.

Antes de compreender melhor esta intrincada relação, expomos o seguinte quadrado semiótico formado a partir da oposição /gramaticidade/ x /semanticidade/, extraído do livro ora em debate, que corresponde ao nível fundamental da relação entre o discurso referencial e o discurso jurídico

(copiar quadrado da pg. 70, Figura 8).

[82] Idem, p. 73-74.

Pois bem, com base no quadrado colacionado, vejamos como definir o que se entende por produção legislativa e verificação judicial.

Produção legislativa é o mecanismo de que se vale o legislador para a elaboração das leis, transformando elementos juridicamente assemânticos do discurso referencial em juridicamente semânticos, ao integrá-los à gramática jurídica, ou seja, no campo das prescrições e proibições legais.

Para melhor exemplificar o que está sendo dito, convém retomar o tema Direito de Família, que é um fato advindo do discurso referencial para verificarmos como o legislador dá a esse fenômeno revestimento jurídico, conferindo-lhe gramaticalidade e semanticidade próprias.

Podemos bem notar que a norma jurídica trabalha sobre uma dupla isotopia, do nível referencial e do nível legislativo. Se, por um lado, não há dúvidas de que o direito surge como regramento de relações intersubjetivas preexistentes no nível referencial, por outro faz delas seu discurso, conferindo-lhe semanticidade jurídica.

No caso de celebração do casamento, a partir do momento em que as relações havidas entre os actantes envolvidos passam a ser consideradas juridicamente relevantes e cria-se todo um regramento sobre o tema, os atos que assim são regulados deixam de depender da vontade dos sujeitos e se tornam um dever-fazer para os mesmos, de acordo com as prescrições e proibições que se apresentam por meio de normas jurídicas.

Ocorreu, então, produção legislativa, ou seja, um termo provido de gramaticalidade jurídica (o corpo abstrato da norma, as transformações de estado e os actantes) é revestido por ato pertencente ao nível referencial, juridicamente assemântico, portanto, e que passa a ter semanticidade jurídica, tornando-se parâmetro de conduta social, pela fala do legislador.

Uma vez determinadas *a priori,* as relações jurídicas a que o ordenamento jurídico vai conferir traço de juridicidade, é pelo fenômeno da verificação judicial que o destinador-judicador aprecia a adequação de determinada ação ao que é prescrito em lei.

Vale dizer, ao tratar das ocorrências do nível referencial, o destinador-judicador promove o confronto do fato do mundo natural (NATUREZA) com a

prescrição legal (CULTURA), para assim determinar se há semanticidade jurídica de seu conteúdo.

É assim que, diante de ação judicial que pretende a anulação do casamento, o destinador-judicador vai verificar se os fatos trazidos pelas partes em processo judicial estão contemplados nas disposições do Código Civil que tratam das hipóteses de sua anulação, operando a conformidade da conduta ao complexo de normas jurídicas.

A análise dos autores mencionados é plenamente suficiente se admitimos que as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário são nitidamente distintas como pretende o modelo por eles proposto, ou seja, que o Judiciário sempre aceita o discurso legislativo como correto. No entanto, o próprio Landowski admite improvável tal assertiva:

> As coisas seriam simples demais, porém, se a realidade se conformasse tão uniformemente a esses princípios. De fato, todos os praticantes do direito o sabem, e muitos teóricos o admitem, que o juiz, na medida em que supre as lacunas da lei, em que adapta suas disposições, em que contribui para determinar suas condições de aplicação e, enfim, na medida em que se atém, em tudo isso, à sua própria jurisprudência, invade constantemente o papel do legislador e constitui, no mínimo, por este motivo, 'fonte secundária' de direito.[83]

Assim, o que dizer quando o destinador-judicador em sua decisão passa a versar não sobre a adequação da conduta do sujeito de direito ao ordenamento jurídico, mas a respeito da correção da produção legislativa que informa a espécie, por entendê-la em desconformidade com o sistema legiferante?

Mais do que isso, e se partirmos para uma análise que não contempla apenas o sistema da *civil law*, mas também o da *common law*, como operariam os modelos da semiótica jurídica caso a discretização de papéis actanciais não se referisse à dicotomia Legislativa/Judiciário?

A análise, que passaremos a tratar no próximo capítulo, parece pertinente, conforme assevera referido autor:

> Se, do nível actancial em que esse esquema teórico se situa, passarmos ao das instituições jurídicas que dão tradução actorial concreta, deveremos evidentemente contar com algumas reviravoltas: nenhum sistema de direito obedece a uma pura racionalidade definida *a priori*,quer seja formulada em termos narrativos, quer em outros. (...)Isso incita antes a tentar depreender

[83] LANDOWSKI, op. cit., p. 75.

a lógica interna que os diferentes sistemas jurídicos mobilizam para produzir, a partir de um modelo geral que lhes é comum, uma série de variações, muito diversas na superfície, mas não deixando de apresentar, cada uma, uma forma de coerência que lhe é própria. Postulando assim, ao mesmo tempo, a unidade do objeto *direito* e a existência de uma lógica subjacente à diversificação de suas *variantes* de manifestação, a semiótica jurídica deveria, parece-nos, ir ao encontro de certas preocupações centrais do direito comparado[84].

[84] Idem, p. 74-75.

3. Sistemas Legais na *Common law* e na *Civil law*

The common Law of England has been laboriously built about a mythical figure – the figure of "The Reasonable Man". He is an ideal, a standard, the embodiment of all those qualities we demand for the good citizen. No matter what particular department of human life which falls to be considered in these courts, sooner or later we have to face the question: Was this or was it not the conduct of a reasonable man? (A. P. Herbert)

3.1. Noções Gerais

As nações ocidentais, notadamente após a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte e a Revolução Francesa, passaram a organizar-se politicamente por meio de uma Carta Política a que chamamos Constituição.

A primeira Constituição contemporânea é justamente a dos Estados Unidos e data de 1787, a qual, juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa, de 1789, compõem as balizas que definiram todas as Constituições que surgiram posteriormente.

A Constituição de uma Nação é meio pelo qual podemos compreender diversos aspectos a respeito de sua organização, distribuição de atividades, competências, e direitos e deveres dos cidadãos que se encontram atrelados àquele país, quer seja por vínculo de sangue ou por haverem nascido naquele território.

Ao que nos interessa, as Constituições, via de regra, preveem a separação de poderes entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, estabelecendo suas atividades precípuas e os limites para que os três poderes ajam com harmonia com o objetivo de atingir as consecuções sociais estabelecidas na respectiva Carta Política.

Como se sabe, a função essencial do Poder Executivo – quer seja ocupado por um Chefe de Governo, por um Monarca ou por um Presidente – é dar

cumprimento às leis, observados os comandos delineados pela Constituição, bem como a representação de seu país no âmbito internacional; ao Poder Legislativo incumbe essencialmente a tarefa de elaborar as leis que governam determinada nação, vinculando diretamente seus jurisdicionados e também os Órgãos Estatais; ao Poder Judiciário compete aplicar as leis aos casos em concreto sempre que é provocado para dirimir controvérsias, quer seja entre particulares ou entre particulares e o Estado.

Este sistema de tripartição de poderes tornou-se célebre nas lições de Montesquieu em sua obra definitiva "O espírito das leis", embora o gérmen desta noção de que o poder funcionaria de maneira mais eficaz quando dividido, compartimentado, remonta à Grécia Antiga e pode ser encontrado, de modo rudimentar, na obra "Política", de Aristóteles.

Em que pese a relevância e interesse de uma digressão histórica a respeito da formação dos Estados Modernos com base nestas lições e concepções de ordem e controle de atividades, a fim de manter-se fiel aos objetivos aqui traçados, deixa-se de lado este tipo de pesquisa de cunho diacrônico para centrar as atenções deste estudo na análise concomitante de dois modelos de Constituição de Estado Moderno – um deles forjado sob os alicerces da *common law* e outro que se sustenta nas tradições da *civil Law* – o Reino Unido e o Brasil.

O principal interesse é depreender quais são as relações estabelecidas entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário de cada uma destas nações, de acordo com seus contornos constitucionais, caminhando para a organização judiciária de cada um deles para compreender melhor como se dá, na prática, a atividade jurisprudencial nestes Países e a relação de produção legislativa e verificação judicial.

Tal abordagem, fiel ao modelo semiótico até agora desenvolvido, buscará traços de distinção e principalmente de aproximação entre os dois modelos com vistas a encontrar um *medium* de significação jurídica entre os dois sistemas, que são geralmente estudados como absolutamente díspares, mas que uma análise mais detida indicará haver importantes semelhanças e indícios de que podem caminhar para uma futura (mas ainda incerta) comunhão.

3.2. Sistema da *Common law* – Reino Unido

De início, cumpre advertir que a análise do modo de concepção do Reino Unido é desenvolvida por meio de um olhar externo de quem não vivencia diretamente certa cultura de uma Nação e modo de presença de seu povo, alçando apenas depreender, através de textos de cunho político e jurídico, suas linhas mestras com um toque de estranhamento e inevitáveis surpresas.

A primeira questão que salta aos olhos ao embarcar na análise do sistema jurídico do Reino Unido é a constatação de que esta nação não possui uma Constituição escrita, tal como ocorre com o Brasil. No entanto, isto não significa que esteja desprovida de mecanismos que determinam a forma como se constitui.

De acordo com Geoffrey Rivlin:

> Nos países do Reino Unido nós não temos uma constituição escrita para nos dizer como o poder deve ser dividido e exercido. A forma pela qual nós somos governados é obviamente sabida, e muitos livros foram escritos a esse respeito, mas nós não temos o documento que estabeleça tudo isso para nós. Até Outubro de 2000 nós não tínhamos um único documento para garantir nossos direitos como cidadãos (...).[85]

No entanto, referido autor alerta que não há como se negar a existência de um governo constituído e, mais precisamente, de uma separação de poderes, com atividades idênticas àquelas que delineamos no início deste capítulo, com algumas peculiaridades.

As peculiaridades do sistema do Reino Unido consistem em se tratar de uma monarquia parlamentar em que o Rei/Rainha exerce a função de Chefe de Estado, enquanto ao Primeiro Ministro cumpre a função de Chefe de Governo, competindo a atividade legislativa aos membros do Parlamento na *House of Commons and Peers* e na *House of Lords*, e a atividade judiciária cumpre aos juízes. Por certo, a Rainha tem assento em todas as Casas, deliberando e participando da vida política da nação.

[85] "In the countries of the United Kingdom we do not have a written constitution to tell us how power is to be divided up and exercised. The way in which we are governed is of course known, and has been written about in many books, but we do not have a document that sets it all out for us. Until October 2000 we had no single document to guarantee our rights as citizens (…)". (RIVLIN, Geoffrey. Understanding the law. Fifht Edition. New York: Oxford, 2009, p. 35, tradução nossa)

Vale salientar que antes da reforma constitucional do Reino Unido (Constitution Act de 2005), a *House of Lords* cumpria funções tanto em âmbito legislativo quanto no âmbito judicial, tendo ocorrido a separação definitiva de tais funções em 2009, quando a *Supreme Court* foi estabelecida geograficamente e administrativamente fora da *House of Lords*, passando a funcionar efetivamente, desde outubro daquele ano, a fim de cuidar exclusivamente de questões de ordem judicial.

Rivlin nos esclarece que:

> O Ato de Reforma Constitucional estabeleceu a Corte Suprema do Reino Unido. Essa corte tomará a função judicial da Casa dos Lordes, e algumas funções do Comitê Judicial do Conselho Privado. Casos não serão mais ouvidos no Palácio de Westminster onde a Casa dos Lordes está situada, mas em um novo edifício da Suprema Corte (...)[86]

3.2.1. Sistema Judiciário do Reino Unido

3.2.1.1. Distribuição de competências

Feito este esclarecimento, cumpre expor o mecanismo judicial existente no Reino Unido, ou seja, como se dá a repartição das atividades jurisdicionais de cada um dos órgãos que compõem seu sistema judiciário.

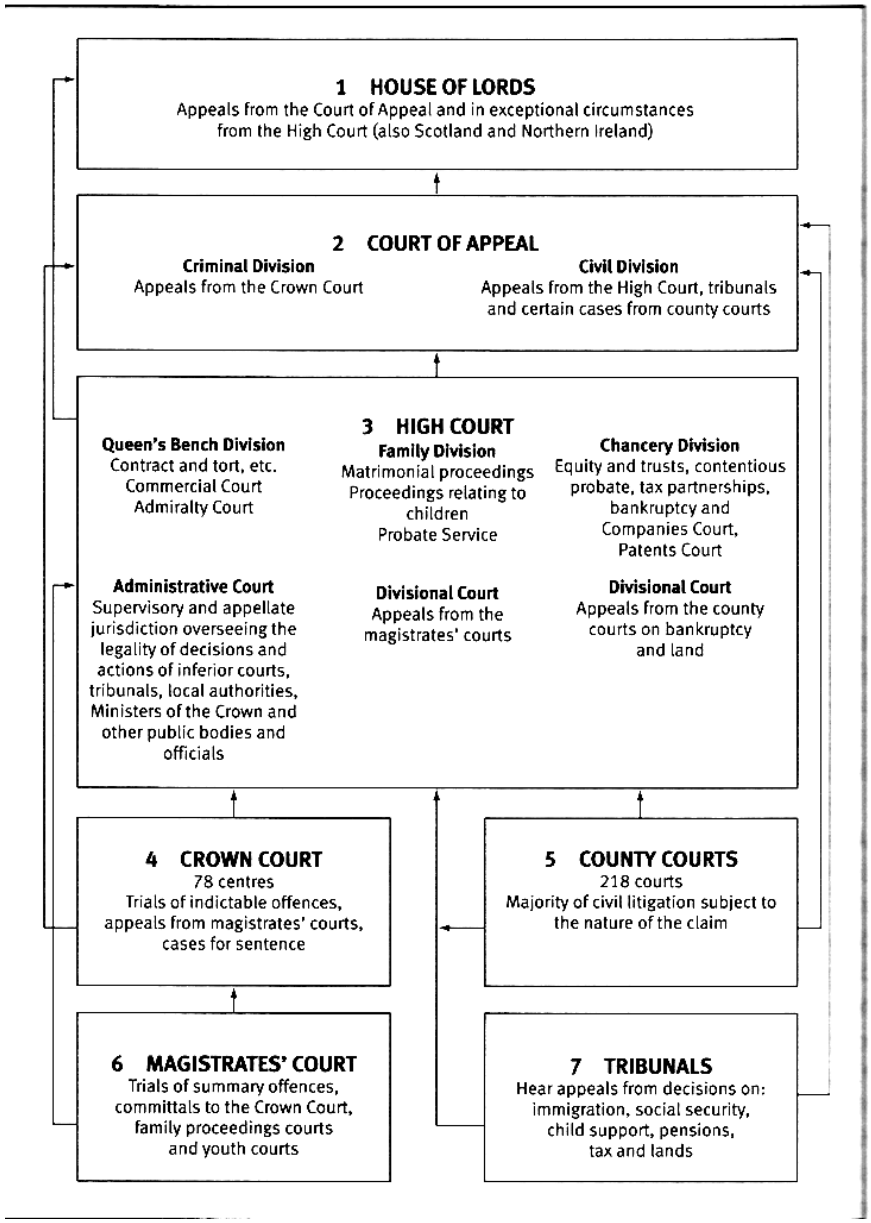
A primeira grande divisão estabelecida se dá entre a esfera de competência para tratar de casos civis e para tratar de casos criminais, que vão determinar caminhos diversos no que se refere aos mecanismos de apelo e revisão de atos judiciais.

São órgãos do Poder Judiciário: *Tribunals, Magistrates' Court, County Courts, Crown Court, High Court, Court of Appeal e House of Lords (Supreme Court)*.

A fim de não se tornar trabalho exaustivo de levantamento das mais diversas competências destes órgãos do poder judiciário, tomamos emprestado organograma[87] para oferecer, em linhas gerais, as atividades específicas de cada um destes órgãos, pedindo licença para detalhar apenas aqueles que permitem a

[86] "The Constitucional Reform Act 2005 estabilished the Supreme Court of the United Kingdom. This court will take the judicial function of the House of Lords, and some of the functions of the Judicial Committee of Privy Council. Cases will no longer be heard in the palace of Westminster where the House of Lords is situated, but in a new Supreme Court building (…)". (RIVLIN, G., op. cit. p. 162, tradução nossa)
[87] Idem, p.160.

compreensão do sistema de apelos e de condução dos trabalhos por meio do modelo da *common law* em âmbito civil, em virtude do escopo desta pesquisa.



As *County Courts* são cortes que tratam de casos civis envolvendo contendas de menor valor a fim de serem decididas de modo rápido e barato. Geralmente, as causas são recebidas por juízes singulares, espalhados em 216 *County Courts* na Inglaterra e País de Gales, estendendo-se a competência destes juízes para tratar de causas de família, quando estes têm treinamento especial para tanto.

A High Court of Justice é dividida em três seções – *Queen's Bench Division*, *Chancery Division* e *Family Division*. A *Queen's Bench Division* trata de ações envolvendo quebra de contratos e ilícitos civis em geral (*tort*), bem como ações de

cunho comercial e *admiralty* (ações que tratam de danos e colisões de embarcações).

A Chancery Division trata da aplicação da equidade a acordos, falência, patentes e outras questões de cunho mercantil.

A *Family Division* trata de procedimentos matrimoniais, procedimentos relacionados a crianças, serviços de homologação de acordo de vontades no âmbito do direito de família.

Uma das razões da criação de uma *Family Division* reside no fato de se dar tratamento específico a este tipo de contenda, sempre privilegiando o melhor interesse da criança e desenvolvendo seus trabalhos de maneira mais informal, geralmente em mesas redondas onde as partes em contenda expõem seus respectivos pontos de vista.

A *Court of Appeal*, de acordo com Rivlin,

> Ouve os apelos civis e criminais mais importantes de cortes da Inglaterra e País de Gales. Muito poucos casos sobem em apelação da Corte de Apelação para a Casa dos Lordes. A Corte de Apelação tem duas funções principais: ouvir apelos em *causas civis* vindos da Alta Corte e Cortes dos Condados, e ouve apelos em *causas criminais* vindo da Corte da Coroa (...)[88].

Finalmente, como já foi dito anteriormente, a *House of Lords*, desde outubro de 2009, foi desmembrada em *Supreme Court* para tratar de assuntos judiciais, com atribuição de receber apelos oriundos de decisões proferidas pela *Court of Appeal*, sempre que seja admitida a sua interposição à referida Corte Suprema. Normalmente, cada apelo é conhecido por cinco magistrados (*Law Lords*), sendo que há casos em que são conhecidos por sete e até mesmo nove *Law Lords*.

Tomando novamente emprestada a lição de Rivlin:

> A Casa dos Lordes é a mais alta Corte do território. É a corte final de apelação e ouve apelos tanto em casos civis quanto criminais. Seus juízes também tomam assento no Comitê Judicial do Conselho Privado, que é a

[88] "...hears most of the important civil and criminal appeals from courts in England and Wales. Very few cases go on appeal from the Court of Appeal to the House of Lords. The Court of Appeal has two main functions: to hear appeals in civil cases from the High Court and County Courts, and to hear appeals in criminal cases from the Crown Court (…)". (RIVLINS, G. op. cit, p. 163, tradução nossa)

> última instância de apelação para a Ilha de Man, Ilhas do Canal, Países da Grã-Bretanha e certos Estados Independentes da Grã-Bretanha[89].

Conforme foi possível observar nesta breve explanação a respeito do funcionamento e distribuição de competências do Poder Judiciário do Reino Unido, via de regra, o caminho seguido por uma ação civil ordinária seria a seguinte:

Supreme Court (juízo de instância especial)

↑

Court of Appeal (juízo de segunda instância)

↑

High Court (juízo de primeira instância)

3.2.1.2. Fontes de Direito

Isto posto, cumpre esclarecer quais são as fontes formais de direito observadas no sistema legal do Reino Unido, divididos basicamente em legislações (*Acts of Parliament*, ou *Statutes*), jurisprudência, costume e doutrina.

De acordo com A.T.H. Smith:

> O tipo mais importante de legislação é o Ato do Parlamento (também chamado de *estatuto*), por meio do qual o governo em exercício leva a termo suas principais políticas. É conhecido como legislação primária. O que é chamado de legislação delegada, como muitas ordens do governo geralmente conhecidas como instrumentos estatutários, tornou-se de grande importância também. Cerca de 3.800 instrumentos deste tipo são promulgados todos os anos, adicionando detalhes à estrutura criada pelo Ato do Parlamento[90].

---

[89] "The House of Lords is the highest court of the land. It is the final court of appeal and hears appeals in both civil and criminal cases. Its judges also sit in the Judicial Committee of the Privy Council, which is the final court of appeal for the Isle of Man, Channel Islands, Commonwealth countries, and certain independent Commonwealth States." (RIVLIN, G. op. cit., p. 161, tradução nossa)

[90] "The most important kind of legislation is the Act of Parliament (otherwise called a *statute*), through which the government of the day carries into effect its principals policies. This is known as *primary legislation*. What is called *delegated legislation*, like the many governments orders generally known as *statutory instruments*, has come to be of great importance as well. About 3,800 such instruments are promulgated every year, adding detail to the legislative framework created by the Act of Parliament." (SMITH, A.T.H. **Glanville Willians**: Learning the Law. Thirteenth Edition. London: Sweet&Maxwell.p. 22, tradução nossa)

E nesse mesmo sentido as lições de Marta Morineau, que apenas complementa o rol dos instrumentos estatutários:

> La ley del Parlamento, através de los 'Acts of Parliament', aunque existe también lo que los ingleses llaman legislación delegada o subordinada, constituída por disposiciones de caráter regulamentário, que puedem provenir de la reyna y su consejo (Ordes in Council), de los Ministros (Statutory Instruments) y de lãs autoridades locales (By-laws).[91]

É muito comum estudiosos de direito de países que seguem a tradição da *civil law* pensarem que o sistema da *common law* é desprovido de legislação, como se tudo fosse resolvido caso a caso, de acordo com o senso comum de justiça e os costumes do povo.

Em que pese haver parcial acerto neste tipo de pensamento, verdade é que o Reino Unido possui leis oriundas do Parlamento para tratar das mais diversas causas, como é o caso do *Children Act*, *Family Act*, apenas para citar dois deles que versam sobre questões envolvendo nosso tema central de estudo neste trabalho – o direito de família.

Por sinal, é fenômeno corrente nas nações da *common law* cada vez mais consolidarem previsões normativas por meio de legislação, que denominam Estatutos, cujas principais características são a de servirem de esclarecimentos a respeito de dados duvidosos e consolidar princípios e regras gerais.

De acordo com Rivlin: "Durante os séculos dezenove e vinte, o Parlamento aprovou um vasto número de estatutos, e sua produção legislativa, tanto em volume quanto em importância, superou aquela (produção) das cortes".[92]

Voltaremos a este tema quando tratarmos das relações entre a *common law* e a *civil law*, sendo neste momento mais proveitoso lançarmos o olhar para o monumento jurídico que é o maior orgulho do Reino Unido, a criação de sistema legal com fundamento na *common law*, ou seja, na lei comum do seu povo, que se consolidou ao longo de anos e anos de julgamentos históricos e que foram servindo de base para julgamentos posteriores, construindo, tijolo a tijolo os princípios e *rules of the law* que sustentam o sistema jurídico daquela nação.

---

[91] MORINEAU, Marta. Uma Introducción al *common law*. Mexico: Universidad Nacional Autonoma del Mexico, 2004, p. 12.

[92] "During the nineteenth and twentieth centuries, Parliament passed a vast number of statutes, and its law-making, both in volume and importance, has greatly exceeded that of the courts." (Rivlin, G., op. cit., p. 27, tradução nossa)

A este respeito, interessante a explanação de Rivlin que traça um paralelo de como, ao longo da história, as partes do Castelo de Windsor foram sendo construídas, aparentando, ao final, como uma unidade discreta que faz sentido justamente por sua integralidade, tal como a formação do sistema legal do Reino Unido:

> As bases e o desenvolvimento da lei nesse país foram muito parecidas com aqueles do Castelo de Windsor. A importância de William o Conquistador, não apenas para a história de nossa ilha, mas também para a história de nosso sistema legal, é tido pelo fato de que algumas das fundações da lei que nós conhecemos hoje foram colocadas naqueles dias que os trabalhadores de William estavam colocando as pedras da fundação do Castelo de Windsor.[93]

Mais adiante arremata,

> Tal como o Castelo de Windsor foi ampliado e reformado ao longo dos séculos, uma sucessão de reis e rainhas, governos, parlamentos e juízes também construíram, ampliaram, alteraram, e reformaram nossas leis. Novas Cortes foram criadas para prover justiça em áreas onde a justiça não estava disponível antes. Novas formas foram concebidas para habilitar quem foi prejudicado para intentarem ações legais (processos) – para trazer suas afrontas perante as cortes e tê-las remediadas.[94]

É com esta alegoria que descreve a construção e solidificação da lei ao longo dos anos aliada à noção de *Reseonable Man* que o autor vai definir o que vem a ser a *common law*, mas, antes de retomarmos as lições de Rivlin, cabe a análise da definição de outros autores, a fim de aclararmos a questão por diversos ângulos.

De acordo com Marineau, a *common law* é criação derivada de um *continum* de crescimento e consolidação dos valores e aspirações do povo inglês, ensinando-nos a autora que:

> (...) los juristas ingleses consideram que su derecho se caracteriza por uma 'continuidad histórica', sin influencias extranjeras, ni rupturas, como fueron, según su opinión, la recepción del derecho romano, o el processo codificador, fenómenos que caracterizan a los sistemas jurídicos

[93] "The beginings and the development of the law in this country have been very much like those of the Windsor Castle. The importance of William the Conqueror, not only to our island history but also to the history of our legal system, is seen by the fact that some of the foundations of the law that we know today were being laid in the very days that William's workmen were laying the foundations stones of this castle of Windsor." (Idem, p. 20, tradução nossa)

[94] "Just as Windsor Castle has been added to and improved upon over the centuries, so have a sucession of kings and queens, governments and parliaments and judges built up, added to, altered, and improved our laws. New Courts have been built to provide justice in areas where justice was not available before. New ways were invented to enable people who had been harmed to commence legal actions (proceedings) – to bring their grievances before the courts and have then remedied." (Ibidem, p. 20, tradução nossa)

> continentales. El derecho inglês, por su parte, se desnvolvio de manera autónoma, ao largo de uma evolución ininterrupida y apegada invariablemente a los princípios del *common law* y la equity.[95]

De acordo com Sormani e Santander:

> No sistema anglo-americano, a base do direito é a jurisprudência. Não é correto o entendimento de que nos países do *common law* não há leis. Na verdade há, mas elas desempenham um papel completamente distinto daquele que lhes é reservado nos países de tradição romanística. No *common law*, o juiz não está adstrito à lei para resolver um caso concreto e quando interpreta uma disposição normativa, transforma-a, com seu ato interpretativo em direito. Assim, as decisões jurisprudenciais, nesses países, substituem as disposições legais, e as leis somente passam a ser plenamente integradas ao ordenamento jurídico quando seu alcance tiver sido determinado pela jurisprudência.[96]

Cabe advertir que não é bem esta a visão da relação entre juízes e os Estatutos que se observa nas lições de autores oriundos do Reino Unido, que, vendo a questão de dentro do sistema da *common law*, asseveram em diversas passagens que a Lei do Parlamento deve ser sempre observada com bastante rigor, em alguns momentos fazendo referência a mera análise gramatical e contextual de seus elementos, servindo as interpretações dos magistrados apenas para esclarecer efetivamente o alcance de certas expressões.

É o que assevera A.T.H. Smith no seguinte trecho:

> Admitindo que as palavras tenham uma certa elasticidade de significação, a regra geral permanece que os juízes mantenham-se vinculados pelas palavras do estatuto quando essas palavras claramente governam a situação diante da corte. As palavras devem ser aplicadas com nada adicionado e nada retirado. Mais precisamente, o princípio geral é que a corte não pode nem estender o estatuto a um caso não previsto nos seus termos ainda que merecesse previsão e não restringi-lo deixando de fora um caso que o estatuto literalmente preveja, ainda que não devesse[97].

Como se vê, de acordo com o texto, sempre que há estatuto tratando do tema, este deve ser observado, em detrimento de criação jurisprudencial a respeito da mesma matéria. Certamente tal definição segue linha tradicional de hermenêutica, pautada no modelo lógico-gramatical de interpretação.

---

[95] MARINEAU, M., op cit., p. 15.

[96] SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula Vinculante** – Um estudo à luz da emenda constitucional 45, de 08.12.2004. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 37.

[97] SMITH, A. T. H., op cit., p. 127,: “Granted that words have a certain elasticity of meaning, the general rule remains that the judges regard themselves as bound by the words of a statute when these words clearly govern the situation before the court. The words must be applied with nothing added and nothing taken away. More precisely, the general principal is that the court can neither extend the statute to a case not within its terms though perhaps within its purpose nor curtail it by leaving out a case that the statute literally includes, though it should never have.” (tradução nossa)

Não é outra a observação feita por Marineau, que afirma que "Constitucionalmente, El parlamento, como órgano legislador, tiene plena soberania, consecuentemente um Act of Parliament, debe ser aplicado, sin mayores trámites, por los Tribunales"[98].

De qualquer modo, por certo a *common law* tem vasta aplicação e é entendida, voltando a Rivlin, como aquele direito forjado ao longo de diversos anos no Reino Unido, que foi se sedimentando e que é descrito como 'o senso comum da comunidade, cristalizado e formulado por nossos pais-ancestrais', com base na noção de 'homem razoável':

> A *common law* ainda é grande parte de nossa lei. É aplicada nas cortes através do país. Em muitas instâncias, quando produzem a lei e decidem casos, em particular na área civil, juízes testam o comportamento das pessoas cujos casos estão transgredindo as premissas do que poderia ser esperado de uma pessoa 'ordinária, comum' diante de circunstância similar[99].

Marineau, considerando os aspectos históricos que levam à concepção da *common law*, esclarece que esta teve como objetivo sobrepor-se às decisões costumeiras de cada região e etnias que compunham a então Grã-Bretanha (saxões, anglos, jutos, daneses) a fim de encontrar o denominador comum de todas elas:

> Para poder resolver los assuntos de su competencia, los Tribunales Reales deberion buscar ló que había de 'común' em las costumbres locales, para así crear um derecho unificado, reglas, que aunque en um princípio estuvieran basadas em esas mismas costumbres, serian, em adelante, las normas aplicables em todo el país, o sea, que se converterían en um derecho común a todo el território, y así, surgió el *common law*, la comune ley, como la llamaron los normandos.[100]

Ao lado da *common law*, temos o que se chama *equity*, que surge diante de um contexto que também pode parecer curioso ao olhar de quem toma contato a distância como o sistema da *common law*.

---

[98] MARINEAU, M., op. cit., p 41.

[99] "The *common law* is still very much part of our law. It is applied in courts throughout the country. In many instances, when developing the law and deciding cases, in particular in the *civil law*, judges have tested the behavior of the people whose cases they were trying against the standards of what might be expected of an 'ordinary, reasonable' person faced with similar circunstances." (RIVLIN, G., op. cit., p. 25-26, tradução nossa)

[100] MARINEAU, M., op. cit., p. 19.

Em que pese a aparência de que a *common law* seja um sistema flexível, que permite amoldar os julgamentos aos casos em concreto, fato é que esse sistema inicialmente era tão rígido como o sistema codificado da *civil law*.

Tudo se passava como se, diante de um precedente de Corte, os magistrados estivessem adstritos à aplicação de referido precedente de forma literal, impedindo-os, pois, de flexibilizar sua aplicação diante de casos em concreto, tornando os requerimentos da população em textos padronizados (*writs*) e autorizando a concessão de direitos apenas a casos em concreto semelhantes aos casos exemplares reconhecidos em *texts reports* devidamente publicados.

A fim de oferecer ao sistema maior flexibilidade, surgiu o sistema da *equity* que, de acordo com Rivlin, pode ser utilizado sempre que a aplicação do precedente de Corte causar injustiça em virtude de sua observância, devendo nesses casos o jurisdicionado demonstrar, para sua aplicação, que não poderia obter uma decisão justa por meio da *common law* e que, pessoalmente, trazia o caso sem demora para apreciação da *Chancery Division* (que memorialmente foi a responsável pela aplicação da *equity*).

Vale dizer que, após um período de conflito na aplicação dos dois institutos – a *common law* aplicada pela *King's Bench Court* e a *equity* aplicada pela *Chancery Division* – com o advento do *Judicature Act* de 1873, todas as Cortes passaram a aplicar simultaneamente ambos os institutos, devendo, no conflito entre a *common law* e a *equity*, prevalecer as regas da *equity*.

De acordo com Marineau:

> No debemos pensar en el '*common law*' y la 'equity' como en dos sistemas rivales. La equity no fue um sistema autosuficiente, ya que en cada instancia tuvo que presuponer la existência del *common law* que si ló fue. Esto quiere decir que si la legislatura hubiera pasado una ley diciendo. [101]

Rivlin coloca muito bem a diferença de aplicação de uma lei da *common law* e de uma lei da *equity* no seguinte exemplo:

> Se duas pessoas firmaram um acordo (um contrato) – um (o vendendor) de vender a casa e o outro (o comprador) de comprá-la, e o vendedor descumpriu sua parte da avença e se recusou a vender, as cortes da *common law* garantiriam ao comprador uma quantia de dinheiro para compensá-lo do mal feito ou desconforto que sofreu.Nessas circunstâncias,

[101] MARINEAU, M. op. cit., p. 132.

> contudo, dinheiro poderia não ser o bastante. Afinal, diante do compromisso da venda da casa o comprador poderia ter vendido sua própria casa e feito muitos planos. A Corte de Chacelaria assumia o poder de determinar a parte culpada (o vendedor) a manter a sua parte da avença em sua totalidade. Ele seria forçada a manter sua parte do contrato, vender a casa para o comprador, a permitir que ele tomasse posse dela.[102]

O sistema da *common law* baseia-se no que denominamos *case law* ou *stare decisis*, que, de acordo com Marineau:

> El case law es mas antigo que la ley, ademas, tuvo y aún sigue teniendo uma importancia muy grande dentro del sistema legal inglês. Está integrado por las decisiones emitidas por los jueces, al resolver los casos concretos, que los corresponda conocer. Su autoridad deriva de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, que los ingleses conocen también com el nombre de *stare decisis* que significa que los tribunales deben respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores.
> Esta regla implica que cuando um juez conoce de um assunto, o sea, de um caso, antes de emitir su fallo debe considerar las decisiones de otros jueces, em casos anteriores, que se relacionen com los mismos hechos, dentro de una particular rama del derecho. Esas decisiones, em que toca a los puntos de derecho invocados, constituirán los precedentes judiciales. El hecho de recorrir a ellos, tiene por objeto reafirmar los princípios jurídicos aplicables ao assunto de que se trate, logrando, además, consisténcia en los fallos. Se considera que los precedentes de los tribunales superiores son obligatorios o vinculatorios para ellos mismos, así como para los tribunales jerárquicamente inferiores, y que son los jueces de estos últimos los que al invocar el fallo anterior, Le confieren la calidad de precedente judicial.[103]

É exatamente da maneira descrita pela autora que os precedentes judiciais são consolidados, ou seja, a partir de sua aplicação reiterada pelos juízes de menor grau em casos em concreto que guardem semelhança com o precedente evocado.

Parece útil esclarecer o que se entende por casos semelhantes bem como o que, em uma decisão judicial, pode ser considerado como *stare decisis.* De acordo com A.T.H. Smith:

> As Cortes Inglesas são obrigadas a seguir decisões anteriores com limites mais ou menos bem definidos. Isso é chamado de doutrina de precedentes. A parte de um caso que se diz que possui autoridade é a *ratio decidendi*, que é por se dizer, a regra da lei na qual a decisão é fundamentada. O que a doutrina de precedente declara é que os casos devem ser decididos do mesmo modo quando os fatos materiais são os mesmos. Obviamente que

---

[102] "If two people made an agreement (a contract) – one (the seller) to sell a house and the other (the purchaser) to buy it, and the seller broke his side of the bargain and refused to sell, the *common law* courts would grant the purchaser a sum of money to compensate him for the harm done or inconvenience he had suffered.
I these circumstances, however, money might not be enough. After all, on the promise of a house sale the purchaser might have sold his own house and made many plans. The Court of Chancery assumed the power to order the guilty party (the seller) to keep his side of the bargain in fully. He would be made to keep his side of the contract, sell the house to the purchaser, and allow him to move into it." (RIVLIN, G., op cit., p. 28, tradução nossa)

[103] MARINEAU., op. cit. p. 28.

> isto não requer que todos os fatos devam ser os mesmos. Nós sabemos que no fluxo da vida todos os fatos de um caso nunca vão ocorrer, mas os fatos materiais considerados legalmente podem recorrer e é com base nisso eu a doutrina é criada.[104]

Basicamente, a *ratio decidendi* pode ser definida como fatos materiais (essenciais) do caso acrescidos da decisão a esse respeito. Assim, se em determinado julgado os fatos *A* e *B* forem considerados materiais, todos os outros casos em que estes fatos ocorrerem deverão ser julgados da mesma forma, tendo tal decisão força vinculativa por ser, por exemplo, oriunda da *Supreme Court*.

A busca da *ratio decidendi* pelo magistrado exige do mesmo grande experiência, conhecimento dos *texts reports* contendo decisões anteriores do tema jurídico que deve decidir e capacidade abstracional para poder determinar aquilo que pode se tornar, na ausência de precedente, *stare decisis*, conforme a autoridade daquele que profere a decisão.

Parafraseando o autor acima citado, pensemos em um caso em que a esposa de alguém recebe trote telefônico dizendo que o marido dela sofrera grave acidente e estaria internado no Hospital São Luiz com as duas pernas quebradas e que a esposa, diante do informado, deveria pegar um táxi e levar consigo dois travesseiros para levá-lo de volta para a casa.

Suponhamos que, em virtude do trote, preocupada com o que acabara de ouvir, a esposa de fato faça o que foi determinado, em estado de desespero total. Assim, ingressa em juízo e requer reparação dos danos materiais e morais sofridos.

Temos, nesta hipótese, que o teor do trote, o fato de ter sido feito por telefone, o nome do hospital e das pessoas envolvidas, a cidade, estrada que a esposa percorreu, tudo isso é considerado fato imaterial e não compõem a *ratio decideri*, que estaria representada apenas na decisão judicial acerca do ato ilícito praticado pelo sujeito que operou o trote e o fato disto haver causado um mal injusto na vítima, se seria passível ou não de gerar reparação por dano moral.

---

[104] "English courts are obliged to follow previous decision within more or less well-defined limits. This is called the doctrine of precedent. The part of a case that is said to possess authority is the *ratio decidendi*, that is to say, the rule of law upon which the decision is founded (…) /What the doctrine of precedent declares is that cases must be decided the same way when their material facts are the same. Obviously it does not require that all the facts should be the same. We know that the flux of life all the facts of a case will never recur; but the legally material facts may recur and it is with these that the doctrine is concerned." (SMITH, A. T. H., op. cit., p. 92, tradução nossa)

Vale ressaltar que, afora o conteúdo da causa material e aquilo que é considerado imaterial, há também, em certas decisões, aquilo se denomina *obter dictum*, que consistiria em algo que é importante para a causa especificamente em análise, mas que não pode ser objeto de *stare decisis* e também não pode ser considerado como causa imaterial, uma vez que se trata de um posicionamento do magistrado no momento do julgamento.

Cumpre, por fim, observar que as decisões de primeira instância não são, de pronto, considerados precedentes judiciais (como às vezes certos autores pátrios proclamam apressadamente), o que só ocorre se as cortes superiores a assumirem como possível *stare decisis*, o que geralmente ocorre não sem antes haver a reflexão sobre o alcance da decisão anterior, ou seja, se aquele magistrado ampliou demasiadamente a aplicação da decisão ou se, pelo contrário, referida decisão merece ter seu alcance ampliado.

Assim, às partes em litígio, diante de um precedente judicial, tal como ocorre diante de uma lei, somente pode se referir a possível erro de tal precedente – o que se torna tanto mais difícil de ser acolhido, quanto mais alta é a corte de onde a decisão é originada – ou que este não pode ser aplicado no caso em análise, uma vez que as causas materiais são diversas, servindo o caso, quando muito nesta hipótese, como método analógico de interpretação.

O costume também é fonte de direito no sistema jurídico do Reino Unido, devendo-se diferenciar o denominado costume imemorial, que já está consolidado na *common law* e na legislação, o costume mercantil, que, do mesmo modo também se encontra assentado em normas jurídicas, e o costume local, este sim fonte formal de direito de que pode se valer uma pessoa perante o Tribunal, buscando que se o reconheça e declare como direito que vem exercendo há algum tempo. Caso seja reconhecido, passa a ser reconhecido como costume local, desde que:

> 1) debe existir desde 'tempo imemorial', considerandose que es inmemorial la que se practiba desde 1189, primer ano del reinado de Ricardo I, que fue la fecha estabelecida por um estatuto de Westminster de 1275, para determinar la calidad de 'inmemorial' de una costumbre;
> 2)debe circunscribirse a una región determinada y su contenido há de ser preciso, em cuanto la matéria y las personas; ademas debe haberse observado em forma obligatoria;
> 3) su ejercicio debe ser continuado, razonable, público e sin vícios;

> 4) Por ultimo, se exige que la costumbre sea consistente com el derecho objetivo, lo que quiere decir que no debe contrariar ninguna norma jurídica vigente, bien sea, jurisprudencial o legislado.[105]

Por fim, o ordenamento anglo-saxão cofere à doutrina força de fonte de direito, havendo franca predileção de livros escritos há muito tempo, havendo até aqueles que afirmam que não é possível citar livros de autores vivos. Nesse mesmo sentido, nem todos os livros considerados antigos são considerados fontes de direito, mas apenas aqueles frequentemente citados e cuja importância é reconhecida diante do notável saber de seus autores.

De acordo com Marineau:

> No todos los libros de texto antigo reciben este tratamiento, sólo um número limitado de obras, en cada rama jurídica, son aceptados universalmente por jueces y abogados, como formando parte de esta categoria. Estas obras son entonces consideradas por los tribunales como manifestaciones auténticas del derecho de su época.[106]

3.3.2. Sistema da *civil law* – o sistema brasileiro

Ao contrário do sistema da *common Law* da Inglaterra, nosso sistema jurídico conta com uma Constituição Federal formal, escrita, dogmática, promulgada, rígida e analítica, ou seja, adotou postura totalmente diversa e concebeu a organização e desenvolvimento de sua Federação por meio de normas previamente estabelecidas.

Aliás, desde logo, a grande diferença entre os dois governos é o fato de a Inglaterra ser uma Monarquia e o Brasil uma República, o que é compreensível em vista do Brasil não contar efetivamente com uma tradição de realeza, adotando forma de governo temporário, eletivo e sujeito a controle externo de seus atos, haja vista a concessão que o alça ao poder.

Assim, é possível observar no próprio texto da Constituição a separação de Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário com suas respectivas atribuições e limitações de atuação, tudo conforme a tradição norte-americana e, principalmente, francesa de concepção de Estado Moderno.

---

[105] MARINEAU., op. cit., p. 29.
[106] Idem.

Contudo, as atribuições de cada um dos Poderes da nação são muito semelhantes àqueles observados na Inglaterra, sendo que tomaremos maior atenção à questão da formulação das leis e a participação do Judiciário neste aspecto.

Adotamos, como foi dito, o sistema da *civil law*, ou seja, aquele que informa por meio de leis provenientes do parlamento todas as instituições que importam ao direito de nossa nação.

É a Constituição Federal que define a atribuição do Poder Legislativo de elaborar as leis que compõem o ordenamento jurídico estatal, distribuído em emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, resoluções e decretos, diga-se, nenhuma delas de competência do Poder Judiciário.

Isto não quer dizer, evidentemente, que o Poder Judiciário não conte com autonomia funcional, administrativa e financeira, nos termos do art. 99 da Constituição Federal.

Essas normas são conhecidas como Regimento Interno dos Tribunais e determinam a forma de atuação específica em cada uma das Instâncias Judiciais elencadas pela Constituição Federal a fim de distribuir a prestação jurisdicional.

3.3.2.1. Competência Jurisdicional

Quanto à distribuição dos órgãos que compõem o Poder Judiciário, temos, de acordo com o art. 92 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

Cada um desses órgãos tem atribuição específica também determinada pela Carta Magna, sendo que o que mais nos interessa é compreender o funcionamento da Justiça Estadual, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

As ações de direito de família, por exemplo, são julgadas, em primeira instância, pela Justiça Estadual, geralmente por Vara especializada no tema (Varas

de Família e Sucessões), dentro da área cível. A atribuição para determinar este tipo de divisão é da Constituição Estadual: “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição: §1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

Assim, é possível, conforme Regimento Interno de cada Tribunal de Justiça, que haja divisão entre Varas Cíveis e Varas Criminais, Varas de Família e Sucessões, Varas de Falências, Juizados Especiais Cíveis etc.

Os processos judiciais observam, necessariamente, o princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, toda decisão proferida por um juiz lotado em uma determinada Vara, é passível de ser submetida ao Tribunal de Justiça respectivo para a reanálise daquele julgado.

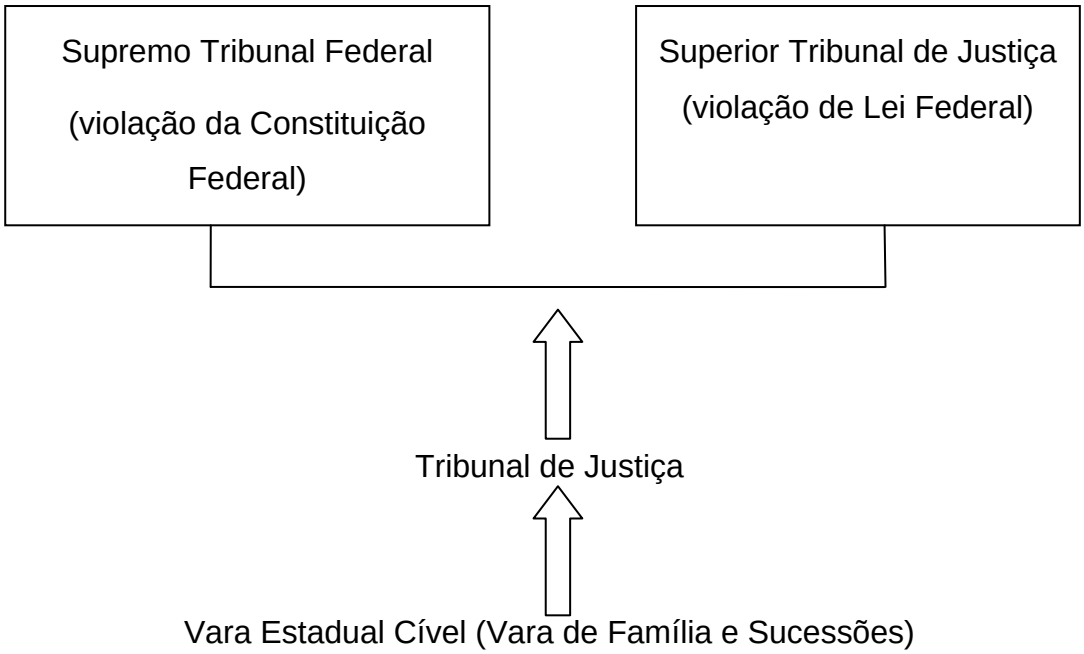
A razão para a previsão de recursos contra as decisões judiciais reside no fato de permitir nova apreciação do litígio por outro órgão, ocupado geralmente por juízes com maior experiência, cumprindo também a tarefa de prestar contas à parte perdedora da demanda, inconformada, com vistas a demonstrar que todo cuidado foi tomado pelo Estado para tornar definitiva (coisa julgada) determinada decisão.

Cabe informar que o Brasil, por ser uma Federação, possui autonomia funcional de seus Estados-Membros, sendo certo que cada um deles conta com Tribunal de Justiça próprio, devendo cada um deles determinar a distribuição das atividades judiciais dentro de seu âmbito territorial, não havendo ingerência da União neste aspecto.

Além das Varas e dos Tribunais de Justiça, em certas hipóteses, é possível a submissão da ação judicial ao crivo de órgãos judiciários especializados em razão de garantirem a correta aplicação das leis emanadas da União Federal, ou aquelas provenientes do Poder Constituinte Originário, ou seja, da Constituição Federal.

Ao primeiro órgão chamamos Superior Tribunal de Justiça e ao segundo de Supremo Tribunal Federal, cujas competências vêm elencadas na Constituição Federal.

Assim, o caminho percorrido por uma ação judicial na esfera do direito de família é o seguinte:



3.3.2.2. Fontes de Direito do Brasil

Uma vez brevemente descrita a distribuição de competência do Poder Judiciário no Brasil, cabe atentarmos à definição da atribuição delegada a este Poder em nossos sistema constitucional.

Veja que, em momento algum há a atribuição de elaborar leis.na qualificação do Poder Judiciário.

Por sinal, a Constituição Federal é bem clara ao determinar a competência e responsabilidade pela elaboração das normas jurídicas: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:I – emendas à constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções”.

As emendas à constituição têm força para modificar, ampliar ou complementar o texto constitucional. Muito embora o Brasil esteja sujeito a uma Constituição considerada rígida, isso não significa que seja impossível alterar ou ampliar as previsões constitucionais. Dizer que uma constituição é rígida significa que determina critérios específicos e rigorosos para sua alteração.

As emendas à constituição – previstas nos arts. 60 e seguintes da Constituição Federal – devem ser aprovadas por 3/5 dos membros de cada Casa Legislativa em dois turnos de votação.

Não podem ser objeto de emenda à constituição, proposta tendente a abolir a forma Federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º da Constituição Federal).

As leis complementares são técnica especial de elaboração de regras, à qual a Constituição vincula a elaboração de normas jurídicas sobre assuntos específicos. Deve ser aprovada por maioria absoluta em votação nas casas legislativas federais, podendo sofrer emendas e são submetidas ao veto do Presidente da República.

As leis ordinárias, como o próprio nome sugere, são as leis comuns de um Estado e recebem esse nome porque podem ter como objeto quaisquer matérias que não seja de exclusividade de emendas à constituição e lei complementar, sendo aprovadas por maioria simples.

Leis delegadas são previstas no art. 68 da Constituição Federal, cuja elaboração é entregue ao Presidente da República mediante autorização expressa do Congresso Nacional e que pode ser alterada por lei ordinária e sujeita à apreciação pelo Congresso.

Nesse caso, o Poder Legislativo abre uma exceção ao seu poder criador absoluto, recepcionando no ordenamento jurídico lei de criação do Poder Executivo, excetuados os casos previstos em lei.

A lei delegada não está sujeita a veto, o que seria um contrassenso, uma vez que é proposta pelo próprio Presidente da República e sua elaboração é tarefa do Poder Executivo.

O que o Poder Legislativo pode fazer é delimitar a matéria a ser tratada e, eventualmente, submeter o projeto de lei à sua apreciação, vedada a emenda pelas casas legislativas.

As medidas provisórias estão previstas no art. 62 da Constituição Federal e são atos normativos com força de lei, editados pelo Presidente da República em caso de relevância e urgência, que devem ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional.

Os requisitos de relevância e urgência são cumulativos, ou seja, a edição de medidas provisórias não pode se concretizar alicerçada em apenas um dos requisitos.

Para ingressar no ordenamento jurídico, deve ser aprovada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias a contar da data de sua publicação, prorrogável pelo mesmo período, se necessário.

Os decretos legislativos são ferramentas do Congresso Nacional para tratar de matéria de sua exclusiva competência, não sendo objeto de sanção governamental por não possuírem caráter de lei em sentido material, mas apenas formal, sendo aprovados por maioria simples.

Resoluções têm a finalidade de regular matéria de competência do Congresso Nacional e que produzem efeitos internos, não estando sujeitas à sanção governamental e são promulgadas pela casa legislativa que a expedir.

Em um primeiro momento, parece ser esta a grande diferença entre o sistema da *civil law* e o da *common law*, ou seja, a previsão de que somente o parlamento pode criar regras de conduta que vinculam os indivíduos em sociedade. Como vimos, as *stare decisis* são conhecidas como *rule of the law* no ordenamento do Reino Unido e surgem da análise e decisão de casos em concreto, com força vinculante.

A principal preocupação do sistema da *civil law* é se assegurar que a regra de conduta a ser observada pelos jurisdicionados fora anteriormente vista, revista e votada pelo Poder Legislativo, composto por representantes do povo.

É assim que a Constituição Federal prevê todas as etapas do Processo Legislativo para que a norma jurídica seja publicada. Em apertada síntese, podemos descrever as etapas do processo legislativo da seguinte maneira:

a. **iniciativa**: para a criação de lei, é necessária a apresentação de um projeto de lei por um ente a quem a Constituição Federal confere tal prerrogativa;
b. **debates**: o projeto de lei, após análise pelas Comissões, é encaminhado a debates nas casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal, no âmbito da União);
c. **aprovação**: se não for arquivado, os parlamentares deliberarão sobre sua aprovação, com eventuais emendas e modificações, por meio de votação em plenário;
d. **sanção** ou veto: após passar pelas casas legislativas, a lei é encaminhada para sanção ou veto do Presidente da República;
e. **promulgação** e publicação: promulgação é a declaração do efeito prático da concordância com a lei por quem de direito. A partir de então a lei está apta à publicação, surtindo efeitos a partir da data em que a própria lei assim determinar, ou ausente previsão expressa, 45 dias após sua publicação (*vacatio legis*), sendo a publicidade essencial e inerente à eficácia da norma.

Ao passo que o grande monumento jurídico do sistema inglês é a *common law*, o motivo de orgulho do Brasil é a existência de codificações que preveem a conduta dos indivíduos em sociedade e a atuação dos profissionais do direito em âmbito processual.

Foi assim que, desde o processo de independência do Brasil, passaram pelo Congresso Nacional o Código Comercial, o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, o Código Tributário Nacional, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Trânsito Brasileiro.

Ao Poder Judiciário cabe apenas solucionar litígios aplicando as leis previamente concebidas ao caso em concreto, através de atividade interpretativa. Nos casos de lacuna do ordenamento jurídico, a Lei de Introdução ao Direito

Brasileiro, em seu artigo 4º prevê que devem ser aplicadas a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A analogia consiste na aplicação de uma norma existente no ordenamento jurídico para disciplinar caso semelhante para o qual não há norma prevista

De acordo com Siqueira Jr:

> A analogia é a aplicação à apreciação da relação jurídica às normas de direito objetivo aplicáveis a casos semelhantes, ou seja, consiste em aplicar, a um caso não previsto, a norma que rege hipótese semelhante. Por exemplo, aplicar à tutela um preceito legal referente à curatela; ou, ainda, as regras de televisão aplicáveis ao rádio.[107]

O costume pode ser conceituado como prática reiterada de determinada conduta em sociedade. O costume torna-se juridicamente relevante quando é praticado de forma contínua com a consciência de obrigatoriedade de sua observância.

Assim, a doutrina aponta dois elementos constitutivos do costume jurídico:

a. **elemento objetivo** – é o uso reiterado de determinado costume. Não atualmente, em nosso ordenamento, previsão de tempo para se considerar um costume como fonte válida de direito, tal como ocorria na Lei da Boa Razão, segunda a qual o costume só era considerado como fonte de direito se fosse praticado por mais de cem anos;
b. **elemento subjetivo** – é a consciência social de que o costume é necessário ao interesse da sociedade, tornando sua observância obrigatória em determinados casos.

Os princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, tanto na sua aplicação e integração, como na criação de novas normas. São exemplos de princípios gerais de direito a isonomia e o princípio da anterioridade, ambos previstos na Constituição Federal.

Novamente falando com Siqueira Jr.:

> Os princípios são os pressupostos básicos que dão sustentáculo ao sistema jurídico. Como a própria etimologia demonstra é o começo, a origem, a

[107] SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

> base, e assim diz respeito aos primeiros e básicos direitos. De fato, os princípios são o ponto de partida e o fundamento de qualquer sistema jurídico. Assim, na ausência da lei, cabe ao operador do direito buscar o começo, o fundamento que ampare o caso em questão.[108]

Assim, pode-se dizer que a lei do parlamento, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito são reconhecidos em nosso ordenamento jurídico como efetivas fontes de onde emana o direito. Daí, forçoso concluir que à jurisprudência não foi conferido este papel em nosso ordenamento jurídico, de acordo com previsão legal expressa acima mencionada.

Mas, por certo, há previsões legais que tratam do processo de criação de jurisprudência pelos tribunais, ou seja, de decisões anteriores com força para, ao menos, inspirar ou influenciar decisões posteriores.

O Código de Processo Civil cuida da uniformização da jurisprudência em seu Título IX, "Do Processo nos Tribunais":

> Art. 476. **Compete a qualquer juiz**, ao dar o voto na turma, câmara ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da **interpretação do direito** quando:
> I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;
> II – no julgamento ocorrido a **interpretação for diversa** da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.
> Parágrafo Único. **A parte poderá**, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.
> (...)
> Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de **súmula** e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.
> Parágrafo Único. Os regimentos internos disporão sobre a **publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante**. (grifo nosso)

Referida previsão legal abre margem para que se torne possível considerar a jurisprudência, ao lado das outras citadas, efetiva fonte de direito, uma vez que trecho destacado do art. 478 do Código de Processo Civil diz respeito à divergência sobre a interpretação do */direito/* e não da */norma/*.

É sabido que a grande crítica levantada contra o sistema jurisprudencial pátrio reside no fato de haver decisões díspares diante de casos em concreto francamente coincidentes.

Ao contrário do que ocorre no sistema jurisprudencial da *common law* – conforme visto linhas acima – pelo fato das súmulas dos tribunais não possuírem

[108] Idem, p. 153.

caráter vinculativo, mas apenas orientador de interpretação da lei, sempre é possível aos juízes de instâncias inferiores proferirem decisões diversas daquelas que já se encontram sumuladas.

É justamente esta instabilidade de decisões judiciais que faz o cidadão duvidar da capacidade real do Poder Judiciário de dirimir adequadamente conflitos, dando margem a visões distorcidas, desconfiando, o destinatário final, das normas de beneficiamento da parte vencedora, quer seja por influência política, quer seja por corrupção.

A fim de conferir às decisões judiciais, no sistema judiciário brasileiro, maior estabilidade, recentemente houve uma série de alterações legais no Código de Processo Civil:

> Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.
> §1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Visivelmente, a previsão legal contida no parágrafo primeiro acima transcrito – incluído no Código de Processo Civil em 2006 – visa coibir a atuação de magistrado de primeira instância decidindo contrariamente a súmula expedida pelas altas cortes de nosso Poder Judiciário.

Na mencionada previsão legal, há uma limitação do poder-fazer do juiz de primeira instância, que é suprimida por dever-fazer de acordo com as determinações das instâncias superiores, o que vincula a atuação do magistrado de primeira instância às decisões do STJ e do STF.

Este tipo de previsão processual civil está em consonância com tendência contemporânea do nosso sistema de conferir às súmulas maior poder de persuasão, culminando mesmo em conferir a algumas delas, oriundas do Supremo Tribunal Federal, expresso caráter vinculante, conforme dispões o art. 103-A da Constituição Federal, acrescentado ao texto constitucional em 2004:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir da sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário** e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem

> como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (grifo nosso)

Para que seja reconhecida súmula vinculante, todos os elementos abaixo devem ser observados:

a. quanto à origem, são emanadas unicamente pelo STF,de ofício ou mediante provocação;

b. deve haver reiteradas decisões sobre matérias constitucional;

c. quanto ao *quorum*, devem ser votadas por 2/3 dos membros do STF;

d. para se tornar vinculante, deve ser publicada na Imprensa Oficial.

Assim, podemos afirmar que, desde 2004, há o reconhecimento da jurisprudência como efetiva fonte de direito, uma vez que, expressamente, decisão judicial anterior deve ser observada por magistrados de instâncias inferiores e pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

É claro que a recepção das súmulas vinculantes em nosso ordenamento não ocorreu sem acirrada discussão no meio jurídico, especialmente pelos apegados à soberania da lei do parlamento como único meio idôneo a vincular a conduta dos jurisdicionados, que, dentre outros argumentos, aduziram que tal instituto feriria o princípio da separação de poderes ao permitir ao judiciário elaborar normas; bem como, colocaria em xeque o princípio da independência judicial, uma vez que os magistrados perderiam o livre convencimento ao proferir decisões em casos já sumulados**.**

Tais objeções levaram em consideração questões meramente superficiais, encampadas no plano discursivo, bastando a análise comparativa que vimos procedendo este capítulo para concluirmos que o sistema inglês convive muito bem com decisões judiciais com traço semântico vinculante e a respectiva separação de poderes.

Com efeito, objetivando organizar e confrontar as estruturas do sistema judiciário da *common law* e da *civil law*, temos que:

a. em ambos os sistemas, é o Parlamento quem tem a primazia na elaboração das leis que governam o Estado;

b. ambos os sistemas contam com uma estrutura sintática de recorribilidade, por meio de um sistema hierarquizado de órgãos do Poder Judiciário;
c. ambos os sistemas possuem ferramentas que visam ao assentamento de entendimentos dos magistrados sobre os casos em concreto;
d. em ambos os sistemas há disposições que inibem os juízes de menor grau a contraporem-se a decisões advindas de grau maior, salvo se demonstrado que o fato não é o mesmo, e não que o direito aplicável deveria ser diverso;

O que diverge entre os dois sistemas, a princípio, é:

a. a ausência de Constituição escrita e de Codificações no sistema inglês e a existência de Constituição escrita e rígida e de Codificações no sistema brasileiro;
b. em consequência da concepção díspar dos sistemas, a maior possibilidade de ocorrência de lacunas de norma jurídica no sistema da *common law* e menor ocorrência de referidas lacunas no sistema da *civil law*;
c. diferenças nas fontes de direito, uma vez que a *common law* sempre permitiu a criação de normas de conduta pelo Poder Judiciário e também da invocação de doutrina para embasar a constituição do direito aplicável ao caso, o que não ocorre no sistema da c*ivil law*;
d. finalmente, tudo aponta para uma distinção de método entre ambos os sistemas, uma vez que o sistema da *common law* extrai princípios da análise dos casos em concreto e, partir daí, irradia tais princípios às decisões acerca de casos semelhantes, por meio de método indutivo analógico e generalizador, ao passo que na *civil law* os princípios advêm das normas jurídicas e são confrontados com o caso em concreto para a constatação de sua subsunção à normas, por meio de método dedutivo e hipotético-dedutivo.

3.3 Sistemas Judiciais – abordagem semiótica

Conforme já trabalhado no capítulo I desta pesquisa, os modelos da semiótica são consistentes o bastante para servir de base de análise teórica ao discurso jurídico, no entanto, conforme visto, estão demasiadamente atrelados ao modelo da *civil law*.

Isto porque Landowski, em virtude de ser um autor francês, desenvolveu todos seus estudos com base no sistema legal daquele país, que segue a tradição da *civil law* e desenvolveu a sintaxe narrativa do discurso jurídico daquele sistema, daí porque, de início, preocupou-se especialmente em descrever a sintaxe narrativa das normas jurídicas, entendidas como leis do parlamento.

Com convicção de que discretizar papéis actanciais seria a qualidade primordial do discurso jurídico, o autor elabora intrincado esquema de aplicação e revisão de decisões judiciais, chegando a conclusões interessantes, mas que carecem de aplicação efetiva para a constatação de sua eficácia e possíveis revisões e ampliações.

De qualquer modo, o grande mérito de referido autor, sob a batuta de Greimas, foi o de criar um referente metodológico para a compreensão do fenômeno jurídico como processo de produção de sentido, e não apenas como conhecimento sistemático, ou operação de sistemas.

As bases foram lançadas, e muitas das constatações e aplicações então havidas naquela feita foram aproveitadas no capítulo anterior.

Com vistas a não apenas usurpar o que já foi feito por aqueles autores, utilizaremos o que já foi passado com a intenção de aplicar o modelo proposto, bem como aprimorá-lo com os avanços da semiótica tensiva e do fazer missivo.

Conforme exposto no capítulo anterior, os modelos oferecidos nas obras referidas não cuidam de explorar a verificação judicial como processo autônomo, o que nos interessa nesta feita, especialmente sob o enfoque comparativo entre os dois sistemas jurídicos que analisamos.

É por isso que os dois primeiros capítulos de nossa pesquisa são facilmente homologáveis, uma vez que a hermenêutica jurídica sempre se preocupou com a compreensão do fenômeno jurídico a partir das normas postas e nunca com a verificação judicial como um fim em si mesmo, no que toca aos sistemas da *civil law*.

Sob este aspecto, nota-se que ambos os sistemas são muito próximos, uma vez que o processo de verificação judicial segue justamente aquilo que Landowski propõe como mecanismo de constante reavaliação de decisões de instâncias inferiores, com singelas diferenças, que passamos a expor.

Levando em consideração o aspecto meramente formal, o feixe de normas advindas do Parlamento no sistema da *civil law* converge para um ponto comum, de extrema concentração de produção normativa, que é a Constituição Federal.

Vale dizer, sem que a norma maior do sistema jurídico autorize ao actante-parlamento a elaboração de leis infraconstitucionais, estas não podem ser editadas, estabelecendo o texto constitucional o percurso a ser observado para a sua existência jurídica, bem como as limitações de conteúdo de tais textos, que não podem manter relações disjuntivas com os valores estatuídos pelo metadestinador transcendental ao elaborar a Carta Magna (poder constituinte originário).

Ao mesmo tempo, concede a órgão do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, o dever-fazer consistente na avaliação, dentre outras, da conjunção das leis infraconstitucionais com os objetos de valor dispostos no texto constitucional. É o que a doutrina jurídica define como controle de constitucionalidade e é o que leva os estudos recentes em hermenêutica rumarem para a interpretação do ordenamento conforme os anseios constitucionais.

A concentração axiológica vislumbrada no texto constitucional é repetida nas codificações, que pretendem esgotar as possibilidades de julgamento das condutas humanas à luz de suas disposições. Na ausência de norma, a completude do sistema pode ser suprida por analogia, costume, princípios gerais de direito.

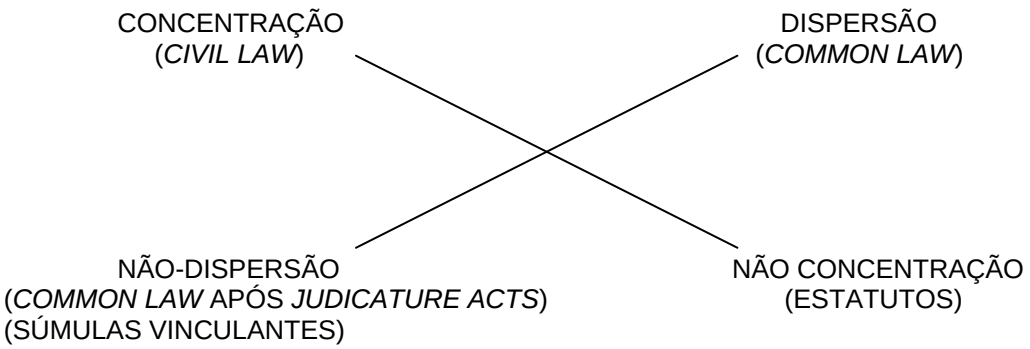
No sistema da *common law*, ante a inexistência de Constituição escrita, há desconcentração legislativa e esta dispersão culmina na adoção de dois caminhos: o primeiro é o da elaboração de norma estatutárias, que podemos conceber como microssistemas jurídicos que tratam de área específica, o que nega a concentração do sistema; o segundo, como já havíamos mencionado, ante a inexistência de princípios advindos da codificação e o maior número de lacunas de normas, o maior espaço ocupado pela jurisprudência no processo de elaboração das leis.

Um país como o Brasil, que não tem uma história de tradição real, assenta seus valores em uma Constituição Federal unificadora; já o Reino Unido, que se

acostumou à unidade de propósitos na figura de uma realeza que concentra os ideais de seu povo, sempre acreditou que no arcabouço histórico deste remontaria a identidade de ações humanas e das respectivas decisões judiciais de suas condutas. Um pouco como, no jantar em família, embora não haja nada escrito, todos sabem o lugar que cada um de seus membros, por tradição, devem ocupar à mesa.

Podemos, portanto, sob a oposição fundamental concentração x dispersão, homologar as relações existentes entre os sistemas jurídicos:

Figura 8



Assim, nota-se que o sistema da *civil law* prefere o modelo de concentração, opondo-se a modelo disperso que tratamos como o anglo-saxão antes do advento da *common law* quando, conforme já visto, cada região operava o direito advindo do costume de cada um dos povos.

Já o sistema da *common law* opera negando a dispersão – fixando os precedentes de corte – bem como negando a concentração – por meio dos estatutos.

Note-se que ambos os sistemas, atualmente, tendem à convergência, isto porque, concluindo que nenhum deles, de maneira absoluta, foi até hoje capaz de realizar o valor maior do direito – que é a busca da segurança jurídica e paz social – tende o sistema pátrio a abrir mão do modelo codificado em nome de previsões legais abarcadas em estatutos e prevendo a possibilidade de efeito vinculante a decisões do judiciário, ao passo que o direito anglo-saxão, principalmente após o

Human Rights Act de 2000, passou a concentrar seu sistema normativo nos direitos fundamentais, desmembrou a *House of Lords* para que a *Supreme Court* possa controlar a validade das leis do parlamento sob a luz de referidos direitos e, conforme já noticiamos, cada vez mais, opta pela elaboração de normas do parlamento em detrimento da *common law*.

Afirma-se, pois, a tendência de neutralizar a concentração e dispersão com um sistema híbrido que nega ambos, operando na relação entre não dispersão (súmulas/stare decisis) e não concentração (estatutos).

Passamos agora o foco ao processo de verificação judicial, notando desde já que em ambos os sistemas há possibilidade de verificação da decisão judicial de uma instância inferior por outra, de jurisdição superior, onde o fazer-interpretativo daquela instância torna-se percurso passível de veridicção da correção dos critérios perseguidos para aquela tomada de decisão.

De acordo com Landowski:

> O mesmo se dá se passamos ao segundo eixo. Aí, o jogo necessário ao funcionamento 'vertical' do sistema parece garantido por um princípio de *recursividade* que garante, dessa vez, a possibilidade de reduplicação das relações hierárquicas entre as diferentes partes tocantes da vida jurídica. Nesse segundo eixo, se é preciso lembrar, o dispositivo actancial de base é constituído pela relação de dependência unilateral que subordina os Sujeitos que agem às instâncias competentes para mandatá-los a agora e/ou sancionar os resultados de suas ações.[109]

Seguindo o critério de discretização de papéis actanciais próprio da linguagem jurídica, cabe acrescentar às lições de Landowski que os procedimentos recursais das mais diversas nações e sistemas não dependem apenas de juízes e instâncias superiores, mas também da atividade de advogados e promotores que provocam o encaminhamento do debate a ditas instâncias superiores, criando processos de verificação judicial mais complexos do que aqueles propostos em "A Sociedade Refletida", uma vez que referidos adjuvantes também devem ser considerados, sob pena de incorrermos na ditadura do judiciário, o que trataremos no último capítulo.

[109] LANDOWSKI, E., op. cit., p. 77.

A recursividade do sistema e a veridicção do fazer-interpretativo dos magistrados opera da seguinte maneira e é possível de ser verificado em ambos os sistemas:

a. Relação Jurídica de ordem material (esquemas narrativos pré-jurídicos);
b. Petição Inicial que pretende o reconhecimento da conduta do actante-autor conforme a /cultura jurídica/, delegada a ação ao adjuvante-advogado;
c. Contestação que pretende o reconhecimento da conduta do anti-sujeito-réu conforme a /cultura jurídica/, delegada a ação ao anti-sujeito-adjuvante-advogado;
d. Decisão judicial de primeira instância, em que o destinador-juiz julga a ação praticada pelos actantes do embate judicial, sancionando positivamente aquele que reconhece, em seu fazer-interpretativo, como tendo praticado performance conforme o ordenamento jurídico.

A partir deste primeiro plano, temos o surgimento de processo de revisão das decisões judiciais, que confere a possibilidade de tornar o destinador-julgador da primeira instância em sujeito da ação em segunda instância, quando sua performance interpretativa será colocada em julgamento e sancionada positivamente (se mantida a decisão) ou negativamente (se a decisão for reformada).

Tal fazer-interpretativo é avaliado de acordo com a validade da norma aplicada, sua adequação ao objeto de valor perseguido na lide (semântico) e a eficácia da decisão judicial sob o aspecto formal (sintático).

No sistema da *common law* a revisão das decisões judiciais, semelhante ao sistema da *civil law*, pode variar no que se refere ao tratar do alcance da *materia decidere* da decisão de primeira instância e da necessidade de observância de *stare decisis* na espécie.

No sistema pátrio, temos a seguinte sequência da sintaxe recursal:

a. decisão de Primeira Instância (juiz agora como sujeito da ação);
b. recurso de Apelação do sujeito sancionado negativamente na decisão de primeira instância, pleiteando sua reforma;

c. contrarrazões de recurso do antissujeito, que se torna adjuvante do juiz de primeira instância, a fim de que aquela decisão seja mantida;
d. encaminhamento da decisão de primeira instância e das razões e contrarrazões à segunda instância, a fim de avaliar novamente o percurso dos actantes objeto da ação judicial e sua conformidade com o enquadramento jurídico ofertado pelo juiz de primeira instância;
e. decisão de segunda instância, que é o destinador-julgador do fazer interpretativo do juízo de primeira instância e que pode sancioná-lo negativa ou positivamente, respectivamente, reformando ou mantendo sua decisão.

Talvez aqui fosse oportuno propor o percurso a ser observado pelos advogados na elaboração de suas manifestações jurídicas, isto porque, muitas vezes, parece que tais profissionais do direito não têm conhecimento do que devem alegar a cada momento do procedimento judicial, a fim de persuadir os destinadores-julgadores a lhe conferirem o que pretende o sujeito da relação jurídica inicial.

Em nosso ordenamento, ainda há, conforme o caso, a possibilidade de revisão da decisão de segunda instância pelas já mencionadas instâncias especiais, que são o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Cabe observar que, quando a lide chega a tais esferas de recursividade, a relação da decisão judicial com os fatos (provas do processo), que pertencem ao nível referencial da linguagem, não é mais levada em consideração, tornando-se inviável a correção interpretativa neste sentido, mas apenas no que tange à adequação da fazer-interpretativo do juiz às previsões contidas em Lei Federal (quando o recurso sobe ao STJ) ou contidas na Constituição Federal (quando o recurso sobe ao STF).

Mais uma vez, a compreensão do recorrente a respeito daquilo que deve ser objeto de recurso especial ou extraordinário faz com que os desembargadores, via de regra, operem verdadeira barreira para que tais requerimentos vejam a luz do dia nos Tribunais Superiores, o que se dá pela falta de criação de gêneros e fórmulas recursivas que afastem o advogado de recorrer sem fundamento. Por outro lado,

nada justifica o cerceamento do direito das partes de se socorrerem às instâncias especiais, quando a legislação isto lhes assegura.

Note-se que compete ao Juízo de primeira instância a tarefa de conhecer os fatos e transformá-los em norma aplicável de acordo com o interesse das partes envolvidas, sendo que o Parlamento, efetivamente, não pode mais intervir na aplicação da norma que elaborou diretamente, quando muito através do Ministério Público, atuando eventualmente no processo judicial como *custus legis*, ou do próprio Judiciário, como fiel cumpridor de seus comandos legais.

Assim, o Poder Legislativo deixa de intervir diretamente na etapa de verificação judicial, havendo que se repensar o esquema proposto por Landowski, uma vez que o que está em jogo na verificação das instâncias superiores não é mais o papel do legislativo, mas o discurso das partes envolvidas na contenda tendo como referência a produção legislativa.

Ora, então é a correção do critério de interpretação da norma que é colocado em jogo, haja vista que, em princípio, ambas as partes estão em consenso acerca dos comandos legais envolvidos na decisão de determinada contenda, ou seja: se determinada relação jurídica consistente em contrato de venda e compra de bem imóvel, deve ser considerada compra e venda ‘ad mensuram’ ou ‘ad corpus’; ou se determinada conduta deve ser capitulada como estelionato ou ilícito civil; se determinada relação intersubjetiva deve ser considerada casamento, união estável ou namoro, etc.

Portanto, em que pese a vontade dos países da *civil law* de entregar ao Parlamento o caminho de seus ‘comandos’, nunca haverá a possibilidade deste mesmo órgão constatar que estas são observadas, o que só seria possível no antigo modelo exegético em que, na dúvida sobre a aplicação da norma, o caso deveria ser submetido ao Parlamento para elaboração de lei para tratar do tema, tal como ocorria na França na era das Cortes de Cassação.

Possível admitir, pois, que ambos os sistemas estão equipados de mecanismos operosos o bastante a fim de permitir uma construção judiciária independente. Agora, o grande problema reside na preocupação das instâncias superiores de simplesmente calarem as instâncias inferiores com seus

entendimentos, com o risco de transformar a ‘ditadura do legislativo’ na ‘ditadura dos tribunais superiores’.

Parece-nos que, neste momento, o problema se transporta de uma questão meramente metodológica para um problema de delegação de vozes e discursos em jogo, onde influências persuasivas e jogos de poder determinarão o caminho das decisões.

Propomos fracionar a análise da atuação do Poder Judiciário no que concerne à *verificação judicial* e no que toca ao que denominaremos *produção judicial*.

Desde já se convenciona que a verificação judicial aqui considerada se refere ao controle das decisões de instâncias inferiores pelas instâncias superiores, lançando o olhar agora para o *fazer* dos actantes sob o aspecto da sintaxe narrativa.

Já se demonstrou aqui a operosidade do sistema de revisão das decisões judiciais e como, através dele, torna-se possível a edição de súmulas que orientam a atividade jurisprudencial. As duas vias – competência e interpretação – são interdependentes e condicionadas à delegação de *poder-fazer* a estes actantes por meio do destinador-manipulador legislador, o qual o faz por meio das regras de competência do Judiciário e pela previsão de elaboração de súmulas.

A edição das já mencionadas súmulas impeditivas de recursos repetidos e súmulas vinculantes pretendem fazer cessar a constante carga de recursos submetidos à avaliação dos órgãos especiais, que dizem respeito ao fazer interpretativo dos juízes de primeira e segunda instância acerca da validade da norma e eficácia de suas decisões.

Tudo se passa como se, diante do fazer cognitivo do juiz, este se deparasse com um dever-fazer de acordo com as súmulas de instâncias superiores, embora pudesse querer-fazer de modo diverso. Eis aí mecanismo que restringe as possibilidades de continuidade na via recursiva.

O mesmo se diga a respeito das Súmulas Vinculantes uma vez que determinam a forma de interpretar as ações dos actantes da ação judicial nos estritos termos enunciados em seu texto.

A análise das súmulas vinculantes em vigência aponta sua predileção por limitar a atuação das instâncias inferiores, na condição de destinador-axiológico que

manipula a ideologia dos actantes-juízes de instâncias inferiores ao fazer com que estes devam-fazer de acordo com seus comandos para entrarem em conjunção com seu objeto de valor, que é a manutenção de suas decisões.

As Súmulas Vinculantes atualmente em vigência cumprem exatamente a função de manipular os juízes a fim de que estes confiem no saber-fazer do STF e, assim, abram mão de querer-fazer contrário ao dever-fazer imposto pelo comando sumular.

Como a semiótica sempre rende melhor quando colocada em uso, vejamos o que algumas delas dispõem e qual a respectiva estrutura sintática:

Súmula Vinculante nº 4 “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

Pelo que vimos estudando, a súmula vinculante impede que o juiz de primeira instância fixe a base de cálculo para o pagamento de condenação judicial levando em conta o salário mínimo em vigência naquela região. Sob este aspecto, impõe – conforme já dissemos – um dever-fazer ao juiz para que este entre em conjunção com seu objeto de valor.

Agora, a análise de referida súmula vinculante com normas jurídicas pode nos levar ao seguinte tópico proposto: a possibilidade de produção judicial por meio de jurisprudência.

Isto porque há certas disposições legais que utilizam o salário-mínimo como base de cálculo para vantagem dos mais diversos sujeitos de direito, como é o caso do empregado, actante enunciado nas relações de trabalho, quando labora em condições insalubres, conforme previsão contida no art. 194 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

> Art. 194. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximos, médio e mínimo.

Será que a Súmula Vinculante poderia revogar norma proposta pelo parlamento, como parece acontecer neste caso? Analisemos as normas jurídicas que informam a espécie:

De acordo com o §1º do art. 103-A da Constituição Federal, que cuida do instituto da Súmula Vinculante:

> § 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Necessária se faz a análise semântica de alguns termos presentes no texto em comento: /validade/, /eficácia/ /interpretação/:

a. **Validade**: significa que a norma jurídica encontra amparo em determinado fundamento, que pode ser a justiça, a efetividade social ou a harmonia sistêmica com o ordenamento jurídico.
b. **Eficácia**: significa que determinada decisão deve ser observada pelos indivíduos em determinado tempo e espaço com a consciência da obrigatoriedade de sua observância.
c. **Interpretação**: significa revelar o sentido objetivamente válido de uma norma jurídica contido nas leis, regulamentos, costumes e fixar seu alcance.

No caso em análise, a Súmula Vinculante está a dizer sobre a validade de normas jurídicas ao afirmar que, exceto previsão constitucional, é vedada a utilização de salário mínimo como base de cálculo, determinando a sua não utilização pelos juízes na aplicação da norma.

Ora, duas questões merecem atenção a esta altura: a primeira é a de que, tratando da validade da norma, a Súmula Vinculante opera fenômeno a que denominamos revogação da norma, mais especificamente neste caso derrogação, que é a revogação apenas parcial de determinada norma jurídica.

Explica-se: de acordo com o texto da súmula vinculante nº 4, não é válida a parte do art. 192 da CLT que determina o cálculo da insalubridade levando em consideração o salário mínimo vigente, criando, inclusive, uma lacuna de lei uma vez que não determina qual base de cálculo deveria ser utilizada, o que, diga-se de passagem, deveria ter feito a fim de evitar ainda mais instabilidade das decisões de instâncias inferiores.

De qualquer modo, parece haver uma ruptura na relação entre a produção legislativa e verificação judicial, uma vez que nosso ordenamento nunca permitiu a revogação de norma jurídica pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, observemos o disposto no art. 2º da Lei de Introdução do Direito Brasileiro: “art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.”

Portanto, temos que somente seria possível a revogação de norma por outra norma jurídica, presumidamente proveniente do parlamento. Isto leva a crer que o parágrafo segundo do art. 103-A da Constituição Federal altera a disposição contida na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

A segunda questão a ser levantada, sem maiores surpresas, reside no fato da Súmula Vinculante determinar a observância pelos juízes de todas as instâncias, o que não deixa de reafirmar que a Súmula Vinculante ‘age como norma jurídica’, uma vez que impõem um agir *conforme* aqueles e que atinge diretamente o interesse das partes envolvidas em litígios. Eis o nascimento do que denominamos produção jurídica judicial.

Isso nos leva a rever a ‘gramática do discurso jurídico’ proposta por Landowski, uma vez que houve mais do que a verificação da semanticidade jurídica de uma conduta, de acordo com a gramática das prescrições legislativas, mas efetivamente a reconstrução da gramática do discurso do parlamento, decretando o engano do critério parlamentar em tais situações; eis a decretação da derrocada do sistema da *civil law*.

Diante disto, temos como certa a afirmação da jurisprudência em nosso ordenamento como fonte primária de direito, sendo possível catalogar as Súmulas Vinculantes em vigência para estabelecer quais delas operam no campo da validade ou da eficácia, sendo certo que é sempre o fazer-interpretativo do julgador que está em jogo, levando tudo a crer que apenas no primeiro caso temos o fenômeno de “Súmula Revogatória de Norma”.

A fim de propormos um critério de categorização das Súmulas Vinculantes em vigência, vejamos uma que trata da eficácia:

> SV.13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade

> nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia, assessoramento, para exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Veja que, neste caso, o que a Súmula Vinculante determina é a ineficácia de ato administrativo que vise a nomeação das pessoas relacionadas em seu texto, tornando inconstitucionais e, portanto, sem efeito, os nomeados que se encontram ali elencados. Veja que, neste caso, a súmula vinculante não é revogatória, apenas impõe um dever-fazer a funcionários públicos, sob pena de nulidade do ato (sanção negativa) e, por óbvio, obriga os juízes a reconhecerem a ilegalidade de tais nomeações.

Atentemo-nos aos casos em que a Súmula Vinculante é revogatória de norma jurídica a fim de repensar os sistemas sintáxicos em jogo nesta reformulação da relação entre o Parlamento (produção jurídica) e o Judiciário (verificação judicial).

Consideramos revogatórias (ou predominantemente revogatórias) as seguintes súmulas vinculantes: 2, 4, 8, 9 e 26, em todas elas há um esquema sintático básico que é: “Se NJ está em desacordo com a CF, então é INVÁLIDA”, que pode ser realizado também no raciocínio inverso: “Se NJ está de acordo com a CF, então é VÁLIDA”.

Daí, possível depreender que a possibilidade de revogação de norma jurídica por Súmula Vinculante só ocorre diante da inconstitucionalidade da mesma, o que mantém coerência com o sistema constitucional de nosso ordenamento e a concepção das normas constitucionais como o ‘metadestinador axiológico’.

Assim, o limite da atuação tanto do Parlamento quanto do Judiciário será sempre aquele imposto pela Constituição Federal, oriunda do Poder Constituinte Originário.

Tal observação homologa-se com nossas considerações iniciais que se referiam à concentração jurídica de nosso ordenamento por meio da Constituição Federal, que concedeu ao STF o poder de ‘cassar’ as leis do parlamento em desacordo com os anseios da lei maior.

No que concerne ao Direito de Família mais especificamente, como já é sabido e objeto de nossa pesquisa, não há Súmulas Vinculantes a tratar do tema.

No entanto, um embrião foi forjado em decisão do STF que amplia a aplicação do art. 1723 do CC às uniões de pessoas do mesmo sexo, ao acolher ADIN e arguição de descumprimento de preceito fundamental com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à mesma.

Basicamente, em sua decisão (ANEXO IV), o Ministro do Supremo Tribunal Federal opera a chamada interpretação extensiva da norma – o que justifica aduzindo que a interpretação declarativa da norma resulta em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana – que, por ser proferida em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, passa a ter efeito vinculante em decisões da mesma natureza.

Talvez aqui estivéssemos diante da possibilidade de enunciar a primeira Súmula Vinculante em direito de família:

> O disposto no art. 1723 do Código Civil deve ser interpretado extensivamente, abarcando todas as uniões afetivas entre pessoas, independentemente de gênero, conferindo efeitos jurídicos a elas, observados os demais requisitos legais.

O único problema reside no fato de referida decisão judicial não obedecer àquilo que dispõe o já mencionado parágrafo segundo do art. 103-A, ou seja, de que a súmula vinculante deve advir de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre questões que causam divergências de decisões judiciais de instâncias inferiores e insegurança jurídica.

Nesta hipótese, a decisão do eminente Ministro do STF pode ser considerada apenas como interessante modelo de interpretação da norma por meio de dados sociais e de senso de justiça e evidente argumento de autoridade a influenciar (mas não vincular) decisões de instâncias inferiores, sob pena de incorrer-se em flagrante risco de excesso de concentração de Poder em uma única mão.

Por sinal, o nosso sistema poderia se aprimorar levando em conta aspectos do sistema inglês, especialmente no que concerne ao processo de produção do precedente de corte, levando em conta a modalização do sujeito-juiz de instâncias inferiores e seus respectivos estados de alma.

Considerando a ausência de verificação das decisões judiciais em relação à sua eficácia em virtude da aplicação que dá a norma jurídica sob o prisma da Constituição ou de Lei Federal, tudo se passa como se a estabilização das decisões judiciais se desse ‘de baixo para cima’, ou seja, é da observação dos fatos trazidos a

juízo que se extrai o precedente de corte, o que valoriza positivamente a figura do actante-juiz que, no mais das vezes, a *civil law* acaba por colocar sempre na potencial situação de antissujeito realizador de *performance* em desacordo com previsões e princípios previamente estabelecidos.

No que se refere ao estado de alma dos juízes de instâncias inferiores, justamente em virtude de sua presença actancial no sistema jurisprudencial pátrio – vale dizer, sempre sujeito à sanção negativa e revisão de seu ato tornado ineficaz ou manipulado da dever-não-fazer caso colida sua convicção com o da súmula – permanece em estado de disjunção com seu objeto de valor (de exercer na completude os atributos da jurisdição), o que gera nesta estado de decepção em virtude da falta de crença das instâncias superiores e do legislador em seu saber-fazer.

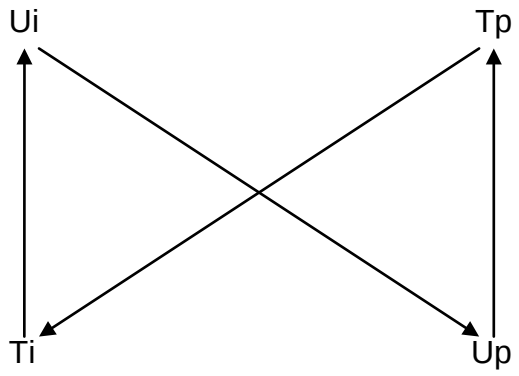
Retomamos, por oportuno, as lições de Landowski e Greimas em “Semiótica e Ciências Sociais”, notadamente no que se refere à análise das leis da França que tratam das sociedades mercantis e a possibilidade de sociedades de empresas, quando desenvolve a noção de actante coletivo sintagmático e actante coletivo paradigmático.

Em suma, Greimas propõe que o actante coletivo sintagmático é aquele composto por sujeitos que complementam entre si suas atribuições, como no caso de uma linha de produção de montadora de carros, uma metalúrgica, uma indústria de alimentos, que reúnem engenheiros, operários, técnicos, pessoal burocrático, em que cada um tem seu espaço de atuação bem definido e cujas funções não se confundem, ao contrário, ocorrem em paralelo que convergem para criar um totalidade partitiva.

Já actantes paradigmáticos não comportam a distinção dos sujeitos que a compõe à maneira de números ordinais, uma vez que se confundem uns com os outros na criação de uma totalidade integral que transcende a individualidade das unidades integrais.

Este modelo pode ser aplicado para servir de sugestão para o processo de consolidação de jurisprudência com vistas à possível utilização deste instituto para rever o processo de ressemantização das práticas sociais em sede de direito de família.

Figura 9



Assim, temos que as decisões judiciais de primeira instância (Ui), para tornarem-se jurisprudência de segunda instância (Up) devem ser reunidas pelo que contêm de comum em suas decisões, no que concerne ao que chamamos de 'provável colidência de ideologias'; confrontando as decisões dos diversos órgãos de segunda instância teríamos a consolidação das decisões de segunda instância (Tp); mais uma vez, analisando as 'prováveis colidências de ideologias', o STF (em matéria constitucional) as organizaria desenvolvendo fazer cognitivo, com vistas a assentar a maior quantidade de 'colidências de ideologias' em uma Súmula Vinculante que, a partir daí, de modo mais legítimo, vincularia as decisões de primeira instância (Ui), por ser a voz não de 11 Ministros do STF, mas da maior parte dos Magistrados do Brasil.

Chegando ao fim deste capítulo, cabe ainda nos atentarmos para o fator que parece criar, em nível discursivo, verdadeira polêmica e relação tensiva entre as diversas decisões judiciais pulverizadas ao longo dos ineficientes modelos judiciais da *common law* e da *civil* que seria, ao lado do controle de recursividade, possível controle de ideologia.

O problema aqui nos remete ao que Eric Landowski denomina em sua obra "Metadestinador Epistemológico" que opera, na programa narrativo da manipulação, acima do Metadestinador Axiológico, conforme se infere do seguinte trecho:

> Dizendo que tal divisão, e as opções que ela pressupõe, são efetuadas 'pelo direito', postulamos a intervenção de uma instância de decisão dotada da competência adequada para exercer esse tipo de fazer decisional, isto é, cognitivo. Claro, uma tal instância hipotética não é identificável em nenhum ator estritamente individualizado, nem mesmo em uma instituição que desfrute de uma habilitação particular. Mas ela existe sim, em compensação, sob a forma de um actante coletivo constituído pelo conjunto dos atores que se veem levados a concorrer – essencialmente no âmbito da

> jurisprudência e da doutrina – para a elaboração dessas *normas gramaticais*, ou metajurídicas, cuja instância implícita postulamos e que, impondo-se como tais nos estágios ulteriores da construção das *regras jurídicas* propriamente ditas, formam exatamente o núcleo do que se chama *teoria do direito*. Se é preciso lhe dar um nome que reflita a sua definição sintáxica [...] pode-se identificá-lo como sendo a de um *Destinador epistemológico*.[110]

É a partir daquilo que a *teoria do direito* enuncia como valores juridicamente relevantes, que desencadeiam do querer/dever-fazer dos magistrados, sobre determinados, pelo querer que suas decisões sejam reconhecidas como conforme aos cânones informados pelo destinador epistemológico.

Longe de resolver o problema da divergência das decisões judiciais, o encontro do destinador epistemológico, quando muito, permite-nos afirmar que não é o STF que detém a primazia de dizer qual deve ser o direito de nossa nação, uma vez que também se submete aos valores atribuídos a objetos jurídicos pelo destinador epistemológico, o que deverá ser sempre considerado em súmulas proferidas por aquele órgão.

Sabemos (e mais adiante desenvolveremos melhor esta questão) que a concepção do que vem a ser a *teoria do direito* oscila entre a doutrina e a jurisprudências, alguns crendo que esta repousa no direito positivo, outras numa acepção metafísica de justiça, alguns creem na origem social do direito e outros ainda na lógica discursiva que enuncia este campo do conhecimento.

Ainda que não seja possível, nos estritos termos deste trabalho, definir qual teoria do direito deva ser a prevalecente, propomos, em sede de direito de família, que a interpretação sociológica deva ser levada em consideração, a fim de estabelecer, em sede de direito de família, quais são os valores existentes na sociedade contemporânea e quais deles devem ser admitidos pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, do mesmo modo como o modelo de totalidade integral ajuda a desvincular o magistrado de primeira instância da figura do antissujeito, a busca do direito de família na sociedade, por meio de demandas judiciais, permite rever a condição dos actantes-partes do processo em que há sempre um sujeito e um antissujeito, cada vez mais pela sintaxe do consenso, caminhando para a convergência de ideias e disforizando o antagonismo, convergindo para um direito

[110] LANDOWSKI, E., op. cit., p. 72.

de família oriundo do consenso e não do direito de família jurisprudencial advindo do duelo, que sempre privilegiaria o melhor discurso e, não necessariamente, o melhor direito.

Do mesmo modo que foi possível ao legislador criar norma impeditiva de recursos repetitivos, seria viável legislar/sumular que só é admitida interpretação sociológica em direito de família, devendo prevalecer sobre a análise literal dos textos legais em vigência.

Em um segundo passo, unindo esta tendência à elaboração de súmulas vinculantes sobre a matéria nos termos aqui propostos, a fim de re-harmonizar as relações entre Poder Legislativo e Poder Judiciário, seria adequado revogar o Código Civil na parte de Direito de Família, optando-se pela criação aparentemente necessária de um Estatuto da Família (cuja proposta, conforme veremos, tramita no Congresso Nacional), conforme passaremos a dispor no próximo capítulo.

4. Hermenêutica Jurídica na Pós-Modernidade

> *O célebre escritor irlandês Oscar Wilde é preso em 6 de abril de 1895 após "cometer atos imorais com diversos rapazes", em consequência de uma acusação feita pelo 9º marquês de Queensberry, John Douglas. Desde 1891, Wilde estava envolvido afetivamente com o lorde Alfred Douglas, poeta e tradutor inglês, filho do marquês. Foi então que o marquês, reprovando a relação com seu filho, denunciou o escritor por manter relações homossexuais – na época, consideradas um crime na Inglaterra. (www.uol.com.br, em 26/08/2012)*

Como se sabe, Oscar Wilde foi um célebre escritor inglês, tendo escrito, entre outras, aquela que é considerada sua obra definitiva, intitulada "Retrato de Dorian Gray".

Foi marginalizado pela sociedade em virtude de seu estilo de vida distante dos valores da Inglaterra de seu tempo. De acordo com José Eduardo Ribeiro Moretzsohn, ao tratar da vida e obra de referido autor:

> Claro que na esteira das admirações vieram os detratores, com boatos e acusações principalmente sobre seu homossexualismo. Não é para menos. Oscar Wilde desafiou as regras estanques da moral inglesa, buscando ampliar o horizonte literário e estético de sua época. Sua obra e suas atitudes são provas de uma postura que não se poderia chamar de rebelde, mas provocativa.[111]

Relações homossexuais foram consideradas crime na Inglaterra até recentemente, conforme se pode depreender do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Melo colacionado no anexo IV do presente trabalho, até que, em 1957, houve a revogação de tal delito de "sodomia", por meio do "Report of the Commitee on Homsexual Offences and Prostitution", encabeçado por John Wolffenden, documento que ficou conhecido como "Wolffenden Report". De acordo com a exposição de motivos de referido texto:

> Ficará claro através de nossos termos de referência que nós nos ocupamos a respeito da lei e ofensas contra ela. Nós claramente reconhecemos que as leis de qualquer sociedade devem ser aceitáveis para o senso moral geral da comunidade para que sejam respeitadas e sancionadas. Mas não nos cabe imiscuir em temas de moral privada, exceto se estes afetam diretamente os costumes públicos; tampouco nossa comissão estende o

[111] WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Tradução de José Eduardo Ribeiro Moretzsohn. São Paulo: Abril Coleções, 2010, p. 287.

> acesso de lições de teologia, sociologia e psicologia sobre tais temas, ainda que em certos pontos principais nós entendamos suas conclusões muito relevantes a nosso pensamento. Ademais, nós não entendemos ser nosso escopo ou competência fazer um exame completo das causas morais, sociais e psicológicas do homossexualismo ou prostituição, ou das várias teorias sobre suas causas. Nosso dever primeiro foi considerar a extensão que permite concluir se conduta homossexual ou prostituição feminina devem ser punidas pela lei criminal. [112]

Do outro lado do Atlântico, no Brasil, o homossexualismo não chegou a ser considerado crime (salvo nas Ordenações do Reino, oriundas de Portugal), mas sempre foi uma conduta juridicamente irrelevante, deixando de conferir efeitos jurídicos a tais relacionamentos, especialmente no que concerne aos direitos de filiação e sucessórios.

Retomando ao tema filiação, antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a lei dotava filhos havidos durante o casamento e filhos concebidos fora desta relação de competências diversas; ao primeiro chamava filhos legítimos e aos segundos, filhos ilegítimos, tratando-os diferentemente, o que foi definitivamente afastado após a revogação do Código Civil de 1917 e a entrada em vigor da atual codificação civil.

Os fatos acima mencionados apontam para uma série de mudanças sociais iniciadas no Século XX, quando valores caros às tradições ocidentais foram questionados, tanto os relacionados à aceitação do homossexualismo, a igualdade da prole independentemente de sua origem, igualdade de direitos entre homens e mulheres, para tratar de apenas alguns eventos afeitos ao nosso tema central.

Sem dúvida, tais movimentos – que culminam no já analisado voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal – colocaram fim à concepção moral da família e sua influência no discurso legal, e a respectiva ética da família e do trabalho.

---

[112] "It will be apparent from our terms of reference that we are concerned throughout with the law and offences against it. We clearly recognize the laws of any society must be acceptable to the general moral sense of the community if they are to be respected and enforced. But we are not charged to enter into the matters of private moral conduct, except in so far as they directly affect the public good; nor does our commission extend the assessing the teaching of theology, sociology or psychology on these matters, though on main's points we have found their conclusions very relevant to our thinking. Further, we do not consider it to be within our providence or competence to make a full examination of the moral, social, psychological and biological causes of homosexuality or prostitution, or the many theories advanced about these causes. Our primary duty has been to consider the extent to which homosexual behavior and female prostitution should come under the condemnation of criminal law." (**Report of the Committee on Homosexual Ofences and Prostituion**. London, Her Majesty's Stationery Office, p. 14, tradução nossa)

Com efeito, a ética da família e do trabalho foram os princípios morais fundamentais que guiaram os cidadãos das nações ocidentais após a Revolução Francesa, caminhando pela Revolução Industrial e seus transbordos no século XX.

Para que um homem fosse reconhecido em sociedade, deveria observar a ética do trabalho, não sendo aceitável a um 'homem de bem' entregar-se à mera contemplação da vida, deixando de se perfilar nas linhas de produção das grandes fábricas, com isso construindo e amoldando o mundo típico dos avanços dos pensamentos da Modernidade.

Da mesma maneira, o 'homem de bem' era aquele que se casava de acordo com as leis civis e da igreja, com o objetivo de conceber sua prole e preparar seus herdeiros, como bom *pater familis*, para que lhe sucedessem em seu patrimônio, usos e costumes. Desta forma, se perpetuariam os valores da Sociedade Moderna.

A afirmação do modelo Moderno de trabalho e família vai perdendo espaço à medida que os valores que alicerçavam tal visão de mundo se mostram equivocados e desastrosos, notadamente com o advento das duas grandes Guerras Mundiais.

A ideia de pluralidade de modos de existência começa a contrastar com a visão unificadora do mundo e das pessoas que imperava sob os cânones da Modernidade e que foram duramente atacados por uma série de movimentos globais, sendo o ano de 1968 especialmente marcante nesse sentido.

Neste ano, ocorreram, concomitantemente, protestos em diversos lugares do mundo, tais como Estados Unidos, França, Tchecoslováquia, Alemanha e até mesmo no Brasil.

Basicamente, os ideais de igualdade de direitos, emancipação e crítica ao autoritarismo, experimentados nas comunas francesas e em barricadas por vários países, influenciaram, sobretudo, a organização coletiva de grupos de reivindicação.

É o início do que denominamos pós-modernidade, período que avança até os dias de hoje, causando forte impacto em todas as áreas da cultura e afetando diretamente as pesquisas em ciências sociais, uma vez que os discursos destas áreas do saber dialogam diretamente com tais realidades, operando a necessidade de revisar e seguir adiante em seus conceitos e tradições.

4.1. Da modernidade à pós-modernidade – panorama geral

Conforme exposto em capítulos anteriores, os sistemas jurídicos que vimos estudando ganharam consistência e propagaram-se ao redor do globo a partir do século XVIII, forjados dentro dos padrões de pensamento e cultura a que denominamos Modernidade.

De acordo com Bittar:

> A modernidade, portanto, significa, numa perspectiva geográfico-temporal, '...o estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência', como afirma Anthony Giddens. Mas a modernidade, não podendo ser deslocada do tempo e do espaço, também não pode ver-se atrelada simplesmente a estes dois elementos. Deve também ser compreendida como um conjunto de transformações culturais, sociais e econômicas, bem como políticas, que haveriam de se produzir, sustentadas por fortes ideais filosóficos, entre os séculos XVII e XIX, com vistas à consolidação de características (que serão destacadas ao longo do texto) tornadas projeto-meta para a *reconfiguração* das relações humanas e sociais na Europa ocidental, algo que acabou por se universalizar.[113]

Os principais fatores, dentro deste contexto cultural, que favoreceram a solidificação do sistema da *common law*, embasado em precedentes de corte, e da *civil law*, expresso em codificações, foram forjados, de fato, desde meados do século XV, sobretudo com as descobertas científicas que determinaram o fim do pensamento medieval, pautado nos dogmas da crença religiosa, uma vez que o saber científico, baseado no empirismo, passava a provar a causa e a razão de todas as coisas em virtude de fatores concretos e efetivamente demonstráveis.

Podemos citar o pensamento de René Descartes como aquele que, com base na certeza científica, recoloca os homens no centro das atenções e o concebe como o sujeito do conhecimento, fundamentado em sua razão, que a tudo compreende e a tudo sistematiza, afastando-se da explicação divina para todos os eventos da vida.

É justamente a crença na razão que vai servir a militância de pensadores da filosofia, política e sociologia no sentido de que seria justamente a razão humana que tornaria iguais todos os homens que, em virtude desta igualdade, deveriam, do mesmo modo, ter os mesmos direitos e deveres.

---

[113] BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 35.

É assim que surgem as teorias ditas contratualistas que vão conceber que o homem passa do estado de natureza para o estado social quando reconhece a necessidade de convívio social para poder sobreviver, forma de pensar o mundo novo que permitiu a Hobbes forjar as bases da centralização de poder nas mãos do Soberano, sobretudo em "Leviatã"; a John Locke determinar a separação necessária entre o Estado e a Igreja que, aliado ao pensamento de Adam Smith em "A riqueza das nações", concebe o embrião do Estado Liberal; e, por fim, a ideia do surgimento do Estado por meio de um contrato social havido entre os cidadãos e o Estado a fim de que aqueles pudessem retomar a felicidade do estado de natureza, por meio de um aparelho estatal que convergiria ao bem comum, amparado nas lições montesquianas de separação de poderes, a fim de se evitar a corrupção do Monarca totalitarista.

De acordo com Bittar:

> A modernidade é guardiã de seu ideário e faz de seus princípios e ideologias fontes primordiais para a inspiração da consciência das gerações. Se tudo está para a razão, com a razão e em função da razão, a ordenação racional é o sistema que tudo penetra, determinando as condições para a preeminência do projeto moderno. Da pré-modernidade em direção à modernidade está-se a falar da passagem da dimensão do impreciso para o preciso, da heterogeneidade à homogeneidade, do desordenado ao ordenado, do ambivalente ao certo, do desconhecido ao conhecido, do natural ao artificial. O cálculo, o exercício métrico da razão, que se importará sobre o mundo das coisas, é parte do processo arquitetural e ordenador. Dominação, projeção, cálculo, configuração, organização, planejamento são atitudes de ação racional sobre o mundo da desordem, que precisa ser triado e esquadrinhado antes de ser colocado à disposição para a utilização.[114]

Surgem os sistemas jurídicos que vimos estudando no Capítulo III, pois, como ferramentas, instrumentos de articulação do poder centralizador pelo Estado, que passam a criar as fórmulas de conduta em sociedade que pré-ordenam a ação do cidadão dentro do seio social, quer seja através das previsões *a priori* contidas nas codificações da *civil law*, quer seja na rígida vinculação dos magistrados aos precedentes de corte na *common law*.

Mais uma vez falando com Bittar:

> De aspiração moderna, a ideia de um Estado de direito decorre exatamente de uma concepção liberal-burguesa de domesticação do poder pelo direito, na medida em que o princípio da legalidade se insculpe, especialmente

[114] Idem, p. 53.

> após a Revolução Francesa, como uma espécie de libelo antimonárquico, o que é traduzido na tradição posterior como um libelo anti-arbítrio. Se há regras predeterminadas, se há um sistema de leis previamente dado, se existem normas que regulamentam a vida social, será segundo estas regras que haverão de se definir as condutas, seja de cidadãos (povo), seja de exercentes do poder (Estado).[115]

Escorada nessa visão de mundo, o direito, como vimos, passa a ser discurso pautado por meio de regras de conduta, sendo certo que os magistrados, com base em sua capacidade racional hipotético-dedutiva, cumpririam facilmente seu *mister*, quer fosse operando a subsunção do fato à norma, quer fosse aplicando precedentes de corte a casos análogos.

No entanto, alterações sociais, surgidas mesmo antes da virada do século XX, conforme já mencionamos, passam a anunciar o enfraquecimento deste modo de concepção de mundo, rumando para aquilo que alguns autores concebem como pós-modernidade.

De acordo com Siqueira Junior:

> O pós-modernismo designa as mudanças ocorridas na sociedade a partir de 1950, com o fim do modernismo (1900-1950), e se desenvolve com o avanço tecnológico. Surge nos anos 50 com a arquitetura, ganha corpo na década de 1980 e no século XXI desemboca com a Era do Conhecimento. 'Entre a luz a sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.[116]

No mesmo sentido as lições de Bittar, que assevera que:

> A pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual, ou muito menos um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança dos valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, e algumas conquistas e algumas desestruturações sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição. No entanto, a pós-modernidade foi efetivamente constatada, identificada e descrita, assim como batizada e nomeada, a partir de uma tomada de consciência das mudanças que vinham acontecendo e dos rumos tomados pela cultura contemporânea, pela filosofia e pela sociologia contemporâneas (*A filosofia e o espelho da natureza,* de Richard Rorty; *A condição pós-moderna*, de Jean-François Lyotard, com datação de 1979), dando-se preeminente destaque para a repercussão do texto de Jean-François Lyotard.[117]

---

[115] Ibidem, p. 76.
[116] SIQUEIRA JR., op. cit., p. 373
[117] BITTAR, op.cit., p. 171-172.

Todas essas mudanças não poderiam passar despercebidas na área do direito. Entre o precipício que se criou entras as previsões legais estanques e as alterações sociais efervescentes e constantes, os principais conceitos que nutriam reverência às leis postas ou costumes consolidados por precedentes, começou a ruir: a segurança jurídica, ancorada no entendimento das expressões "obrigações jurídicas" e a própria compreensão do que significa o "direito".

De acordo com Ronald Dworkin:

> Alguns juristas (que podemos chamar de 'nominalistas') insistem em que a melhor maneira de resolver tais problemas consiste em ignorá-los. Na concepção deles, os conceitos de 'obrigação jurídica' e 'o direito' são mitos, inventados e mantidos pelos juristas em nome de uma sombria mistura de motivos conscientes e inconscientes. As perplexidades que esses conceitos provocam são simplesmente sintomas de que eles são mitos. Elas são insolúveis porque são irreais e a nossa preocupação com elas é apenas um traço da nossa escravidão. Melhor seria se nos livrássemos inteiramente das perplexidades e conceitos, perseguíssemos nossos importantes objetivos sociais sem esse excesso de bagagem.[118]

E, logo adiante, arremata:

> Sem dúvida, a sugestão de que paremos de falar sobre 'o direito' e a 'obrigação científica' é em grande parte um blefe. Esses conceitos estão profundamente enraizados na estrutura de nossas práticas políticas – eles não podem ser deixados de lado como se fossem cigarros ou chapéus. Alguns nominalistas admitiram parcialmente isso e afirmaram que os mitos que eles condenam devem ser vistos como mitos platônicos e preservados para induzir as massas a aceitar a ordem social.[119]

Sob uma abordagem diversa, podemos dizer que tais termos passam a ter significação diversa nos também diversos contextos sociais que são utilizados, não havendo certeza acerca de seu sentido e alcance.

Provavelmente, estejamos vivendo a mesma situação de incertezas que povoaram o pensamento dos Revolucionários quando da Revolução Gloriosa, da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa.

Retomando o conceito semiótico que tratamos no capítulo II deste trabalho, um acontecimento epifânico é capaz de dissemantizar certos termos e expressões que passam por um processo de ressemantização: como devemos tratar, sob a

---

[118] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 25.
[119] Idem, p. 26.

égide da pós-modernidade, as noções de ‘segurança jurídica’, ‘obrigações jurídicas’, ‘direito’, ‘relações familiares’, ‘filiação’, etc.?

Em tempos de ‘crise semântica’, há tendência a acirrados duelos teóricos e ideológicos que lutam pela primazia de seus ideais e visões de mundo.

Muitos são aqueles que lutam pela manutenção dos valores próprios da Modernidade, arvorando-se como fiéis cumpridores da ‘letra fria da lei’, escravos das codificações; há também aqueles que militam o desapego total aos valores de absoluto encontrados nos códigos, relativizando todos os conceitos e valores que eram tão caros aos sectários da ideia de sociedade unificada pela lei: uma lei, um povo, um governo.

Há, por fim, aqueles que admitem os avanços da pós-modernidade, mas que não abrem mão de certos valores que entendem como absolutos, irrenunciáveis e inalienáveis a qualquer custo. Tais valores estariam impressos na Declaração dos Direitos Universais dos Cidadãos e os respectivos direitos humanos fundamentais ali reconhecidos.

De acordo com Siqueira Jr., para quem o direito na pós-modernidade deve levar em consideração a tolerância, o bom senso e a cidadania:

> A relatividade da pós-modernidade afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, que é um valor absoluto. Nesse sentido, três correntes filosóficas devem ser afastadas de pronto: o relativismo, o subjetivismo e o pragmatismo. [120]
> (...)
> A liberdade e a vida não podem ser consideradas como um bem relativo, subjetivo ou pragmático. Na verdade, é algo absoluto e universal. Thomas Jefferson, na Declaração da Independência dos Estados Unidos, ressaltou a existência de verdades evidentes que surgem como fruto do direito natural: (...).[121]

Já Ricardo Maurício Freire Soares, partindo de uma outra perspectiva, assevera que:

> Como se depreende, não se concebe mais o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante. Daí decorre a compreensão do ordenamento jurídico com um fenômeno dinâmico e, pois, inserido na própria historicidade da vida humana.
> (...)

[120] SIQUEIRA JR., op. cit., p. 379.
[121] Idem, p. 381.

> De outro lado, o fenômeno jurídico pós-moderno passa a valorizar a dimensão discursivo-comunicativa. Entende-se que o direito é uma manifestação da linguagem humana. Logo, o conhecimento e a realização do ordenamento jurídico exigem o uso apropriado dos instrumentos linguísticos da semiótica ou semiologia. Torna-se, cada vez mais plausível, o entendimento de que os juristas devem procurar as significações do Direito no contexto das interações comunicativas. Deste modo, a linguagem se afigura como a condição de exterioridade dos sentidos incrustados na experiência jurídica.[122]

Estas referências que fizemos a citados autores permite notar a franca existência de conflito no que tange às definições semânticas caras ao campo do saber jurídico, estabelecendo uma relação polêmica entre estes diversos pontos de vista, semelhantes àqueles que habitam a hermenêutica do início do século XX e as contraposições das escolas que valorizavam os valores de absoluto e os valores de universo, o que agora fica claro.

Sob a concepção discursiva, podemos dizer que há um gradativo apagamento dos discursos próprios da modernidade que, ao invés de serem descartados, são revistos e incorporados nos discursos da pós-modernidade.

É assim que modelos teóricos que se sucediam em uma *continuação da continuação* das ideologias da modernidade, sofrem, com o surgimento do discurso pós-moderno, uma *parada da continuação* e, parece-nos que, atualmente, vivemos em situação de *continuação da parada*, caminhando para uma futura *continuação da continuação* dos ideais que serão forjados na inter-relação entre ambos os discursos, que criarão certamente um terceiro, o qual ainda não tem significante certo e significado acabado, definido. Nada mais pós-moderno, diga-se.

4.2. Nível discursivo da norma jurídica

De início, cumpre retomar o capítulo I deste trabalho a fim de concluir acerca do nível discursivo do discurso legislativo, tendo como base o tema filiação que vimos analisando então e outras questões relevantes do direito de família.

Como já se afirmou, referido tema faz parte integrante do Código Civil de 2002, cujos trabalhos foram coordenados por Miguel Reale e buscaram a atualização dos ditames do Código Civil anterior, de 1916, em virtude dos avanços

[122] SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

sociais ocorridos ao longo deste tempo, que tornaram a velha codificação muito distantes dos anseios dos cidadãos.

A análise do nível discursivo pode levar em consideração apenas os pressupostos da semiótica a este respeito, tanto no que concerne à sintaxe quanto à semântica discursiva.

Por meio de tal abordagem, podemos reconhecer as estratégias da enunciação do legislador a fim de transmitir efeito de sentido de abstração e generalidade da norma jurídica, operando o texto legal sempre por meio de debreagem enunciva, do ele-lá-então.

De acordo com Pietroforte:

> O discurso tem duas dimensões, a sintática e a semântica. Em sua sintaxe, o discurso é construído pelas categorias discursivas de pessoa, tempo e espaço. Na relação enunciação-enunciado, o enunciador e o enunciatário podem ser ou não explicitados no enunciado:
> 1) quando são explicitados, gera-se a chamada debreagem enunciativa, em que a pessoa é marcada na relação 'eu-tu', o tempo é marcado no 'agora' e o espaço, no 'aqui';
> 2) quando não são explicitados, gera-se a chamada debreagem enunciva, em que a pessoa é marcada no 'ele', o tempo é marcado no 'então' e o espaço, no 'lá'.[123]

Pegue-se como exemplo o seguinte texto legal: "Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível."

Como é possível observar, o eu-tu estão apagados do texto que opera em terceira pessoa (o marido, a mulher, filhos); com relação ao tempo, temos o presente que podemos denominar omnipresente, que é aquele que sempre se atualiza quando ocorre a previsão contida em lei, dando o efeito de sentido de concomitância entre o tempo do discurso e o da ação; quanto ao lugar, é o do 'lá', ou seja, onde quer que o prescrito em lei venha a acontecer.

Neste caso, o legislador delegada ao marido um poder-fazer caso suspeite da paternidade do filho cuja filiação lhe é atribuída pela mulher, valendo tal disposição legal como defesa dos interesses legítimos do marido possivelmente traído.

Com essa ponderação, passamos para a semântica discursiva, quando tratamos dos temas que norteiam o texto em análise e as estratégias enunciativas

[123] PIETROFORTE, op. cit., p. 17.

de persuasão relacionadas à própria escolha de referido tema e das figuras que eventualmente recobrem tal discurso.

Ora, não há como se negar que a escolha do tema filiação a fim de fazer parte do Código Civil é, por si só, uma tomada de posição, uma vez que poderia optar o legislador por deixar o regramento deste tema de lado.

No entanto, a intenção de um Código Civil é justamente prever, exaustivamente, toda sorte de relações sociais juridicamente relevantes, afirmando os valores que lhe são caros, como portador dos anseios sociais de determinado tempo e espaço.

O tema filiação contido na lei pode ser lido sob diferentes isotopias, ou seja, há diferentes possibilidades de leitura de um mesmo texto. Para tanto, tomamos emprestado interessante ensaio de Pietroforte ao tratar de história em quadrinhos de Luiz Gê, “O caçacor de crocodilos”.

Neste texto, Pitroforte assevera que:

> O nível discursivo, por sua vez, pode ser descrito nas relações entre temas e figuras e, a partir das propostas de Rastier a respeito da sistemática das isotopias, considerar a possibilidade de descrever a semântica discursiva entre três modos de tematização: a prática, a mítica e a metalinguística.[124]

Em que pese a evidente distância de forma entre um texto legal e uma história em quadrinhos, bem como dos gêneros do discurso a que pertencem, cabe advertir que os modelos da semiótica são generalizantes o bastante a fim de ser possível a utilização dos mesmos métodos de análise em textos distintos, sendo certo que tais modelos, em busca do ser do sentido, permitem adaptações conceituais e terminológicas a fim de dar conta de seu projeto de ciência.

No texto legal acima colacionado, bem como em diversos outros trechos que compõem o todo do tema filiação, é notável a possibilidade de ler o texto com base em diferentes isotopias também.

Em primeiro lugar, descreve-se a isotopia metalinguística, uma vez que o discurso normativo, a todo momento, refere-se à necessária observância de suas prescrições no momento de sua aplicação pelo juiz.

[124] Idem, p. 125.

No art. 1.601 do Código Civil logo percebemos um ‘recado’ ao juiz – destinatário do fazer comunicativo do legislador na isotopia metalinguística – ao asseverar que a ação negatória de paternidade pode ser proposta a qualquer tempo, em virtude de ser imprescritível.

Na leitura prática do texto legal, este artigo de lei trata do percurso a ser seguido pelo pai que desconfia que houve traição por parte de sua esposa, razão pela qual, a fim de esclarecer a dúvida, deve agir conforme a lei, propondo a medida judicial cabível para tanto. Como se trata de um litígio, presume-se a possibilidade da mãe e/ou do filho, contestarem referida ação judicial.

Trataremos a terceira isotopia (mítica), nesta hipótese, como a leitura moral do evento descrito no artigo de lei e a obediência que implica por determinar aquilo moralmente aceitável como conforme o direito.

É notável como, ao menos em sede de Direito de Família, normas morais, sociais e jurídicas se confundem, não havendo nítida distinção entre elas.

Ora, como negar que a norma coloca à disposição do ‘marido traído’ a possibilidade de ‘reaver a sua honra’, provando que o filho a quem lhe atribuem a paternidade não foi gerado por ele, mesmo na constância do casamento. O mito da fidelidade e da monogamia caem por terra nesse caso e há necessidade de reparação moral, uma vez que tais valores são caros à sociedade em que o comando legal é veiculado.

Assim, quando o jurisdicionado busca advogado para saber sobre seu direito num caso como esse, não é apenas a conformidade com a previsão legal que busca (senão no aspecto prático, como já vimos), mas também a possibilidade de reparação de suas concepções de consciência moral e do senso moral da sociedade.

Como a consciência moral dos indivíduos pode variar, o legislador toma o cuidado de estabelecer em seu comando um ‘poder’ contestar a paternidade e não um ‘dever’ contestar, em respeito à posição moral daquele pai que, mesmo sabendo não ser o pai biológico da criança, pretende reconhecê-lo como filho. E desde já, o legislador respeita esta decisão, ao deixar claro que a ninguém mais cabe a contestação da paternidade em juízo (por ser ação judicial personalíssima).

E os valores caros ao legislador são evidenciados bem como sua respectiva interação com os padrões morais vigentes em sociedade, na medida em que confere possibilidades diferentes no que se refere aos filhos nascidos fora do casamento, notadamente quando diz que, nestes casos, os pais 'podem' reconhecer espontaneamente o filho: "Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente."; quando isto não ocorre é o filho que tem de propor ação de investigação de paternidade e provar o vínculo de sangue.

Por fim, ao tratar de adoção, quando afirma no art. 39, parágrafo primeiro do Estatuto da Criança e do Adolescente que: "§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei"; deixa claro que a adoção é algo que não se entende como forma adequada de se estabelecer vínculo de filiação, por faltar os laços de sangue entre pais e filhos.

Além do mais, ao explicitar no art. 42, parágrafo segundo que: "§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família", desde já proíbe que uma criança seja adota senão por aqueles que mantêm vínculos conjugais de acordo com a legislação civil.

Neste sentido, cabe também a observação de que, em que pese o mito da laicidade do discurso jurídico, é claro que, ao privilegiar os relacionamentos estáveis, longos e duradouros entre homem e mulher e ao afirmar as presunções de filiação dos filhos havidos dentro do casamento monogâmico, está a ressaltar sua vinculação a padrões religiosos típicos dos cristãos em geral, notadamente católicos, uma vez que não prevê a possibilidade de poligamia (tal como deve ocorrer no Oriente Médio) e assegura o compromisso da lei em reafirmar os valores tradicionais desta forma de visão de mundo.

De todo modo, apesar da aludida isotopia metalinguística, a ordenar o fazer-interpretativo do juiz no caso em concreto, o voto do Ministro do STJ que vimos mencionando acaba por admitir a leitura de texto de lei em desacordo com sua

análise literal e, a princípio, em desacordo com a *mens legis*, ao admitir a possibilidade de reconhecimento de união estável por pessoas de mesmo sexo.

Vejamos o artigo de lei: “Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre *homem e mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (destaque nosso)

Ora, ao decidir daquela maneira o magistrado operou verdadeira alteração do texto legal, trazendo consequências inconciliáveis com os demais ditames legais que informa a espécie. Basta notar que, para homens que se casam constituírem uma família nos padrões da legislação somente pode se dar por meio de adoção.

Será que o legislador do Estatuto da Criança e Adolescente ao determinar que só podem adotar em conjunto as pessoas casadas civilmente ou que têm reconhecida a união estável contava com a possibilidade desta união estável ser entre pessoas do mesmo sexo. Certamente que não.

O que fazer diante de tal impasse? Revogar a lei ou reprovar a decisão judicial?

Antes que possamos responder esta questão, cabe aferir quais os critérios hermenêuticos utilizados pelo Ministro em seu voto e se tal julgamento advém de mero arbítrio ou se está fundamentado na análise do caso em concreto e amparado em modelos hermenêuticos consistentes

4.3. Interpretação Jurídica após 1945. Caracteres Gerais

Conforme prenunciado no capítulo II, os modelos oferecidos pela escola tradicional de interpretação do direito bem como o método científico de investigação perdem força no decorrer do século XX.

Sem dúvida, o autor que teve papel fundamental na configuração do Direito tal como é concebido até os dias de hoje foi Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito.

Na esteira do que convencionou chamar de viragem linguística das ciências sociais e amparado nos estudos de Wittgenstein e do Círculo de Viena, Kelsen

desenvolveu uma abordagem do direito que consistia na criação de um sistema de normas cujas relações são estabelecidas por critérios de hierarquia e subordinação.

Avesso às teorias científicas do direito, alheia-o de qualquer concepção sociológica, política ou ética. E, para aqueles que vão além da primeira página de sua obra fundamental[125], notam a transformação do papel do juiz em seus estudos.

De acordo com Hans Kelsen, em sua obra "Teoria Pura do Direito"[126] as normas jurídicas não contêm em si todo o conteúdo necessário à decisão operada pelo magistrado, servindo apenas como moldura para as interpretações possíveis para o caso, as quais são oferecidas pela dogmática jurídica, a partir dos estudos doutrinários.

Assim, caberia ao juiz, de acordo com ato dependente da sua vontade (e não do legislador) escolher qual solução seria a mais adequada para cada caso. A isso Hans Kelsen chama em sua obra interpretação autêntica.

À interpretação autêntica opõe aquela desenvolvida pelas demais pessoas (e também pela ciência jurídica) ao refletir a respeito de qual conduta tomar diante de uma prescrição legal, conforme segue:

> Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por um pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica (...).[127]

Em sua atividade decisória, cabe ao juiz, de acordo com sua livre convicção, optar pela decisão que entenda a mais adequada, não com base em um mero silogismo, nem tampouco com o apelo científico-sociológico do direito, mas, falando com Perelman:

> Na medida em que o direito não é assimilado a um sistema dedutivo, mas encarado como um meio para alcançar uma meta para o legislador, o estudo das prescrições legais, de sua eficácia e de sua evolução, deveria ser realizado com os métodos tradicionais das ciências sociais (...). As concepções teleológicas e funcionais do direito, após Von Ihering, Saleilles e Gény, que na Alemanha e na França anunciaram o fim da escola da exegese, foram desenvolvidas ao mesmo tempo que a sociologia jurídica (...) chega a considerar o direito muito mais a expressão de realidades

[125] COELHO. Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.
[126] KELSEN. Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[127] Idem, p. 388.

> sociais, econômicas e políticas, do que como a expressão de uma vontade de dirigir e orientar estas mesmas realidades. [128]

Em que pese o avanço anunciado pela forma como Kelsen propõe pensar a aplicação da norma, rompendo com as escolas do século XIX, não escapa de inevitáveis críticas, especialmente porque separa excessivamente o direito dos fatos sociais e exagera na liberdade que confere ao magistrado em suas decisões.

De toda sorte, parece que a acusação que mais pesa contra Kelsen é o caráter puramente lógico-formal de sua teoria de sistema de normas totalmente avesso a outras realidades, como se o Direito fosse um discurso autopoiético, sujeito apenas ao conhecimento da norma e os respectivos critérios de vigência, validade e eficácia da norma.

Ora, excluindo a reflexão acerca da justiça a fundamentar referido sistema de norma, acaba por tornar qualquer tipo de comando possível, inclusive aqueles autoritários e contrários a preceito de direitos humanos inafastáveis.

Foi assim que ocorreu, com a benção de Kelsen, o Terceiro Reich na Alemanha e a Ditadura Militar no Brasil (para citar apenas dois exemplos) como sistemas de governo legítimos.

Claro que não se quer aqui culpar um pensador pelos acontecimentos que sucederam neste período, mas fato é que, após o mal-estar causado pelo genocídio e outras perseguições de minorias e o calar de vozes pela violência desmedida, a hermenêutica jurídica trabalha para devolver ao Direito, na pós-modernidade, a reflexão acerca da justiça.

4.4. Hermenêutica contemporânea. Sistema x Problematização

A seguir, deliberadamente, serão eleitos pensadores contemporâneos que tratam do tema hermenêutica jurídica, diga-se, sem a intenção de proceder a um estudo exaustivo de cada um deles mas, para fins da aplicação do modelo semiótico a seguir, destacar a essência do pensamento de cada um deles.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, após a Segunda Guerra Mundial, considerando que as normas válidas do sistema poderiam carregar indesejável

[128] PERELMAN, op. cit., p. 94.

caráter de injustiça, partem os autores para estudos de princípios gerais de direito e de certas máximas que devem ordenar o pensamento do intérprete, com vistas a realizar justiça no caso em concreto.

Há, a partir de 1945, a ruptura com os sistemas de hermenêutica então vigente, partindo a análise do direito para processo mais empírico consistente na problematização e análise de *hard cases*, quando princípios e normas jurídicas e princípios entre si colidem. Nesta mesma toada, a lógica formal abre espaço para a lógica da argumentação, do razoável.

De acordo com Allaôr Caffé Alves:

> De grande importância para a decisão e, portanto, para a ação transformadora do mundo ou da conduta é considerar a questão da argumentação dentro dos parâmetros do 'sistema' ou do 'problema'. Quando limitamos um problema dentro de um sistema, ou seja, quando partimos do sistema para resolver de modo argumentativo um problema, temos uma questão dogmática (...). Quando, entretanto, partimos do problema para o sistema ou sistemas que vão resolvê-lo, temos uma questão zetética. Por exemplo, quando partimos do problema da compra e venda incomum objetivando construir, de modo argumentativo, um novo sistema conceptual para dele dar conta. [129]

4.4.1. DWORKIN. Teoria da Adjudicação e os *hard cases*

Obtemperando as tendências ultra-libertárias das Escolas de Livre Interpretação, o autor propõe um método para que a interpretação judicial leve em consideração o texto legal. À discricionariedade judicial, opõe a teoria alternativa da adjudicação.

É bom ressaltar que o autor filia-se ao sistema da *common law* e à análise de *hard cases* (casos difíceis), que desafiam a aplicação da norma pelo intérprete.

Para tanto, o autor destaca a importância central dos princípios em detrimento das normas. Os princípios são exigências de justiça, equidade ou outra dimensão de moralidade, considerados não alicerces, mas bases flutuantes do sistema jurídico.

De acordo com Dworkin:

> A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões peculiares acerca da

[129] ALVES, op. cit., p. 373.

> obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão.
> (...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.[130]

Como bem observa Rodolfo Luiz Vigo, em busca do equilíbrio reflexivo, a teoria hercúlea da adjudicação aduz que a tarefa de interpretar a norma é construtiva, buscando os princípios adjacentes aos casos em concreto.

De acordo com Vigo:

> Em *Law's Empire*, Dworkin insiste em comparar a tarefa do jurista à do novelista a quem se encomenda escrever um novo capítulo de uma longa novela que outros começaram anteriormente e que, por sua vez, outros continuarão; para cumprir este trabalho, não só deve partir de uma interpretação integral de toda a trama que recebe já elaborada, mas também deve visualizar o que podem vir a escrever seus sucessores, como desenlace final da novela. A responsabilidade do novelista é tratar de elaborar a melhor novela como se fosse a obra de um só escritor e não de vários. O juiz atua de maneira similar a esse novelista em cadeia, no momento em que decide o caso inédito no sentido de um exercício construtivo da totalidade da prática jurídica e institucional segundo a justiça e a equidade, visando alcançar a melhor interpretação possível do direito vigente. [131]

4.4.2. VILLEY. Direito aristotélico-romano

Rechaçando os métodos dedutivos, antilogiscistas e retóricos em busca do argumento razoável, o autor vai propor a dialética como forma de se buscar o verdadeiro anseio da interpretação da norma: a justiça.

O autor alimenta forte tradição Aristotélico-tomista, relacionando o direito à sua origem grega (*diké*) e não ao caráter que os Romanos atribuem ao termo (*directum*).

---

[130] DWORKIN, R., op. cit., p. 42-43.
[131] VIGO, op. cit., p. 64.

Ao contrário de Dworkin, Villey segue a tradição Romana do Direito, chegando a denominar sua linha de pensamento 'Aristotélico-Romana'

Villey separa o sentido de direito em original (justo) e derivado (aplicação da justiça). Fortemente influenciado pelas noções de justo distributivo e justo corretivo de Aristóteles, vai reiterar as lições do estagirita de que a justiça é a maior das virtudes, pois sempre o é em relação ao outro, dando a cada um o seu.

Para que tal distribuição de justiça ocorra, é fundamental o papel do juiz. Daí advém o sentido derivado de Direito ofertada por Villey, como a arte de interpretar. O Direito surge toda vez que o jurista dá a cada um o que é seu, no seu fazer-interpretativo.

Nas palavras do próprio autor:

> Pois, assim que tomar consciência da imperfeição da lei, de seu *inacabamento*, o intérprete não se sentirá mais ligado ao texto de modo servil. Abramos o tratado de Aristóteles (I.15.2), o *De Inventione* de Cícero (II.42, etc.). O jurista não se limita a discutir se o caso específico se "subsume" ou não a uma lei ou à definição escrita de tal categoria de negócio (*quaestio negotialis*), mas em geral se a causa de tal pleiteante é ou não *justa*: *qu'aestio* chamada *juridicialis* (*supr, § 175*). E, em primeiro lugar, se convém ou não se ater ao escrito (*scriptum*) – Suma Teológica: *Ulttrum sit semper secundum leges judicadum* (*supra, §* 240). Conhecemos a resposta: não, quando este for inadequado ou contrário à justiça – *In His quae contra rationem júris constituta sunt non possumus se qui regulam* júris (D.I.3.15). [132]

De grande valia, a colaboração de Villey para a interpretação jurídica repousa, entre outros, no fato de dar maior força à aplicação da equidade para corrigir as falhas e omissões das normas jurídicas, com base na noção de Justiça Animada (prática forense) desenvolvida por Aristóteles.

4.4.3. PERELMAN. Lógica Argumentativa

A preocupação central dos estudos do autor está no campo da lógica jurídica. Rompendo com a tradição da Escola Clássica, Perelman refuta ser a aplicação do Direito um mero silogismo. No entanto, não ignora por completo o raciocínio dedutivo, mas pensa o Direito para além deste raciocínio, por meio de uma lógica argumentativa.

[132] VILLEY, op. cit, p. 448.

Isso porque cabe ao juiz, ao tornar a norma geral e abstrata em particular e concreta, levar em consideração os argumentos das partes litigantes, bem como as provas que lhe são apresentadas para, argumentativamente, chegar à aplicação mais razoável da norma, agindo com prudência.

Desta forma, o que se busca não é a efetivação de uma justiça metafisicamente considerada, mas sim discursivamente erigida, dentro da prática jurídica, da argumentação forense. É daí que surge a lógica judiciária, de acordo com o autor:

> Estes diversos exemplos, que indicam que os tribunais não hesitam em tomar uma decisão que se impõe, mesmo à custa de uma justificação fictícia, não devem fazer esquecer que tais subterfúgios criam sempre um mal-estar, que se manifesta pela continuação dos litígios pelas partes, convencidas de ter legalmente razão: a paz judicial só se restabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. [133]

Nesse sentido, como bem assevera Soares:

> Ao sublinhar o conteúdo axiológico das formações discursivas, inclusive no Direito, Perelman lança as bases para o exercício de uma racionalidade dialógica e processual. Os discursos humanos, mormente no campo jurídico adquirem uma natureza argumentativa, sendo endereçados à persuasão de um auditório universal. O convencimento dos juristas e atores sociais passa a depender da legitimidade das opções hermenêuticas, medida por sua adequação aos valores socialmente aceitos. No plano do Direito, a argumentação permite o jogo dialético de escolhas e conclusões, potencializando o debate acerca da razoabilidade das propostas interpretativas. A perspectiva retórico-discursiva desemboca, assim, na compreensão de um ordenamento jurídico aberto, dinâmico e flexível, capaz de acompanhar as novas circunstâncias sociais a embasar a decidibilidade dos conflitos intersubjetivos.[134]

Em suma, embora não ignore o silogismo como método para pensar o Direito, Perelman acrescenta a argumentação como elemento integrante da interpretação da norma, pois é por meio do discurso que será concebida a validade das premissas, observada a ética discursiva nos julgamentos com vistas a fazer o Direito progredir.

4.4.4. VIEHWEG. O retorno às Tópicas Aristotélicas

[133] PERELMAN, op. cit., p. 191.
[134] SOARES, R. M. F., op. cit., p. 85.

Sobretudo após o final da Segunda Guerra Mundial, Viehweg resgata a tópica Aristotélica como forma adequada para a interpretação do direito.

Para Aristóteles, *topoi,* são pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda a parte, mais ou menos estáveis e que enumerados podem nos ajudar a resolver o problema do raciocínio diante das aporias (designa a falta de caminho diante de um problema apresentado).

De acordo com Perelman:

> Os tópicos jurídicos referem-se aos lugares *específicos* de Aristóteles, os que dizem respeito a matérias particulares, opostos ao *lugares-comuns*, que utilizamos no discurso persuasivo, tratados por Aristóteles nos *Tópicos*. Notemos, aliás ligado ao renascimento do interesse pela retórica e pelo raciocínio dialético, que foi o tema do 3º Simpósio Aristotélico, realizado em Oxford, em 1968. [135]

Do mesmo modo que Perelman, o autor vai centrar suas atenções no discurso como determinante para a interpretação da norma. A distinção fundamental entre os autores reside no fato de Viehweg socorrer-se nos *topoi* para alicerçar as premissas do raciocínio que a partir daí dialeticamente interpretaria o Direito.

São exemplos de *topoi* na área jurídica:

a. as exceções têm interpretação estrita;
b. na dúvida, deve-se dividir em partes iguais;
c. quem cometeu uma falta deve arcar com as suas consequências.

De acordo com Bittar e Almeida:

> A tópica faz uso dos 'lugares-comuns, ou seja, daquelas ideias e pensamentos que são aceitos, de forma consensual, pelos integrantes da situação comunicacional como primeiros argumentos que tornam possível o início do diálogo. O pensamento, por meio da tópica, oferece a possibilidade desses 'lugares-comuns' serem superados pelo exercício comunicacional.[136]

A principal crítica à aplicação dos tópicos para a interpretação do direito é a imprecisão desses lugares comuns e o fato de, num litígio, ser raro ambas as partes não poderem invocar um ou outro lugar a seu favor, não sendo possível prever o consenso a respeito de suas significações.

---

[135] PERELMAN, op. cit., p. 120-121.
[136] BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 458.

4.4.5. SICHES. Lógica do Razoável.

Mais um autor que afirma que a interpretação do direito não pode se reduzir ao método dedutivo. Isso porque o problema da interpretação jurídica reside em momento anterior à aplicação de referido método.

É na determinação da validade das premissas que deve se ater o analista do discurso jurídico. Para Siches, o erro da escola clássica reside no fato de não levar em consideração os valores que carregam semanticamente as premissas de aplicação do direito de acordo com questões contingenciais próprias da cultura humana.

De acordo com o autor, esse processo deve ser regido por um tipo especial de lógica da ação humana referida a valores e dirigida à realização de fins. Assim, para atingir tais objetivos, o jurista pratica ato complexo sempre que vai decidir-se sobre a norma aplicável ao caso ou para preencher eventuais lacunas da lei.

Deve agir com prudência deliberativa para tomar sua decisão, enquanto derivada da razão prática, com a finalidade de construir por meio desta, a norma aplicável ao caso concreto. É a essa prudência na aplicação do Direito que chamamos lógica do razoável.

De acordo com Siches:

> Todo lo expuesto em el presente capítulo lleva a la conclusión de que, em resumen, la única proposición válida que puede emitirse sobre la interpretación es la de que el juez em todo caso deve interpretar la ley precisamente del modo que lleve a la conclusión mas justa para resolver el problema que tenga planteado ante su jurisdicción.
> Al hacerlo de este modo, el juez, lejos de apartarse de su deber de obediencia al orden jurídico positivo, da a este deber su más perfecto cumplimiento. Esto es así, por lá siguiente razón: El legislador, mediante las normas generales que emite, se propone lograr el mayor grado posible de realización de la justicia y de los valores por ésta implicados, em uma determinada sociedad concreta. Tal es, al menos en principio, la intención de todo sistema de Derecho positivo, independientemente de cuál sea el grado mayor o menos em que haya logrado realizar com êxito esa intención, El legislador se propone com sus leyes realizar de la mejor manera posible la exigencias de la justicia. Entonces, si el juez trata de interpretar esas leyes de modo que el resultado de aplicarlas a los casos singulares aporte la realización del mayor grado de justicia, con esto no hace sino servir exactamente al mismo fin que se propuso el legislador. El juez, cuando interpreta las leyes del legislador precisamente de tal manera que la aplicación de ellas a los casos singulares resulte ló más acorde posible con

> la justicia, es mucho más fiel a la voluntad del legislador y más fiel al fin que este propuso que cuando las interpreta de una manera literal, o reconstruyendo imaginativamente la voluntad auténtica del legislador, si esos métodos aplicados al aso planteado producen uma soluón menos justa.[137]

4.4.6. Pressupostos Semióticos

Confrontando as ideias apressadamente delineadas de referidos autores com aquelas constantes no Capítulo II de nossa pesquisa, temos que estas conferem maior consistência a uma hermenêutica que atua sob valores de universo e, a fim de não incorrer na (generalidade), procura operar suas bases fora da teoria do direito de alicerce positiva, ou seja, que parte da análise do comando legal.

No entanto, diferentemente da Escola do Direito Livre que, conforme dissemos no capítulo II, apenas leva ao limite os valores de absoluto, acabando por desmantelar a axiologia então vigente, os autores acima citados propõe bases alternativas para sustentar os valores de universo, mas afeitos à pós-modernidade, conforme esclarecemos na introdução deste capítulo.

Do que se leu a respeito das principais ideias de referidos autores, temos que todos eles são consensuais ao negar os padrões positivistas de aplicação da norma, partindo para uma interpretação do direito com base em princípios, na argumentação e na recriação discursiva das normas a fim de transportar a vontade da lei aos anseios do contexto social em que são aplicadas.

Veja que nenhum deles propõe exatamente ruptura definitiva com o ordenamento jurídico, mas afirmam seu *inacabemento* e a ineficácia da observância estrita dos comandos legais a fim de solucionar casos difíceis. A partir daí, variam as soluções, quais sejam:

a. Dworkin propõe a prevalência dos princípios sobre as normas e a necessidade de sopesamento de tais princípios quando entram em conflito, atribuindo ao juiz atividade construtiva ao interpretar as normas criadas pelo legislador para a solução do caso em concreto.

[137] SICHES, Luis Recasens. **Filosofía del derecho**. Decimonovena Edición. Mexico: Porruá, 2008, p. 660-661.

b. Villey constata a imperfeição da lei, seu *inacabemento* e a necessidade de sua correção a fim de se obter justiça nas decisões judiciais, norteando-se o legislador em princípios de justiça do tipo metafísica, escorado nas lições de justo distributivo e justo corretivo de Aristóteles.
c. Perelman prefere buscar a justiça nos argumentos envolvidos no processo judicial, determinando a necessidade de se compreender o ordenamento jurídico como um sistema aberto, dinâmico e flexível, capaz de acompanhar as novas circunstâncias sociais.
d. Viehweg entende que os conflitos devem ser dirimidos pelos juízes com nos *topoi* da Tópica Aristotélica, definindo-os argumentativamente através de interação comunicacional.
e. Siches vai bater justamente na validade das premissas maiores tão caras aos positivistas, propondo a lógica do razoável em busca da justiça das decisões judiciais, tal como pretendeu o legislador no momento de elaboração das leis que compõem o ordenamento jurídico.

Pois bem, vejamos a seguir, com base no voto do Ministro Marco Aurélio de Melo a respeito das relações homoafetivas, como tais concepções de direito na pós-modernidade (pós-positivistas) estão incorporadas dialógica e constitutivamente em referido discurso.

Muito se criticou Miguel Reale por ter elaborado um novo Código Civil ao invés de ter simplesmente revogado esta forma unificadora de pensar as relações sociais.

No entanto, temos de refletir que velhas tradições não são desfeitas tão simplesmente e que, por vezes, fazendo concessões, conseguimos progredir um pouco no sistema que parece tão caro aos apegados à ilusão de justiça das disposições codificadas.

Mas não há como negar que os princípios que Reale enunciou como informativos da nova codificação abriram caminho para sua interpretação de acordo com os valores concebidos na contemporaneidade e até mesmo para sua futura e provável descodificação.

Estes princípios são os da eticidade, sociabilidade e operosidade das normas que compõem o Código Civil em vigência no Brasil. Tais princípios apontam para a concepção de direito com base na busca por justiça (conforme quer Villey e também os *topoi* de Viehweg e os princípios de Dworkin e Siches), observados os aspectos da conduta do indivíduo na sociedade (conforme aponta indiretamente a lição de Dworkin) apontado para a criação do direito com base na interpretação da norma em sua aplicação no caso em concreto (aqui se destaca novamente Dworkin, bem como Perelman, Viehweg e Siches).

4.5. Análise Dialógica do Discurso

É próprio do pensamento do Círculo de Bakhtin o reconhecimento das relações dialógicas como fundantes de todo e qualquer discurso, o que importa dizer que só é possível compreender as formações discursivas com base nas relações estabelecidas entre estes, em constante tensão e consideradas como produção social.

De acordo com Bakhtin:

> Para que o objeto, pertencente a qualquer esfera da realidade, entre no horizonte social do grupo e desencadeie uma reação semiótico-ideológica, é indispensável que ele esteja ligado às condições socioeconômicas essenciais do referido grupo, que concerne de alguma maneira às bases de sua existência material. Evidentemente, o arbítrio individual não poderia desempenhar aqui papel algum, já que o signo se cria entre indivíduos, no meio social; é portanto indispensável que o objeto adquira uma significação interindividual; somente então é que ele poderá ocasionar a formação de um signo. Em outras palavras, não pode entrar no domínio da ideologia, tomar forma e aí deitar raízes senão aquilo que adquiriu um valor social.[138]

A gênese dos discursos está justamente neste espaço social interdiscursivo, em que vozes díspares e antagônicas se refletem e refratam tornando o discurso do outro em ponto de partida para o discurso que com ele polemiza ou se homologa.

Não se pode ignorar que o discurso é sempre prática individual de produção de sentido, que pressupõe um sujeito que se apropria do sistema linguístico, tornando aquilo que é sistema socializado em algo único, irrepetível e que circula socialmente. É justamente nesses domínios, do que se denomina metalinguística, que Bakhtin propõe a análise do discurso:

[138]BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo:Hucitec, 1981, p.30.

> Intitulamos este capítulo 'O discurso em Dostoiévski' porque temos em vista o *discurso,* ou seja, a língua em sua integridade concreta e viva e não a língua como objeto específico da linguística, obtido por meio de uma abstração absolutamente legítima e necessária de alguns aspectos da vida concreta do discurso. Mas são justamente esses aspectos, abstraídos da linguística, os que têm importância primordial para os nossos fins. Por este motivo as nossas análises subsequentes não são linguísticas no sentido rigoroso do termo. Podem ser situados na metalinguística, submetendo-a como um estudo – ainda não construído em disciplinas particulares definidas – daqueles aspectos da vida do discurso que ultrapassam – de modo absolutamente legítimo – os limites da linguística. As pesquisas metalinguísticas, evidentemente, não podem ignorar a linguística e devem aplicar seus resultados. A linguística e a metalinguística estudam um mesmo fenômeno concreto, muito complexo e multifacético – o discurso, mas estudam sob diferentes aspectos e diferentes ângulos de visão. Devem completar-se mutuamente e não fundir-se. Na prática, os limites entre elas são violados com muita frequência.[139]

Partindo a análise de onde o ferramental teórico nos é mais familiar e pretendendo evoluir das análises meramente linguísticas para a abordagem dos seguidores do Círculo do Bakhtin, apoiado, inicialmente, nas lições que dizem que a abordagem de Bakhtin não ignora as lições saussureanas, mas apenas propõe um outro tipo de leitura do objeto teórico linguístico, passemos a uma análise preliminar do termo união estável com base na Teoria dos Signos.

Substancialmente, o significante /união estável/ carrega em si o significado de convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, havida entre homem e mulher, relacionando-se com outros signos jurídicos que tratam de definir seus contornos, conferindo-lhe seu efetivo valor. Ora, /união estável/ é aquilo que não pode ser considerado nem casamento (união civil prévia), nem concubinato (relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar).

Vale dizer que esta taxionomia de signos jurídicos e o objetivismo abstrato da aplicação exclusiva da Teoria dos Signos foi de grande valia para o discurso jurídico, especialmente após a efetiva incorporação de tais conceitos por meio da positivação do direito, que vai determinar que o objeto de estudos do Direito são as leis e que estas devem ser estudadas por meio das relações que estabelecem entre si, pautadas em critérios de hierarquia e subordinação, não havendo que se falar em normas jurídicas justas ou injustas (plano metafísico), mas apenas de normas válidas e inválidas no ordenamento jurídico, conforme estejam em consonância ou

[139] BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoievski**. Tradução de Paulo Bezerra. 4ª Edição. São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2008, p. 207.

em desacordo com o Texto Constitucional, que pauta e limita a criação de leis infraconstitucionais, como é o caso do Código Civil, típica lei ordinária federal.

Não é difícil concluir que, adotando tal concepção do fenômeno jurídico, o reducionismo praticado é flagrante e os cidadãos, destinatários da lei, ao invés de serem considerados sujeitos de direito tornam-se meros objetos da aplicação da legislação vigente.

Assim, os magistrados, ao julgarem um caso no qual se apura o reconhecimento de união estável, deveriam apenas, silogisticamente, notar se os requisitos legais estão sendo observados, não levando em consideração o discurso do outro (excluído da previsão legal) que, reificado, se cala e apenas se conforma com o discurso autoritário da verificação judicial que se contenta em ser fiel à *mens legis* de forma literal.

No entanto, há de se considerar que o discurso jurídico dialoga permanentemente com os discursos que dele se aproximam, especialmente o discurso social cotidiano e os discursos filosóficos e religiosos de matizes diversos.

É este o espaço teórico adequado para tratar das ideologias que caracterizam socialmente o casamento e a união estável, que não se tornam existentes pela simples enunciação do legislador, mas cuja concepção semântica advém do contexto sócio-temporal de onde se origina.

A indagação que deve ser respondida é: a união de duas pessoas do mesmo sexo pode ser considerara união estável, nos moldes da legislação civil?

A resposta nunca será una e absoluta, uma vez que vai depender dos aspectos considerados por aqueles que participam do debate e da valoração de determinado signo em uma sociedade em determinado espaço e tempo.

Em competente artigo sobre a obra “Marxismo e Filosofia da Linguagem” (BAKHTN/VOLOCHÍNOV), Ana Zandwais, após tratar da superação da noção objetivista abstrata de signo, explica que os autores tratam

> de pensar o modo como a palavra se inscreve em uma ou outra ordem histórico-simbólica e a partir daí se dota de valores, significando diferentemente em cada época, em cada espaço social, em cada modo de produção, em cada espaço institucional, refletindo ou refratando determinadas realidades que, por serem heterogêneas, multifacetadas, não podem ser apreendidas como um todo. Todo signo, portanto, está sujeito à avaliação. Todo signo possui uma função responsiva em relação às formas

> de ‘compreensão’ da ordem do real. É essa função responsiva que o torna polissêmico por excelência.
> Ora, se a noção de valor se elabora a partir de outros princípios, a partir de uma ótica materialista, é porque o papel que a exterioridade linguística – tomada pelo viés da história – desempenha na determinação da condição ideológica do signo torna-se fundamental para que possamos compreender o sentido.[140]

É no palco da vida social que este duelo ideológico é travado, tendo cada uma das posturas concepções distintas sobre o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, vai deixar ecoar essas diferentes vozes, no início do texto, como se depreende do seguinte trecho:

> O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas. (anexo IV).

Daí se depreende certa instabilidade social na significação do signo /união estável/, cabendo ao discurso jurídico determinar a postura que deverá ser adotada pelo Estado diante da controvérsia que gera insegurança jurídica.

Com base em textos que determinam a visão da sociedade a respeito do tema, o autor assevera que:

> Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na Folha de São Paulo, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais.
> No fecho do artigo fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra

[140] ZANDWAIS, Ana. Bakhtin/Voloshinov: condições de produção de marxismo e filosofia da linguagem, in BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin e o Círculo**. São Paulo: Editora Contexto, 2009, p. 108-109. - Faltam dados - fazer como a próxima referência.

> o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social. (Anexo IV).

Observe que a técnica de aplicação da norma que se nota de referido texto está ao encontro dos temas tratados pelos autores mencionados no item anterior, notadamente no que se refere à construção social do sentido do signo, o que também se homologa com as lições de Voloshinov:

> No *terceiro bloco*, o autor se propõe a examinar aspectos do enunciado verbal fora do âmbito artístico: em primeiro lugar, na vida cotidiana. Na vida, a palavra (o discurso) não aparece centrada em si mesma (como ocorre quando atua em sua função poética, conforme concebida por Roman Jakobson). Surge e depende da situação comunicativa concreta e conserva com ela um vínculo indissolúvel.[141]

Embora ainda não seja uma palavra final a respeito do assunto, por certo a decisão judicial resolve bem a questão no campo jurídico, posicionando-se a favor dos anseios pós-modernos de aceitação do plural, do diverso, considerando, além das uniões heterossexuais, também aquelas havidas entre pessoas do mesmo sexo, tirando do discurso social tal constatação.

Aceitar a diversidade de pensamentos, pontos de vista, ideologias é concebido como justo pelo enunciador do voto com base em princípios constitucionais que informam a espécie, conforme se depreende do seguinte trecho do voto ministerial em análise:

> O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do "valor dos valores", do "ponto de Arquimedes no Estado constitucional" (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.
> A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão "dignidade humana" conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma "zona de certeza positiva" no tocante aos elementos essenciais do conceito. (Anexo IV)

[141] BUVNOVA, Tatiana. Voloshinov: a palavra na vida e a palavra na poesia. Tradução de Fernando Legón e Diana de Araujo Pereira, in BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin e o Círculo**. São Paulo: Editora Contexto, 2009, p. 38.

Nessa linha de raciocínio, bem aciona o enunciador o pensamento de Dworkin e a preferência de, na decisão judicial, trabalhar feito um novelista que recebe um texto inacabado pelo autor e procura, a partir da incorporação de seu desejo inclinado para a busca da justiça, reconstruir o texto legal, dando maior preferência aos princípios do que ao texto normativo literalmente declarado. Do mesmo modo, alinha-se às lições de Siches em busca da 'lógica do razoável'.

Com isso, o discurso jurídico deixa de ser o discurso de autoridade tipicamente centrípeto, ligado apenas a um raciocínio lógico-formal e à visão de mundo das forças sociais dominantes, tornando-se palavra compartilhada, centrífuga. Tais medidas dialogam com discursos ideológicos situados na pós-modernidade e demonstram a sedimentação de uma hermenêutica que confere consistência democrática às decisões judiciais.

A afirmação da pluralidade de ideologias e convivência harmônica entre elas é o foco principal do voto do Ministro, notadamente ao citar a evolução histórica do instituto da família por meio de análise de textos legais e doutrinários que tratam do tema.

Tal decisão também não nega a aproximação do senso moral das previsões legais que tratam do direito de família, deixando claro que não pretende aduzir que, em total desapego a discursos outros, deixa de considerar o efeito moralizante da norma jurídica, mas apenas assevera que tais valores foram alterados no seio social, que vê a família mais por seus contornos afetivos do que por vínculos sanguíneos e patrimoniais.

Desta forma, não se cala a voz dos conservadores, uma vez que não nega a possibilidade da manutenção do reconhecimento da união estável por pessoas do mesmo sexo, optando apenas por conceber aos termos legais significação mais abrangente, com vistas à concreção da dignidade de TODAS as pessoas humanas, e não apenas daquelas que seguem o padrão então previsto pela lei.

O que o discurso dos conservadores deixa de considerar é que o espaço-tempo dos avanços dos direitos humanos não admite mais o discurso monológico, impermeável, centrípeto, que se põe como o único válido e verdadeiro em detrimento dos demais pensamentos, colocados à margem daquele.

Se aqui o tema é Direitos Humanos, ao reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo, este signo passa a ter significação social diversa e menos estigmatizante dos homossexuais. Deixa de carregar o traço semântico de exclusão social e passa a ser considerado apenas como mais uma possibilidade de constituição de família.

Note-se que o voto ministerial em análise encontra eco e a todo momento deixa ecoar os padrões atuais de decisões judiciais, caminhando os julgamentos para o que se chama de interpretação constitucional do direito ou, como querem alguns, hermenêutica constitucional.

Nesse sentido, são diversas as decisões judiciais que, diante da distância entre as previsões legais e os casos em concreto, com base em princípios erigidos da constituição, traçam a análise mais adequada de resolução dos casos, especialmente daqueles que denominamos casos difíceis, em que há dissonância entre a norma jurídica e princípios ou entre princípios entre si. Os princípios fundamentais eleitos são os da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana já fora comentado em linhas acima. O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado especialmente quando há colidência entre princípios constitucionais:

> Na dogmática e na jurisprudência constitucionais contemporâneas já estão disponíveis referenciais teóricos e estruturas metodológicas para solucionar colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada de forma racionalmente justificável e controlável. A teoria de base é a teoria dos princípios, e a metodologia é aquela que se estrutura no princípio da proporcionalidade, sobretudo no princípio da proporcionalidade em sentido estrito (este último também chamado de *ponderação de bens.*)[142]

Vale dizer que a tendência formulada no voto do Ministro Marco Aurélio é também encontrada em outras decisões que dizem respeito ao direito de família, notadamente no que se refere a outro tema que vimos tratando de perto, a filiação.

Em recente decisão, Ministra do Superior Tribunal de Justiça reconheceu direitos hereditários à filha não biológica registrada pela mãe, com quem constitui família de fato. Em referida decisão, seguindo os mesmo parâmetros do voto

[142] STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais, in SILVA, Virgílio Afonso da (org). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30-31.

ministerial em análise, decidiu-se pelo reconhecimento do fato de família, por laços afetivos, como apto a conferir efeitos jurídicos, tais como ditos direitos patrimoniais, sobreponde-se o direito fundamental à personalidade ao vínculo biológico previsto em lei[143].

Como se pode depreender da breve análise dialógica que desenvolvemos, temos que é tendência do discurso jurídico na pós-modernidade afastar-se dos comandos legais unificadores, promovendo a abertura de seu discurso por meio de análise judicial que abarca a significação social dos termos jurídicos bem como sua interpretação escorada rigidamente nas noções de princípios, por meio de argumentos dedutivos consistentes, a fim de se evitar que a aproximação do discurso jurídico dos valores de universo não se torne mero arbítrio do julgador.

Nesse sentido, cabe asseverar que, se por um lado é inadmissível a existência de decisões judiciais que se alinhem às teorias da Modernidade de interpretação da norma, devendo o discurso judicial afastar-se do sistema monolítico e aproximar-se da problematização a fim de conferir pluralidade ao discurso jurídico, tal ação do juiz deve ser conduzida observadas as lições de Bakhtin em seu texto "Para uma filosofia do ato: 'válido e inserido no contexto'", de onde advêm os conceitos de istna e pravda.

> A dimensão ética de um pensamento teórico não pode ser apenas buscada no (ou deduzida do) seu conteúdo. Do conteúdo de um pensamento, podemos e devemos exigir que seja verdadeiro, mas isso não é suficiente para que ele seja ético. Porque a verdade do conteúdo de uma teoria diz respeito a leis universais e a um universo de possibilidades. E a essa forma de verdade, Bakhtin atribui o termo russo *istna*. Já a ética de uma teoria ou de um pensamento teórico (filosofia ou ciência) diz respeito ao *ato* de pensar essa mesma teoria. (Pensá-la enquanto seu autor ou criador e também enquanto leitor que a adota e que a ela adere.) O ato de pensar é sempre singular e diz respeito a um sujeito único. Somente o *ato* de pensar pode ser ético, pois é nele que o sujeito é convocado. Enquanto abstração, o único dever da teoria é ser verdadeira. Mas o próprio dever de buscar a verdade, aquilo que me obriga a pensar veridicamente enquanto estou pensando, não decorre do conteúdo do pensamento, mas do ato de pensar. Uma teoria verdadeira, ao virar ato, isto é, ao ser pensada por alguém singular e único, vira ética. E pode, assim, completar sua verdade universal com a verdade singular a que Bakhtin chama de *pravda*.[144]

[143] Vide anexo V.
[144] AMORIM, Marília. Para uma filosofia do ato: válido e inserido no contexto in BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin, dialogismo e polifonia**. São Paulo: Editora Contexto, 2009, p. 22.

4.5.1 Gêneros do discurso – discurso legal e discurso jurisprudencial

Sob o aspecto da produção do ato de enunciação e sua relação com os demais discursos que compõem seu campo de atuação, temos que tanto o discurso legal quanto o discurso jurisprudencial pertencem ao mesmo campo discursivo, que tematizam as relações sociais sob o enfoque jurídico.

Retomando as lições de Bobbio traçadas no primeiro capítulo dessa pesquisa, o autor iria diferenciar comandos de conselhos, oportunidade em que consideramos o discurso legislativo como comandos e o discurso jurisprudencial como conselhos.

Trataremos essa questão a seguir sob a abordagem dos gêneros do discurso, a fim de analisar as relações entre o texto da norma e o texto da jurisprudência, buscando o possível gênero das súmulas, em especial das súmulas vinculantes, com base nas lições de Bakhtin, agregando certos conceitos de Maingueneau.

Entendemos que não há impropriedade em conjugar ambas linhas de análise do discurso, haja vista que estas, sob pontos de vista distintos, abordam de maneira semelhante aquilo que já definimos quer como heterogeneidade discursiva (Maingueneau) ou dialogismo (Bakhtin).

De acordo com Bakhtin:

> Todos os diversos campos da atividade humana estão ligados ao uso da linguagem. Compreende-se perfeitamente que o caráter e as formas desse uso sejam tão multiformes quanto os campos da atividade humana, o que, é claro, não contradiz a unidade nacional de uma língua. O emprego da língua efetua-se em forma de enunciados concretos e únicos, proferidos pelos integrantes desse ou daquele campo da atividade humana. Esses enunciados refletem as condições específicas e as finalidades de cada referido campo não só por seu conteúdo (temático) e pelo estilo da linguagem, ou seja, pela seleção dos recursos lexicais, fraseológicos e gramaticais da língua, mas, acima de tudo, por sua construção composicional. Todos esses três elementos – conteúdo temático, o estilo, a construção composicional – estão indissoluvelmente ligados no todo do enunciado e são igualmente determinados pela especificidade de um determinado campo da comunicação. Evidentemente, cada enunciado particular é individual, mas cada campo de utilização da língua elabora seus *tipos relativamente estáveis* de enunciados, os quais denominamos *gêneros do discurso.*[145]

[145] BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. Tradução de Paulo Bezerra. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 261-262.

Vejamos como se concebe o discurso legislativo, enquanto gênero, no que concerne aos elementos a que se refere o autor: conteúdo temático, o estilo e a construção composicional.

O conteúdo temático se refere ao domínio do sentido de que se ocupa o texto[146], sendo certo que o discurso legal vai se ligar a temas que toma como juridicamente relevantes, a fim de regulamentar certas relações sociais que entende como preponderantes, tornando a fala dos indivíduos em um gênero próprio, de segundo grau.

A construção composicional diz respeito ao modo de organização textual, ancorando-o em determinado lugar, tempo e espaço. Tratando especificamente da legislação civil em vigência, de acordo com as lições trazidas por Maingueneau a fim de se determinar a gênese de determinado discurso, temos que o Código Civil pode ser analisado com base em sua dêixis enunciativa. Neste ponto pedimos licença para retomarmos lições já desenvolvidas em dissertação de mestrado.

Ora, o Código Civil de 2002 surgiu da natural necessidade de atualizar as prescrições legais contidas no código anterior, que já havia sido modificado em várias partes em razão do surgimento, dentre outras leis, do Estatuto da Mulher, da Lei do Divórcio e principalmente da Constituição Federal.

Tendo como mentor o jurista Miguel Reale, o encargo de elaborar o projeto foi partilhado com notáveis do direito especializados em determinadas áreas de conhecimento que compõem o direito civil.

Representou, a seu tempo, certos avanços, notadamente o reconhecimento da união estável pela lei civil, que abriu margem para as atuais decisões favoráveis ao reconhecimento de referida união entre pessoas do mesmo sexo.

Embora traga certas inovações técnicas em relação ao Código Civil anterior, ainda representam o mesmo gênero do discurso, impessoal, abstrato e generalizador.

Em vista do teor sintético e burocratizado pela técnica legislativa, há aqui pouca possibilidade para o desenvolvimento do terceiro elemento do gênero do discurso que é a diversidade estilística.

---

[146] FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Editora Ática, 2006, p. 62.

De acordo com Bakhtin:

> Tratemos em primeiro lugar da estilística. Todo estilo está indissociavelmente ligado ao enunciado e às formas típicas de enunciados, ou seja, gêneros do discurso. Todo enunciado – oral e escrito, primário e secundário e também em qualquer campo da comunicação discursiva (*rietchevóie obschênie*) – é individual e por isso pode refletir a individualidade do falante (ou de quem escreve), isto é, pode ter estilo individual. Entretanto, nem todos os gêneros são igualmente propícios a tal reflexo da individualidade do falante na linguagem do enunciado, ou seja, ao estilo individual. Os gêneros mais favoráveis da literatura de ficção: aqui o estilo individual integra diretamente o próprio edifício do enunciado, é um de seus objetivos principais (contudo, no âmbito da literatura de ficção os diferentes gêneros são diferentes possibilidades para a expressão da individualidade da linguagem através de diferentes aspectos de individualidade). As condições menos propícias para o reflexo da individualidade na linguagem estão presentes naqueles gêneros do discurso que requerem uma forma padronizada, por exemplo, em muitas modalidades de documentos oficiais, de ordens militares, nos sinais verbalizados da produção, etc.[147]

O discurso jurisprudencial, por sua vez, por certo compartilha dos mesmos temas do discurso legislativo, no entanto, sua construção composicional é bem diversa, tratando-se de texto analítico desenvolvido através do método lógico-argumentativo, que permite certa variação de estilo dentro do gênero das decisões judiciais.

Ora, diante do que vimos analisando no tópico anterior, em que pese ser possível variação estilística, que aqui tratamos como possibilidades de variação de conteúdos e de abordagem do fenômeno jurídico, é preciso que seja observado o mínimo de coesão na forma e conteúdo das decisões judiciais diversas.

De acordo com Fiorin:

> Além disso, é preciso considerar que Bakhtin insiste no fato de que os gêneros são tipos relativamente estáveis de enunciados. O acento deve incidir sobre o termo *relativamente*, pois ele implica que é preciso considerar a historicidade dos gêneros, isto é sua mudança, o que quer dizer que não há nenhuma normatividade nesse conceito. Ademais, o vocábulo acentuado indica uma imprecisão das características e das fronteiras dos gêneros.[148]

Como estamos em momento de transição do discurso jurídico, em plena continuação da parada, conforme também já delineamos no início deste capítulo, é natural que haja certa instabilidade no gênero das decisões judiciais, no entanto, não

[147] BAKHTIN, op. cit., p. 264.
[148] FIORIN, J. L., op. cit., p. 64.

há como se admitir que decisões judiciais proferidas dentro do contexto discursivo da pós-modernidade mantenham padrões exegéticos tradicionais.

Conforme esclarece Fiorin:

> Os gêneros são meios de apreender a realidade. Novos modos de ver e de conceptualizar a realidade implicam o aparecimento de novos gêneros e a alteração dos já existentes. Ao mesmo tempo, novos gêneros ocasionam novas maneiras de ver a realidade. A aprendizagem dos modos sociais de fazer leva, concomitantemente, ao aprendizado dos modos sociais de dizer, os gêneros.[149]

Portanto, é necessário que advogados, promotores e juízes aprendam estas novas formas de dizer o discurso judicial, amparadas nas noções que já traçamos de dignidade da pessoa humana, cidadania plena, origem social das relações jurídicas, argumentadas com vista a construção de um discurso plural e inclusivo, devendo a argumentação ser norteada com vistas à busca da justiça do caso em concreto.

Quanto às Súmulas, diferentemente do gênero sentença, possuem a característica de se enunciarem de modo abstrato, mas não sintético, como é o caso das leis parlamentares, mas de resultado de uma análise da lei diante do caso em concreto.

Tudo indica, pois, que temos certas espécies de súmulas que operam ora completando o sentido da lei (aferição de dano moral pelo STJ), ora esclarecendo imprecisões semânticas (acepção da expressão revista íntima em sede de direito do trabalho).

Aparentemente, não se vislumbra dos textos das súmulas vinculantes nenhuma que cria um comando de conduta, tal como ocorre com a lei, sendo certo que o caminho de sua construção só pode ser diverso, extraído das *stare decisis* do sistema da *common law*.

Conforme assevera McCormick:

> Dentro de tal modelo, pode-se dar uma definição clara e satisfatória de *ratio decidendi*, nos seguintes termos: Uma *ratio decidendi* é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada por argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso. Argumentos sobre princípio jurídico ou argumentos avaliando outros casos dotados de autoridade ou ainda as consequências da solução escolhida e de suas rivais pertencerão à classe das *obter dicta*. Isso é

[149] Idem, p. 69.

> assim, mesmo que tais argumentos sejam necessários para justificar a solução dada, e mesmo que apenas os argumentos efetivamente aduzidos possam justificar tal solução.[150]

Vejamos um exemplo de precedente de corte para ilustrar esta forma de previsão jurisprudencial:

Bellinger v Bellinger [2003] 2 AC 467, HL

Tema: o escopo e uso do Poder das Cortes de acordo com s 3, HRA 1998; a interpretação de homem e mulher' no s 11, do Matrimonial Causes Act 1973.

Fatos:

A secção 11 do *Matrimonial Causes Act* de 1973 criou nulidades matrimoniais em certos casos, incluindo quando as partes do casamento não eram um homem e uma mulher. O requerente era uma transexual que celebrou uma cerimônia de casamento com um homem em 1981, e queria reconhecimento legal desse casamento. A *House of Lords* entendeu que o casamento não era válido porque a Lei inglesa não reconhecida uma mudança de gênero.

Princípio Legal:

Não seria possível a Corte usar os comandos do s 3, HRA para interpretar 'homem e mulher' no Act de 1973 para incluir uma pessoa que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo. Assim sendo, uma Declaração de Incompatibilidade com os direitos protegidos pelos arts. 8 e 12 do ECHR. O *Gender Recognition Act* 2004 foi aprovado para sanar a incompatibilidade.

Note que, em Ghaidan v Mendoza (2004) a maioria da *House of Lords* interpretou a palavra 'cônjuge' no *Rent Act* 1977 para incluir parceiro do mesmo sexo, e as palavras 'vivendo juntos como homem e mulher' como 'vivendo juntos como se fossem homem e mulher'. Lord Millet, discordando, entendeu que deveria ser entregue ao Parlamento a alteração da lei nesse caso, haja vista que claramente não era a intenção do estatuto proteger parceiros do mesmo sexo[151].

---

[150] MacCormick, Neil**. Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008, p. 202.

[151] SHORTS, E.; THAN, C. de. Human Rights. Law Express Series. England: Pearson Education Limited, 2009. p. 8.

De se observar, em primeiro lugar, que não é apenas no Brasil em que há dissenso a respeito da forma de interpretação da lei e as relações ainda existentes entre as decisões judiciais e os apegos a textos legais.

Em segundo lugar, do mesmo modo que nosso sistema aprende a criar precedentes de corte, o sistema da *common law* aprende a compreender as condutas dos sujeitos, o universo axiológico de sua sociedade, com base em direitos fundamentais. Certamente um sistema tem muito a aprender com o outro.

Das lições de McCormick, aparentemente, a melhor forma de se criar súmulas vinculantes em direito de família deveria dizer respeito ao caminho interpretativo a ser seguido pelos magistrados, afastando a possibilidade de análise literal da lei, sempre privilegiando sua análise sob o ponto de vista do discurso social, trazido aos autos pelos argumentos das partes e de todo o universo social que compreende determinada nação.

Tudo indica que é justamente no compartilhamento das diversas vozes que participam das relações processuais que se revela o fundamento democrático das súmulas vinculantes, a fim de que não se tornem meras decisões ‘de cima para baixo’ de acordo com argumentos bem relacionados por Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em outras palavras, entendemos que deveria caber ao Supremo Tribunal Federal, neste caso, apenas declarar a vontade das partes envolvidas nas decisões anteriores, que levaram à construção de jurisprudência dominante e, posteriormente, de súmula. Seria de suma relevância que as vozes das partes envolvidas pudessem sempre ser ouvidas, havendo apenas o controle de suas ideologias por meio dos já referidos instrumentos de observância de princípios: dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, na hipótese de colisão de princípios.

A este respeito, soam interessantes as lições de Bakhtin em *Problemas da Poética de Dostoiévski*, tanto no que se refere à polifonia necessária no discurso sumular e o controle de ideologia do próprio julgador.

Bakhtin já inicia *Problemas da poética de Dostoiévski* ,enunciando que: "Consideramos Dostoiévski um dos maiores inovadores no campo da forma artística.

Estamos convencidos de que ele criou um tipo inteiramente novo de pensamento artísticos, a que chamamos convencionalmente de tipo *polifônico.*"[152]

Mais adiante assevera que:

> A multiplicidade de vozes e consciências independentes e imiscíveis e a autêntica polifonia das vozes plenivalentes constituem, de fato, a peculiaridade fundamental dos romances de Dostoiévski. Não é a multiplicidade de caracteres e destinos que, em um mundo objetivo uno, à luz da consciência una do autor se desenvolve nos seus romances; é precisamente a *multiplicidade de consciências equipolentes e seus mundos* que aqui se combinam numa unidade de acontecimento, mantendo a sua imiscibilidade. Dentro do plano artístico de Dosteiévski, suas personagens principais são, em realidade, *não apenas objetos do discurso do autor, mas os próprios sujeitos desse discurso diretamente significante*.[153]

Nos processos judiciais, que vão culminar nas decisões judiciais aqui em análise, é importante que o juiz, na colheita de provas, dê voz efetivamente às partes envolvidas na demanda, não para lhes impor uma forma de conduta, ou operar sobre elas um discurso ideológico do tipo moralizante, mas deixar que as consciências das partes envolvidas também se manifestem, em conjunto com as suas, de modo que o 'eu' da parte seja afirmado não como objeto, mas como outro sujeito que faz parte integrante da criação das futuras súmulas dos Tribunais.

Ao magistrado, instruído, caberia apenas certo controle destas consciências a fim de alertá-las a respeito de princípios de direitos fundamentais essenciais para a consecução da harmonia e da paz social.

Dando voz às partes, seria, enfim, o juiz capaz de simplesmente declarar o direito oriundo da análise dos casos, sempre levando em consideração os argumentos dos advogados e promotores envolvidos na demanda, estabelecendo apenas um controle a respeito dos métodos hermenêuticos utilizados para costurar seus respectivos pensamentos. Somente assim a jurisprudência poderia se manter permanentemente de acordo com os anseios sociais.

Mais uma vez falando com Bakhtin:

> As palavras do outro introduzidas na nossa fala são revestidas inevitavelmente de algo novo, da nossa compreensão e da nossa avaliação, isto é, tornam-se bivocais. O único que pode diferenciar-se é a relação de reciprocidade entre essas duas vozes. A transmissão da afirmação do outro em forma de pergunta já leva a um atrito entre duas interpretações numa só

[152] BAKHTIN, Mikhail., op. cit., 2008, p. 01.
[153] Idem, p. 64.

> palavra, tendo em vista que não apenas perguntamos como problematizamos a afirmação do outro. O nosso discurso da vida prática está cheio de palavras de outros. Com algumas delas fundimos inteiramente a nossa voz, esquecendo-nos de quem são; com outras reforçamos as nossas próprias palavras, aceitando aquelas como autorizadas para nós; por último, revestimos terceiras das nossas próprias intenções, que são estranhas e hostis a elas.[154]

Eis o caminho para decisões judiciais que se aproximem de um consenso, para um discurso compartilhado por meio do qual os princípios erigidos da Constituição Federal possam carregar sua semântica na análise do caso em concreto dialogicamente construído.

Por fim, é necessário que os magistrados, neste exercício de produção textual, mantenham sua consciência presente, mas em correlação com as demais consciências, evitando-se de se arvorar no herói do processo, portando-se como narrador daquilo que observa e com o que acaba por interagir em seu ato decisional dialógico.

Plenamente cabíveis as lições de Bakhtin na formação do gênero discursivo das decisões judiciais e posteriores súmulas na pós-modernidade, conforme esclarece Brait:

> O acompanhamento dessa reflexão permitirá ao leitor conceber um importante ângulo da *polifonia* bakhtiniana. Ao observar o texto literário, Bakhtin sugere determinados aspectos que podem ser estendidos à linguagem *comum*. Esse é o caso, por exemplo, do conceito de *herói* que, num primeiro momento, pode parecer exclusivo do texto artístico. Entretanto, ao conceder ao herói certa autonomia em relação ao autor, encarnando o outro-sujeito e não outro-objeto, Bakhtin extrapola os limites da ficção para ganhar o mundo da linguagem e sua constituinte dialogicidade ética. Exemplo dessa expansão pode ser constatada em concepções contemporâneas de pesquisa. Um pesquisador em ciências humanas, ao eleger um ângulo do homem para trabalhar, não se coloca como aquele que fala e que lida com um objeto mudo. Ele dialoga com seu *objeto*, com esse *herói*, de tal forma que apreendê-lo significa alterar-se, modificar-se, construir conhecimento na polifonia das vozes que se encontram e se cruzam.[155]

No caso do juiz, conforme se disse, sua capacidade de deixar ouvir em sua voz, na decisão, também as vozes dos demais participantes dos processos judiciais, assim permitindo que as súmulas correspondam a pluralidade de vozes, conferindo

---

[154] Ibidem, p. 195.

[155] BRAIT, Beth. Problemas da poética de Dostoiévski e estudos da linguagem, in Bakhtin, dialogismo e polifonia (oorg. Beth Brait. São Paulo: editora Contexto, 2009. p. 56.

estatuto polifônico a essas e possibilitando viés democrático por meio de linguagem compartilhada.

CONCLUSÃO

Ao longo desta breve incursão no campo da Teoria do Direito e da Hermenêutica Jurídica, buscamos analisar, sob a perspectiva da Teoria Semiótica, temas essenciais ao discurso jurídico com vistas a determinar, a partir daquilo que nos é dado como dogma perfeito e acabado, os caminhos a serem seguidos pelo Direito a fim de fazer valer seu projeto de garantir a harmonia e segurança na vida social.

No capítulo 1, partimos da concepção de norma jurídica oferecida por Bobbio e toda a polêmica em busca daquilo que seria o *ser da norma*, concluindo o autor que não há grandes contradições entre as teorias que analisara a ponto de desconstituir a imperatividade como traço fundamental das prescrições jurídicas, sem que com isso tenha de necessariamente conviver com os outros traços característicos dados pela teoria tradicional (estatal e coativo), acreditando ainda o autor que estaria no caráter sancionatório e no grau de resposta a principal diferença entre normas morais, sociais e jurídicas.

Estes temas, que sempre povoaram o discurso jurídico, foram analisados por meio da Teoria Semiótica, dirigindo o foco da pesquisa para o processo de produção de sentido dos textos legais sobre filiação no Código Civil Brasileiro. Foi possível notar que o texto legal sempre trata de um *dever-ser* estabelecido *a priori* com a finalidade de regulamentar as relações intersubjetivas.

Vimos que a adequação da conduta do agente ao discurso legislativo se dá por meio de dispositivos legais ora prescritivos (que determinam um *dever-fazer*), ora facultativos (*não-dever-fazer*), ora proibitivos (*dever-não-fazer*) e ainda, por vezes, permissivos (*não-dever-não-fazer*). De toda sorte, por óbvio, o efeito de sentido dos mesmos não é de um pedido, de um mero conselho, mas de um comando conclamando a /integração/ do sujeito ao plexo de normas que aperfeiçoam o sistema jurídico.

Outra resposta importante que se observou, reside nas distinções entre normas jurídicas, sociais e morais: especialmente em direito de família, todas elas coexistem, sendo certo que, em vários casos, não é o temor da sanção institucionalizada que leva o agente a agir da maneira desejável pelo direito; muitas

vezes a coação social é *mais* efetiva do que a sanção estatal. Há mesmo casos em que é a sanção internalizada do agente que o leva a *agir conforme*, por exemplo, após haver abandonado um filho durante toda uma vida, reconhecer-lhe a paternidade judicialmente.

Conforme pudemos notar neste breve ensaio, todas estas normas estão em jogo neste caso, uma vez que as relações sociais têm seu pilar na família e o sujeito que a ela não se integra, além de desobedecer à norma jurídica, é excluído do espaço familiar e social integrado, desenvolvendo certamente sentimento de remorso ou culpa por se achar desta maneira.

Por meio dos avanços da semiótica tensiva, traçamos possibilidade de estabelecer relações entre referidas normas pelo critério da quantificação subjetiva, afirmando que as normas jurídicas dependeriam *menos* da internalização dos seus comandos pelo sujeito, ou que são *mais* eficazes do que as normas morais por restarem institucionalizadas. Ou ainda, quanto *mais* dependente da consciência moral do agente *menor* seria sua eficácia garantida, e assim por diante.

Ainda nesse capítulo, foi também possível notar que os percursos narrativos utilizados pelo legislador variam ao tratar dos filhos havidos na constância do casamento, daqueles havidos fora do casamento e dos havidos por adoção, o que acaba por contradizer o artigo de lei inaugural do tema filiação no Código Civil, ao afirmar que todos os filhos merecem tratamento igual.

Ora, para pessoas em pé de igualdade, a lei deveria estabelecer percursos iguais também, primeiro indício de que os textos legais estão impregnados de ideologias que predeterminam as opções sintáticas e respectivas escolhas semânticas.

No capítulo 2, caminhando para o objeto central de nossa pesquisa, partiu-se para aquilo que denominamos – tomando emprestado termo cunhado por Siches – de direito não acadêmico, o que implica considerar a norma jurídica não por suas relações internas e sistêmicas, mas por sua aplicação nos casos em concreto pelos Tribunais. Somente assim, a validade e eficácia do sistema pode ser aferida, sob o aspecto funcional e não meramente teorético.

Como aprendemos com Greimas e Landowski, a gramática do discurso jurídico se desenvolve por meio de processos de produção legislativa e verificação

judicial, o que permite a ele, a todo momento, renovar as noções de semanticidade e gramaticalidade das condutas dos sujeitos com aquilo que é previsto em lei.

É justamente na fase da sanção do sujeito pelo destinador-julgador que ganha relevo a figura do juiz e os tipos de alicerces epistemológicos de que este se vale para a aplicação da lei ao caso em concreto.

Nesse sentido, traçou-se o perfil das Escolas Hermenêuticas consolidadas no período posterior à Revolução Francesa e outros movimentos sociopolíticos que se espalharam pela Europa naquele período, quando os valores do Monarca Absolutista foram submetidos às previsões legais, a fim de coibir arbítrios e traçar o destino da vida social por meio da soberania do povo, pela democracia.

Aqui aplicamos noção cunhada por Tatit de momento epifânico que opera a dissemantização do discurso e o leva a uma posterior ressemantização, de acordo com os novos valores erigidos a partir deste evento que determina *ruptura*.

Todas as escolas hermenêuticas surgidas na Modernidade operam tendo como força centrípeta o discurso legislativo, quer seja adotando seus ditames de maneira absoluta, quer seja negando gradualmente os valores de fechamento, sendo certo que quando a Escola do Direito Livre busca se libertar daqueles valores de fechamento, entendemos que não migra para os valores de universal, mas apenas degrada o sistema ao qual se opõe, sem, no entanto, aparentemente, conferir caminho adequado como alternativa ao padrão vigente.

Na organização das Escolas Hermenêuticas, a noção de quantificação subjetiva mostrou-se, mais uma vez, ferramenta eficaz para tratar de gradações de sentido nas ciências humanas, uma vez que seria um contrassenso tentar sistematizar tal área do saber com precisão matemática, objetiva.

Em virtude do abismo que foi se criando entre os comandos legais e as decisões judiciais diante do caso em concreto, o processo de produção legislativa e verificação judicial proposto por Greimas e Landowski demonstrou limitações e, para dar conta de explicar a possibilidade, por exemplo, de criação do direito por meio da jurisprudência, apontou-se a necessidade de revisão de certos pressupostos, principalmente aqueles que partiam da apreensão da jurisprudência como fonte secundária do direito bem como a eficácia do modelo quando transportado, por meio do direito comparado, ao sistema da *common law*.

E foi amparado justamente nas lições de Landowski que, no capítulo 3, partiu-se para estudo comparado dos sistemas da *civil law* e da *common law*, quando constatou-se que ambos os sistemas tendem à convergência, isto porque nenhum deles, de maneira absoluta, foi até hoje capaz de realizar o valor maior do direito.

O sistema jurídico do Reino Unido tem muito a aprender com o sistema jurídico do Brasil, e vice-versa. Ora, para que o direito pátrio possa adequar a existência de súmula vinculante ao seu sistema legal, terá de abrir mão de previsões discursivas exaustivas em textos legais, como ocorre nos absurdos requisitos para que seja concedida a adoção que vimos no início deste trabalho.

Ao mesmo tempo, os magistrados, na medida em que ganham maior campo para decidirem de maneira discricionária, vendo-se forçados a abandonar o modelo exegético, podem aprender muito com o estudo das *stare decisis* e como, racional e empiricamente, podem chegar ao que seria a causa material em análise, partindo daí a possibilidade de criação de norma por meio do discurso jurisprudencial.

Em respeito à gramática estabelecida pela recursividade das decisões de instâncias inferiores, tais causas materiais vão ganhando consistência sempre que são admitidas e aperfeiçoadas pelas instâncias superiores.

Vale lembrar que acrescentamos às lições de Landowski que considera apenas o fazer-cognitivo do juiz, a participação das partes, por meio de seus advogados e promotores de justiça, que participam ativamente da produção judicial, uma vez que jurisprudência não se cria sem ação judicial movida pelas partes.

É assim que, a fim de se evitar que decisões judiciais e súmulas decorram de mero arbítrio do judiciário, tem de haver em referidos discursos a voz de todos envolvidos presente, cabendo aos magistrados das instâncias superiores, atuando como guardiões dos metavalores sociais insculpidos na Constituição Federal, e sobretudo nos direitos humanos, o controle das ideologias envolvidas nos casos judiciais sob sua apreciação, quer seja das partes, dos patronos ou dos juízes de instâncias inferiores.

Com isso, é possível que todos os atores do discurso judicial sintam-se parte integrante da criação das decisões judiciais e das súmulas, cujo caminho demonstramos com a aplicação do modelo de Greimas pelo qual actantes coletivos

paradigmáticos tornam-se uma /totalidade integral/, a partir de /unidades integrais/, que se tornam /unidades partitivas/, caminhando para /totalidades partitivas/ e, finalmente /totalidade integral/.

É este o caminho a ser observado para a consolidação de todo tipo de decisão judicial com vocação de se tornar jurisprudência, especialmente súmula vinculante, caso contrário, estaremos relegados ao arbítrio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que, do alto de seu discurso de autoridade máxima no sistema jurídico pátrio, passa a ditar o direito das gentes.

Já o direito anglo-saxão, principalmente após o *Human Rights Act* de 2000, passou a concentrar seu sistema normativo nos direitos fundamentais, desmembrou a *House of Lords* para que a *Supreme Court* possa controlar a validade das leis do parlamento sob a luz de referidos direitos e, conforme já noticiamos, cada vez mais, opta pela elaboração de normas do parlamento em detrimento da *common law*.

Isso leva, aparentemente, a duas mudanças importantes para o Direito do Reino Unido: a despolitização da Corte Suprema, a fim de que seja possível a verificação judicial das leis determinadas pelo legislativo e, ao mesmo tempo, aumento da juridicização do discurso político, a fim de que as decisões das mais diversas matérias (família, trabalho, etc.) não sejam meramente políticas, mas agora também comandos legais passíveis de controle de legalidade, se não por meio de uma Constituição Federal (ainda), pela recepção do “Humans Right Act”.

Neste caso, os Magistrados do Reino Unido têm muito a aprender com nosso sistema legal como se opera a noção de controle de constitucionalidade bem como a análise do caso em concreto com base em princípios jurídicos, o que dá o limite da intervenção ideológica do magistrado.

Por meio da semiótica tensiva, propôs-se a aproximação de ambos os sistemas por meio da oposição fundamental /concentração/ x /dispersão/, concluindo-se pela tendência de neutralizarem a concentração e dispersão excessivas, adotando um sistema híbrido que nega ambos, operando na relação entre não dispersão (súmulas/stare decisis) e não concentração (estatutos).

Parece ser este o caminho para evitar as atuais colisões entre as normas legislativas e decisões judiciais, o que perdurará enquanto o discurso jurídico conviver com sistemas codificados e tendências hermenêuticas que caminham para

a libertação dos padrões positivas, mais apegadas à noção de justiça, fato social e princípios de direito.

Ainda no capítulo 3, analisamos brevemente voto de Ministro do STF que altera consideravelmente dispositivo legal que prevê união estável a fim de fazer a mesma lei valer para pessoas de mesmo sexo que mantêm relações amorosas constantes, duradouras e com a intenção de constituir família.

Ora, se tal decisão deve ser, *vinculativamente*, observada pelos demais magistrados, no mínimo é necessário alterar certos dispositivos legais, conforme apontamos, notadamente o art. 2º da LINDB, que assevera que: "art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue", que deveria passar a viger com a seguinte redação: "art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra lei ou súmula vinculante ou ainda decisão de efeito vinculante a modifique ou revogue."

Não se olvide que tal alteração normativa implica substancial mudança do sistema jurídico, abrindo a possibilidade de reconhecimento da jurisprudência como efetiva fonte de direito, levando à alteração do art. 4º do mesmo diploma legal, que aduz: "art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Neste caso, o ditame legal deveria ser alterado, ou em seu início: "qual a lei e a jurisprudência...", ou, caso não se queira ir tão longe na aproximação das fontes: "quando a lei for omissa, o judiciário está autorizado a criar jurisprudência com base em analogia, costumes e princípios gerais de direito."

É nesse contexto de extrema mudança – propusemos, em poucas páginas, a descodificação do Direito de Família, tornado Estatuto e alteração de artigos de lei cruciais da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – que no capítulo 4 inserimos a problemática dentro dos debates da pós-modernidade, voltando a análise para o nível discursivo.

Ora, estando o processo sintático estabelecido para a criação de um novo sistema jurídico comum a todas as nações ocidentais, considerou-se que, sob o aspecto discursivo, os textos legais que tratam da filiação em nosso ordenamento não dão conta de abranger todas as possibilidades de ocorrência de família atualmente, além de haver evidente 'contaminação' ideológica pelos valores forjados

pelas classes que detêm o poder, embebidos em discurso monológico, conservador e de índole cristã.

Neste altura do trabalho, estabeleceu-se mais uma possibilidade de leitura das relações entre leis morais, sociais e jurídicas, aplicando o modelo de análise proposto por Pietroforte, consistente nas possibilidade da leitura de um discurso metalinguístico (o comando legal dirigido ao juiz), de um discurso prático (o comando legal dirigido aos jurisdicionados) e de um discurso mítico (o conteúdo moralizante do comando, advindo de valores morais e sociais). Por sinal, esta proposta põe fim a estéril distinção de normas primárias e secundárias, pois tudo depende do nível isotópico de leitura.

Pois bem, com base na análise das tendências contemporâneas em hermenêutica jurídica, constatou-se que elas oferecem os caminhos para a consolidação de uma hermenêutica 'livre' dos valores de absoluto das codificações e da *common law*, afirmando valores de universal, no entanto, ao contrário da Escola do Direito Livre, vinculados à efetiva análise dos casos em concreto, criando-se a *materia decidere* a partir de relações discursivas argumentativas com vistas a assegurarem os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade e proporcionalidade na aplicação de referidos princípios.

Falando com Bakhtin e o Círculo, ponderou-se que os juízes, em seu fazer interpretativo, devem afirmar a pluralidade de ideologias e convivência harmônica entre elas, sem negar a aproximação do senso moral das previsões legais que tratam do direito de família.

Tudo indica que é justamente no compartilhamento das diversas vozes que participam das relações processuais que se releva o fundamento democrático das decisões judiciais, a fim de que não se tornem meras decisões 'de cima para baixo' de acordo com argumentos bem relacionados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, que devem operar com consciência da importância de suas decisões e do modo como operam os modelos hermenêuticos.

Como foi dito no capítulo 4, nas ações judiciais, que vão culminar nas súmulas em análise, é importante que o juiz, na colheita de provas, dê voz efetivamente às partes envolvidas na demanda, não para lhes impor uma forma de conduta, ou operar sobre elas um discurso ideológico do tipo moralizante, mas

deixar que as consciências das partes envolvidas também se manifestem, em conjunto com as suas, de modo que o ‘eu’ da parte seja afirmado não como objeto, mas como outro sujeito que faz parte integrante da criação das futuras súmulas dos Tribunais.

Em um sistema ocidental fundado em decisões jurisprudenciais e estatutos, o papel do juiz se torna preponderante tanto quanto das partes envolvidas no litígio, cabendo às partes compreenderem a responsabilidade que têm na criação de seus respectivos direitos, de possíveis *materia decidere* que poderão colaborar na resolução de casos análogos. Ao juiz cabe o controle das ideologias que movem as partes a fim de conduzi-las rumo aos princípios constitucionais que já mencionamos.

Dando voz às partes, seria, enfim, o juiz capaz de simplesmente declarar o direito oriundo da análise dos casos, sempre levando em consideração os argumentos dos advogados e promotores envolvidos na demanda, estabelecendo apenas um controle a respeito dos métodos hermenêuticos utilizados para costurar seus respectivos pensamentos. Somente assim a jurisprudência poderia se manter permanentemente de acordo com os anseios sociais.

Assim, após recapitularmos tudo o que se desenvolveu ao longo dos capítulos desta tese, cabe retomar os tópicos que foram propostos na Introdução a fim de oferecermos as possíveis respostas àquelas indagações:

1) nos países de tradição da *civil Law* é possível consolidar a jurisprudência como verdadeira e independente fonte de direito? A resposta é positiva, conforme estudamos no capítulo 3 de nossa pesquisa, delineando os caminhos para formação jurisprudencial de modo a transformá-la em produção consensual, tornando os Tribunais actantes coletivos paradigmáticos, ou seja, com função integrada caminhando para comunhão discursiva;
2) As súmulas vinculantes afirmam a existência independente da jurisprudência em relação à lei jurídica? Em princípio, nota-se que as súmulas vinculantes em vigência abrem, de fato, a possibilidade de produção judicial, sendo certo que é necessário rever o sistema jurídico a fim de evitar constante colisão entre o discurso legislativo e as decisões judiciais. Assim, a proposta é que as súmulas tenham menor papel de vincular condutas sociais e maior

preocupação em indicar os critérios hermenêuticos a serem observados pelas decisões judiciais. Aos Estatutos caberia justamente estabelecer, de modo não-exaustivo, os *deveres* e *poderes* dos cidadãos, a fim de impor os limites necessários para a harmonizar as relações sociais submetidas aos casos em concreto.

3) A construção de uma análise sistemática e estrutural das escolas hermenêuticas é a base para a afirmação da jurisprudência como fonte autônoma do direito, conferindo-lhe estatuo científico? Não restam dúvidas de que, afastadas da aplicação das codificações ao caso em concreto, somente com a observância rigorosa dos modelos da hermenêutica seria possível conferir estatuto científico a tais decisões, sempre escoradas no discurso compartilhado e na convivência entre as diversas consciências e vozes que daí se depreendem, controladas pelos princípios fundamentais que garantem existência digna a todas as pessoas.

Assim, é possível afirmar que o presente trabalho cumpriu sua meta de estabelecer, por meio da semiótica, estatuto científico para a validação do discurso jurisprudencial, não como uma ordem de conduta *de cima para baixo*, mas de um discurso construído dialogicamente, com vistas à efetivação da justiça com a participação direta do jurisdicionado em seu nascedouro, o que confere legitimação democrática à jurisprudência.

Com o discurso judicial alicerçado nessas premissas teóricas, é possível a descodificação do Direito de Família que passaria a ser tratado com base na análise de ‘casos difíceis’ e na criação de *stare decisis* à moda da *common law*, no entanto sempre mantendo controle sobre a ideologia dos julgadores, direcionando o caminho a ser adotado por aqueles nas decisões judiciais, tornando, para tanto, súmulas vinculantes aquilo que se chama *obiter dictum* no sistema da *common law*.

Acreditamos que estes modelos de decisão podem muito bem se adaptarem aos demais temas de direito civil e empresarial e até mesmo direito do trabalho, todos eles carentes de mecanismos alternativos para adotarem novos caminhos diante da mudança constante dos fatos sociais de que tratam.

Por fim, conforme demonstramos, sobretudo no capítulo 3 desta pesquisa, é perfeitamente possível a aproximação dos sistemas da *civil law* e da *common law*

com vistas à criação de um sistema ocidental único, o que certamente facilitaria a aproximação das Nações em todos os campos, bem como o desenvolvimento de noções contemporâneas de interconstitucionalidade e revisão do próprio conteúdo dos direitos humanos em cenário global, o que provavelmente sujeitará tais preceitos a revisões e alterações, que se pretende que ocorram de modo dialogado, tal como desenvolvido no presente trabalho, a fim de se forjar os princípios gerais de direito a serem observados no futuro, no ocaso da pós-modernidade.

Aqui, fica nossa contribuição, demonstrando quais caminhos podem ser tomados para a efetivação de novos conceitos que envolvem o tema família, não só sob a perspectiva de sua existência social, dos valores que implica, mas também de mecanismos estatais mais eficientes a fim de dirimir com maior habilidade conflitos nesta área, o que só será possível com a mudança de paradigmas e novas posturas dos atores envolvidos no Poder Judiciário, que devem passar a atuar com maior responsabilidade, preparo e consciência de que pode estar no direito não acadêmico, não legislado, a pacificação das relações familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALVES, Alaôr Caffé. **Lógica – Pensamento Formal e Argumentação**. 4ª Edição. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

BAKHTIN, Mikhail. **Estética e Criação Verbal**. Tradução de Paulo Bezerra. São Paulo:Martins Fontes, 2006.

_____. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Tradução de Paulo Bezerra. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin – outros conceitos-chave**. São Paulo. Contexto. 2008.

_____. **Bakhtin – dialogismo e polifonia**. São Paulo. Contexto. 2009.

_____. **Bakhtin e o Círculo**. São Paulo. Contexto, 2009.

BERTRAND, Denis. **Caminhos da Semiótica Literária**. São Paulo. Edusc, 2003.

BESSONE, Mario. **Interpretazione e diritto giudiziale** – I. regole, metodi, modelli. Torino: G. Giappichelli editores, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem Jurídica**. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2003.

_____. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2005.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica** – teoria e prática da monografia para os cursos de direito, 9ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRAIT, Beth (org.). **Bakhtin** – Dialogismo e Polifonia. São Paulo: Contexto, 2009.

_____. **Bakhtin**. Outros Conceitos-Chave. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. **Bakhtin e o Círculo**. São Paulo: Contexto, 2009.

CABRELLI. David. **Employment Law**. 2nd Edition. Essex: Law Express, 2008.

CANOTILHO, J J Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade** – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Dilvanir José da. **Curso de Hermenêutica Jurídica** – doutrina e jurisprudência. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DISCINI, Norma. **O estilo nos textos**. São Paulo: Contexto, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica** – ensaio da pragmática da comunicação normativa. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de Análise do Discurso**. Contexto. São Paulo: 2001.

_____. **As astúcias da enunciação** – as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2ª Edição. São Paulo: Ática, 2002.

_____. **Introdução ao Pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Editora Ática, 2008.

FONTANILLE, Jacques e ZILBERBERG, Claude. **Tensão e Significação**. São Paulo: Humanitas, 2001.

FOSTER, Nigel. **EU Treaties & Legislation 2008-2009**. 19th Edition. Oxford: Oxford Press, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Direito de Família. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo e GONÇALVES, Antonio Baptista. **(Re) Pensando o Direito** – estudos em homenagem ao Prof. Cláudio De Cicco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razon sin transcendência**. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.

_____. **A Constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera – Mundi, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANDOWSKI, Eric. **A sociedade Refletida**. São Paulo: Educ e Pontes, 1992.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil** – Direito de Família e Sucessões. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial** – Fundamentos de Direito. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

MAINGUENEAU, Dominique. **Gênese dos Discursos**. Curitiba: Criar Edições, 2005.

_____. **Contexto da Obra Literária**. São Paulo. Martins Fontes. 2001.

_____. **Novas Tendências em Análise do Discurso**. Campinas: Pontes, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MCKEON, Richard. **The basic works of Aristotle**. New York: Modern Library, 2001.

MEZZAROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito** – justiça, lei, faculdade, fato social , ciência. 28ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOREAU, Marina. **Una Introducción al Common Law**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 2004.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro e GONÇALVES JUNIOR, Jerson Carneiro e BETTINI, Lucia Helena Polleti (orgs). **Hermenêutica Constitucional** – homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Santa Catarina: Conceito Editorial, 2010.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e Responsabilidade**. Porto Alegre: Magister Editora, 2010.

PERELMAN, Chäim. Lógica jurídica. São Paulo. Martins Fontes. 2004.

PIETROFORTE, Antonio Vicente. **Semiótica Visual** – os percursos do olhar. São Paulo. Contexto. 2004.

_____. **Análise do texto visual** – a construção da imagem. São Paulo. Contexto. 2007.

PIETROFORTE, Antonio Vicente; GÊ, Luiz. **Análise textual da História em Quadrinhos** – uma abordagem semiótica da obra de Luiz Gê. São Paulo: Annablume, 2009.

RIVLIN, Geoffrey. **Understanding the Law**. Fifht Edition. Oxford: Oxfor Press, 2009.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. São Paulo: Cultrix, 2006.

SICHES, Luis Recasens. **Filosofía del Derecho**. Decimonovena Edición. México: Porrúa, 2008.

SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton. **Teoria do Direito**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SMITH, A. T. H. **Glanville Williams**: Learning the Law. Thirteen Edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.

SHORTS, Edwin e DE THAN, Claire. **Human Rights**. Essex: Law Express, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHNAID, David. **Filosofia do Direito e Interpretação**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TATIT, Luiz. **Análise Semiótica através das letras**. 3ª Edição. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

_____. **Semiótica à luz de Guimarães Rosa**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. Correntes **Contemporâneas do Pensamento Jurídico**. São Paulo: Manole, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica** – do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito** – definições e fins do direito / os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. London: Routledge Classics, 2008

ANEXOS

Anexo I

CÓDIGO CIVIL

CAPÍTULO II
Da Filiação

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Art. 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Anexo II

CÓDIGO CIVIL

CAPÍTULO III
Do Reconhecimento dos Filhos

Art. 1.607. O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.

Art. 1.608. Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Art. 1.611. O filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro.

Art. 1.612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor.

Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.

Art. 1.614. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação.

Art. 1.615. Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade, ou maternidade.

Art. 1.616. A sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento; mas poderá ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia dos pais ou daquele que lhe contestou essa qualidade.

Art. 1.617. A filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda mesmo sem as condições do putativo.

Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz.

Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

Anexo III

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Da Adoção

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

§ 2º É vedada a adoção por procuração.

Art. 40. O adotando deve contar com, no máximo, dezoito anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.

§ 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Art. 44. Enquanto não der conta de sua administração e saldar o seu alcance, não pode o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado.

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias.

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

§ 8º O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo.

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.

Art. 49. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

Anexo IV

Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal

Relator : Min. Ayres Britto

Reqte.(s) : Procuradora-geral da República

Reqdo.(a/s) : Presidente da República

Adv.(a/s) : Advogado-geral da União

Reqdo.(a/s) : Congresso Nacional

Intdo.(a/s) : Conectas Direitos Humanos

Intdo.(a/s) : Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - Abglt

Adv.(a/s) : Marcela Cristina Fogaça Vieira e Outro(a/s)

Intdo.(a/s) : Associação de Incentivo À Educação e Saúde de São Paulo

Adv.(a/s) : Fernando Quaresma de Azevedo e Outro(a/s)

Intdo.(a/s) : Instituto Brasileiro de Direito de Família - Ibdfam

Adv.(a/s) : Rodrigo da Cunha Pereira

Intdo.(a/s) : Associação Eduardo Banks

Adv.(a/s) : Reinaldo José Gallo Júnior

Intdo.(a/s) : Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - Cnbb

Adv.(a/s) : João Paulo Amaral Rodrigues e Outro(a/s)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, levando-se em conta a edição de lei estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos artigos 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X e

parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com ADI 4.277 Distrito Federal 2 mesmo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Considerada a identidade de pedidos, articulo um único voto sobre o tema. O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas. Pois bem, eis o cerne da questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002? A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República remete tão-somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de pessoas de sexo igual. Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo, compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo ("União entre pessoas do mesmo sexo", *Direito de família e sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a ADI 4.277 Distrito Federal 3 manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como amiga da Corte neste processo. Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão, adianto, é desenganadamente negativa. Em 19 de agosto de 2007, em artigo

intitulado “A igualdade é colorida”, publicado na Folha de São Paulo, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa, disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos, votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos, discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas por serem homossexuais. No fecho do artigo fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social. ADI 4.277 Distrito Federal 4 No campo da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Petição nº 1.984, embora por vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada. Há não mais de sessenta anos, na Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre pessoas de igual gênero[1]. Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade, asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a própria utilidade do direito à liberdade quando acionado

para tomar decisões que eram sabidamente prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa. ADI 4.277 Distrito Federal 5 normal (*right-minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma pessoa comum? Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira: punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela submetidos, com gravíssimas consequências emocionais. Ao longo do tempo, os argumentos de Hart acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia. Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã[2]. A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis. ADI 4.277 Distrito Federal 6 Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-

Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa. Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham (citado por Paulo Nader, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e aproximação. É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados "crimes contra os costumes", os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, ADI 4.277 Distrito Federal 7 presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. A ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente, descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema. A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988, no

que permitiu a reformulação do conceito de família. O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embalaram o Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família, por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação, considerada a necessidade do maior número possível de pessoas ADI 4.277 Distrito Federal 8 para trabalhar em campos rurais. Quanto mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal, fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram a absorver a mão de obra nos centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado. As modificações pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em que ainda há a proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas áreas da Índia. Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas. ADI 4.277 Distrito Federal 9 A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a

edição da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias. O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares. Segundo Gustavo Tepedino: "A Constituição da República traduziu a nova tábula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família" ("A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo", *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria Berenice Dias afirma que "agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação" (*União homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão. O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das denominadas famílias monoparentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às uniões estáveis, ADI 4.277 Distrito Federal 10 dando fim à ideia de que somente no casamento é possível a instituição de família. Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito "das famílias", isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto "instituição-fim em si mesmo", para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada

partícipe, como defende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, 2010, p. 43). Consoante Pietro Pierlingieri, a "família não fundada no casamento é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função" (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para promover a dignidade dos partícipes, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I. ADI 4.277 Distrito Federal 11 Percebam que a transformação operada pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado "constitucionalização do Direito", na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil. Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como "a Constituição do homem comum". O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao "ter". O titular da propriedade era o grande destinatário das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais. O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz Edson Fachin, sofreu uma "virada de Copérnico", foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do "ser", da personalidade, da existência.

Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de fato reflete a realização ADI 4.277 Distrito Federal 12 de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 e seguintes do Código Civil, de vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, "convém esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua condição de sociedades empresárias" (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negocial. A homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo requerente, inexiste consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto: se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel Sarmento[3], estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco a ADI 4.277 Distrito Federal 13 tutela do Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a realização. Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram proferidas, atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à baila o desprezo à dignidade da pessoa humana. Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos heterossexuais não casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de

fato foram celebrados como inovações jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e mesmo com a moralidade comum. O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do "valor dos valores", do "ponto de Arquimedes no Estado constitucional" (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada. A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a dignidade do ser humano. A dificuldade de extrair o exato significado da expressão "dignidade humana" conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma "zona de certeza positiva" no tocante aos elementos essenciais do conceito. ADI 4.277 Distrito Federal 14 A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana. Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantoral Benavides *versus* Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana. Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler* versus *Colômbia*, julgado em 12 de setembro de

2005: Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre) O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a ADI 4.277 Distrito Federal 15 dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manieta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie. Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual. Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual. No mais,

ressalto o caráter tipicamente contramajoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a positivação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a ADI 4.277 Distrito Federal 16 prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da “Lei da Ficha Limpa” às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso “Cláusula de Barreira”. Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade. Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido ADI 4.277 Distrito Federal 17 deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo,* 1980, p. 104, ressalta: Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo

o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Por isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

Anexo V

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA É RECONHECIDA EM JULGAMENTO INÉDITO NO STJ

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida, mesmo no caso em que a mãe tenha registrado filha de outra pessoa como sua. “Não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade daquela que, um dia, declarou perante a sociedade ser mãe da criança, valendo-se da verdade socialmente construída com base no afeto”, afirmou em seu voto a ministra Nancy Andrighi, relatora do caso.

A história começou em São Paulo, em 1980, quando uma imigrante austríaca de 56 anos, que já tinha um casal de filhos, resolveu pegar uma menina recém-nascida para criar e registrou-a como sua, sem seguir os procedimentos legais da adoção – a chamada “adoção à brasileira”. A mulher morreu nove anos depois e, em testamento, deixou 66% de seus bens para a menina, então com nove anos.

Inconformada, a irmã mais velha iniciou um processo judicial na tentativa de anular o registro de nascimento da criança, sustentando ser um caso de falsidade ideológica cometida pela própria mãe. Para ela, o registro seria um ato jurídico nulo por ter objeto ilícito e não se revestir da forma prescrita em lei, correspondendo a uma “declaração falsa de maternidade”. O Tribunal de Justiça de São Paulo foi contrário à anulação do registro e a irmã mais velha recorreu ao STJ.

Segundo a ministra Nancy Andrighi, se a atitude da mãe foi uma manifestação livre de vontade, sem vício de consentimento e não havendo prova de má-fé, a filiação socioafetiva, ainda que em descompasso com a verdade biológica, deve prevalecer, como mais uma forma de proteção integral à criança. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea – com base no afeto – deve ter guarida no Direito de Família, como os demais vínculos de filiação.

“Permitir a desconstituição de reconhecimento de maternidade amparado em relação de afeto teria o condão de extirpar da criança – hoje pessoa adulta, tendo em vista os 17 anos de tramitação do processo – preponderante fator de construção de sua identidade e de definição de sua personalidade. E a identidade dessa

pessoa, resgatada pelo afeto, não pode ficar à deriva em face das incertezas, instabilidades ou até mesmo interesses meramente patrimoniais de terceiros submersos em conflitos familiares” disse a ministra em seu voto, acompanhado pelos demais integrantes da Terceira Turma.