

A CONSTITUIÇÃO E A CONCEPÇÃO HILÉTICA DE NORMAS JURÍDICAS: Um olhar jusfilósofo a partir da Teoria Analítica

THE CONSTITUTION AND HYLETIC CONCEPTION OF LEGAL NORMS: A Jusphilosophical View from the Analytical Theory

MAURÍCIO DALRI TIMM DO VALLE

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília – UCB.

JOSÉ EDUARDO SABO PAES

Doutor pela Universidade Complutense de Madri. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília – UCB. Coordenador Geral do NEPAS. Procurador de Justiça do MPDFT.

JÚLIO EDSTRON SANTOS

Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB. Mestre em Direito Internacional Econômico pela UCB/DF. Professor dos cursos de graduação em Direito e Relações Internacionais e Especialização da UCB/DF. Membro dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS) da UCB/DF, Políticas Públicas e Juspositivismo, Jsmoralismo e Justiça Política do UNICEUB.

RESUMO

Esse artigo tem como objetivo geral demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria analítica ao Direito Constitucional, principalmente para se analisar a efetividade da própria Constituição. Assim a problematização deste artigo é: a teoria analítica se

aplica ao Direito Constitucional? O ponto fulcral, que buscamos demonstrar é que a teoria analítica pode ser utilizada para aclarar a linguagem utilizada no texto e os seus reflexos interpretativos. Assim, ressaltamos as distinções entre o texto e a sua normatividade, bem como os detalhes entre os planos semânticos e sintáticos das normas jurídicas e entre elas aquelas expressas de maneira locucionária, ilocucionária ou perlocucionária.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, normas jurídicas, teoria analítica, hilética.

ABSTRACT

This article has as general objective to demonstrate the possibility of applying the analytical theory to Constitutional Law, mainly to analyze the effectiveness of the Constitution itself. So the problematization is: Does analytic theory apply to Constitutional Law? The central point that we seek to demonstrate is that analytic theory can be used to clarify the language used in the text and its interpretive reflexes. In this passage, we emphasize the distinctions between the text and its normativity, as well as the details between the semantic and syntactic planes of legal norms, and among them those expressed in a locutionary, illocutionary or perlocutionary manner.

KEYWORDS: Constitution; Legal Norms; Analytical Theory; Hyletics.

INTRODUÇÃO

Com a utilização do método hipotético dedutivo, revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, pretendemos demonstrar que a concepção hilética de normas pode ser aplicada ao Direito Constitucional e à Constituição, tendo como problematização: a teoria analítica se aplica ao Direito Constitucional?

Demonstramos que um dos maiores reflexos da concepção hilética é demonstrar claramente que há um descolamento entre os enunciados normativos tais

como: leis, jurisprudências e costumes e a normatividade que surge da interpretação desses comandos, podendo cada um deles ter dimensões interpretativas extensivas ou restritivas.

Como objetivos específicos, (re)verificamos os conceitos de normas jurídicas, especialmente aqueles ligados aos autores que se filiam à Filosofia Analítica, no contexto nacional e internacional, entre eles utilizamos como marco teórico os autores CARLOS ALCHOURRÓN e EUGENIO BULYGIN, tanto por enfrentarem a questão de maneira científica, quanto pela vasta literatura por eles produzida.

Demonstramos, também, que para ALCHOURRÓN e BULYGIN as normas podem variar conforme a sua finalidade, devendo ser definidas como, por exemplo: “norma-comunicação”, “norma-prescrição” e “norma-sentido”, ou de “proposição”. Além disso, demonstramos que para ALCHOURRÓN e BULYGIN as normas jurídicas devem ter um conteúdo “especificamente normativo” (1979, 16), ou seja, há uma parte clara sobre os comandos jurídicos. Além do que elas são dotadas de um “*sentido prescriptivo*”, que visa a regular uma determinada conduta em sociedade.

Quanto à Constituição, que é um conjunto de formulações normativas, demonstramos que a concepção hilética pode ser uma ferramenta para se demonstrar problemas como o da efetividade, ou seja, como há uma diferença entre o conteúdo sintático e semântico do enunciado jurídico e sua efetividade ou inefetividade jurídica.

Como exemplo, apontamos o direito à igualdade que comporta dimensões diferentes para a sua efetivação e isto somente é possível porque há discrepâncias linguísticas que devem ser levadas em consideração para a resolução de casos concretos.

De forma preliminar apontamos que em uma sociedade complexa como é a atualidade brasileira, na qual conflitos florescem e alcançam as instâncias judiciais, a concepção hilética pode ser manejada como um instrumento de avançado da Ciência do Direito.

2 CONCEPÇÕES DE NORMAS JURÍDICAS

A lição básica expressa por REALE (2016) foi que o direito é aquilo que não é errado e desta maneira foi estabelecido um padrão objetivo de condutas, através do “Império da Lei”. O direito, portanto, um conjunto de regras e princípios concatenados, criados pela ação estatal e social, que visam harmonizar comportamentos, buscando desenvolver uma convivência equilibrada em sociedade.

O direito tal como todas as expressões humanas é expresso por uma forma de linguagem e como tal é aberto a vários processos interpretativos. Desde a clássica interpretação literal que privilegiava a segurança dos textos escritos, até concepções atuais e sofisticadas ligadas a Filosofia Analítica, que, entre outras questões, analisa a linguagem empregada pelos envolvidos. Porém, deve-se constar que há sérias pesquisas, sobre as formas de criação e aplicação do próprio direito tal como as realizadas por ALCHOURRÓN e BULYGIN, que utilizamos como um dos principais marcos teóricos desse artigo acadêmico.

Nesse diapasão é importante ressaltar que a análise da linguagem é um fator importante para a Ciência do Direito, porque dela dependem as possibilidades de interpretação possíveis, ou conforme sintética conclusão: “a análise dos usos da linguagem pode ser considerada como uma primeira aproximação, na tentativa de identificar contornos mais delimitados de “normas jurídicas””. (VALLE, 2016, p. 13).

Frisamos que o estudo da linguagem também é importante para o direito já que envolve tanto a dimensão pessoal, quanta a esfera pública. Por que: “o uso da linguagem envolve, assim, a criação de compromissos de vários tipos, no sentido público, pleno desse termo que combina irreversibilidade e obrigação” (MAGALHÃES, 2011, p. 247).

Temos que a linguagem envolve os compromissos empregados pelos envolvidos para a realização do estado ou ação vocalizada, criando dimensões discursivas que se sobrepõe entre o que foi falado, o que não foi dito e aquilo que foi entendido. Como exemplo didático temos o direito fundamental que ao ser positivado impõe a aplicação da igualdade formal, material e também da isonomia.

O direito por ser uma criação humana, que tem a pretensão de condicionar as ações individuais e coletivas em sociedade enfrenta diversos entraves desde a sua criação até a sua efetivação. Sendo que os problemas da análise das normas jurídicas são apontados pela doutrina da seguinte maneira:

O que exatamente faz com que um texto seja normativo? Podemos questionar quando uma norma comanda, se essa é a principal característica de uma norma? Será que a simples constatação de que a norma tem determinados elementos já a autoriza a produzir efeitos? Ou será que verdadeira normatividade da norma se encontra em sua definição como texto jurídico e como tal deve refletir o que hoje chamamos de valores políticos, conquistas históricas reproduzidas em princípios da moralidade política? (FERNANDES, 2011, p. 290).

Portanto, a norma jurídica é um campo de pesquisas que ainda está em expansão tanto na Ciência do Direito, quanto nas demais áreas do conhecimento humano que estabelecem interseções com a regulamentação das ações humanas.

Segundo, na teoria do direito, costuma-se identificar três ou quatro concepções sobre as normas jurídicas. Ninguém nega que as normas podem, pelo menos, ser formuladas linguisticamente. Há, entretanto, dúvidas sobre as relações entre a linguagem e as normas. Para tratar desse ponto específico, é de grande auxílio conhecer a classificação das normas realizada por ALCHOURRÓN e BULYGIN, em seu *“Sobre la existencia de las normas jurídicas”* (1979), com base em analogia que toma por supedâneo os sucessivos processos de abstração, a partir de uma mesma situação: a comunicação, a asserção e a proposição.

A “comunicação” – uso primário da linguagem – é um ato complexo, no qual se encontram envolvidos ao menos dois sujeitos: o emissor, de um lado, e o receptor ou destinatário da mensagem, de outro. Para que a comunicação efetivamente exista, mostram-se necessárias, tanto a emissão, quanto a recepção da mensagem, ou conforme lição doutrinária:

Desde el punto de vista formal, la comunicación es una relación entre por lo menos tres elementos: el hablante, el mensaje (es decir, el significado de la expresión lingüística usada) y el destinatario. Se dirá que la comunicación tuvo lugar cuando el hablante ha emitido una expresión lingüística con un significado determinado y el destinatario percibió la expresión (la oyó o la

leyó) y pudo captar su significado, que tiene que ser el mismo para los sujetos involucrados en la comunicación. (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 1991, p. 14).

Assim, caso abstraíamos a recepção da mensagem por parte do destinatário, estaremos diante apenas da emissão da mensagem. Aqui, há uma relação diática entre o sujeito emissor da mensagem e o significado da expressão linguística. Situação essa denominada de “asserção” ou de “asseveração”. Tomaremos, neste momento, “asserção” pelo que “asseverado”, ou seja, enquanto enunciado, e não enquanto “ato de asseverar”, nesse ponto também vale destacar que:

Según si ponemos el acento en el sujeto o en el contenido de la aserción, podemos distinguir entre el acto de aseverar llevado a cabo por un sujeto en una ocasión determinada y lo aseverado por el sujeto en esa ocasión. [...] Distinguiremos, en consecuencia, entre la aserción como acto y la aserción como enunciado, sin perder de vista que los dos no son independientes y que el acto de aserción presupone un enunciado aseverado y la aserción como enunciado presupone la realización del correspondiente acto de aserción (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 2006, p. 117)

Podemos avançar no processo de abstração e, mirando, agora, no sujeito emissor, abstrai-lo e centrando nossa atenção apenas no conteúdo significativo de um possível ato de asserção. É a “proposição” a que fazem referência os lógicos, tal como demonstrado pelo seguinte excerto doutrinário:

La proposición es una entidad abstracta que puede ser caracterizada como el significado de una oración declarativa; desde luego, dos oraciones distintas pueden expresar la misma proposición (cuando tienen el mismo significado), pero la proposición no está ligada a ninguna oración determinada de ningún lenguaje específico: puede haber proposiciones que no han sido expresadas por ningún lenguaje y no han sido, en consecuencia, nunca aseverada por nadie (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 1991, p. 15).

Com as normas acontece algo similar, Alchourrón e Bulygin (1991) cunham os termos especiais “norma-comunicação”, “norma-prescrição” e “norma-sentido”, análogas às situações de “comunicação”, “asserção” e “proposição”. Para os autores, as “normas-comunicação” são as situações análogas à comunicação, em que o comunicado não é uma asserção, e sim uma prescrição. Denominam de “norma-prescrição” aquilo que foi prescrito, com o perdão da repetição, por um ato de prescrever, realizado por um sujeito – normalmente, uma autoridade normativa, em

uma ocasião determinada. E, por fim, a “norma-sentido”, que tem conceito análogo ao de proposição, sendo que esta será uma prescrição possível de um estado de coisas, ou seja, é uma proposição com sentido normativo.

Tendo essa classificação em mente, iniciamos o exame das concepções sobre as normas jurídicas, propriamente ditas. Esse exame é essencial, principalmente porque grande parte das discrepâncias sobre temas fundamentais da teoria do direito – como, por exemplo, a possibilidade de uma lógica de normas, as relações entre as normas e a verdade e, ainda, a existência de normas permissivas – têm origem no fato dos diversos autores partirem de concepções normativas absolutamente diferentes e, até mesmo, incompatíveis, tal como demonstra didaticamente ALCHOURRÓN e BULYGIN (2006).

Outro ponto de partida encontra-se na obra de PABLO EUGENIO NAVARRO (1990,) e em DANIEL GONZALEZ LAGIER (1995), que identificam quatro grandes grupos de teses sobre o tema. Além daquelas três concepções – sintática, semântica (hilética) e pragmática (expressiva), mencionadas por JORGE RODRIGUEZ (2002) – insere uma quarta concepção, denominada, por ele, de concepção mista (sintático-semântica).

Em breve síntese, LAGIER (1995) expõe que: I) na concepção sintática, a norma identifica-se com sua formulação; ii) na concepção semântica (hilética), a norma identifica-se com o significado do enunciado com o qual ela é formulada; e iii) na concepção pragmática (expressiva), a norma identifica-se com um ato de fala específico ou com o resultado desse ato de fala, tal como demonstra VON WRIGHT (1968). Trataremos de cada uma delas a seguir.

Na “concepção sintática” das normas, cujo desenvolvimento deve-se à influência de opiniões de filósofos como QUINE (1998), as normas identificam-se com os enunciados normativos ou com as formulações normativas. O curioso é que, como bem ressalta LAGIER (1995), do considerar as normas como enunciados, podem resultar “(...) consequências contraintuitivas (1995, p. 97)”. Assim, para os estudiosos da teoria da norma e para os juristas em geral, como por exemplo, a de admitir que as normas, por serem entidades linguísticas inscritas em documentos – em papel ou outro material qualquer – ou seja, objetos físicos, possam ser destruídas e deixar de existir. Temos certeza de que a dificuldade que nós temos em aceitar que uma norma

possa ser queimada, por exemplo, é compartilhada por muitos teóricos do direito, entre ele o clássico FERDINAND LASSALLE¹, que já fazia esse reconhecimento em 1863 (2000).

2.1 CONCEPÇÃO HILÉTICA DE NORMAS JURÍDICAS

A “concepção semântica” ou “hilética” das normas demandará um pouco mais do nosso tempo. E, aqui, entenderemos a necessidade da explicação inicial sobre a classificação de normas realizada por ALCHOURRÓN e BULYGIN (1991). Isso porque, como veremos, os partidários dessa concepção normativa, geralmente, entendem as normas jurídicas no sentido de “normas-sentido”. Lembremo-nos de que as normas podem ser analisadas em dois componentes: um descritivo (de um estado de coisas ou de uma ação) e outro prescritivo (componente normativo). As discussões iniciam-se justamente no componente normativo, como alerta a doutrina:

Casi todos los filósofos están de acuerdo en que las normas pueden ser analizadas en dos componentes: un componente descriptivo y un componente normativo. Y si bien es cierto que no hay un completo acuerdo acerca de la cuestión de saber cómo ha de ser caracterizado el componente descriptivo, para la mayoría se trata de un estado de cosas o de una acción. No hay mayores discrepancias sobre este punto, a pesar del hecho de que diferentes autores usan diferentes nombres: vgr. frástico (Hare), contenido normativo (Von Wright, Weinberger), radical sentencial (Stenius), tópico (Ross) o sustrato modalmente no diferenciado (Kelsen). Problemas más serios surgen tan pronto volvemos nuestra atención hacia el componente normativo; aquí pueden distinguirse dos puntos de vista conflictivos que dan lugar a dos concepciones de normas radicalmente diferentes” – Normas y lógica: Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas (ALCHOURRÓN e BULYGIN, 1991, p. 193).

Portanto na concepção hilética, o componente normativo é o significado do enunciado por meio do qual a norma é formulada. Ainda em 1979, Alchourrón e Bulygin trataram da concepção hilética de normas, identificando-as como a adotada por numerosos lógicos, principalmente por aqueles que trabalham com modelos semânticos, como KRIPKE (1980), HINTIKKA (1976) e KANGER (1989).

¹ Lassale adota uma metáfora, em uma conferência na Prússia em 1863, demonstrando uma situação contrafactual onde mesmo que todas as leis escritas fossem queimadas, nem o legislador e nem a sociedade estariam livres das normas jurídicas, que estariam vinculadas aos valores sociais, que forma descritos como “fatores reais de poder”.

Salienta-se que ALCHOURRÓN e BULYGIN, explicam essa concepção como aquela na qual o “especificamente normativo” (1979, p. 16) se dá já no nível semântico, sustentando haver proposições nas quais o aspecto normativo seria ínsito ao conteúdo conceitual. Posteriormente, em 1981, ALCHOURRÓN e BULYGIN aprofundaram o exame da concepção hilética, explicando, em seu artigo “*The expressive conception of norms*”, que as normas seriam entidades parecidas com as proposições, ou seja, seriam o significado das orações normativas, ou em suas lições doutrinárias:

Para la ‘concepción hilética’ las normas son entidades parecidas a las proposiciones, esto es, significados de ciertas expresiones, llamadas oraciones normativas. Una oración normativa es la expresión lingüística de una norma y la norma es el significado de una oración normativa en el mismo sentido en que la proposición es considerada como el significado (sentido) de una oración descriptiva. Pero las oraciones normativas, a diferencia de las oraciones descriptivas, tienen ‘sentido prescriptivo’: ellas no indican que algo ‘es’ de una cierta manera, sino que ‘debe’ o ‘no debe’ o ‘puede ser’ (ALCHOURRÓN e BULYGIN, 1981, p. 122).

Temos que o reconhecimento dos autores é demonstrar que o direito difere de outros tipos de linguagem devido ao “*sentido prescriptivo*”, ou seja, a possibilidade de indicar a maneira de se praticar ou deixar de praticar determinada conduta, inclusive com a possibilidade de aplicação de coerção, se necessário.

Nesse mesmo sentido, os mesmo autores manifestaram-se, anos mais tarde, da seguinte forma:

Para la concepción hilética el componente normativo forma parte del contenido conceptual de la norma; se trata de un operador que – operando sobre una oración descriptiva – hace surgir una oración normativa. La norma es el significado de esta nueva oración (normativa) en el mismo sentido en que una proposición es considerada como el significado de una oración descriptiva. Lo peculiar de las oraciones normativas (Normsätze en la terminología de Weinberger) es que tiene un significado prescriptivo: no dicen que algo es, sino que algo debe (o puede) ser” (ALCHOURRÓN e BULYGIN, 1991, p. 251).

Ainda buscando desenvolver sua concepção hilética das normas jurídicas, devemos salientar que se encaixa no campo da filosofia analítica aplicada ao direito, tal como demonstrado anteriormente. Os autores assim lecionam:

En esta concepción las normas son independientes del lenguaje; aunque sólo pueden ser expresadas por medio del lenguaje, su existencia no depende de expresión lingüística alguna. Hay normas que no han sido formuladas (aún) en ningún lenguaje y que tal vez no serán formuladas nunca. Una norma es, en esta concepción, una entidad abstracta, puramente conceptual. Pero las normas no son independientes de las proposiciones descriptivas: son el resultado de una operación sobre tales proposiciones. Así en una norma, por ejemplo, 'Op', encontramos dos componentes: una proposición descriptiva p y un operador normativo O, pertenecientes los dos al contenido conceptual de la norma. En este sentido los operadores normativos son similares a los operadores aléticos modales y una norma es una proposición en el mismo sentido en que de una proposición modal como Np se dice que es una proposición. Las normas han de ser distinguidas de las proposiciones normativas, es decir, de las proposiciones descriptivas que afirman que p es obligatorio (prohibido o permitido) conforme a una cierta norma o un conjunto no especificado de normas. Las proposiciones normativas – que pueden ser consideradas como proposiciones acerca de conjuntos o sistemas de normas – también contienen términos normativos como «obligatorio», «prohibido», etc., pero esos términos tienen un sentido puramente descriptivo. (ALCHOURRÓN e BULYGIN, 1991, p 123).

Continuando no que se refere à concepção hilética, há dois pontos que devem ser mencionados. O primeiro diz respeito ao fato de que, nessa concepção, as normas são independentes da linguagem, ainda que somente possam ser expressas por meio dela. Isso quer dizer que há normas existentes que, eventualmente, não foram, ainda, formuladas, e, talvez, não venham a ser formuladas jamais. Entretanto, o fato de as normas serem independentes da linguagem não quer dizer que sejam independentes das proposições descriptivas, como visto, lembrando que essas nada têm a ver com as proposições normativas, tal como comprovado por ALCHOURRÓN e BULYGIN (1991).

O segundo, diz respeito ao fato de que, entre os filósofos do direito que aderem a essa concepção de normas, encontramos aqueles que, a exemplo de GEORGES KALINOWSKI (1973), entendem que às normas podem ser atribuídos valores-verdade, enquanto outros, como WEINBERGER (1991), rechaçam esse entendimento, mantendo-se a discussão sobre a importância dos valores na construção e aplicação das normas jurídicas.

Por fim, encerramos o exame da concepção hilética, mencionando o resumo elaborado por LAGIER (1995), que a caracteriza com as seguintes teses: i) as normas são o significado prescritivo das formulações normativas; ii) os operadores deônticos possuem “capacidade semântica”, na medida em que atuam no nível semântico; iii)

as normas existem independentemente da linguagem; e iv) as normas entendem-se como “normas-sentido”.

2.2 A CONCEPÇÃO PRAGMÁTICA DAS NORMAS JURÍDICAS

Passemos, então, ao exame da “concepção pragmática” ou “expressiva” de normas. Aqui, dar-nos-emos conta da importância do estudo dos atos de fala. De saída, é importante firmar que; para os adeptos dessa concepção normativa, existem apenas as “normas-prescrição” e as “normas-comunicação”, não havendo que se falar em “normas-sentido”. Isso porque, há filósofos do direito e morais – como BENTHAM, AUSTIN, KELSEN, ROSS, HARE, JÖRGENSEN, SCHILICK, HANSSON, RAZ *etc.* – que negam a ideia de “proposição prescritiva”, chegando ao ponto de, aqui, identificar uma “contradição entre termos”, entendendo que a norma está diretamente ligada a determinado uso da linguagem. Assim, não haveriam normas de nível semântico. As normas apareceriam apenas no plano pragmático.

Já ALCHOURRÓN e BULYGIN, para explicar essa concepção, lembram, inclusive, da doutrina da força ilocucionária, de JOHN AUSTIN. Segundo eles, nessa concepção a “(...) *característica específica de lo normativo está en el uso prescriptivo del lenguaje*” (1991, p. 128).

Aqui, é importante analisar uma das funções da linguagem que não se amolda nas “(...) *espécimes quimicamente puros*” (ALCHOURRÓN, BULYGIN, 1991, p. 126), dos usos da linguagem, na expressão de IRVING COPI, que são as funções *informativa expressiva e diretiva* (1978, p. 47).

Lembremos, são raros os casos em que a linguagem é utilizada apenas em umas das três funções mencionadas, já que:

A tríplice divisão proposta é elucidativa e valiosa, mas não pode ser mecanicamente aplicada, porque quase toda a comunicação ordinária exemplificará, de um modo provável, em maior ou menor grau, os três usos da linguagem. (COPPI, 1978, p. 50).

Exemplos dessa situação é a “função cerimonial”, formada por um misto das funções expressiva e diretiva, como ocorre em celebrações, e, ainda, a “função operativa” ou “performativa” da linguagem. Esta última merece menção especial, no entender de COPI (1978), justamente por adaptar-se menos à divisão tripartida dos usos da linguagem.

Também não se deve olvidar que o uso da linguagem em sua função operativa ou performativa pressupõe, como adverte GENARO CARRIÓ (2006), a existência de um sistema de regras que determine que, por meio do pronunciamento daquelas palavras, certo ato está sendo realizado. Ou, como diz CARLOS SANTIAGO NINO (2007), pronunciar certas palavras, em determinadas condições, implica realizar a ação a que essas palavras se referem. Em síntese: as palavras constituem o ato em si.

O emprego da linguagem nessa função é muito comum, por exemplo, nas cerimônias de casamento ou na elaboração de testamentos. É possível identificar a utilização da linguagem nessa função a partir das chamadas “elocuções de desempenho”, que são aquelas que, em determinadas circunstâncias, desempenham a ação relatada ou transmitida. Nessas elocuções, encontram-se “verbos atuantes”.

No direito, o uso “performativo” ou “operativo” da linguagem possui tão significativa importância que seu estudo merece aprofundamento. Aqui, examinaremos a doutrina de JOHN AUSTIN, em seu *“Como hacer cosas con palabras”* (2014), com o detalhamento que nos parece condizente com este subitem.

Impõe-se destacar que como é tradição acadêmica há a transcrição dos cursos ministrados pelos grandes lentes para uma obra escrita, preservando o conteúdo e o espírito do autor para a posterioridade. Nesse sentido, ao final da Conferência VII, AUSTIN (2014) afirma ser aquele o momento de afinar a reflexão a respeito das circunstâncias que cercam o “emitir uma expressão”. Aqui, rotula o grupo de sentidos no qual o “dizer algo” deve ser sempre “fazer algo”, ou seja, o “dizer algo” com o sentido pleno de “dizer”, e estabelece que o “dizer algo”: i) é um “ato fonético”, ou seja, consistente no ato de emitir certos ruídos, cuja expressão é um “phone”; ii) é um “ato fático”, enquanto ato de emitir ruídos de certo tipo, pertencentes a determinado vocabulário, respeitando uma certa construção, em conformidade com uma determinada gramática, adotando uma certa entonação, cuja expressão é um

“pheme”; e, por fim, iii) é um “ato rético”, consistente no utilizar o “pheme”, ou suas partes constituintes, com um sentido e uma referência – que tomados conjuntamente equivalem a significado – mais ou menos definidos, cuja expressão é um “rheme”. Observemos que, para realizar um “ato fático” é necessário que se realize um “ato fonético” (2014, p. 145). AUSTIN chama o “ato de dizer algo” de “ato locucionário” (“*locutionary act*”).

Seguindo é justamente ao estudo desses atos que as Conferências VIII e IX, de superior importância, dedicam-se. Nessas conferências, AUSTIN explicita as noções de “ato locucionário”, de “ato ilocucionário” e de “ato perlocucionário”. O “ato locucionário” é o próprio ato de dizer algo, ou seja, equivale a exprimir certa oração. Um “ato ilocucionário”, por sua vez, é o ato realizado ao dizer algo, que muito difere de realizar o ato de dizer algo. Esses são atos que possuem determinada “força” convencional, tais como informar, ordenar, advertir *etc.* Devendo ser lembrado o seguinte excerto:

Aqui, por acreditarmos que isso transbordaria, em muito, os limites deste artigo, deixamos de aprofundar o exame da estrutura dos atos ilocucionários, desenvolvida por JOHN SEARLE, em seu clássico “*Actos de habla*”, de 1969, bem como não realizaremos o exame da classificação dos atos ilocucionários em indiretos e diretos, como também não trataremos da subdivisão dos diretos em “representativos”, em “diretivos”, em “comissivos”, em “expressivos” e em “declarações”, “representativas” e “não representativas”.²

Essas duas espécies de atos – “locucionário” e “ilocucionários” – pressupõem convenções. É preciso lembrar, também, ao tratar dos “atos ilocucionários”, que nem sempre as consequências e efeitos produzidos são os desejados, e, ainda, dos casos em que efeitos e consequências desejados não são alcançados. Por isso é que, aqui, AUSTIN invoca a distinção entre “tentativa” e “êxito”.

Já o terceiro tipo é o chamado “ato perlocucionario” ou “perlocução”. Nestes casos, o ato de dizer algo produzirá certas “consequências” ou “efeitos”, intencionais ou não, sobre os sentimentos, pensamentos ou ações do auditório, do emissor da

² Sobre o tema, sugerimos a leitura de ACERO; BUSTOS; QUESADA, 2010, p. 224.

expressão ou, até mesmo, de terceiros, tais como convencer, persuadir, dissuadir, confundir *etc.*

Frisamos que para essa concepção, as normas jurídicas são essencialmente ordens.

E, para finalizarmos o trato da questão, busquemos, novamente, a excelente síntese de LAGIER (1995), para o qual, são teses da concepção expressiva das normas: i) as normas não existem com independência da linguagem; ii) as normas são resultados de específicos atos de fala prescritivos; iii) seu componente normativo é um operador com “capacidade pragmática”, e não semântica; iv) as normas são “normas-prescrição” e “normas-comunicação”; e v) as normas não possuem valores verdade/falsidade.

3 A CONSTITUIÇÃO E O CONSTITUCIONALISMO: Uma visão sintética

O constitucionalismo é um movimento amplo, que envolve várias ciências, entre elas o Direito, a Sociologia e a Ciência Política, que busca criar e continuamente aperfeiçoar uma constituição. Essa corrente teórica surgiu na antiguidade com a paulatina limitação dos poderes reais, tal como demonstra BULOS (2016) e se perpetua na atualidade com a positivação de novas demandas sociais pelo exercício do poder constituinte derivado reformador.

(...) o constitucionalismo, em si, na qualidade de movimento político-jurídico, estruturou-se como elemento para assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a conseqüente racionalização e limitação do poder. A única forma de se compreender historicamente o constitucionalismo é como instrumento civilizatório de limitação de poder. (NERY JUNIOR; ABBOUD, 2017, p. 85)

Percebe-se que o constitucionalismo é um movimento vitorioso na atualidade, tendo em vista que no Ocidente todos os Estados têm alguma espécie de Constituição, diferindo apenas em concepções internas que são fruto de movimentos históricos. A título exemplificativo, os ordenamentos jurídicos do Brasil, dos Estados Unidos e da Inglaterra fundamentam-se em constituições. No entanto, em cada um

desses países há discrepâncias entre os posicionamentos sobre hierarquia, concepções e efetividade da norma fundamental.

Responder à pergunta “*o que é uma Constituição ?*” não é tarefa fácil, há uma plêiade de autores que estabeleceram concepções diferentes sobre o texto jurídico fundamental de um Estado. Sinteticamente, apontamos que tipologicamente as Constituições hoje são apontadas como: lei fundamental (KELSEN, 1990), decisão política fundamental (SCHIMTT, 1982), dirigente (CANOTILHO, 2010), uma força normativa (HESSE, 1991) ou uma sociedade aberta de intérpretes (HABERLE, 1991).

Um ponto pacífico é que a Constituição é uma norma, escrita ou não, produto das forças sociais que tem as pretensões de representar a vontade da Nação e ao mesmo tempo limitá-la e proteger os seus principais interesses. Para tanto a constituição é composta por regras e princípios que são invocados em casos concretos para sanar possíveis conflitos de interesses.

Na atualidade, momento em que encontramos uma sociedade complexa tal como aponta BAUMAN (2015), os interesses pessoais e sociais se contrapõe em diversas ocasiões como por exemplos em conflitos no direito a vida, liberdade, propriedade.

Nesse contexto, tanto a Filosofia Analítica, quanto a pesquisa sobre a linguagem são imprescindíveis para o desenvolvimento do direito e a superação dos conflitos, que nascem pelos limites sintáticos e semânticos que nascem no cotidiano.

3.1 A CONSTITUIÇÃO SOB O ENFOQUE DA CONCEPÇÃO HILÉTICA

A concepção “semântica” ou “hilética”, como descrita, é aquela que busca analisar as construções jurídicas pelo prisma de sua normatividade. Assim, a norma constitucional criada a partir de seu texto passa a ser revistada na busca de se encontrar pontos de sua efetivação e conseqüentemente pelos entraves que dificultam a sua aplicação. Nesse sentido:

Uma coisa são os enunciados prescritivos, isto é, usados na função pragmática de prescrever condutas; outras, as normas jurídicas, como significações

construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas. (CARVALHO, 2016, p. 6)

De forma didática e resumida podemos afirmar que essa concepção demonstra de maneira mais clara que há uma diferença óbvia entre o texto e a interpretação que se faz a partir do texto normativo. Bem como se nota que a normatividade transita pelo texto e o que aquele texto produz de efeitos na própria sociedade. Em âmbito constitucional temos que o texto é um marco inicial que possibilita uma nova visão jurídica já que recarrega o Ordenamento Jurídico de regras, princípios, valores e também de esperança³, como ocorreu com a Constituição cidadã de 1988.

Intuitivamente sabemos que há embutida no senso comum e ampliado no ambiente de redes sociais e hiperinformação um “sentimento hilético”, quando se discute a Constituição uma vez que, corriqueiramente, há dúvidas sobre a efetividade social do texto constitucional.

(...) o processo de interpretação não pode abrir mão das unidades enunciativas esparsas do sistema positivo, elaborando suas significações frásicas para, somente depois, organizar as entidades normativas (sentido estrito). Principalmente porque o sentido completo das mensagens do direito depende da integração de enunciados que indiquem as pessoas (físicas e jurídicas), suas capacidades ou competências, a ação que podem ou devem praticar, tudo em determinadas condições de espaço e de tempo. A teoria comunicacional, aliás, trata admiravelmente bem desse tema, organizando os enunciados do direito positivo (ordenamento) de tal modo que facilita as providências subsequentes da montagem comunicativa. (CARVALHO, 2016, p. 8)

Para além do senso comum também não se deve olvidar que ainda há uma constante presença na doutrina e na jurisprudência da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, dividindo-as em eficácia plena, contida, eficácia restrita ou

³ A palavra esperança é utilizada no sentido de mudança. Tal como proposto pelo presidente da Assembleia Constituinte de 1987/88 em seu discurso de promulgação da Constituição de 1988, ou em suas palavras: “Dois de fevereiro de 1987. Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. São palavras constantes do discurso de posse como presidente da Assembleia Nacional Constituinte. Hoje. 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. (Aplausos). A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos Poderes. Mudou restaurando a federação, mudou quando quer mudar o homem cidadão. E é só cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa”(BRASIL, 2017).

ainda normas de conteúdo programático, mesmo com arrepio do texto da Constituição em seu artigo 5º, §1º, demonstrando, mais uma vez, a necessidade de se pesquisar as nuances semânticas e sintáticas dos texto constitucional.

Temos que os pontos fulcrais dessa concepção estão nas seguintes situações: I) Qual o sentido prescritivo da Constituição? Este questionamento já foi lecionado por ACHOURRÓN e BULYGIN (1991), tal como já demonstrado nesse artigo.

O principal é que em um texto, como o da Constituição brasileira de 1988, com grande número de princípios como saúde, educação e segurança e um déficit entre a previsão e a realidade é cada vez mais necessário encontrar-se um ponto de equilíbrio entre a promessa constitucional e a realidade social. Como exemplo, temos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico" (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. (BRASIL, 2017, p. 2)

Pelo julgado acima da lavra da Ministra Carmen Lúcia torna-se claro que há uma discussão sobre os sentidos e o alcance das palavras positivadas na Constituição. Também chama (bastante) a atenção que há uma clara preocupação quanto ao limite dos valores que devem conduzir a aplicação da norma constitucional, ou seja, a linguagem empregada influência nas possibilidades hermenêuticas do texto.

Outra situação que se depreende é que há a discussão sobre os valores constitucionais que estão na Constituição, sendo que há o reconhecimento constitucional, doutrinário e jurisprudência que as normas fundamentais podem ser expressas ou implícitas, sendo fortemente influenciadas pelo conteúdo sintático e semântico do texto magno.

Este é um ponto onde a Filosofia Analítica pode ser uma ferramenta útil para a interpretação constitucional por meio da compreensão que a linguagem do direito

também é formada por atos locucionários e ilocucionários, sendo que ambos tem múltiplos significados e logo repercussões na prática jurídica.

II) Da primeira teoria apresentada, temos outro ponto enfrentado por ACHOURRÓN e BULYGIN (1991) que é a normatividade das normas jurídicas. O que aparentemente seria simples em ambiente constitucional se torna relevante e complexo devido ao alto grau de generalidade e de influência política que há nas normas constitucionais. De forma didática temos a questão da segurança, que tem previsão expressa no artigo 6º da atual Constituição da República, sendo formalmente e materialmente uma matéria constitucional e assim gozando das prerrogativas dos direitos fundamentais.

De forma contrária a previsão constitucional apenas no ano de 2016 o Brasil registrou mais que cinquenta mil assassinatos, ou seja, há uma dicotomia clara entre o texto e a prática, ou seguindo o nosso problema de pesquisa, entre o conteúdo sintático e normativo. Esse problema é iluminado pelo seguinte julgado da Corte Suprema brasileira:

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (BRASIL, 2017, p. 3).

Pela jurisprudência colacionada há a evidenciação da dicotomia entre o texto e a falta de normatividade. Como consequência a Corte Constitucional brasileira estende o limite da competência federativa brasileira, supostamente pela pretensão de se assegurar um direito fundamental.

Também há a conclusão de que há um hiato entre o texto constitucional, sua efetividade e solução apontada pela Corte, demonstrando que em nosso Estado há uma autonomia semântica, concedendo pontos de contato e de acomodações no sistema jurídico brasileiro.

A concepção hilética acaba por lançar luz sobre os principais gargalos hermenêuticos e, principalmente capacita o intérprete a distinguir as dificuldades.

Assim, a Filosofia Analítica é um instrumento útil e necessário para se entender e aperfeiçoar o atual sistema constitucional, principalmente pelo seu aspecto pragmático que deve estar ligada a efetividade de sua normatividade.

CONCLUSÃO

Tal como estabelecido em nosso texto o direito é um conjunto complexo e concatenado de regras e princípios que tem a finalidade de regular as ações das pessoas em sociedade. Para tanto as normas utilizam a linguagem expressa ou implícita para realizar essa tarefa. Nesse sentido, os textos e as interpretações fazem parte do contexto, cotidiano, da Ciência do Direito.

As normas jurídicas são o produto do ato interpretativo a partir das formulações normativas. A interpretação tem a finalidade de buscar o sentido e o alcance de determinado enunciado normativo à luz de uma situação real ou contra factual.

Parece-nos que tanto o ato de legislar, quanto o de não legislar, por falta de consenso parlamentar, demonstram uma linguagem que deve ser significada pelo interprete e poderá se transformar em normas jurídicas pela ação ou omissão.

Assim, em uma sociedade complexa, marcada por diferenças estruturais, inclusive, jurídicas, as normas são objeto de intensos e constantes conflitos, tendo em vista, que a fragmentação social permitiu múltiplas interpretações sobre o mesmo texto. O direito a igualdade é um parâmetro nesse sentido, tendo em vista que a previsão contida no artigo 5º, *caput*, pode ser utilizada pelo prisma da igualdade formal, material ou mesmo da isonomia.

Pelo exposto anteriormente, o Direito Constitucional na atualidade é marcado pelas dicotomias causadas pelas dificuldades semânticas e sintáticas que a interpretação traz para a realidade, na qual ocorrem diversos conflitos que são levados ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, a Filosofia Analítica tem como um dos seus escopos analisar a linguagem e os seus reflexos, tanto no contexto privado ou público, já que estabelecem compromissos que podem ter efeitos morais ou jurídicos dependendo do

contexto. Bem como, por meio da análise da linguagem é possível aperfeiçoar a comunicação que é um instrumento básico para a vida em sociedade.

As normas jurídicas, por esse prisma, foram extensamente pesquisada por autores como ALCHOURRÓN e BULYGIN, inclusive, demonstrando diferenças sensíveis entre as normas jurídicas como as: “norma-comunicação”, “norma-prescrição” e “norma-sentido”, ou de “proposição”. Cada uma delas pode ser encontrada em textos jurídicos como o é a Constituição.

Demonstramos que juristas, filósofos e lógicos vem realizando pesquisas e têm contribuído para o aperfeiçoamento das concepções a respeito das normas jurídicas.

Destaca-se que ALCHOURRÓN e BULYGIN, os principais autores utilizados nessa pesquisa, direcionaram seus esforços para demonstrar que os enunciados jurídicos devem ter um conteúdo “especificamente normativo” (1979, 16), ou seja, uma parte inequívoca do comando jurídico. Bem como as normas jurídicas são dotadas de um “*sentido prescriptivo*”, que é a possibilidade de indicar um comando específico que deverá ser seguido pelos indivíduos na sociedade, como por exemplo, pagar impostos.

Temos que a importância fulcral dessas pesquisas é demonstrar que a norma jurídica não é simplesmente um dado posto pelo Estado (leis e jurisprudências) ou pela sociedade (costumes), mas um complexo de linguagens, carregadas por simbolismos que devem ser interpretados e reinterpretados para se resolver problemas da atualidade.

Dessa importância encontramos outra situação que impõe uma dificuldade ao próprio direito que é a sua efetividade. Devido à possibilidade de hiato entre as concepções semânticas e sintáticas dos enunciados jurídicos há tanto no senso comum, quanto na visão acadêmica, uma preocupação com a efetividade jurídica.

A análise hilética, enquanto busca pela normatividade do enunciado jurídico pode facilitar o avanço do Direito Constitucional e do próprio direito, tendo em vista, que a interpretação da linguagem utilizada em suas construções encontra-se em constante movimento de avanço ou retrocesso devido às demandas sociais.

Um ponto que pode demonstrar esses avanços e retrocessos jurídicos, que podem ser percebidos pela linguagem é o constitucionalismo, que enquanto movimento jurídico, político e social demonstra claramente posicionamentos autoritários e democráticos, tanto com bases históricas diferentes, como as constituições brasileiras ditatoriais de 1937 e 1967 e as promulgadas de 1946 e 1988.

A concepção hilética também pode ser utilizada para distinguir variações em um mesmo enunciado jurídico como “supremacia do interesse público” que pode impor condutas diferentes em casos concretos.

Por fim, a concepção hilética não é uma panaceia hermenêutica, mas pode vir a ser um instrumento útil para a efetivação jurídica e social do direito e principalmente da Constituição, em um contexto complexo como o atual, permeado de interpretações plurívocas.

REFERÊNCIAS

ACERO, Juan José; BUSTOS, Eduardo; QUESADA, Daniel. ***Introducción a la filosofía del lenguaje***. 6 ed. Madrid: Cátedra, 2010.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *La concepción expresiva de las normas*. In ***Análisis lógico y derecho***. Madrid: Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Normas e lógica: Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas*. In ***Análisis lógico y derecho***. Madrid: Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Sobre el concepto de orden jurídico*. In ***Análisis lógico y derecho***. Madrid: Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. ***Sobre la existencia de las normas jurídicas***. Ciudad de México: Fontamara, 1979.

_____. ***Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales***. 5 reimpr. Buenos Aires: Astrea, 2006.

_____. ***Normative systems***. New York: Springer-Verlag Wien, 1971.

AUSTIN, John. **Como hacer cosas con palabras**. Tradud. CARRIÓ; Genaro, ERABOSSA, Eduardo A. 11ª reimpressão. Barcelona: Paidós, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2010.

CARIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Para uma teoria da norma jurídica**: Da teoria da norma à regra-matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/download/Para%20uma%20teoria%20da%20norma%20PBC.pdf> acesso em 14 de abril 2017.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978;

FERNANDES, Giuliano. Normas Jurídicas. *In*. **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

HINTIKKA, Jaakko. **Lógica, juegos de lenguaje e información: temas kantianos de filosofía de la lógica**. Madrid: Tecnos, 1976.

KALINNOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica**. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes: 1990.

KRIPKE, Saul. **Naming and Necessity**. Harvard UP. 1980.

LAGIER, Daniel González. **Acción y normas de G.H. von Wrigth**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição** 5 ed. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Navarro, Pablo Eugenio ***La eficacia del derecho: una investigación sobre la existencia y funcionamiento de los sistemas jurídicos.*** Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Direito **Constitucional Brasileiro: Curso Completo.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

NINO, Carlos Santiago. ***Introducción al análisis del derecho*** 2. ed. 14 reimpr. Buenos Aires: Depalma, 2007.

MAGALHÃES, Thereza Calvet de. **Filosofia Analítica e Filosofia Política: A dimensão pública da linguagem.** Belo Horizonte: Arraes, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2016;

RODRIGUEZ, Jorge. ***Lógica de los sistemas normativos.*** Madrid. Centros de Estudios Constitucionales, 2002.

SHIMITT, Carl. ***Teoría de la Constitución.*** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

VALLE, Maurício Dalri Timm de. **Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do imposto sobre produtos industrializados – IPI.** São Paulo: Noeses, 2016.

VON WRIGHT, Georg Henrik. ***Na essay in deontic logic the general theory of action.*** **Amsterdam:** North Holland Publishing Company, 1968.