

CETICISMOS REALISTAS, RAZÃO PRÁTICA E RAZÃO JURÍDICA NA ATIVIDADE LEGISLATIVA

Realistic skepticisms, practical reason and legal reason in Legislative Activity

Henrique Mello ¹

ÁREA: Teoria Geral do Direito. Legisprudência.

RESUMO: A ciência do direito vem retomando seu interesse pela legislação (enquanto processo de produção de novos textos legais), cabendo à legisprudência os estudos mais destacados acerca da racionalidade legislativa até o momento. Os estudos teóricos sobre racionalidade da legislação pressupõem considerações sobre o exercício da razão prática e da razão jurídica por parte do legislador, algo que era comumente negado como acessível à teoria jurídica. O realismo jurídico, por sua história ligada à teoria da predição e por sua inclinação ideológica favorável aos juízes e ao processo de adjudicação e contrária aos legisladores e ao processo de legislação, contribuiu bastante para a indiferença da ciência do direito em relação às razões do legislador. Essa vilania, porém, pode ser revista, desde que as teses realistas sobre a legislação sejam mais realistas sobre os comprometimentos que veladamente carregam acerca da importância do correto exercício da razão prática e da razão jurídica por parte do legislador e os reflexos positivos disso para um bom julgamento.

PALAVRAS-CHAVE: Ceticismo. Realismo. Razão Prática. Razão Jurídica. Legislação.

¹ Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Master di secondo livello em Direito pela Università degli Studi di Genova. Professor de Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Coordenador do IBET em São José do Rio Preto. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT/SP). Advogado tributarista.

ABSTRACT: Legal theory has resumed its interest in legislation (as a process for the production of new legal texts), and the most important studies on legislative rationality have hitherto been the job for legisprudence. Theoretical studies on the rationality of legislation presuppose considerations about the exercise of practical reason and legal reasoning by the legislator, something that was commonly denied as accessible to legal theory. Legal realism, because of its history linked to the prediction theory and its ideological inclination favorable to judges and the process of adjudication and contrary to legislators and the process of legislation, contributed considerably to the indifference of legal theory in relation to the reasons of the legislator. This villainy, however, can be revised as long as the realist theses on legislation are made more realistic about the commitments they vehemently bear on the importance of the legislator's correct use of practical reason and legal reasoning and the positive effects it bears on a good judgment.

KEY WORDS: Skepticism. Realism. Practical Reason. Legal Reasoning. Legislation.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A retomada do interesse pela legislação e pelas razões do legislador; 3. Os ceticismos realistas; 4. As teses realistas sobre a legislação; 5. O realismo e as razões do legislador; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Através deste artigo pretende-se responder a duas questões: (1) Os ceticismos próprios do realismo jurídico negam a existência de razão (prática e jurídica) na atividade legislativa? E (2) é possível a produção de uma teoria de racionalidade legislativa (legisprudência) de bases realistas? Em outras palavras, pretende-se investigar o que o realismo jurídico tem a dizer sobre o exercício da razão prática e da razão jurídica no processo de produção de leis, se é que tem algo a dizer a esse respeito.

A ciência do direito se esqueceu da legislação. Ou melhor, se tornou indiferente a ela. Na histórica e permanente batalha entre os sistemas normativos, que buscam, cada um deles, o protagonismo na regulação das condutas humanas, a

política reclamou como parte de seu território a legislação (enquanto processo de produção de leis) e não foi contestada pelo direito. A este restou o produto legislado: a lei, em sentido amplo. Passou a não importar tanto se a origem da lei estava em um deus, em seu representante terreno, em um governante supremo ou em um representante do povo. Na medida em que a uma ciência do direito, propriamente dita (uma *expository jurisprudence*, para Bentham), caberia descrever seu objeto como ele de fato é, não teria sentido olhar por sobre o muro que fechava as fronteiras entre política e direito. Dizer como o direito deveria ser não seria ciência em um sentido exato, mas, sim, política do direito (*censorial jurisprudence*, para Bentham).

Os estudos jurídico-descritivos sobre o direito, portanto, se limitaram a trabalhar com um dado, um objeto pronto e acabado (o direito como “conjunto de regras”, “conjunto de normas”, como “sistema”). E, assim, quando se referiam à legislação, descreviam o dado objetivo do produto legislado (legislação como “conjunto de leis”, e.g.). No entanto, a conscientização de que o direito como de fato é não é de fato exatamente assim começou a mudar a postura da ciência do direito frente a seu objeto. O incremento da importância do aplicador para a existência mesma do direito, o desenvolvimento de teorias de interpretação e argumentação mais céticas em relação a esta visão tradicional, os pontos de vista sobre o direito como fenômeno linguístico e comunicativo, entre outros, contribuíram para a desmitificação do produto advindo do âmbito político. Mas, o resultado desse movimento parece ter sido a diminuição da importância do texto legislado, por um lado, e por outro, ao menos imediatamente, parece não ter chamado a atenção para a atividade de produção desses textos.

De outro lado, o fervilhante desenvolvimento de teorias normativas sobre a atividade de produção de leis e de estudos sobre a possibilidade de revisão judicial da racionalidade do processo legislativo apresenta-se como fenômeno recente, que fomenta reflexões meta-teóricas importantes, com claras implicações práticas. Parece demonstrar que, aos poucos, a ciência do direito começa a reconhecer a legislação como um território compartilhado com a política, sujeito, portanto, a teorização jurídica.

Referidas teorias trazem uma nova força aos estudos de razão prática e razão jurídica nas atividades do legislador, negando que a fase legislativa seja unicamente um mero exercício de poder e, assim, irracional.

O realismo jurídico é geralmente apontado como um dos culpáveis pela má-reputação da atividade legislativa para a ciência do direito. Sua orientação ideológica favorável aos juízes e à atividade de julgamento (*adjudication*) e contrária

aos legisladores e sua atividade de produção de leis (*legislation*), somada à sua preocupação legalista de manutenção de um imaginário de neutralidade do direito e distanciamento da política e à sua conscientização acerca dos limites estruturais da legislação ajudam a explicar essa acusação.

Contrário à objetividade do direito, o realismo trabalha para extirpar essa ideia, acentuando a característica da indeterminação do objeto de estudos com base em informações empiricamente dirigidas.

Conforme será destacado, essas inclinações realistas se baseiam em visões céticas sobre seu objeto de estudo, que apresentam importantes implicações às questões envolvendo a racionalidade legislativa.

A análise proposta será concretizada em quatro seções: A primeira usará como pano de fundo os debates trazidos pela legisprudência a fim de demonstrar como a ciência do direito busca retomar os estudos sobre o processo de produção de leis para teorizar sobre questões de razão prática e razão jurídica na atividade legislativa. A segunda buscará caracterizar alguns ceticismos realistas que parecem distanciar o realismo jurídico de qualquer consideração acerca das razões do legislador. A terceira seção conterà um esforço de reconhecimento de algumas teses realistas possíveis sobre a legislação, derivadas dos ceticismos descritos na seção imediatamente anterior, tornando possível a verificação, na quarta seção, sobre se o realismo tem algo a dizer sobre razão prática e razão jurídica no âmbito legislativo. Por fim, uma conclusão acerca das ideias exploradas será oferecida, de modo a analisar a vilania do realismo jurídico em relação ao objeto da investigação.

2. A RETOMADA DO INTERESSE PELA LEGISLAÇÃO E PELAS RAZÕES DO LEGISLADOR

Historicamente (principalmente nos últimos duzentos anos), a ciência do direito não ofereceu um lugar privilegiado às questões relativas à legislação. Não há uma tradição que busque produzir estudos sobre como são ou devem ser feitas as leis, ou sobre as características estruturais e funcionais da legislação em geral. Poucos são os trabalhos de filosofia do direito que pretendem responder a indagações sobre a natureza das disposições legais, sobre o papel do legislador na produção do direito, sobre se são fontes do direito as leis ou se são direito propriamente dito, sobre como funcionam os estatutos na dinâmica do sistema jurídico, etc.

As razões para esse “desinteresse” da filosofia do direito pela produção de uma teoria da legislação podem ser explicadas desde os mais variados pontos de vista, não excludentes entre si. Luc J. Wintgens, por exemplo, identifica na tradicional separação entre direito e política o principal motivo do descaso da ciência jurídica por questões legislativas. São deles as palavras:

A causa de esta separación, la creación del derecho por medio de la legislación no ha sido considerada como un tema merecedor de atención por la teoría legal. La legislación pertenece al terreno del enfoque político llevado a cabo por científicos políticos de diferentes tipos. (...) La forma como el derecho es creado a través del proceso de legislación no aparece en la pantalla del teórico jurídico.

Wintgens defende, assim como o fizera antes Lon Fuller, que a distinção entre política e direito é política, fato que reflète a organização histórica do espaço político desde a Modernidade. Nesse contexto, o modelo do contrato social de Hobbes e Rousseau, com as influências do método cartesiano, poderia explicar como se chegou ao legalismo que, por sua vez, baseado em uma forte distinção entre política e direito, tenta excluir qualquer forma de teorizar sobre a legislação, já que o direito não poderia ser uma questão de opção como é a política legislativa. O seguimento das regras seria, dessa maneira, uma questão de conhecimento, enquanto o cumprimento do direito estaria no âmbito da aplicação.

A solução para justificar a possibilidade de produção de uma teoria jurídica da legislação passaria, sob esse ponto de vista, pelo enfraquecimento da distinção entre direito e política em relação ao modelo do contrato social e do legalismo.

Outro ponto de vista para explicar a pouca atenção geralmente dada pela filosofia do direito a questões legislativas passa por uma análise de desenvolvimento histórico-político. Desde que as leis foram e deixaram de ser identificáveis com a vontade de deus ou com os governantes (*La loi c'est moi!*), e os juízes foram e deixaram de ser a boca da lei, se utilizam ideias que implicam a noção ou de que para o direito somente importa o texto “vigente”, não interessando quais opções foram politicamente tomadas para criá-lo, ou de que o texto legal não importa. Isso nos remete também a uma distinção semelhante, que é a de que fala Patricia Mindus sobre a diferença entre *legislation* e *adjudication* ou, em termos mais antigos (medievais), *gubernaculum* e *iurisdictio*.

Já em termos de racionalidade, a preocupação da ciência do direito seria com aquela contida na atividade de julgamento, e não na atividade de produção legislativa, já que se estaria falando de tipos distintos de racionalidade, ou ainda, para alguns, de um âmbito em que há racionalidade e de outro em que não há.

A lista de explicações para o fato de que são, historicamente, raras as produções científico-jurídicas que ofereçam uma teoria jurídica da legislação segue. Sem embargo, os tempos estão mudando. Nas últimas décadas, e mais especialmente depois da virada do século XXI, estudos jurídico-legislativos começaram a ser mais cuidadosamente elaborados, permitindo debates mais adequados em relação a suas conclusões e, inclusive, fomentando discussões que, de maneira geral, são positivas para o desenvolvimento da ciência do direito.

O crescimento exponencial de produções científicas sobre a atividade legislativa pode ser explicado tanto em razão de uma acentuada crise de legitimidade nos estados de direito configurados politicamente como democracias representativas, em que para os cidadãos não mais é suficiente eleger seus representantes através dos votos, mas, sim, é fundamental controlar sua atividade, já que os mandatários não são “assim tão confiáveis”, quanto em razão da chamada crise regulatória, fenômenos que não são necessariamente distintos e totalmente separáveis.

A muralha de defesa dos filósofos do direito está cedendo, apesar de se estar ainda muito distante de qualquer unanimidade no que se refere à aceitação de que a atividade legislativa seja um objeto possível para a ciência jurídica.

Jeremy Waldron, Luc J Wintgens, Manuel Atienza, Neil Duxbury, para mencionar apenas alguns exemplos, têm se dedicado a elaborar respeitáveis teorias jurídicas da legislação, que põem sobre a mesa questões interessantes para o debate científico, como a necessidade de que as leis sejam racionais em variados e distintos níveis, ou ainda a ideia de que a tarefa do legislador seja de raciocínio prático e justificação, com base em princípios de legislação, ou, de certa forma, critérios de ação para a elaboração legislativa.

Outros como Ittai Bar-Siman-Tov, Patricia Popelier, Kon Lenaerts, David Keyaerts e D.T. Coenen, tendo em mente noções advindas de teorias jurídico-legislativas, buscam analisar, sob o ponto de vista do julgamento, como os tribunais ao redor do mundo passaram a realizar controles de constitucionalidade ou revisões judiciais baseados no descumprimento de determinados critérios legislativos durante a atividade de produção das leis – critérios distintos dos já conhecidos critérios formais e materiais.

Todas essas teorias de racionalidade legislativa - formas de descrever e prescrever o processo legislativo - estão a advogar, de uma maneira ou de outra, pela exigência do reconhecimento do exercício de razão prática por parte do legislador e, também especificamente, de razão jurídica.

Não se pode negar que o legislador, quando age ao criar novos conteúdos normativos, realiza uma ação baseada em razão prática. Germain Grisez bem descreve o conteúdo do primeiro princípio da razão prática: o bem se faz e se busca, o mal se evita.

Assim, uma vez estipulados fins (bens) para o agir legislativo, a razão prática ali estará, demonstrada no raciocínio de justificação do legislador. Somente na busca de algo distinto do bem é que se fala em irracionalidade legislativa, não bastando, portanto, a indicação de que se trata de um exercício de poder.

E, inserido que está como agente autorizado do ordenamento jurídico, o legislador, enquanto destinatário de normas jurídicas, mormente daquelas advindas da Constituição Federal, contará com bens jurídicos bastante definidos, os quais deverão ser perseguidos quando de suas ações. De toda maneira, essas novas teorias legisprudenciais estão a reconhecer como exigência da razão legislativa tanto o conteúdo material da validade jurídica quanto o modo de demonstração, por parte do legislador, da busca pelo fim eleito pelo sistema, a ponto de se poder defender, inclusive, que intentam adicionar um terceiro elemento nos testes de validade.

O reconhecimento por parte da teoria do direito do exercício das razões prática e jurídica no âmbito do processo legislativo se apresenta como um marco de mudança de paradigma na importância a ser atribuída pelos intérpretes e aplicadores do direito ao exercício das razões por parte do legislador, afigurando-se como forma de resposta, quando concatenada à ideia de ônus argumentativo, ao protagonismo judicial e ao neoconstitucionalismo.

E o que o realismo jurídico tem a dizer sobre isso será objeto das próximas linhas.

3. OS CETICISMOS REALISTAS

Uma esclarecimento necessária: vêm sendo feitas referências a realismo jurídico ou à figura do(s) realista(s) como se se pudesse identificar uma só forma de pensamento que se enquadre na definição. Porém, essa maneira de expressão tem apenas dois objetivos: visa à simplificação da compreensão daquilo que se

pretende transmitir e, mais destacadamente (o que ficará mais claro adiante), visa a reunir, sob um único rótulo, modos de pensar isolados, mas que compartilham, de alguma maneira, os ceticismos que serão objeto de caracterização nesta seção.

Em verdade, não existe um só realismo jurídico e os realistas, historicamente considerados, não se dedica(ra)m a falar de uma e da mesma coisa. Não há, assim, uma escola realista unificada e que trabalhe com o mesmo programa de desenvolvimento científico acerca do que é jurídico. Há movimentos realistas de maior destaque como é o caso do realismo norte-americano, preocupado com a adjudicação (*adjudication*) e o *case-law*, ou ainda o realismo escandinavo, mais voltado a teorizar sobre o direito e suas fontes de modo a afastar a objetividade em relação aos conceitos jurídicos, e também o realismo europeu - hoje mais realismo italiano ou genovês.

Todos os movimentos realistas, no entanto, podem ser agrupados como compartilhando algumas ideias centrais sobre o fenômeno jurídico.

Epistemologicamente, o realismo se caracteriza como um ponto de vista empírico sobre o direito, segundo o qual o conhecimento científico do objeto é viável desde que seja sobre como ele é e de fato funciona. Deve ser fundado na experiência, se livrando de qualquer ideia de um direito metafísico ou de maneiras metafísicas de pensar sobre o direito.

Nesse sentido, e enquanto teoria geral do direito, o realismo é o resultado de considerações completamente empíricas sobre o fenômeno jurídico. Seu ponto central é a negação da objetividade do direito, isto é, da ideia segundo a qual o direito é uma coleção ordenada de regras “lá fora”, esperando para serem descobertas e aplicadas a casos reais ou imaginados.

O realismo teórico considera a objetividade do direito um mito. Um pedaço de pensamento metafísico originado do jusnaturalismo, mantido por razões ideológicas e que precisa ser afastado. E o modo de realizar isso é mostrando como o direito realmente é e funciona. Daí, exsurtem os ceticismos realistas, inafastáveis para qualquer um que queira fazer parte dessa forma de ver o direito.

Os realistas são céticos em relação (i) às regras, (ii) à interpretação, (iii) aos conceitos, (iv) ao sistema, (v) aos fatos, (vi) à razão jurídica, (vii) ao julgamento e (viii) à ciência jurídica.

Com isso se quer afirmar que o realismo jurídico considera que (i) não há regras gerais entendidas como prescrições legais prontas para serem aplica-

das a casos individuais; (ii) regras jurídicas não têm sentidos verdadeiros que a interpretação possa simplesmente descobrir; (iii) conceitos jurídicos não têm sentidos verdadeiros derivados da natureza mesma do direito ou de suas instituições; (iv) ordenamentos jurídicos não são sistemas normativos consistentes e sem lacunas; (v) fatos jurídicos não são algo aguardando a descoberta do julgador, mas sim construídos a cada caso concreto; (vi) a razão jurídica não atua como instrumento de descoberta, mas, sim, como ferramenta de justificação de decisões interpretativas; (vii) a atividade de adjudicação não é uma combinação entre lógica e conhecimento objetivo e (viii) geralmente o que se costuma chamar de ciência do direito na verdade é política do direito disfarçada.

As teses realistas sobre interpretação (realismo metodológico) acabam por influenciar todas as formas que o realismo jurídico tem de explicar seu objeto de estudos, negando-lhe qualquer objetividade.

Para os realistas, o papel da interpretação, entendida como ato de decisão e não de conhecimento, não seria apenas o de adscrição de sentidos possíveis a textos legislados, mas, mais do que isso, o de construção jurídica, ou seja, criação de significados não atribuíveis a nenhuma formulação legal. Normas não expressadas por nenhum texto normativo (ou implícitas), princípios jurídicos, hierarquias normativas, lacunas normativas e axiológicas, seriam todos exemplos de construção jurídica independente de qualquer produto legislado e, assim, indiferente a qualquer processo legislativo.

Conforme expressamente reconhece Riccardo Guastini, boa parte do direito vigente está constituído por normas formuladas *extra ordinem*, ou seja, que não provêm das autoridades normativas, mas, sim, dos juízes e dos juristas teóricos. Normas formalmente inválidas, mas aplicadas todo o tempo.

E se assim são as coisas, o direito para os realistas, ontologicamente, será o conjunto de normas aplicadas no passado e previsivelmente aplicáveis no futuro, já que do conjunto de textos legais não dependem as normas jurídicas, que poderão ser resultado de sua interpretação ou não.

4. AS TESES REALISTAS SOBRE A LEGISLAÇÃO

Os ceticismos realistas dizem muito sobre como o realismo jurídico vê a legislação e sobre como se poderia teorizar acerca do processo legislativo com base nesse ponto de vista. Olhado bem de perto, esse modo cético de visualizar o fenômeno jurídico permite concluir que o realismo apresenta, pelo menos,

cinco considerações ou teses importantes sobre a legislação enquanto atividade de produção de leis: (i) A primeira é a tese da inutilidade da vontade do legislador; (ii) a segunda, a tese do “resultado-texto”; (iii) a terceira é a tese do “resultado-norma(s)”; (iv) a quarta é a tese da multiplicidade metodológica; e (v) a quinta é a tese da dependência estrutural.

Apesar de que as formulações legais, os textos legislados, são resultado de atos de decisão praticados pelos legisladores e, portanto, de atos de vontade, a primeira alegação se dá justamente no sentido de que, do ponto de vista de uma teoria da legislação, falar de vontade do legislador não se mostra nada útil.

Não é que não exista ato de vontade por parte do legislador. Sim, existe. Mas, a primeira indagação que surge em razão de uma afirmação como essa já oferece como resposta algo problemático: a pergunta sobre qual exatamente é a vontade do legislador no processo de enunciação é respondida com a alegação de que o ato de vontade se refere a um conteúdo de sentido normativo do dispositivo legal enunciado. Segundo essa visão voluntarista, primeiramente o legislador criaria um conteúdo de sentido normativo em sua mente e depois traduziria essa vontade de uma maneira linguisticamente adequada.

Mas, defender uma tal visão parece não considerar seriamente as seguintes objeções: (1) quando se fala do legislador, se realiza, em realidade, uma simplificação do sujeito, ou seja, só muito raramente há um legislador. Nos estados democráticos de direito contemporâneos há muitos legisladores – em sentido material, já foi dito – e, assim, tratar da vontade do legislador como se fosse de um indivíduo singular é uma ficção; (2) ainda que estivéssemos frente a uma situação em que o termo “legislador” se refira a uma só pessoa e nenhuma outra – por exemplo, o Presidente da República na elaboração de um decreto presidencial – não se mostra possível saber qual é, efetivamente, o conteúdo de sentido objeto do ato de vontade. Talvez nem mesmo esse legislador tenha conhecimento do conteúdo de sua vontade. E, em realidade, caso tente reafirmar esse conteúdo posteriormente, estará realizando novo ato de enunciação, distinto do primeiro, e, portanto, com novo conteúdo de sentido normativo.

Dessa maneira, é possível afirmar que uma visão voluntarista nesses moldes defende uma característica normativa acerca de como o processo de legislação deve ser, já que tenta definir o local apropriado para o ato de vontade que expresse o mencionado conteúdo de sentido, o que para o realismo seria uma visão inadequada.

Mas, se o objetivo é se livrar de ficções para que seja possível oferecer análises confiáveis sobre como a legislação de fato é, então, se mostraria mais útil ao

discurso teórico o reconhecimento de que o único objeto “derivado” da vontade do legislador ao qual se tem acesso é o texto normativo, e não uma imaginada – ou alegada – vontade interna ou psicológica.

É verdade que parece, em um primeiro momento, um tanto contra-intuitivo dizer que a vontade do legislador seja produzir um texto e somente isso. Pode, naturalmente, surgir uma objeção que diga que o texto é somente a forma de expressão da vontade. O legislador não poderia, por óbvio, pretender enunciar apenas a forma de expressão. Certamente, se poderia dizer, sua vontade é enunciar um conteúdo, que, no entanto, não pode escapar da forma de expressão escrita de um texto normativo. O legislador é, assim, um refém da forma. Seria, por exemplo, o mesmo raciocínio de uma comunicação qualquer em linguagem natural: o emissor da mensagem pretende transmitir um conteúdo e espera que o destinatário receba e compreenda o sentido por ele – emissor – desejado, que poderia ser, de acordo com Jeremy Waldron, o sentido convencionalmente incorporado ao texto.

Mas, as coisas não são assim tão simples. Primeiramente, para o realista importaria esclarecer que não se está afirmando que a vontade do legislador seja o texto. Um não se confunde com o outro. Tampouco se está afirmando que a vontade está no texto ou, de outra forma, que não exista vontade. Se alega, simplesmente, que não há utilidade em falar de vontade do emissor para um discurso científico acerca da legislação como ela de fato é, já que se estaria frente a dados demasiado incertos e não suscetíveis de descrição adequada. Em segundo lugar, não é possível saber o exato conteúdo do ato de vontade, pois, entre outros motivos, a língua pode ser – e, em âmbito legislativo, geralmente é – utilizada em funções discursivas distintas, não sendo possível afirmar, com Jeremy Waldron, que aquilo que está contido no texto legislado é um sentido convencionalmente aceito (por exemplo, quando se utiliza um discurso estratégico, em que muitas vezes o sentido convencional é manipulado pelo emissor).

Defender o contrário seria mais uma ideologia sobre a maneira mais adequada de entender um texto legislado que outra coisa.

Essa primeira alegação demonstra a inutilidade (teórica) da vontade do legislador e seria confirmada pelas teses que seguem. Tudo o que importará da atividade legislativa serão as marcas deixadas no produto legislado. Com essa tomada de consciência, se permitiria que o processo de produção legal pudesse ser visto sob outros olhos, no que se refere a questões de discurso, justificação, argumentação e eleição dos dados enunciados.

O tema da vontade do legislador tem, para o realista, maior utilidade se visto sob o ponto de vista de questões relativas a técnicas interpretativas e recursos retóricos na atividade de construção de normas jurídicas (interpretação jurídica). A “vontade” somente é relevante quando enunciada, com as respectivas razões, justificações e argumentações por parte do legislador, e, aí, já não se fala mais da vontade mesma, mas de ato de fala resultante em um texto legislado.

O resultado da atividade de enunciação legislativa é o enunciado normativo (texto) e não a norma jurídica. Ao enunciado normativo se pode chamar também “dispositivo legal”, “formulação normativa”, “estatuto”, e outros tantos nomes igualmente designativos do texto expressado pelo legislador.

O legislador não produz propriamente normas jurídicas, se entendidas como o resultado do processo de interpretação jurídica e de construção jurídica realizado pelos intérpretes habilitados pelo sistema. Produz, como já mencionado, formulações legais, textos que servirão de base para o processo interpretativo e aplicador.

O legislador, para criar uma formulação normativa, pode “interpretar” enunciados normativos anteriores, expressados em “normas de competência” ou “normas de produção” que sejam o fundamento de validade do texto que irá enunciar, e, nesse sentido, também “aplica” direito. Interessante observar que o resultado da “interpretação” e da “argumentação” legislativa, ainda que seja, de certa maneira, “aplicação” de normas anteriores, tem, sob o ponto de vista funcional, um objetivo específico que diz respeito a como são, efetivamente, as disposições normativas, entendidas como resultado da enunciação do legislador. Sua (do legislador) “norma” – resultado de uma “interpretação” do ordenamento e de uma “aplicação” de outras normas – deixa de ser “norma”, dá lugar a um texto e retoma a função de suporte físico donde novas interpretações, agora por parte dos aplicadores propriamente ditos, passam a ser realizadas. Sua função é de aplicação a casos futuros e os textos não se auto-aplicam nem se interpretam sozinhos.

As normas jurídicas, portanto, são o conteúdo de significado derivado da interpretação das disposições criadas pelos legisladores. Estes últimos não criam, precisamente, normas – ao menos, não em um sentido estrito – mas textos legais, formulações normativas. A disposição normativa, que é resultado do processo legislativo, passa a ser objeto de interpretação, cujo resultado é a norma jurídica.

Apesar de que as disposições e as normas não são entidades distintas e heterogêneas, já que “los significados no tienen una existencia independiente de

los enunciados que los expresan” não há uma correspondência direta, ou biunívoca, entre as duas coisas.

A identificação do conteúdo de sentido das formulações normativas se dá através da atividade interpretativa. Essa, por sua vez, pressupõe a presença de intérpretes, já que os textos não se auto-interpretam. E, diante de sua função de aplicação futura, também se faz necessária a presença de aplicadores – que muitas vezes são os mesmos intérpretes, mas isso não é logicamente necessário: todo aplicador é intérprete, mas nem todo intérprete é aplicador – já que os textos também não se auto-aplicam.

Os métodos empregados por esses personagens para chegar ao “resultado-norma(s)” podem ser distintos, sendo possível afirmar com certa tranquilidade, diria o realista, que a partir de uma disposição normativa (D) não se deriva geralmente uma, e somente uma, norma (N).

Uma disposição normativa pode expressar mais de uma norma – “D significa N1, N2 e N3”; ou “D significa N1, N2 ou N3”. Por vezes, disposições normativas podem expressar somente uma norma – “D1 e D2 significam N”. Outras vezes, várias disposições normativas expressam várias normas – “D1, D2 e D3 significam N1, N2, N3, N4”. Pode ocorrer que a partir de uma disposição não se possa derivar nenhuma norma. Assim como também é possível que normas sejam criadas sem que tenham sido expressadas por nenhuma disposição normativa anterior produzida pelo legislador (princípios implícitos, por exemplo).

A tese do resultado-norma(s) se justificaria com a alegação da multiplicidade metodológica. Isso porque, como foi dito, se afirma que a atividade legislativa consiste em produzir textos legais, disposições normativas, que servirão de base para a atividade de interpretação jurídica ou de justificativa para a atividade de construção jurídica, cujo resultado será a norma jurídica. No momento da aplicação, ou seja, no momento da enunciação, por parte do operador jurídico, do resultado de seu processo interpretativo em sentido amplo (em abstrato ou em concreto), se enuncia aquilo que se costuma chamar “enunciado interpretativo”. Exemplos: “A disposição normativa “D” expressa a norma “N1” (interpretação em abstrato); “O caso x está no campo de aplicação da norma “N1” (interpretação em concreto).

Para chegar-se ao enunciado interpretativo o intérprete faz uso – ou, ao menos, pode fazer uso – de uma multiplicidade de métodos. A tese da multiplicidade metodológica, assim, diria respeito às formas de interpretação jurídica em sentido amplo como uma atividade indispensável ao reconhecimento do direito como de fato é e, também assim, da legislação. A variedade de métodos permite

e conduz a que a legislação – o ordenamento jurídico – seja interpretada de maneiras distintas.

Trata-se de uma decorrência da noção mais geral e bastante difundida pelo realismo jurídico sobre a indeterminação do produto legislado. Por essa noção, toda disposição legal, antes da aplicação, é indeterminada.

Por uma questão de simplificação do discurso, costuma-se enxergar a indeterminação dos textos normativos de, pelo menos, três maneiras: radicalmente, contingentemente ou estruturalmente.

O realista mais radical no que diz respeito à indeterminação defende que, antes da aplicação (e, portanto, da interpretação), os textos normativos não têm qualquer significado. São os intérpretes que criam o significado das formulações legais produzidas pelo legislador. O legislador, assim, faz qualquer coisa a que se atribui o nome de lei, mas que, em verdade, não possui nenhum significado antes da aplicação pelo juiz. Este último pode adscriver qualquer significado que desejar à formulação legal.

O realista mais, diga-se, moderado reconhece nos textos legislados uma indeterminação contingente, isto é, a depender do caso. Isso porque as leis podem apresentar um significado bastante claro, dependendo das convenções sociais e jurídicas acerca da linguagem legislativa, apresentando, assim, sentido antes da aplicação (interpretação judicial). Sob esse ponto de vista, o intérprete poderia, nesse caso, descobrir o significado da lei. Ao legislador poderia ser creditada a criação de normas propriamente ditas, levando-se esse raciocínio às últimas consequências. Porém, isso somente aconteceria após o reconhecimento da clareza do sentido pela convenção da comunidade de intérpretes. Nos casos em que não haja a mencionada convenção social e jurídica o texto normativo continuaria indeterminado antes da aplicação e, como defendem os realistas, não há direito onde a lei é indeterminada.

De um ponto de vista estrutural acerca da indeterminação do texto legislado, toda formulação legal é indeterminada antes de sua interpretação/aplicação, pois, os textos normativos não têm um único significado possível, objetivo e pré-constituído. Há uma multiplicidade de significados que podem ser atribuídos aos textos. Os estatutos sempre podem ser lidos de diversas e distintas maneiras. E a identificação do significado a ser atribuído ao texto normativo não será uma questão de descoberta, mas de decisão arrazoada.

Em outras palavras, não se sabe, antes da interpretação, que normas compõem o ordenamento jurídico, pois, há uma equivocidade dos textos. Ambiguidade, complexidade, implicação, derrotabilidade, textos taxativos ou exemplifi-

cativos, obscuridade, problemas semânticos e/ou sintáticos, seriam alguns dos exemplos de equivocidade do conjunto expressado dos produtos legislativos.

Interessa notar que não somente nos textos objetivamente considerados residem as equivocidades. Muitas vezes, como demonstra o ceticismo em relação à interpretação e em relação à adjudicação, são os intérpretes quem as criam, pelas mais diversas razões, como por exemplo, (i) os distintos interesses em conflito, (ii) as diferentes ideologias acerca do que é justo ou injusto (distintas valorações), (iii) as diversas ferramentas interpretativas utilizadas para atribuir sentido ao texto, (iv) as construções teórico-dogmáticas que servem de influência, (v) a indeterminação da real intenção legislativa.

Cada norma vigente também teria uma indeterminação específica, que é a vagueza: não se sabe quais casos entram em seu campo de aplicação. Nas palavras de Riccardo Guastini “hay casos a los que es seguramente aplicable, casos a los que seguro no puede ser aplicada y, finalmente, casos „dudosos” o „difíciles” (*hard cases*, como se suele decir) para los que la aplicación de la norma es discutible”.

Por isso, a multiplicidade metodológica mostra que as disposições normativas estão sempre sujeitas a mais de uma interpretação, caracterizando-se esta última como ato de decisão e não de descoberta.

Para o realismo jurídico, a legislação, vista como realmente é, apresentaria algumas características como o fato de que não se pode falar de regras ou normas prontas e acabadas, derivadas do processo legislativo, passíveis de aplicação direta e automática a casos individuais. A indeterminação do texto normativo leva a que seja necessária a intermediação de intérpretes para atribuição (ou, inclusive, criação) dos significados e, conseqüentemente, a produção das normas jurídicas.

Por isso o realista diria que há uma dependência estrutural da legislação. Como afirmado anteriormente, os textos não se auto-aplicam nem se interpretam sozinhos. A influência e a relevância da atividade legislativa e de seus produtos para a existência do direito como normas e como normas vigentes estão, portanto, à graça dos aplicadores (intérpretes).

Dessas considerações mencionadas é possível identificar noções realistas acerca de racionalidade legislativa que variarão conforme o nível de radicalismo sobre a indeterminação do produto legislado contido na visão realista acerca da quarta tese referida, qual seja, a multiplicidade metodológica.

5. O REALISMO E AS RAZÕES LEGISLATIVAS

O realista confere importância diminuta ao produto legislado e, mais ainda, à própria atividade de produção de leis. Para o realista que defenda uma versão mais radical da tese da multiplicidade metodológica, pressupondo, assim, uma indeterminação absoluta dos textos legais, a indiferença em relação às questões relativas ao exercício de razão prática (razão jurídica ou qualquer razão que seja) por parte do legislador é tamanha que o impedirá de se comprometer, de qualquer forma, com uma visão normativa sobre o processo legislativo e, assim, sobre o bem ali instituído.

Eis a versão jurídica do cético pirrônico objeto das preocupações de Martha Nussbaum que, por poder argumentar sobre o sentido das leis em qualquer direção que melhor lhe convenha, se livra de perturbações próprias de quem busca concretizar o bem apontado nas escrituras. Eis o juiz ou o jurista Humpty-Dumpty que, descomprometido normativamente com a legislação, buscará egoisticamente a *ataraxia* e não se permitirá vulnerabilidade.

A inutilidade das razões do legislador para fins de compreensão do direito será argumentada pelo realista radical. Mas há, velada, uma atribuição de importância às razões legislativas.

Isso porque, mesmo que se afirme que a lei não tem nenhum significado antes da aplicação, o realismo reconhece empiricamente a existência do âmbito legislativo e dos produtos dali advindos. Reconhece, pois, na sua visão de não-objetividade sobre o direito, por caracterizá-lo às vezes como conjunto de normas vigentes, outras como conjunto de normas e mais superficialmente como conjunto de textos, vê uma dinâmica de instituições da qual certamente faz parte a *legislature*.

Não se atribui qualquer significado a nada. No vazio não há palavras. É preciso um dado bruto sobre o qual trabalhar e esse dado bruto precisa apontar algum caminho, algum fim para que se inicie a compreensão.

Mesmo para o realista, o legislador precisa trabalhar com, pelo menos, duas razões: uma razão prática, comprometendo-se normativamente e se preocupando com a decisão mais correta; outra, desdobrada em duas, razão jurídica, primeiramente reconhecendo e buscando o bem imposto pelo ordenamento jurídico a que está submetido e, depois, criando novos fins a serem buscados pelos destinatários das leis, inclusive os aplicadores.

Sem isso, não há possibilidade de adscrição de significado a textos legais ou ainda de criação de sentidos não expressados, inatribuíveis a qualquer formulação normativa advinda do legislativo.

Isso fica mais claro quando são consideradas as versões menos radicais sobre indeterminação contidas na tese da multiplicidade metodológica, que desembocarão em uma menor dependência estrutural da legislação, ou melhor, em uma ideia mais realista sobre a dependência estrutural do produto legislado e, conseqüentemente, em uma maior importância das razões legislativas para o funcionamento mais adequado do direito como um todo.

6. CONCLUSÃO

O realismo jurídico, com sua preocupação mais voltada à atividade de julgamento (*adjudication*) e quase indiferença em relação à atividade legislativa (*legislation*) é um dos culpados pela pouca atenção conferida pela ciência do direito ao estudo de razão prática e de razão jurídica na legislação.

As teses realistas sobre a legislação tendem a focar na indeterminação do produto legislado, como se não se pudesse escapar de uma espécie de campo gravitacional criado pela teoria da predição acerca do que as cortes farão nos casos concretos.

Falta um pouco de realismo ao realismo jurídico no que se refere ao estudo da racionalidade legislativa. Falta-lhe ceder território e reconhecer que, no fundo, também o realista atribui alguma importância a que as leis sejam bem feitas e ao fato de que uma lei bem feita influenciará positivamente um bom julgamento.

Não há negativa plausível de existência de razão prática e razão jurídica na atividade legislativa que decorra dos ceticismos realistas e, por isso, uma teorização sobre a racionalidade da legislação de bases realistas é, de todo, possível.

7. REFERÊNCIAS

ARVIND, TT. *Vilhelm Lundstedt and the Social Function of Legislation*, "Realist Conceptions of Legislation", Eds. P. Brunet, E. Millard, P. MIndus. The theory and practice of legislation, Volume I, Number I, June 2013.

ATIENZA, Manuel. *Practical reason and legislation.* Ratio Juris 5/3, 1992, p. 269- 287.

ATIENZA, Manuel. *Contribucción a una teoría de la legislación.* Madrid, Civitas, 1997.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. *Semiprocedural Judicial Review.* Legisprudence. 6/3, 2012.

BRUNET, Pierre. *Introduction.* In ; MILLARD, Eric; MINDUS, Patricia (Eds.). *The theory and practice of legislation – Realist conceptions of legislation.* Vol. 1, N. 01, junho de 2013.

CHIASSONI, Pierluigi. *Some realism about legislation.* In BRUNET, Pierre; MILLARD, Eric; MINDUS, Patricia (Eds.). *The theory and practice of legislation – Realist conceptions of legislation.* Vol. 1. N. 01, junho de 2013.

COENEN, D.T. *'The Rehnquist Court, Structural Due Process, and Semisubstantive Constitutional Review'.* Southern California Law Review, 75, 2002.

COHEN, Julius. *Towards Realism in Legisprudence.* 59 Yale Law Journal 1949-1950, p. 886.

DUXBURY, Neil. *Elements of Legislation.* Cambridge University Press, 2012.

FABER, Daniel A.; FRICKEY, Philip P. *The Jurisprudence of Public Choice.* Texas Law Review, Vol. 65, n. 5, 1987.

FINNIS, John. *Foundations of practical reason revisited.* 50 Am. J. Juris., 2005, p. 109-132.

FULLER, Lon. *The law in quest of itself.* Foundation Press: Chicago, 1978. p. 75.

GOMEZ, Virgilio Zapatero. *El Arte de Legislar*. Aranzadi: Cizur Menor, 2009.

GRAY, John Chipman. *The Nature and Sources of the Law*. New York, 1948, p. 124 e 170.

GRISEZ, Germain. *O primeiro princípio da razão prática*. Trad. José Reinaldo de Lima Lopes. *Revista Direito GV* 6, Vol. 3, jan-jun 2007, p. 51-89.

GUASTINI, Riccardo. *El realismo jurídico redefinido*. In NUÑEZ VAQUERO, Álvaro (Ed.). *Modelos de ciencia jurídica*. Palestra: Lima, 2013.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y Argumentar*. Trad. Silvina Alvares Medina. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2014.

HOLMES, Jr, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. *Harvard Law Review* 10, 1897.

KEYAERTS, David. *Courts as Regulatory Watchdogs?*, in: P. Popelier et al. (eds.), *The Role of Constitutional Courts in a Context of Multilevel Governance*, Cambridge: Intersentia, 2013.

LENAERTS, Kon. *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, *Research Papers in Law*, Bruges: College of Europe, 2012.

LISBOA, Wladimir Barreto. *As novas sofisticas jurídicas: Chaím Perelman e Stanley Fish*. In STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto (Org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*. Porto Alegre: Linus, 2009, p. 167-192.

MARMOR, Andrei. *Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech*, 2011, p. 92-94.

MINDUS, Patricia. *Hägerström on Law-Making*, em “Realist Conceptions of Legislation”, Eds. P. Brunet, E. Millard, P. Mindus. *The theory and practice of legislation*, Volume I, Number I, June 2013, p. 7.

NUSSBAUM, Martha C. *Skepticism about practical reason in literature and the law*. *Harvard Law Review*, Vol. 107, n. 03, jan 1994, p. 714-744.

OLIVER-LALANA, Daniel. *Legitimacy through Rationality: Parliamentary Argumentation as Rational Justification of Laws*. In *The Theory and Practice of Legislation: Essays in Legisprudence*. Ed. by Luc J. Wintgens. Aldershot: Ashgate, 2005, p. 239-258.

OLIVER-LALANA, Daniel. *Legitimidad a través de la comunicación. Un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho*. Editorial Comares, 2011.

OLIVER-LALANA, Daniel. Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa. In OLIVER-LALANA, Daniel; WINTGENS, Luc J. (Eds.) *La Argumentación Jurídica en el Estado Constitucional*. Ed. Pedro Grández y Felix Morales. Palestra, 2013; *The Rationality and Justification of Legislation*. Dordrecht, 2013.

PEPELIER, Patricia. *The Court as Regulatory Watchdog*, in: P. Popelier et al. (eds.), *The Role of Constitutional Courts in a Context of Multilevel Governance*, Cambridge: Intersentia, 2013.

SOAMES, Scott. *What Vagueness and Inconsistency Tell Us About Interpretation*. 2011, p. 38.

SPAACK, Torben. *Karl Olivecrona on Legislation*. In BRUNET, Pierre; MILLARD, Eric; MINDUS, Patricia (Eds.). *The theory and practice of legislation – Realist conceptions of legislation*. Vol. 1. N. 01, junho de 2013.

TUORI, Kaarlo. *Legislation Between Politics and Law*. In Wintgens, Luc J. *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation. Proceedings*

of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory. Hart, Oxford, 2002.

WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation.* Oxford University Press, Oxford, 1999.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudence as a New Theory of Legislation.* Ratio Juris 1-25, 2006.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudence. Practical Reason in Legislation.* Ashgate, Farnham, 2012.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation. Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory.* Hart, Oxford, 2002.

WINTGENS, Luc J. *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación.* Trad. Félix Morales Luna. Doxa 26, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2003.

Submissão: 08.março.2023

Aprovação: 03.abril.2023