

ADRIAN SGARBI

INTRODUÇÃO À
TEORIA DO DIREITO

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

NOTA DO AUTOR

Caro Leitor,

Este livro é um manual. Por ser um manual, tentei reproduzir experiências de sala de aula, de modo que os autores, as observações, as histórias, gráficos e exemplos (de filmes, seriados e situações verídicas minhas e de terceiros) que dele fazem parte são elementos que apresento aos meus alunos quando abordo cada tema na tentativa de lhes atrair alguma atenção. Espero, sinceramente, que tudo isso não lhe pareça demasiadamente pouco usual.

Lecionando na Universitat de Girona (UdG), escrevi este livro no silêncio de minha sala no Departamento de Direito Privado e no apartamento da rua D’Abeuradors (Catalunha). De fato, vários pontos desta obra foram conversados quando pensamos o *syllabus* das disciplinas de Teoría del Derecho e Filosofía del Derecho seja em nossos seminários internos, reuniões de trabalho ou encontros em cafeterias. Aliás, alguns registros de seminários foram referidos nesta obra como «notas de seminário da Universitat de Girona» seguido do nome do professor que conduziu a sessão de discussão (alguns destes seminários podem ser vistos no seguinte endereço web: <http://bit.ly/QII9Gs>).

Assim, na Universidade, pude contar com a amizade, apoio inestimável e senso crítico do seu grupo de filosofia e teoria do direito e nos arredores da rua D’Abeuradors, pude desfrutar do café da Casa Moner. Tive o melhor destes dois mundos.

Na sua elaboração, de forma mais abrangente, fui orientado pelos programas de três Instituições que são a mim queridas: a Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), a Universidade de São Paulo (USP) e a Universitat de Girona (UdG, Espanha).

Para guiar um pouco mais meu leitor permiti-me acrescentar um glosário no final deste livro e, além disso, no final de cada capítulo, uma lista de

obras que considero bons passos para o estudante «seguir estudando» depois de lido este manual.

Recebi notas, observações conversadas e escritas, artigos, livros e conselhos em diversos momentos de meus estimados Jordi Ferrer (UdG), Maribel Narváez (UdG), Diego Papayannis (UdG), Nicola Muffato (Università degli Studi di Trieste), José Juan Moreso (Universidad Pompeu Fabra), Giovanni Tuzet (Università Bocconi), Giorgio Pino (Università di Palermo), Jonatan Valenzuela (Universidad Austral de Chile), Manuel Atienza (Universidad de Alicante), Juan Ruiz Manero (Universidad de Alicante), Michele Taruffo (Università di Pavia/Universitat de Girona), Noel Struchiner (PUC-Rio), Paolo Comanducci (Università di Genova), Riccardo Guastini (Università di Genova), Silvia Zorzetto (Università degli Studi di Milano), Stanley Paulson (Washington University), Susan Haack (University of Miami) e Tercio Sampaio Ferraz Jr. (Universidade de São Paulo). Havendo incorporado considerável parte de suas sugestões, espero que o resultado não seja de toda uma decepção.

À minha mulher, Jana Matida, por todas as vezes em que me disse ao ler rascunhos deste livro: «Isso aqui não está bom».

Finalmente, algumas palavras para o meu Editor.

Embora já tivesse sido apresentado a Juanjo em ocasião anterior, penso que «realmente o conheci» em Madrid. Depois de ter uma reunião pela manhã, para tratar de detalhes da Coleção Filosofia e Direito, fomos para um dos seus restaurantes favoritos. Com a chegada do cardápio, pedi a Juanjo que me recomendasse algo. Com entusiasmo, contou-me que o restaurante era «especializado em rabo de touro». Destaque para o molho, que era incrível.

Também me disse que, quando as touradas eram rotineiras, era para o restaurante em que estávamos que ia o rabo do desafortunado touro, e que isso era secular. Apesar da minha curiosidade, não ousei indagar-lhe sobre o que acontecia se o desafortunado fosse o toureiro.

Os olhos de Juanjo brilhavam, mas não o suficiente para me convencer. Pedi atum. Jordi escolheu o vinho. Meia hora depois, chegou o meu atum seguido do rabo de touro para todos os demais. Juanjo sorria ao ver o prato e o perfume do molho tomava a mesa. E me perguntou: «– Quer provar?» Intrigado com a iguaria e contagiado pelo aroma do molho respondo que sim. Juanjo me serviu o vinho pedido por Jordi, explicando que aquele era o vinho mais apropriado para acompanhar o prato. Dou uma boa garfada e uso o pão para aproveitar o máximo do molho. Fantástico. Todos viram a minha alegria e reconheceram a surpresa de um novato. Juanjo então me perguntou: «– Quer trocar de prato?». Muito satisfeito e sem pensar duas vezes respondo que sim. À medida que ia me deliciando com a iguaria, dirigia meus olhos a Juanjo

e seu prato de atum. Era um atum desbotado, mas Juanjo comia com resignação. Seus olhos já não brilhavam tanto. Perguntei-lhe se ele gostaria de uma garfada do «meu» rabo de touro. Creio que foi neste momento que o vi sorrir novamente; seus olhos brilhavam mais do que antes.

Sua felicidade era a de me ver assim tão feliz. Respondeu-me que não e que eu deveria aproveitar porque ele «almoçava ali quase todos os dias».

Juanjo é assim: parte de sua felicidade é ver as pessoas felizes. Já a outra parte, bem, penso que essa não é a felicidade do touro.

Girona, verão de 2012.

SUMÁRIO

NOTA DO AUTOR.....	9
ABREVIATURAS E SIGLAS	13
FIGURAS	15
CAPÍTULO I	
O DIREITO.....	29
I. O vocábulo «direito» e o seu entorno.....	30
1. A delimitação do significado	30
2. O problema	30
2.1 Vagueza	31
2.2 Ambiguidade	32
2.3 Conceitos essencialmente controvertidos.....	33
2.4 Emotividade.....	33
II. Normas, sociedade, interação.....	34
III. Normatividade jurídica	36
IV. As instituições e o Estado.....	39
V. Sociedades sem Estado e a existência do direito	43
VI. Pluralismo jurídico e o monopólio da violência física	46
VII. (Algumas) funções do direito.....	48
Para seguir estudando	50

CAPÍTULO II

NORMA JURÍDICA	53
I. As mensagens normativas	54
1. Uso prescritivo da linguagem.....	54
2. Textos normativos e normas.....	54
3. Delimitação dos sentidos de «lei»	57
4. A composição formal das normas jurídicas	58
II. Ontologia, normas e proposições	59
1. Ontologia das normas	59
2. Tipos de normas jurídicas.....	61
2.1 Normas de conduta (ou primárias).....	62
2.1.1 Normas que impõem obrigações de fazer algo ou algu- ma coisa.....	63
2.1.2 Normas que proíbem.....	63
2.1.3 Normas que permitem.....	64
2.1.4 Conceito de omissão e normas que estabelecem a obri- gação de omitir.....	64
2.2 Normas de estrutura (ou secundárias)	65
2.2.1 Normas de modificação.....	66
2.2.1.1 Normas sobre a produção de normas	66
2.2.1.1.1 Regras de competência.....	66
2.2.1.1.2 Regras de exercício	67
2.2.1.1.3 Regras de finalidade.....	69
2.2.1.2 Normas sobre a eliminação de normas.....	70
2.2.2 Normas «sobre interpretação» e «normas interpretati- vas»	70
2.2.2.1 Normas sobre a interpretação	71
2.2.2.2 Normas interpretativas	72
2.2.3 Normas sobre a aplicação de normas	74
2.2.4 Normas que estabelecem sanções	75
3. Proposições jurídicas e falácia naturalista.....	75

III. Os princípios jurídicos	76
1. Muitos sentidos para «princípio»	76
1.1 Princípios a partir do direito vigente	77
1.2 Princípios como «princípios gerais do direito»	78
1.3 Princípios como «fundamento»	79
1.4 Princípios como «razões de decisão»	80
2. Princípios explícitos e princípios implícitos	82
3. Identificação dos princípios	83
3.1 Princípios identificados pelo legislador	83
3.2 Princípios identificados pela doutrina	84
3.3 Princípios identificados pela jurisprudência	85
3.4 Distinção forte e fraca entre princípios e regras	85
4. Principais campos operativos dos princípios	90
4.1 No campo da «produção de normas»	90
4.2 No campo da «interpretação das disposições normativas»	91
4.3 Na «integração do conjunto normativo»	91
IV. Predicados comuns às normas jurídicas	91
1. Eficácia	91
1.1 Eficácia como «eficácia jurídica»	91
1.2 Eficácia como «eficácia sociológica»	94
2. Efetividade	94
3. Validade	95
4. Justiça	97
5. Eficiência	97
Para seguir estudando	99

CAPÍTULO III

ORDENAMENTO JURÍDICO	101
I. Conjunto normativo	101
II. Unitário	102
1. Constituição originária	104

2. Problema da existência.....	105
3. Problema da identidade	108
4. Ordenamento jurídico e sistemas jurídicos	111
4.1 Cadeias normativas.....	113
4.2 Sistemas estáticos e dinâmicos.....	114
4.2.1 Sistema normativo estático	114
4.2.2 Sistema normativo dinâmico.....	115
4.2.3 Critérios mistos	116
5. Problema da estrutura.....	118
5.1 Relações de coordenação.....	118
5.2 Relações de subordinação	119
5.3 Irregularidades.....	122
6. Elementos do conjunto normativo.....	124
7. Problema do conteúdo	126
III. Pleno	129
1. Identificação e classes de lacunas.....	129
2. O dogma da plenitude.....	130
2.1 Teoria do espaço jurídico vazio.....	133
2.2 Teoria da norma geral exclusiva	135
2.3 Teoria da capacidade de expansão do direito.....	137
3. Integração de lacunas	140
3.1 Lacunas e interpretação	141
3.2 Técnicas de solução das lacunas	142
3.2.1 A técnica da <i>analogia legis</i>	142
3.2.2 A técnica da <i>analogia iuris</i>	143
3.2.3 A técnica da interpretação extensiva.....	144
IV. Coerente.....	145
1. Antinomias	145
2. Requisitos para haver antinomia	147
2.1 Pertencimento à mesma ordem jurídica	147

2.2 Incompatibilidade	148
2.3 Campos de aplicação coincidentes	149
3. Extensão dos conflitos	149
4. Conflitos de 1.º e de 2.º graus	151
5. Critérios de solução de antinomias	151
5.1 Antinomias de 1.º grau	153
5.1.1 Critério da hierarquia	153
5.1.2 Critério cronológico	154
5.1.3 Critério da especialidade	155
5.2 Antinomias de 2.º grau	156
5.2.1 Conflito entre os critérios hierárquico e o cronológico..	157
5.2.2 Conflito entre os critérios hierárquico e o da especiali- dade	157
5.2.3 Conflito entre os critérios cronológico e o da especiali- dade	157
5.3 Antinomia de princípios	158
5.3.1 A técnica da ponderação e suas fases.....	160
5.3.2 Ponderação e subsunção frente a frente	162
Para seguir estudando	163

CAPÍTULO IV

LÉXICO. OS CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS	165
I. Sujeitos de direito	165
1. Pessoas físicas e jurídicas.....	165
2. Pessoas jurídicas segundo Kelsen	169
II. Relação jurídica.....	171
III. Direitos subjetivos	173
1. Teoria de Kelsen.....	173
2. Teoria de Hohfeld.....	175
2.1 O modelo	176
2.2 Situações vantajosas e desvantajosas	178

IV. Dever jurídico	179
V. Ilícito	180
VII. Responsabilidade jurídica.....	182
VIII. Sanção	185
1. Teoria tradicional	186
2. Oposições à teoria tradicional	187
2.1 Oposição ontológica.....	187
2.2 Oposição metodológica.....	188
3. Algumas classificações a respeito das sanções.....	189
4. Sanção, coercibilidade, coatividade	190
5. Os componentes das sanções.....	191
6. Sanções e nulidades.....	192
6.1 Nulidade como mecanismo de modificação jurídica.....	193
6.2 Tipos de atos anulatórios.....	195
Para seguir estudando	196

CAPÍTULO V

VIGÊNCIA, APLICABILIDADE E APLICAÇÃO DE NORMAS	199
I. O conhecimento das «leis»	200
II. A «publicidade das leis»	200
1. Publicação como divulgação formal	201
2. A presunção do «conhecimento das leis».....	202
2.1 Obediência a partir do conhecimento das normas.....	202
2.2 Obediência a partir da divulgação das normas.....	204
2.3 Obediência a partir da produção das normas.....	204
2.4 Solução dogmática do caso brasileiro	205
III. Norma e tempo.....	206
1. Vigência das normas	207
2. <i>Vacatio legis</i>	208
3. O término da vigência das normas	209
3.1 Revogação	209

3.1.1	Tipologia	211
3.1.1.1	Revogação expressa	211
3.1.1.2	Revogação tácita.....	213
3.1.1.3	Revogação implícita (ou por inteira regulação da matéria).....	214
3.1.1.4	Revogação expressa, tácita e implícita frente a frente.....	215
3.1.2	Repercussões «malogradas» e repercussões «triumfantes»	216
3.1.2.1	Êxito do ato revogador	217
3.1.2.2	Malogro do ato revogador	218
3.1.2.3	Propagação do ato revogador	218
3.1.3	O problema da repristinação	219
3.2	Fim do prazo ou ocorrência de circunstância (as «leis temporárias» e «vigor» normativo).....	220
3.3	Anulação.....	223
4.	Validade, existência, vigência, anulação, revogação: notas de confronto	223
5.	Patologia nos documentos normativos publicados.....	226
IV.	Os deveres básicos dos juízes	227
1.	Resolver «casos»	227
2.	Fundamentar suas decisões	228
2.1	O raciocínio jurídico.....	228
2.2	Motivação «do direito» e a motivação «dos fatos»	230
2.2.1	Motivação «do direito»	230
2.2.2	Motivação «dos fatos»	231
2.2.2.1	Dois limites à questão probatória	231
2.2.2.2	Falhas probatórias.....	233
2.2.3	Problemas na motivação «do direito» e problemas na motivação «dos fatos».....	235
2.3	A justificação interna e externa do raciocínio	236
2.3.1	O que é justificar?.....	236

2.3.2	O que se justifica?	237
2.3.3	Justificação interna e justificação externa	238
2.4	O direito que o juiz conhece e o direito que o juiz não conhece	239
3.	Aplicar o direito.....	241
3.1	Aplicabilidade e aplicação de normas	241
3.2	Interpretação, aplicabilidade, aplicação	241
3.3	«Ser aplicável»	242
3.3.1	Normas válidas e não-aplicáveis.....	242
3.3.2	Normas simplesmente aplicáveis	244
3.4	Dois formas históricas de aplicar normas.....	245
3.4.1	Teoria da subsunção.....	245
3.4.2	Teoria da concretização sucessiva	247
	Para seguir estudando	248
CAPÍTULO VI		
	INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	249
I.	O que é <i>interpretar</i> ?	249
1.	«Interpretar» (atividade e produto).....	249
2.	Teorias sobre a atividade interpretativa.....	251
2.1	Teoria «cognitiva».....	252
2.2	Teoria «cética»	254
2.3	Teoria «conciliadora».....	255
II.	O que se interpreta?.....	256
III.	Quem interpreta?.....	258
IV.	Como se interpreta?	260
1.	Argumentos interpretativos	260
2.	Interpretação gramatical.....	261
2.1	Noção geral.....	261
2.2	Condições para o seu uso	262
2.3	Argumentos pertinentes à técnica.....	262
2.3.1	Argumento do «significado literal».....	263

2.3.2	Argumento do «significado comum»	264
2.3.3	Argumento do «significado técnico»	264
3.	Interpretação histórica	265
3.1	Noção geral.....	265
3.2	Condições para o seu uso	266
3.3	Argumentos pertinentes à técnica.....	267
3.3.1	Argumento «psicológico»	267
3.3.2	Argumento do «precedente»	268
3.3.3	Argumento da «interpretação evolutiva»	270
4.	Interpretação sistemática	271
4.1	Noção geral.....	271
4.2	Condições para o seu uso	272
4.3	Argumentos pertinentes à técnica.....	273
4.3.1	Argumento da «harmonização contextual».....	273
4.3.2	Argumento da «plenitude»	273
4.3.3	Argumento dos «princípios gerais do direito»	275
4.3.4	Argumento da «coerência»	276
4.3.5	Argumento «lógico-conceitual».....	277
4.3.6	Argumento <i>a contrario</i>	278
4.3.7	Argumento <i>a fortiori</i>	280
4.3.8	O argumento da «redução ao absurdo» (apagógico).....	281
4.3.9	Argumento «analógico»	282
5.	Interpretação teleológica	283
5.1	Noção geral.....	283
5.2	Condições para o seu uso	283
5.3	Argumentos pertinentes à técnica.....	284
5.3.1	Argumento de «equidade»	284
5.3.2	Argumento dos «fins»	285
5.3.3	Argumento da «não-redundância»	286
5.3.4	Argumento da «natureza das coisas»	288

6. As técnicas interpretativas e os resultados possíveis.....	289
V. Falácias argumentativas	290
1. Falácias de relevância.....	290
1.1 Falácia <i>ad verecundiam</i> (apelo à autoridade).....	291
1.2 Falácia <i>ad baculum</i> (recurso à força)	291
1.3 Falácia <i>ad hominem</i> (argumento dirigido contra o homem).....	291
1.4 Falácia <i>ad ignorantiam</i> (argumento pela ignorância)	291
1.5 Falácia <i>ad misericordiam</i> (apelo à misericórdia)	292
1.6 Falácia <i>ad terrorem</i> (apelo às consequências)	292
1.7 Falácia da «generalização apressada»	292
1.8 Falácia da «causa falsa»	293
1.9 Falácia da <i>petitio principii</i> (circularidade)	293
1.10 Falácia da «pergunta complexa»	293
2. Falácias semânticas	293
2.1 Falácia do equívoco.....	293
2.2 Falácia da ênfase	294
2.3 Falácia da anfibologia.....	294
2.4 Falácia de composição.....	294
2.5 Falácia de divisão	294
VI. Limites da atividade interpretativa	295
1. Uso das palavras.....	296
1.1 Definições legais.....	296
1.2 Doutrina.....	299
1.3 Jurisprudência.....	302
2. Condições do uso das palavras.....	305
2.1 Restrições formais	305
2.1.1 A distribuição da fala	305
2.1.2 A neutralização do discutido.....	306
2.1.2.1 As presunções legais	307
2.1.2.2 As presunções indiciárias	308

2.1.2.3 As ficções jurídicas.....	309
2.2 Restrições substanciais	309
2.2.1 Os postulados de Paul Grice	310
2.2.2 As condições do discurso de Aulis Aarnio	311
2.2.3 A correção do discurso prático de Robert Alexy	313
2.2.3.1 Fundamentação racional do discurso jurídico...	314
2.2.3.2 O discurso jurídico como «um caso especial» ...	316
3. As diretivas interpretativas.....	317
3.1 Diretivas de primeiro grau.....	317
3.2 Diretivas de segundo grau	319
4. Plausibilidade do uso.....	321
4.1 «Prova», «provar p», «está provado que p»	322
4.2 A regulação normativa da prova	324
4.2.1 Meios de prova	325
4.2.2 Finalidade da prova.....	326
4.2.3 O ônus de provar	326
4.2.4 Algumas regras de prova jurídica	327
VII. (Síntese) A determinação do sentido.....	328
Para seguir estudando	330

CAPÍTULO VII

A AVALIAÇÃO ÉTICO-POLÍTICA DO DIREITO.....	331
I. A questão da normatividade	332
II. O «direito natural» e suas teorias	332
1. O direito natural na antiguidade	333
2. O direito natural na Idade Média.....	336
3. O direito natural no tempo da secularização	338
4. Direito natural revigorado (neojusnaturalismo)	342
III. A adesão moral ao direito	345
IV. As três teses «centrais» do positivismo jurídico.....	346
V. Funcionamento, aceitação e estabilidade dos ordenamentos jurídicos ..	350

1. Funcionamento	350
2. Aceitação	352
3. Estabilidade	354
VI. Obrigatoriedade «jurídica», obligatoriedade «moral» e obligatoriedade «política» do direito.....	356
1. Conexão justificativa, conexão identificadora, conexão axiológica ..	356
2. «Distinguir» e «separar». O diálogo entre direito, moral e política ..	358
Para seguir estudando	361
GLOSSÁRIO	362
BIBLIOGRAFIA	371

CAPÍTULO I

O DIREITO

Como será visto neste Capítulo, o vocábulo «Direito» se presta a usos muito distintos. Desses usos, poucos possuem o mesmo sentido, embora certa ideia convergente possa ser observada em algumas de suas utilizações. Fala-se, por exemplo, em «o direito do tribunal», no «direito explicado pelo professor», no «direito defendido pelos advogados».¹

Um dos aspectos importantes dessa possível ideia convergente é a de haver um «devido», algo que possa ser «cobrado», «exigido», «pleiteado», «invocado». Diz-se, por essa razão, que o vocábulo «Direito» identifica aquilo que promove a «organização social», uma «divisão de papéis sociais» e de «expectativas» baseadas em determinadas referências, que servem de critério para se dizer o que é «meu» e o que se entende ser o «seu». Nesse sentido, o «direito» opera como instrumento de controle, de dominação e, enfim, de decisão.

Note-se, desde logo, que não há como separar essa referência de organização – ao menos contemporaneamente – de certo «aparato institucional». Porque as «instituições» não apenas são partes relevantes da organização social, mas também do próprio mundo jurídico considerando que elas desempenham «funções». «Funções» as quais procura-se assegurar em centros distintos de «produção», «julgamento» e «execução» de um ente chamado Estado. No entanto, pesquisas têm alertado a existência de organizações sociais sem Estado, considerando que elas, de certa maneira, são tão operativas quanto as que possuem esta estrutura de organização política especializada, possibilitando a convivência em comunidade.

¹ Algumas vezes o vocábulo “Direito” será utilizado com letra maiúscula; em outras, com letra minúscula. Por convenção, quando utilizo com maiúscula, *i.e.*, quando escrevo “Direito” estou me referindo ao conceito. Em minúscula aparecerá em todos os outros casos.

Em que pese o ponto, é recorrente a afirmação de tanto as organizações focadas no Estado quanto as que dele prescindem devem estar aptas a realizar determinados propósitos sociais. De fato, é comum a afirmação de serem os propósitos básicos do direito: a) resolver conflitos; b) planificar condutas; c) reprimir os comportamentos aversivos; d) regular a distribuição de bens e serviços; e) e legitimar o poder.

I. O VOCÁBULO «DIREITO» E O SEU ENTORNO

1. A delimitação do significado

Uma das muitas possibilidades de se descrever a sociedade humana é destacando a existência de regras de convívio que ultrapassam o mero instinto. Temos horário para trabalhar, para nos alimentarmos em determinados intervalos, seguimos mais ou menos fortemente preceitos de crença, tradições, tarefas inúmeras e afazeres sancionados, dispomos de jogos para diversão etc.

Desse espectro muito amplo de regras não-instintivas o objeto propriamente da atenção deste manual são as normas «jurídicas». Aliás, exatamente por servirem de contenções ao nosso agir, e por promoverem comportamentos relativos a relações humanas, que as normas jurídicas são afirmadas como essenciais ou indispensáveis ao convívio humano. Assim não é de se estranhar que na fala dos professores, e nas obras destinadas a fornecer conhecimentos de introdução ao estudo do direito, a expressão latina *Ubi societas, ibi jus* (Onde está a sociedade está o direito) seja formulação habitual. Pense-se aqui no executivo da FedEx Chuck Noland, representado por Tom Hanks, do filme *Náufrago* (2000).² Para um indivíduo que vive só, qual seria a utilidade das leis penais, das leis tributárias, do seguro social, da regulação dos contratos?

No entanto, outros dois aspectos parecem merecer igualmente atenção daqueles que se iniciam nos estudos jurídicos. O primeiro deles diz respeito à noção – ou às noções – que com o termo ou vocábulo «Direito» se pretende expressar; o segundo, é relativo à ideia de «normatividade jurídica». Isso, a par daquela «normatividade muito geral» que abrange todas as referências de determinação de dever, sejam estas determinações originadas da moral, ética, religião, moda ou outra referência instituidora de deveres qualquer. Cuidemos, assim, do primeiro ponto, neste momento, deixando, o segundo, para próximo item.

2. O problema

O vocábulo «Direito» – da mesma forma que o vocábulo «manga» – possui certo campo de «significação». Por «campo de significação» entende-se

² *Cast Away* (20th Century Fox & Dreamworks Pictures).

a ocorrência, própria da linguagem cotidiana, de ser possível obter sentidos distintos de uma mesma palavra. De fato, toda palavra possui específico campo de significação, ora mais, ora menos abrangente. Sua maior ou menor abrangência depende de seu uso.

Para que se possa identificar como determinada palavra está sendo utilizada, é de suma importância observar o contexto de sua ocorrência. Porque se palavras em contextos sociais distintos podem conduzir a sentidos também distintos, apenas com a aproximação de seu uso concreto torna-se mais palpável o seu entendimento.

Diga-se com brevidade: por «significado» designam-se as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra é considerada abstratamente, ou o conjunto de sentidos plausíveis de uma palavra; já «sentido» é o uso concreto de um significado. Ou seja, entende-se por «sentido» o significado adicionado do contexto do uso da palavra.

Por exemplo: pensando-se na palavra «manga» pode-se obter, ao menos, o quadro seguinte de significados:

- a) «Fruta»: Gosto de comer «manga»;
- b) «Verbo»: Quando eu era muito jovem «mangavam» de mim; diziam que eu era pé-frio;
- c) «Parte de roupa»: A «manga» de sua camisa está suja de molho de tomate;
- d) «Jogador de futebol»: «Manga» foi, segundo a crítica especializada, um dos melhores goleiros da história do futebol brasileiro.

O conjunto de sentidos que a palavra manga comportou, exprimiu os significados de «manga»; o emprego a), b), c) ou d), singularmente considerados são os seus sentidos, seus usos concretos.

Herbert L.A. Hart, que foi um importante professor de teoria do direito de Oxford, no ano de 1961, tendo como base muitas dessas questões, colocou em destaque, em *The Concept of Law (O conceito de direito)*, a provável ocorrência de perplexidade daquele que tem esperança em obter uma frase definitiva a respeito do que é o Direito. Isso porque, diferentemente das definições do que seja, por exemplo, a «química» e a «medicina», não parece haver acordo na voz dos juristas quando eles procuram definir «Direito», diz Hart.³ Tendo em vista a importância do ponto, vejamos algumas das causas que produzem esta instabilidade e o como este problema pode ser enfrentado.

2.1 Vagueza

A primeira das causas é a «vagueza».

³ HART, 1994: 1-2.

Expressões vagas são aquelas que originam casos de fronteira.⁴ Assim, é característica do fenômeno da vagueza haver a) uma «aplicação definida», uma b) «zona de não-aplicação», e c) uma «zona de dúvida» no uso do termo (continuamente referida pelos juristas como «zona de penumbra».⁵ Quer dizer, nesses casos, há incerteza sobre a aplicação da expressão. Exemplo comum de vagueza é representado pelo vocábulo «calvo» (mas também: «jovem», «adulto», «ancião», «culpa grave», «perigo iminente», «velocidade excessiva» etc.). Porque ainda que seja correto que calvo designa «aquele que não tem cabelo» sempre é possível perguntar se aquele que tem um pouco de cabelo pode ser chamado de calvo ou não; e, se assim for, quanto de cabelo é necessário possuir para não ser calvo.⁶

2.2 *Ambiguidade*

A segunda causa é a «ambiguidade».

O problema da ambiguidade é de «equivocidade» no uso da palavra, ou seja, há dois ou mais sentidos fixos pensáveis a partir do enunciado formulado.⁷ Por exemplo: «vela» pode significar tanto: 1) «pano largo que se estende ao longo dos mastros para receber a ação do vento»; 2) «dispositivo dos motores de explosão, destinado a produzir centelha elétrica para inflamar a mistura combustível no campo de combustão dos cilindros»; como, também, 3) «cilindro de cera com um pavio no centro que, quando aceso, serve para iluminar».

Como situação linguística, a ambiguidade pode surgir de maneiras muito distintas.⁸

A primeira é a gerada por «questões fonéticas». Esta ambiguidade, portanto, decorre dos sons ou unidades acústicas, com o que não se sabe ao certo que palavra se está dizendo. Exemplo de ambiguidade fonética surge no emprego de «uma mão» e «um mamão». Em francês é comum o exemplo de «*les héros*» (os heróis – o «h» é aspirado) e «*les zéros*» (os zeros).

A segunda é a causada por «fatores gramaticais» (chamada de «ambiguidade sintática»). Aqui, o equívoco tanto pode ser causado por «forma gramatical» como por «estrutura da sentença». Portanto:

a) Equívocos por «forma gramatical» encontram-se notadamente nas ambiguidades geradas por prefixos e sufixos homônimos. Esse é o caso do

⁴ HART, 1994: 31-35.

⁵ BIX, 2000: 31-33

⁶ GUIBOURG; GHIGLIANI; GUARINONI, 1987: 63-66; CARRIÓ, 2006: 28-31; STRUCHINER, 2002.

⁷ BIX, 2000: 54; GUIBOURG; GHIGLIANI; GUARINONI, 1987: 66-68.

⁸ ULLMANN, 1962: 176-179.

sufixo «in» quando significa «dentro» e quando significa «negação»: o «in» de «inflamar» e «inapropriado», portanto, não desempenham a mesma função;

b) Caso de ambiguidade por «estrutura da sentença» é o da anfibia ou frase equívoca. Quando se diz: «Encontrei certo número de velhos amigos e conhecidos» não se sabe se: (1) os amigos têm idade avançada; (2) os amigos são «amigos» de longa data; (3) os conhecidos têm idade avançada; (4) os conhecidos são «conhecidos» de longa data; ou (5) a combinação entre essas variações, como, por exemplo, (1)-(3).

Enfim, a terceira e última ambiguidade é a ambiguidade por questões léxicas ou «ambiguidade lexical». Esta é a ambiguidade decorrente dos usos alternativos da expressão. Por exemplo, quando se diz que «Encontrou-se um cadáver perto do banco» não se sabe se perto do «banco» entendido como «instituição financeira» ou «banco» como «assento».

2.3 *Conceitos essencialmente controvertidos*

A terceira e importante causa da instabilidade no emprego do vocábulo «Direito» diz respeito ao que Walter B. Gallie, no ano de 1956, designou, em um ensaio com o mesmo nome, de «conceitos essencialmente controvertidos».⁹

Conceitos «essencialmente controvertidos» são conceitos que compreendem infinitas e inevitáveis disputas sobre seus usos apropriados da parte de seus usuários, tais como: «democracia», «poder», «liberdade» etc.¹⁰ A origem dessas infinitas e inevitáveis disputas encontra-se nas diferentes concepções que informam os teóricos na reconstrução do conceito.

Com base em Gallie, afirmam os professores José Juan Moreso, Pablo E. Navarro e Maria Cristina Redondo que um conceito é essencialmente controvertido se:¹¹

a) «É valorativo, no sentido de que atribui aos casos de aplicação do conceito a posse de alguma coisa valiosa/desvaliosa»;

b) «A estrutura do conceito é internamente complexa de maneira que permite critérios distintos que reconstroem seu significado e que competem entre eles»;

c) «Apresentam casos, reais ou hipotéticos, que são paradigmas de aplicação do conceito».

2.4 *Emotividade*

A quarta causa é a «emotividade».

⁹ GALLIE, 1956: 167-168.

¹⁰ GALLIE, 1956: 171.

¹¹ MORESO; NAVARRO; REDONDO, 2000: 143.