

APONTAMENTOS SOBRE HERMENEUTICA - 2ª parte

Rui Magalhães Piscitelli

*Procurador Federal, Mestrando em Direitos Fundamentais
pela Universidade Luterana do Brasil, ULBRA - RS*

O presente fichamento tem por base o livro de Herbert Hart “ O conceito de Direito”, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p 89-168, para a apresentação do seminário “Hermenêutica jurídica: a abertura textual do Direito”.

Estudos da área da hermenêutica levam-nos à conclusão de que somente as normas coercitivas, advindas do soberano, não são capazes de reproduzir, na íntegra, o que chamamos de sistema jurídico.

A idéia de associarmos o Direito à potencialidade de ameaça não é suficiente, por exemplo, para explicar o animus das normas que conferem poderes aos órgãos estatais.

Daí a necessidade de diferencarmos os conceitos entre regras primárias e secundárias.

As primeiras, realmente, são as regras do tipo sanção, ou seja, prescrevem uma conduta desejável; contudo, dado o livre arbítrio, de antemão tem-se o conhecimento de que ela será infringida. Neste caso, então, é estabelecida uma sanção para o seu descumprimento.

Já as regras secundárias se caracterizam por darem as condições para que as primárias sejam feitas. Como nos ensina Hart: “ asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinas de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação”.

E, magistralmente, na comparação entre os dois tipos de regras assim assenta: “ As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudanças físicas; as regras do segundo tipo tornam possíveis atos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações”

Numa primeira leitura apressada, poderíamos ser levados à tentação de tentar identificar, em qualquer preceito, diretamente, uma regra primária e outra secundária.

Isso não ocorrerá, pois, ainda que normalmente esses 2 tipos de regras se interajam, casos haverá em que elas estarão relacionadas de forma menos direta.

Sobre o coercibilidade do Direito, temos que a conduta em sociedade exige uma sanção ante à possibilidade de fuga ao controle social por aquele ditado.

Aqui, de pronto, ressaltamos que não somente as normas jurídicas, no caso primárias, obrigam as pessoas a pautarem seu comportamento de determinada forma.

Há outras fontes de obrigações, como a moral, a religião, a moda; contudo, somente as jurídicas são fortes o suficiente, dado o poder de sanção, a fazer um ditamento de condutas razoavelmente obedecido. Daí, inclusive, preferir-se chamar-se aqueles preceitos de deveres, visto que a idéia de obrigação possui um tom mais forte, sancionador.

Sobre isso, destacamos a seguinte passagem do texto: “ O que é importante é que a insistência na importância ou seriedade da pressão social subjacente às regras é o fator primário determinante para decidir se as mesmas são pensadas em termos de darem origem a obrigações”.

Retornando à idéia de obrigações, Hart nos faz pensar sobre a diferença entre alguém ter sido obrigado a fazer algo e esse mesmo alguém ter a obrigação de o fazer; no primeiro caso, fatores outros que não os de conduta desejável podem influir, como, num assalto, ter de entregar o dinheiro, sob pena de ser machucado; no segundo, as crenças e desejos de conduta reta são os condicionantes da ação (ou omissão=ação negativa) a ser praticada.

Expõe muito bem essa discussão Hart: “ Assim, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação, por exemplo de dizer a verdade ou de apresentar-se para prestar serviço militar, é verdadeira, ainda que ela acreditasse (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer por causa da desobediência. Além disso, enquanto que a afirmação de que tinha esta obrigação é basicamente independente da questão sobre se essa pessoa de fato se apresentou ou não a prestar o serviço, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo acarreta normalmente a implicação de que a pessoa efetivamente o fez”

Isso nos faz concluir que a idéia de ter a obrigação de fazer pode, em alguns, vir a ser feito independentemente da possibilidade de punição; já, noutros, somente a sanção os impulsiona a fazer o *directum*.

Outro ponto interessante é a distinção entre os aspectos interno e externo das regras: aqueles pressupõe uma interiorização de sentimentos da necessidade da própria norma; estes, denotam que o cumprimento dos preceitos se deve exclusivamente à possibilidade de sanção a ser imputada.

A análise disso nos remete à análise da qualidade da própria sociedade.

Isso faz-nos lembrar a leitura em uma livraria em Buenos Aires, do livro “Dos delitos e das penas”, de Beccaria.

Na conclusão, o Autor justifica a maior rudeza das normas nas sociedades menos desenvolvidas, e, na medida do desenvolvimento, as penas tendem a ficar menores. Fugir disso seria não aplicar a proporcionalidade entre os delitos e as penas.

Com isso, queremos dizer que o convívio social, para não ficar ameaçado, não pode prescindir de rígidas penas em sociedades nas quais somente a possibilidade de sanção é o determinante para que um delito não seja cometido.

Num simples exemplo, não é assim que explicamos o comportamento de um motorista que somente poucos metros antes de um controlador de velocidade reduz a marcha de seu carro ?

Caso retirássemos aquele controlador, para o motorista em apreço, não haveria nenhum bem a ser tutelado pela redução da velocidade, como, por exemplo, a vida dos pedestres daquela rodovia.

Na psicologia, no estudo da personalidade, podemos associar o aspecto interno da norma ao controle exercido por nosso superego; para as pessoas que não possuem esse juízo interno operante, o aspecto externo das regras tem de se desincumbir de tal múnus, sempre visando à convivência social.

Hart muito bem sintetiza o exposto: “Em qualquer momento dado, a vida de uma sociedade que decorre de harmonia com regras, jurídicas ou não, provavelmente virá a consistir numa tensão entre os que, por um lado, aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim vêem o seu próprio comportamento e o das outras pessoas em termos de regras e os que, por outro lado, rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo”.

E, mais adiante, sustenta que: “ A maior parte das obscuridades e distorções que rodeiam os conceitos jurídicos e políticos surge do fato de que estes envolvem, de forma essencial, uma referência àquilo que chamamos o ponto de vista interno: o ponto de vista dos que não se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas que usam as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio dos outros.”

Nesse contexto, então, indispensável que as pessoas reconheçam as regras primárias que lhe imputam comportamentos. Daí a idéia de regras de reconhecimento.

E aí entram as regras secundárias, como normas para a identificação daquelas. Nas sociedades mais desenvolvidas a simples referência a alguma característica das normas primárias é o suficiente; nas nem tanto, faz-se necessária a referência a um texto ou lista.

Também, temos as regras de alteração. Estas, conferem competência para que, de determinado modo, sejam revistas as regras primárias até então existentes.

Essas regras de alteração podem ser muito complexas, estabelecendo época, quorum, matérias e limites nos quais a alteração pode ser feita.

Ainda, há as regras de julgamento, as quais pautam a conduta do agente competente para aplicar a sanção ao descumprimento das regras primárias.

Uma regra típica de julgamento no nosso sistema é a insculpida no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, abaixo:

“ todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação “

Veja-se que, tanto as regras de reconhecimento, as de alteração e as de julgamento, enquanto regras secundárias, não possuem o aspecto sancionador, característico das regras primárias.

Assim resume Hart: “ Se voltarmos atrás e considerarmos a estrutura que resultou da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, é evidente que temos aqui não só o coração de um sistema jurídico, mas um instrumento poderosíssimo para a análise de muito daquilo que tem intrigado, quer o jurista, quer o teórico político.”

Sobre o aspecto interno e externo (cujas características já adrede mencionamos), as regras de reconhecimento, naquele aspecto, poderiam ser assim enunciadas: “ O direito dispõe que ...”; ao passo que, neste, a preceituação assim o seria: “Na Inglaterra, reconhecem como direito”.

Percebe-se a diferença ? No aspecto interno temos a norma enquanto consectário tão-somente, o cidadão faz parte do contexto; no externo, a norma é tida como posta, o cidadão se põe como alheio a ela, ainda que ambos tenham de conviver num mesmo sistema a hostilidade impera.

E, nesse ponto, Hart conceitua o que é a validade da norma jurídica: “ Podemos, na verdade, dizer simplesmente que a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento”.

Problema também interessante surge quando, ao invés da obediência irrestrita a um soberano com poderes ilimitados, o Direito é exigido enquanto regra última de reconhecimento pelos cidadãos.

Isso diz respeito à interpretação que os jurisdicionados dão às normas. Isso numa sociedade complexa, com vários ramos do Direito se interrelacionando, às vezes até contraditoriamente em normas distintas, pode causar uma dificuldade em reconhecer a conduta que está sendo exigida pelo agente competente para a feitura da norma.

Neste ponto, trazemos ao Direito a importância da interpretação.

Como nos ensina Hart, “ Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis...mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não...Estes últimos são situações de fato, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana...”

E, aqui, a “invenção humana” pode ser pródiga...

No sistema tributário, então, no qual a liberdade é o alvo direto, a questão da interpretação assume papel de curial importância.

Veja-se, por exemplo, que os Advogados especializados na área sempre tentavam evitar a ocorrência do fato gerador, o que faz por originar a constituição do crédito tributário.

Criou-se, pois, a figura da elisão tributária, a qual, diferentemente da evasão, permitia que, usando artifícios, fosse evitada a ocorrência da hipótese de incidência.

Chegou a tal ponto a interpretação em prol da elisão tributária, que o legislador viu-se forçado a editar a lei complementar nr. 104, a qual, por dispositivo legal, equiparou as figuras acima, como se vê da leitura da nova redação do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional :

“A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.” “

Conclui Hart: “...a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de fato”.

Tal sentimento de completude muito já agonizou gerações e gerações de legisladores. Napoleão Bonaparte, por exemplo, ao terminar seu Código Civil, teria declarado que entraria para a História como o melhor positivador de todos os tempos, pois seu Codex não daria margem a interpretação, quando, então, teve notícia de um fato ocorrido no interior da França, o qual ele não tinha previsto. Tristemente desabafou que seu Código estava acabado !

E alertamos, não podemos nos dar por céticos em relação às normas só porque elas não prevêm um comportamento único, pois, no mundo dos fatos, a circunstância de não podermos visitar alguém a quem muito amamos num determinado dia, por compromissos outros, não significa que nunca mais o visitaremos.

Não podemos deixar imperar a idéia de que uma norma que não seja perfeita, que abarque todas as situações possíveis, seja pior do que a existência de qualquer regra. Pensar isso seria a negação da vida em sociedade.

Hart, a respeito, sintetiza: “Simplesmente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer”.

Aplicando aos direitos fundamentais tais conceitos, ao elaborá-los, deve o legislador estar consciente de que, quanto mais aberta sua redação, de maior efetividade será sua aplicação, tenha-se em conta o princípio de direito constitucional de que a interpretação de tais direitos deve ser a mais extensiva possível.

Também sabido é que, quando o legislador se propõe a criar uma norma (e aqui legislador entenda-se enquanto função especializada do Estado, e não enquanto Poder, o que nos leva a admitir que o Poder Executivo e o Judiciário, ainda que não precipuamente, legislam), um comportamento geral está sendo visado.

No entanto, no seio da sociedade, as diferenças pessoais e culturais fazem com que aquela mesma norma não seja lida por todos uniformemente.

Esse tópico também nos remete à necessidade de algumas leis terem uma regulamentação própria para surtirem eficácia.

Muito conhecida dos operadores do Direito os 3 níveis de eficácia criados por José Afonso da Silva, quais sejam, plena, contida e limitada.

E aqui nós apenas recordamos que, as primeiras, não necessitam de complemento normativo para surtirem efeitos práticos; as segundas, produzem efeitos até que regulamentação ulterior as restrinja (condição resolutiva); por fim, as de eficácia limitada

necessitam de explicitação em diploma legislativo inferior, quando, até então, serão desprovidas de eficácia jurídica (condição suspensiva).

E, aqui, Hart nos diz quando saber se em determinada sociedade existe um ordenamento jurídico: “Enquanto as leis que forem válidas perante os testes de validade do sistema forem obedecidas pela maioria da população, temos aí certamente toda a prova de que necessitamos para estabelecer que um dado sistema jurídico existe”.

Hart, mais adiante, nos remete à idéia de patologia de um sistema jurídico.

Tal consiste no divórcio entre o sistema oficial e o privado, quer dizer, não mais existe uma obediência às regras válidas do sistema.

Por quê isso acontece ?

Dentre os motivos, temos as revoluções, nas quais uma parcela da população tenciona a tomada do poder, uma ocupação do território pátrio pelos inimigos ou um “simples” colapso de controle jurídico.

Por vezes, o sistema como um todo não é substituído integralmente, valendo-se o novel regime do que lhe valha.

A população, em tal estágio, fica tentando identificar as regras de reconhecimento no sistema, até que elas se assentem.

Atente-se ao fato de que, por vezes, sequer a lei precisa ser mudada, bastando, para isso, o entendimento dos Tribunais acerca do Direito, daí a necessidade de os Governos possuírem a prerrogativa de indicação para as Cortes Constitucionais, as que, em última ratio, dizem da validade do ordenamento perante a Carta Maior.

Rumando à conclusão do texto, Hart dedica algumas páginas à análise da definitividade e inafastabilidade da decisão judicial.

Assim inicia: “ Um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava errado não tem consequência dentro do sistema...”.

Questão que suscita curiosidade ocorre quando os tribunais têm diante de si matérias ainda não legisladas.

Tome-se, como exemplo, a questão das políticas públicas, que, em tese, seriam de competência privativa do Poder Executivo.

Trazemos à colação, por ser de suma importância ao tema adrede trazido, excerto da decisão do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, na ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental nr. 45, publicada no DJU de 04/05/2.004

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos

Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”

Encerrando o presente estudo, lembramos, por oportuno, a definição de jurisdição, tarefa a qual está exclusivamente afeta ao Poder Judiciário: dadas todas as variáveis acima discutidas, dizer o direito !

Gostaria de dedicar o presente trabalho à minha falecida Avó, Sra. Lilia Bocaccio Piscitelli, pois grande responsável pela formação de meus valores, os quais fazem-me ver, no âmago das normas, não mais do que a exigência do respeito para com meus semelhantes.