

A TÉCNICA CLÁSSICA DA SUBSUNÇÃO DEDUTIVA APÓS A VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA: UMA VISÃO ANTIRRELATIVISTA

THE CLASSIC TECHNIQUE OF DEDUCTIVE SUBSUMPTION AFTER THE LINGUISTIC-PRAGMATIC TURN: AN ANTI-RELATIVIST VISION

Raíi Moraes Sampaio de Paiva¹
Andreas J. Krell¹

Recebido em: 19/01/2021
Aceito em: 04/11/2022

raisisampaio@hotmail.com
akrell@uol.com.br

Resumo: O presente trabalho propõe analisar os impactos da virada linguístico-pragmática sobre o papel da subsunção dedutiva no contexto de aplicação do Direito. É cada vez mais comum a afirmação de que as técnicas tradicionais de interpretação e aplicação do Direito, como a subsunção dedutiva, teriam sido “superadas” pelas conclusões da virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica. Mas raramente essas conclusões são tematizadas no próprio contexto da aplicação normativa ou no da Ciência Jurídica, o que acentua os limites hermenêutico-pragmáticos que se impõem ao pretense abandono da subsunção. Mesmo sendo incapaz de atribuir o valor de verdade ou de validade lógico-proposicional à conclusão dela resultante, a técnica da subsunção dedutiva é baseada nos jogos de linguagem do contexto normativo. Por outro lado, a indissociável subjetividade interpretativa dos aplicadores de textos normativos eleva a importância de técnicas que considerem a necessidade de clareza argumentativa e de controle intersubjetivo dos caminhos que precedem a conclusão normativa. Assim, o pragmatismo dos jogos de linguagem e as limitações subjetivas apontadas pela hermenêutica ontológica justificam a manutenção dos conceitos tradicionais do silogismo e da subsunção no âmbito da decisão jurídica.

Palavras-chave: Silogismo jurídico. Virada linguística. Hermenêutica.

Abstract: The present work aims to analyze the impacts of the linguistic-pragmatic turn on the role of deductive subsumption in the context of law enforcement. It is increasingly common to affirm that traditional techniques of interpretation and application of law, such as deductive subsumption, would have been “overcome” by the conclusions of the linguistic-pragmatic turn in philosophy and hermeneutics. But rarely are these conclusions discussed in the very context of normative application or of legal science, which accentuates the hermeneutic-pragmatic limits that are imposed on the alleged abandonment of subsumption. Even though it is unable to attribute the value of truth or logical-propositional validity to the resulting conclusion, the technique of deductive subsumption is based on the language games of the normative context. On the other hand, the inseparable interpretative subjectivity of the applicators of normative texts raises the importance of techniques that consider the need for argumentative clearness and intersubjective control of the paths that precede normative conclusion. Thus, the pragmatism of language games and the subjective limitations pointed out by ontological hermeneutics justify the maintenance of the traditional concepts of syllogism and subsumption in the context of legal decision.

Keywords: Juridical Syllogism; Linguistic Turn; Hermeneutic.

¹ Universidade Federal de Alagoas, Alagoas, Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Num contexto em que o constitucionalismo estava em ascensão desde o período pós-guerra, o processo de redemocratização do Brasil foi formalmente marcado pela promulgação da Constituição de 1988. Como resultado de um complexo processo político, ela reuniu as pretensões mais diversas da sociedade brasileira. Até mesmo grupos minoritários politicamente sub-representados ao longo da história encontraram alguma forma direta ou indireta de proteção jurídica de seus interesses. Mas como conciliar todas essas pretensões na prática cotidiana da aplicação do Direito?

Responder a essa pergunta constitui o cerne dos maiores problemas da aplicação normativa no cotidiano dos operadores do direito brasileiro, inclusive nos ramos mais tradicionais como o Penal e o Civil, já solidificados com seus próprios métodos e costumes, muitas vezes refratários ao caráter *prima facie* contraditório das normas constitucionais. Principalmente em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a aplicação das normas infraconstitucionais deve trabalhar com a ideia de um sistema jurídico como um todo, sobre o qual a Constituição esparrama sua eficácia vinculante (GIUDICELLI, 2017, p. 139 ss)

Ao invés de revisar e atualizar sua própria metodologia e de propor reformulações para a metodologia de aplicação do Direito, a dogmática jurídica brasileira tem insistido em importar teorias estrangeiras (até oriundas de outras ciências), de maneira acrítica e descontextualizada. Efeito dessa “cultura” é a reprodução meramente retórica e autoritária de muitos conceitos estrangeiros, inclusive pela prática judicial.

Destarte, ideias de origem filosófica acabam ganhando força no meio jurídico, muitas vezes sem a necessária diferenciação contextual com relação às peculiaridades da ciência jurídica e às características específicas da aplicação normativa. Vários autores fazem referência à chamada “virada” (“reviravolta”, “giro”) linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica como ponto de partida para propostas radicais, que na prática pouco contribuem para a resolução dos problemas de aplicação do Direito constitucionalizado. Exemplo disso é a exigência de abandonar completamente a prática da subsunção dedutiva como técnica de aplicação de normas jurídicas em razão das “modernas” conclusões trazidas pela virada linguística da filosofia.

O maior problema dessas reformulações radicais é a ausência de uma concomitante proposta de soluções defensáveis e úteis para as questões combatidas pela dogmática “reformadora”. Se uma prática tradicional como a subsunção é considerada superada após a virada linguístico-pragmática, como deverá, então, o juiz continuar aplicando o Direito? O presente trabalho pretende analisar o que representou a referida “virada” da filosofia e da hermenêutica para o Direito, no intuito de compreender melhor as suas implicações para a prática da subsunção dedutiva, situando-as no contexto da aplicação normativa.

Para isso, será apresentada uma síntese da visão tradicional da “subsunção” no Direito brasileiro, delimitando-a através de uma abordagem predominantemente dogmática. Em seguida, serão analisados os principais impactos da virada linguística para a visão tradicional da dedução normativa mediante subsunção, ressaltando a necessidade de sua manutenção em razão das peculiaridades do âmbito jurídico. Por fim, será discutida a postura relativista comumente adotada

com base na virada linguística da filosofia, no intuito de enriquecer o debate em torno das consequências desse movimento filosófico para a aplicação normativa através de uma postura antirrelativista.

2. O PAPEL DA SUBSUNÇÃO DEDUTIVA NA APLICAÇÃO DO DIREITO NA VISÃO DO (NEO)POSITIVISMO

O Círculo de Viena² inaugurou uma série de correntes no pensamento científico-filosófico ocidental que buscaram racionalizar o conhecimento, principalmente através da transposição da metodologia cartesiana das ciências exatas e naturais para as humanas. Acreditava-se na possibilidade de completa neutralização da subjetividade dos intérpretes com o emprego de métodos, tal como os da experimentação e da lógica. Apesar de não haver sistematizado uma filosofia em si, o Círculo pôde ser caracterizado e identificado por uma espécie de programa, comum aos seus muitas vezes díspares partícipes.

O programa foi constituído em reação à chamada filosofia metafísica, considerada muitas vezes excessivamente intuicionista, sem bases empíricas ou necessariamente racionais.³ Nesta linha, o Círculo se manifestava tanto através do *empirismo* quanto na forma do *logicismo*,⁴ caracterizando-se por um cientificismo racionalista que considerava ceticamente as metodologias mais simplificadas do ponto de vista empírico-lógico, como as peculiares às ciências do espírito.

No Direito ocidental e, conseqüentemente, no brasileiro, o programa do Círculo de Viena se manifestou de maneira duradoura tanto com a visão neopositivista de Kelsen, de Hart e de seus seguidores, quanto com a de Pontes de Miranda. Para os primeiros, as normas de um dado sistema deveriam ser logicamente deriváveis da norma fundamental ou da norma de reconhecimento. Para Pontes, as ideias do Círculo encontraram maior expressão na chamada “incidência infalível”, segundo a qual as normas incidem logicamente sobre os fatos, de maneira abstrata e independente de ação humana.

Além disso, Kelsen desconsidera os elementos contingentes, pragmáticos e sociológicos, reduzindo os elementos interpretativos à autenticidade da interpretação dos aplicadores, à sua “livre valoração” (KELSEN, 2009, 387 ss.). Essa logicidade, contudo, é exclusivamente normativa, relacionada à validade e não à verdade das proposições normativas. Segundo o autor, de “uma proposição fática (ser) não se pode inferir uma norma (dever ser) e vice-versa”, já que elas participam

² Os integrantes deste Círculo (M. Schlick, R. Carnap, R. von Mises, K. Gödel, H. Feigl, V. Kraft, O. Neurath, K. Menger, H. Hahn), na maioria formados nas ciências exatas, reuniam-se nos anos 20 e 30 do século XX na capital austríaca; também participaram deste grupo ocasionalmente A. Tarski, W. Quine, A. Ayer e Hans Kelsen.

³ Há quem relacione o programa do Círculo de Viena a uma reação da comunidade científica contra as ideologias sem “verificabilidade científica”, tal como as que sustentaram a ascensão do nacional-socialismo na Europa. Cf. Mélika Quelbani (2009).

⁴ O *empirismo* sobreevalorizava a coleta de dados e a experimentação como método de investigação. Já o *logicismo* depositava excessivas expectativas de certeza e de validade na aplicação da lógica como forma de neutralização da subjetividade humana e de conseqüente objetivação e universalização do conhecimento.

de linguagens e lógicas diferentes; assim, “o sentido da norma jurídica não pode ser o fato de ela poder ser verificada como verdadeira ou falsa” (CATÃO, 2013, p. 67).

Para este tipo de neopositivismo, as proposições normativas são construídas não a partir de uma isomorfia com a realidade empírica, mas a partir de uma “relação sintático-semântica (formal) com uma norma superior e com o fato que a produziu” (CATÃO, 2013, p. 68), afastando-se do *empirismo* e aproximando-se do *logicismo* na forma de uma lógica proposicional estrutural.⁵

O conteúdo dessas proposições seria dado pela “interpretação autêntica” do aplicador do Direito, que o fixaria através de um ato de vontade atribuidor de um sentido objetivo. Neste ato, a lógica não teria nenhum papel, já que ele representaria um ato eminentemente axiológico (CATÃO, 2013, p. 72).

Já o neopositivismo de Hart (2009) deposita suas expectativas de neutralidade do sistema na ideia da norma de reconhecimento, formulada a partir da obediência a critérios de validade e aceita pelas autoridades que a aplicam e pela comunidade a ela submetida. A norma de reconhecimento proveria de validade as demais normas do sistema dela dedutivamente derivadas. Quanto à questão da interpretação, Hart reconhece a problemática da indeterminação dos textos legais, por ele chamada de “textura aberta”, mas ao fim encerra a questão com a autoridade da decisão do aplicador, num voluntarismo semelhante ao de Kelsen (HART, 2009, p. 165 ss.).

Tanto a concepção de Kelsen quanto a de Hart dependem da dedução como procedimento validador das normas de um dado sistema jurídico, inclusive das normas individuais resultantes da submissão de casos concretos à premissa normativa abstrata. Ainda que, em Kelsen, a dedução não atribua o valor de verdade à conclusão normativa, ela atribuiria validade, já que a norma individual deve ser produzida de acordo com os critérios de validade fornecidos pelo sistema (CATÃO, 2013, p. 74 ss.).

MacCormick observa que, a partir das visões de Kelsen e Hart, o processo de aplicação normativa envolve, necessariamente, uma dedução, já que em razão de uma formulação normativa geral prévia será definida uma norma individual concreta, considerada dedutivamente válida por derivação, numa estrutura que pode ser simbolicamente expressa, em sua forma mais simples, com “se *p*, então *q*” (2009, p. 67 ss.).

Influenciado pelo Círculo de Viena, mas não de maneira menos autêntica,⁶ Pontes de Miranda traz o conceito de incidência infalível da norma (MIRANDA, 1999, p. 56 ss.). Segundo esse conceito, as normas jurídicas incidiriam infalivelmente aos casos concretos assim que ocorridos os fatos aos quais o sistema atribui relevância jurídica (MELLO, 2013, p. 108). A incidência infalível representaria o ápice da logicidade do ordenamento jurídico, garantida no processo de aplicação através da dedução realizada entre a premissa maior (suporte fático) e a premissa menor (fatos), com a correta constatação de ocorrência dos fatos juridicamente relevantes do suporte fático (antecedente) e a

⁵ Para Catão, no pensamento de Kelsen, o papel que a lógica assume nas proposições normativas é limitado, principalmente em razão da separação que ele faz entre ser e dever-ser. Ainda assim, sua teoria se insere no programa neopositivista do Círculo de Viena (ob. cit., p. 63ss.).

⁶ Ainda que tenha sido influenciado por pessoas ligadas ao Círculo de Viena, Pontes construiu um pensamento autêntico, com ideias plurais, desde a visão lógica do Direito do Tratado, com a incidência infalível e os três planos do fato jurídico (existência, validade e eficácia), até a visão sociológica do Direito como forma de adaptação social. Cf. Aldrovandi (*et al*, 2015).

imputação da sua consequência jurídica (consequente).⁷ Por ocorrer independentemente de ato ou da vontade humana, de maneira incondicionada e inesgotável, a incidência infalível é eminentemente abstrata e puramente lógica.⁸

Para explicar o logicismo do pensamento pontesiano por trás da incidência infalível, Catão cita a influência do “naturalismo científico”, que coloca o Direito no campo dos fatos e ressalta a necessidade do “método científico como formalização e quantificação” (2013, p. 45 ss.). Esta visão neopositivista parte da ideia de verdade enquanto representação da realidade, em que as proposições correspondem efetivamente a fatos, tal como ocorre no *Tractatus* de Wittgenstein (CATÃO, 2013, p. 39 ss.).⁹ Ocorrido ou representado o fato juridicamente relevante, incidiria a norma pertinente de maneira infalível, independentemente de qualquer ato humano.

Pode-se concluir que, guardadas as individualidades de cada modelo, as teorias tradicionais do Direito ocidental de matiz neopositivista ainda hoje influenciam a dogmática jurídica e a prática judicial no Brasil.¹⁰ Estas teorias atribuem à dimensão proposicional da linguagem – associada aos métodos lógico-empíricos do Círculo de Viena – o papel central e muitas vezes solitário na estruturação da norma jurídica. Contudo, o pluralismo filosófico de Pontes de Miranda já o leva a indicar a importância dos métodos clássicos de interpretação como forma de lidar com a complexidade do processo de aplicação do Direito (MIRANDA, 1999, p. 17-18).

No processo de aplicação normativa, segundo a visão tradicional, a dedução ocorreria sempre com a passagem da premissa fática para o consequente normativo, de modo que a aplicação de qualquer norma assumiria a forma dedutiva. Isso fica evidente quando se reconhece que toda aplicação normativa depende da preexistência de uma norma jurídica pertinente (hipótese geral e consequência: se p então q), ainda que implícita, que será confrontada com elementos fático-concretos (se p), para a posterior indicação das consequências jurídicas (de efeitos práticos) impostas pelo ordenamento jurídico (então q). O papel tradicional da subsunção dedutiva consiste, assim, em *justificar* a passagem da hipótese para a consequência de dever-ser de efeitos práticos, atribuindo-lhe “validade lógico-jurídica” (MACCORMICK, 2009, p. 23 ss).

⁷ Mello considera o “*silogismo da consequência jurídica*” um “automatismo” que deve ser repudiado pela melhor doutrina em razão da muitas vezes alta complexidade do processo de aplicação normativa (MELLO, 2013, p. 118, nota de rod. 94).

⁸ “Se a norma jurídica NJ^1 , *abstratamente*, define os fatos ABC como suporte fático do fato jurídico FJ^1 , ao qual imputa o efeito jurídico E^1 , e no mundo aquele suporte fático (ABC) se *concretiza*, a norma NJ^1 incide sobre ele, criando o fato jurídico respectivo (FJ^1), o qual poderá gerar a eficácia E^1 . Esse *processo* ocorre na dimensão dogmática (normativa) do direito, portanto, em plano lógico, de valência, não da realidade fática social” (ob. cit., p. 117, grifos no original).

⁹ No *Tractatus Logico-Philosophicus*, Wittgenstein intenta estruturar um escalonamento lógico de proposições cuja estrutura representaria as estruturas dos estados de coisa presentes no mundo (2017, p. 135ss.).

¹⁰ Uma busca *online* do termo “subsunção” no repositório da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ-AL) chega a 1.347 resultados de ementas em que o termo é listado, na maior parte das vezes como conclusão positiva ou negativa de enquadramento do caso julgado a alguma hipótese legal. Algumas vezes, o termo é listado sem relação com a prática de subsunção; outras vezes, esta é empregada sem menção ao termo. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=subsun%C3%A7%C3%A3o&p=4&idtopico=T10000389>. Acesso em 4.8.2019.

3. A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DA “SUBSUNÇÃO” NA CIÊNCIA DO DIREITO

Além da importância dada pelo Círculo de Viena ao método científico em geral, o primado da dimensão proposicional da linguagem, fortalecido pelo neopositivismo, parece ter levado à visão tradicional da dedução silogística (subsuntiva) como único caminho até a aplicação do consequente normativo, seja como forma de atribuir-lhe o valor de verdade ou de validade, seja para que a conclusão possa ser considerada correta de acordo com a incidência infalível da norma.

No Brasil, tanto na prática judicial como na doutrina e no ensino jurídico, são perceptíveis alguns traços do pensamento lógico-positivista, especialmente o de Kelsen e o de Hart, acentuados durante a ditadura militar (1964-1985). Exemplo disso é o ceticismo interpretativo causado pela demonização da subjetividade cognoscente e volitiva dos “operadores” do direito, como se esta pudesse ser suprimida através da aplicação logicamente metodológica. No intuito de suprimir os fatores subjetivos da interpretação, as influências do positivismo lógico na aplicação do Direito foram exageradamente intensificadas, expressando-se mediante um tecnicismo formalista que sobrevalorizava a lógica no trato com textos legais, resumindo o complexo processo interpretativo-aplicativo ao método da subsunção dedutiva (SOUZA NETO & SARMENTO, 2012, p. 392 ss.).

Essa postura excessivamente textualista, formal e “automatista”, todavia, vem sendo cada vez mais abrandada e reinterpretada pela doutrina, especialmente a partir da necessidade de se trabalhar com um ordenamento jurídico constitucionalizado há mais de 30 anos, repleto de cláusulas gerais, de normas terminologicamente indeterminadas, moralmente carregadas, axiologicamente abertas, e de objetivos coletivos complexos, numa sociedade que demanda cada vez mais legitimidade na atuação estatal e, conseqüentemente, decisões minimamente defensáveis e controláveis.

Neste ponto, deve ser ressaltado que a subsunção, que é o ato de enquadrar os fatos reais relevantes no “fato-tipo” ou “suporte” legal,¹¹ não é idêntica à operação mental que se denomina “silogismo”, visto que este representa apenas uma forma de dedução lógica de premissas já tidas como verdadeiras. Quando o intérprete tenta subsumir fatos relatados ao preceito de uma lei, ele ainda está na fase da formação da premissa *maior* correta, que constitui a etapa verdadeiramente problemática do processo dedutivo, por sempre correr o risco de ser dominada por motivos subjetivos pouco racionais. O ato (posterior) da subsunção silogística, que é a definição da premissa *menor*, dificilmente guarda dificuldades, já que os erros de inferência lógica são excepcionais na práxis da aplicação do Direito (KRIELE, 1976, p. 50 ss.).

O próprio ato de subsunção interpretativa costuma tornar-se mais simples à medida que os conceitos¹² normativos incidentes possuem uma linguagem mais concisa (“determinada”). Porém, jamais deve ser olvidado que as dúvidas do intérprete podem surgir do mesmo modo por parte dos

¹¹ Sobre o significado ambíguo do termo “suporte legal”, vide Ricardo L. Torres (2006, p. 250ss.).

¹² Embora a palavra *conceito* — “representação dum objeto pelo pensamento, por meio de suas características gerais”; (FERREIRA, 1999, p. 518) — seja menos adequada para assinalar uma expressão linguística inserida num texto normativo do que a palavra *termo* — “vocábulo ou locução que denomina conceito, prévia e rigorosamente definido, peculiar a uma ciência, arte, profissão, ofício” (ob. cit., p. 1948) —, mantém-se aqui a primeira por ser amplamente utilizada por parte da doutrina e da jurisprudência neste contexto. Vide a respeito, também: Eros Grau (2003, p. 197ss.)

fatos reais do caso a ser decidido, fazendo com que a aplicação de dispositivos legais, que normalmente permite uma subsunção pouco complicada e contestável, de repente se torne problemática. Por outro lado, o ato de subsumir fatos a conceitos legais que, em virtude de sua própria formulação linguística, já são dotados de alto grau de vagueza e abstração – muito comuns no Direito Constitucional –, é quase sempre mais complexo e costuma abrir espaços abrangentes de avaliação e complementação judicial.

Não é, portanto, o próprio processo de subsunção que torna a interpretação jurídica meramente “dedutiva”, “logicista”, “mecânica” ou “positivista”; tudo depende do modo como se imagina o seu percorrer. Cabe frisar também que, apesar das agudas críticas à ideia de que é possível “subsumir” fatos a normas de modo lógico-dedutivo, uma doutrina de tanto peso e tradição deve ser questionada apenas com moderação, porquanto representa um dos pilares do sistema estatal liberal, “cujo desmoronamento poderia causar efeitos imprevisíveis” (KRIELE, 1976, p. 49, 164.).

Assim, a subsunção jurídica pode ser entendida como a “equiparação do caso concreto a ser analisado com os casos indubitavelmente abrangidos pelo fato-tipo legal”, sendo tarefa da interpretação descobrir que casos são estes. Há, assim, uma relação recíproca entre interpretação e subsunção.

Para autores tradicionais como Savigny e Betti, o legislador ao criar uma norma sempre pretende regulamentar determinados casos, os quais o posterior aplicador da lei inicialmente desconhece, sendo sua tarefa justamente reconstruir essa imagem original por meio do emprego dos cânones (RAISCH, 1995, p. 135, 139). Nessa visão, o esquema subsuntivo exprime os aspectos lógicos da relação entre a regra jurídica, os fatos reais do caso e a norma individual da decisão, formando o “esqueleto lógico do raciocínio jurídico” (WEINBERGER, 1988, 188 ss.).

Outro aspecto que contribuiu muito para a importância da teoria da subsunção na metodologia (no sentido de “metódica”) do Direito é a necessidade de “se fazer casos diferentes iguais”, subsumindo-os a um “fato-tipo padrão”; este ato de “equalização do desigual” nutre a ideia de unidade na ordem jurídica (WENGER, 2010, 114). Desse modo, a subsunção não deve ser vista como uma “operação lógica”, já que ela contém uma decisão valorativa do intérprete que sempre formará uma hipótese sobre o enquadramento dos fatos do caso concreto em relação à norma aplicada (SCHAPP, 2001, p. 318).

O abrandamento e a reinterpretação das heranças do neopositivismo lógico também se devem à virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica modernas, instaurada a partir dos trabalhos do segundo Wittgenstein¹³ e da hermenêutica ontológico-filosófica de Heidegger e Gadamer.¹⁴

¹³ Em “Investigações Filosóficas”, Wittgenstein muda radicalmente de posição com relação ao seu pensamento inicial do *Tractatus*, Cf. Wittgenstein (2012).

¹⁴ Para as duas obras mais referidas no Brasil quando se fala em Hermenêutica Ontológica e em Hermenêutica Filosófica, conferir, respectivamente, Martin Heidegger (2012) e Hans-Georg Gadamer (2014).

No próximo tópico, busca-se compreender o que significou a virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica, e de que forma ela vem sendo recebida por parcela significativa da dogmática jurídica brasileira.

4. IMPACTOS DA “VIRADA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA” NO DIREITO: NECESSIDADE DE ABANDONAR A SUBSUNÇÃO?

A virada linguístico-pragmática foi o movimento da filosofia e da hermenêutica modernas que reconheceu a linguagem como principal eixo para o acontecimento do ser. Os pontos de partida para a reviravolta foram as obras “Investigações Filosóficas”, de Wittgenstein, e “Ser e Tempo”, de Heidegger.

A filosofia de Wittgenstein levou ao reconhecimento do caráter circunstancial da constituição semântica do sentido dos termos linguísticos, que dependeria antes de “jogos de linguagem” do que de uma pretensa essência das palavras. Suas ideias mudaram o foco da filosofia para a análise das demais dimensões da linguagem, indo além da dimensão proposicional e servindo de base para as teorias dos atos de fala (Austin, Searle), da pragmática transcendental (Apel) e da pragmática universal e do agir comunicativo, de Habermas (OLIVEIRA, 2015, p. 117ss.; QUELBANI, 2009). Para Wittgenstein (2012, p. 78), a situação de uma proposição descrever ou informar algo depende menos de uma pretensa essência das palavras ou de sua correspondência com a realidade do que das circunstâncias em que é empregada, do seu uso num contexto de “jogos de linguagem”:

E o que é uma proposição é, *num* sentido, determinado pelas regras da sua construção (em português, p. ex.), num outro sentido, pelo uso dos signos no jogo de linguagem. E o uso das palavras “verdadeiro” e “falso” pode ser também componente deste jogo; e então, a nosso ver, *pertence* à proposição, mas não “se encaixa nela”. (grifo no original).

Na tradição da hermenêutica, a virada linguístico-pragmática representou, principalmente com Heidegger e Gadamer, o reconhecimento da estrutura necessariamente preconceituosa do processo de compreensão humana, em razão das influências relativamente determinantes da tradição histórico-linguística sobre a formação dos sentidos na compreensão originária.

Heidegger construiu sua filosofia em oposição à cada vez maior instrumentalização da linguagem pelas ciências em geral, que a tratavam como mais um objeto a ser investigado e manuseado em sua dimensão meramente informativa (proposicional), considerando-a como simples forma de “mediação do saber necessário à manipulação” (OLIVEIRA, 2015, p. 203). Apesar de ter se ocupado mais intensamente com a questão da linguagem em suas obras posteriores,¹⁵ já em sua empreitada na “recolocação da pergunta pelo sentido do ser”, que ele considerava “ter caído em esquecimento” (HEIDEGGER, 2012, p. 33), o filósofo alemão faz críticas à objetificação da linguagem (ob. cit., p. 50-51):

Domínios-de-coisa que de sua parte, por exemplo, história, natureza, espaço, vida, *Dasein*, linguagem etc. podem ser tematizados como objetos

¹⁵ Conferir, por ex., “A caminho da linguagem” (HEIDEGGER, 2012).

(*Gegenständen*) das correspondentes investigações científicas. A pesquisa científica efetua, ingênua e toscamente, a demarcação e a primeira fixação dos domínios-de-coisa. (grifo nosso)

Dando continuidade à filosofia hermenêutica de Heidegger, seu aluno Gadamer expõe que “só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza”, uma vez que “os *preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*” (GADAMER 2014, p. 360, 368, grifo no original).

Neste sentido, a historicidade do homem, que tem seu aparato conceitual construído pela tradição histórica em que está inserido, pelas experiências proporcionadas por essa inserção, e os preconceitos (as concepções) linguisticamente herdados da tradição, da cultura, das práticas sociais, constituem uma condição para a compreensão (GADAMER 2014, p. 368 ss.). Daí a frequentemente citada conclusão da hermenêutica ontológico-filosófica de que a interpretação é sempre um processo produtivo e “pré-conceituoso.”¹⁶

Pelo que se disse até aqui, é possível fixar algumas conclusões. Enquanto a filosofia de Wittgenstein delineia as bases para a tematização de outras dimensões da linguagem, para além da representacional, através de um ponto de vista prático-estrutural, Heidegger e Gadamer desentranham os pressupostos “ontológicos” da experimentação do ser linguisticamente mediada, as condições prévias da compreensão humana, numa forma de pragmática existencial. Mas que significado essas conclusões podem ter para a aplicação do Direito, mais especificamente, para o emprego da subsunção na aplicação normativa?

Wittgenstein demonstra que o fato de a proposição representar ou não algo depende de seu uso e das regras dos jogos de linguagem em que ele acontece. Não há um isomorfismo entre a proposição e a realidade. Isso sem dúvida diminui a força do papel da dedução para a atribuição do valor de verdade à proposição considerada logicamente válida, e aumenta a distância entre a validade da proposição descritiva e a validade do enunciado prescritivo-normativo.

As conclusões da hermenêutica filosófica, principalmente a de que toda compreensão humana é necessariamente preconceituosa e criativa, diminuem a força das certezas prévias que se relacionam com a pretensa universalidade e objetividade do conhecimento. Essas conclusões agravam a impossibilidade de formalização e de repetição objetiva do conteúdo representacional das proposições, diminuindo consideravelmente o espaço de atuação da visão tradicional da subsunção. Assim, além de não guardar relação estrutural com a realidade apreensível pela proposição, o conteúdo do que é representado, na dimensão proposicional, depende da tradição e dos preconceitos do intérprete que pretende representar.¹⁷

¹⁶ Gadamer (ob. cit., p. 360) faz uma análise do processo histórico de negatização do conceito de “preconceitos” (*Vorurteile*) pelo Iluminismo, e o emprega em sentido “neutro”, de conceitos prévios ou previamente concebidos.

¹⁷ Habermas tece críticas às conclusões da hermenêutica filosófica que sobrevalorizam o caráter determinante da tradição na compreensão humana, ressaltando que a reflexão é capaz de romper com esse determinismo inclusive estruturalmente. Cf. Habermas (2004, p. 89ss).

Além disso, a validade de uma proposição de pretensões descritivas não induz à validade de conclusões normativas a respeito do que deve ser, menos ainda à validade dos efeitos práticos que decorrerão de uma intervenção normativa “no mundo dos fatos”. No Direito, “os argumentos que se articulam partem muitas vezes de, e chegam a, normas; isto é, empregam um tipo de enunciado em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade”, principalmente em razão de suas pretensões específicas que o diferenciam de outras ciências. Assim, “as regras da lógica se aplicam ao silogismo teórico que se baseia num ato de pensamento, mas não ao silogismo prático ou normativo (aquele em que pelo menos uma das premissas e a conclusão são normas), que se baseia num ato de vontade (numa norma)”.(ATIENZA, 2014, p. 18).

Já a dedução encontra limites semânticos decorrentes de sua estrutura lógica. Esses limites adquirem especial significado para o aplicador do direito, na medida em que muitas vezes ele trabalha com a necessidade de buscar razões (novas ou diferentes) de sustentação para a sua tese, principalmente quando é defrontado com casos complexos para os quais o sistema não fornece uma resposta preliminar clara. Nesses casos, a subsunção pouco contribui para que ele chegue a uma resposta juridicamente defensável dentro daquele sistema, já que a lógica “somente atinge as relações do argumento semanticamente já concebido” (KRELL, 2016, p. 4).

Neste sentido, para o Direito e especialmente para o processo de aplicação normativa, a dedução subsuntiva conserva uma importância prático-contextual e se expressa na forma do *silogismo jurídico* (ALEXY, 2013, p. 219 ss.; ATIENZA 2014, p. 15, 18 ss.). Isso significa que apesar das reformulações decorrentes da virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica, e do reconhecimento da inviabilidade de se transmitir a validade lógico-proposicional para os enunciados de dever-ser, a dedução subsuntiva ainda estrutura o processo de aplicação normativa de maneira relativizada. Seja por já fazer parte da tradição dos jogos de linguagem inerentes ao Direito, cujas regras pressupõem que se fale em consequências lógicas dos sistemas jurídicos ao aplicar as normas neles insertas (CATÃO, 2013, p. 83ss.), seja por conservar uma função retórica relacionável à autoridade decorrente da necessidade de imposição prática dessas normas, a dedução subsuntiva ainda preserva a sua importância.

Todavia, há um movimento que vê nas conclusões da virada linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica a necessidade de se abandonar completamente os métodos tradicionais de aplicação normativa, tal como a subsunção e os cânones da interpretação, responsáveis por auxiliar os aplicadores nos casos em que o texto da lei não fornece uma resposta imediata e explícita a determinados casos concretos. Essa leitura, aqui considerada radical e prejudicial, é chamada de relativismo, e será abordada no item seguinte.

5. A PREJUDICIALIDADE DO RELATIVISMO QUANTO AOS MÉTODOS TRADICIONAIS DE APLICAÇÃO E DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

São inegáveis os impactos da reviravolta linguístico-pragmática da filosofia e da hermenêutica contemporâneas. Contudo, para a ciência jurídica, estes impactos devem ser vistos de maneira contextualizada, mormente em razão das peculiaridades em torno do processo de aplicação

normativa, de estrutura discursiva predominantemente monológica (vertical) sempre direta ou indiretamente voltada ao estabelecimento de enunciados de dever-ser, com consequências práticas. Essas peculiaridades realçam a necessidade de se considerar cada vez mais o contexto específico da ciência jurídica, em que o plano intersubjetivo da compreensão humana adquire cada vez mais relevância, plano este não desenvolvido pela hermenêutica ontológico-filosófica, nem pela filosofia do segundo Wittgenstein.

Não obstante, há um crescente movimento no Direito brasileiro que vê nas conclusões da virada linguístico-pragmática a necessidade de completo abandono de toda metodologia tradicional, numa postura relativista que termina por agravar os já complexos problemas da aplicação do direito no Brasil. Streck, por exemplo, entende que essas conclusões devem levar necessariamente à completa superação do método da subsunção e dos cânones interpretativos (2003, p. 79, 85, 89, 96-100, 109, 110, 175, 197, 208-215, 218; 2014, p. 276 ss.). Para o autor (2014, p. 76), essas conclusões devem levar à superação do “esquema sujeito-objeto”, identificável no programa do Círculo de Viena:

Com isso quero dizer que, se o modelo de direito sustentado por regras está superado, o discurso exegético-positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica praticada cotidianamente, represente um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas (no sentido filosófico da palavra), identificando texto e sentido do texto (norma); e, de outro, assenta-se nas (diversas) teorias subjetivistas, a partir de uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, *transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos (jurídicos) fossem meros enunciados linguísticos*. Esse sincretismo é inaceitável.

Como visto, o Círculo de Viena levou a cabo um programa cientificista antissubjetivista, com expressão em diversas teorias que ainda hoje influenciam nossa prática jurídica. As reformulações dos fundamentos desse programa não o tornam, contudo, indefensável ou inútil.

Exemplo disso é a visão de Pontes de Miranda, que conserva sua importância na tradição mesmo em sua dimensão estritamente lógica, considerando-se as bases dos jogos de linguagem e sua função retórica, além das por ele ponderadas antecipações a respeito das limitações do complexo processo de aplicação normativa, em que o papel do aplicador não se resume a deduzir uma norma individual de uma geral, já que ele é responsável por inserir a norma concreta na tradição histórica em que se acha (MIRANDA, 1999, p. 19ss.). Ademais, Pontes já reconhecia a necessidade prática de se empregar os cânones da interpretação para além da subsunção representada pela incidência, quando afirmava que “a lei” teria de ser lida “*na história, no texto e na exposição sistemática*”, para que os seus “erros de expressão” sejam “corrigidos”.¹⁸

Após a reviravolta linguístico-pragmática, os métodos tradicionais abandonam as pretensões de objetividade de universalidade absolutas e assumem outras funções além da representacional, como a de justificar a passagem entre as premissas normativas e fáticas até sua conclusão, sempre

¹⁸ Aqui fica evidente a referência aos elementos gramatical, histórico e sistemático da interpretação (MIRANDA, 1999, p. 18, grifo no original).

com o pano de fundo do discurso prático. Não há espaço *pragmático* para o abandono completo de toda a metodologia tradicional, já que ela no mínimo conserva sua utilidade prática nos jogos de linguagem dos partícipes do contexto jurídico que querem se fazer minimamente compreendidos. Ademais, o contexto de aplicação atrai outras pretensões do uso da linguagem que se faz na aplicação normativa, como a pretensão de decidir casos concretos, a pretensão de gerar obrigatoriedade prática (no mundo dos fatos), a pretensão de proferir decisões corretas, legítimas e defensáveis.

Para o Direito, o método conserva uma função racional, “expositiva e organizativa, instrumental às pretensões de fundamentabilidade, de correção, de decidibilidade e de obrigatoriedade, inerentes à aplicação normativa” (KRELL & PAIVA, 2017, p. 194).

Seria inviável, por exemplo, imaginar um caso de aplicação concreta da norma do artigo 927¹⁹ do Código Civil, sem considerar as demais normas do sistema que complementam sua estrutura, como a do artigo 186²⁰, que define o que é o ato ilícito que integra o antecedente da norma de responsabilização, ou a do artigo 944,²¹ que fornece alguns critérios para a configuração do consequente normativo (“reparar”).

Neste contexto, ao justificar as premissas normativas e fáticas para aplicar a norma de responsabilização num dado caso concreto, faz parte do jogo de linguagem inerente ao contexto jurídico dizer que se pode chegar silogisticamente à conclusão de que a norma incidiu no fato, atraindo a consequência jurídica (ex.: “então, A responde pela extensão X dos danos que causou a B”) (CATÃO, 2013, p. 168 ss.).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável é a contribuição da reviravolta linguística da filosofia e da hermenêutica para a compreensão dos limites da dimensão proposicional da linguagem e para o reconhecimento do caráter necessariamente preconceituoso da interpretação humana. Para a ciência jurídica, essa contribuição restou mais limitada, sobretudo em razão das peculiaridades em torno do processo de aplicação normativa, de estrutura discursiva predominantemente monológica. Essa estrutura realça a necessidade de se considerar cada vez mais o plano intersubjetivo da compreensão humana, ainda não desenvolvido satisfatoriamente pela dogmática jurídica brasileira.

Nesse contexto, a visão tradicional da subsunção dedutiva enquanto procedimento atribuidor de validade lógica ao consequente normativo no processo de aplicação não mais se sustenta, principalmente porque não há um isomorfismo entre a proposição e o que é representado por ela. O que determina o sentido da proposição é menos o fato de se ela representa o mundo do que o uso que dela se faz nos jogos de linguagem, de acordo com o contexto em que o jogo se dá, com as regras peculiares da cultura linguística em que ele ocorre e com as concepções que cada partícipe

¹⁹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

²⁰ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

²¹ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

dos jogos já carrega. Isso não quer dizer, contudo, que métodos como o da subsunção dedutiva e dos cânones interpretativos sejam inúteis e devam ser necessariamente superados e abandonados.

Em verdade, o pragmatismo decorrente dos jogos de linguagem e as limitações subjetivas resultantes das conclusões da hermenêutica ontológica simplesmente ressaltam as limitações a que a metodologia das ciências do espírito se acha submetida. Isso quer dizer que não há espaço para expectativas de certeza, de objetividade e de universalidade que eram postas sobre a metodologia das ciências humanas especialmente ressaltadas pelo programa do Círculo de Viena. Por isso, os métodos da Ciência Jurídica devem também ser capazes de lidar com situações que exigem mais do que o oferecido pelo saber semanticamente pré-constituído.

Ganha relevância a ideia de silogismo jurídico, que, em vez de atribuir um valor de verdade ou de validade lógico-proposicional para a consequência normativa, é capaz de *justificar juridicamente* a passagem das premissas para a conclusão normativa, de efeitos práticos. Essa forma de silogismo envolve a atuação de outros elementos metódicos, sempre que os textos legais disponíveis ou as peculiaridades dos casos concretos difíceis não permitirem que o aplicador chegue a uma resposta preliminarmente. Nesse sentido, os métodos tradicionais ainda conservam sua importância no processo de aplicação normativa, ainda que tenham suas funções reformuladas e suas estruturas reinterpretadas.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael L.; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre o Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>> Acesso em 3/4/2019.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad.: Zilda H. Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Trad.: M. Cristina G. Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CATÃO, Adualdo de Lima. *Teoria do Fato Jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial*. Curitiba: Juruá, 2013.

Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad.: Flávio P. Meurer. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Grau, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad.: Milton C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad.: Antônio O. Sette-Câmara. São Paulo: Martin Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Edit. Univ. São Francisco, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad.: Fausto Castilho (edição bilíngue). Campinas: Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. Breves considerações sobre a função da lógica na interpretação e aplicação do direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL (RMD)*. Maceió, v. 7, n. 2 (2016), pp. 1-19.

KRELL, Andreas J.; PAIVA, Raíi M. S. Hermenêutica jurídica e uso deficiente de métodos no contexto da aplicação do direito no Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 11 – n. 37, jul./dez. 2017. Belo Horizonte: Fórum, pp. 185-218.

Kriele, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1999.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

QUELBANI, Mélika. *O Círculo de Viena*. Trad.: Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2009.

Raisch, Peter. *Juristische Methoden: vom antiken Rom bis zur Gegenwart*. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1995.

Schapp, Jan. Methodenlehre, allgemeine Lehren des Rechts und Fall-Lösung. *Rechtstheorie*, vol. 32, n. 2-3, pp. 305-323, 2001.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORRES, Ricardo Lôbo. *Normas de interpretação e integração do Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro (etc.): Renovar, 2006.

Weinberger, Ota. *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988.

Wenger, David. *Idealismus und Recht: Gerechtigkeit, Berechenbarkeit und Rhetorik*. Berlin: Springer, 2010.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad.: Marcos G. Montagnoli. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad.: Luiz H. Lopes (edição bilingue). 3. ed. São Paulo: Editora da USP, 2017.