

O PREÂMBULO E A PRESCRITIVIDADE CONSTITUTIVA DOS TEXTOS JURÍDICOS

Palavras-chave

Ciência do Direito; Direito positivo; Fontes do direito; Preâmbulo; Ementa; Exposição de motivos

Keywords

Science of law, positive law, sources of law; Preamble/Introductory, Extract, Explanatory Memorandum

Biografia

Professor Titular da USP e da PUC/SP.
Advogado.

Paulo de Barros Carvalho

RESUMO

Com o propósito de conhecer o direito em sua ampla dimensão e dar mais consistência ao saber jurídico, o trabalho abaixo pretende analisar a figura do Preâmbulo no universo normativo, empregando técnicas de aproximação que assumem tons de “Filosofia no Direito” e não de “Filosofia do Direito”. Sabe-se bem que, dentre os muitos traços que lhe são peculiares, o direito oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito) como participa de sua constituição (direito positivo). Forte nesses pressupostos não hesito em proclamar que o estudo das fontes do direito está voltado, primordialmente, para o exame dos fatos enquanto enunciações que fazem nascer regras jurídicas introdutoras de normas no sistema. Por isso, o Preâmbulo, como enunciado normativo, não pode ser desconsiderado na feição de sua juridicidade. Na mesma linha, estão também as ementas e as exposições de motivos. Na condição de feixe de marcas deixadas no curso do processo enunciativo do direito, assumem indiscutível relevância, auxiliando e orientando a atividade do intérprete.

ABSTRACT

With the purpose to know the law in its largest size and offer more consistency to the legal knowledge, the work below intend to analyze the figure of the Preamble in to the normative universe, employing techniques of approach that can be seen as “Philosophy inside the law” and not “Philosophy of law.” It’s well known that, among the many features that are peculiar, the law provides the fact of the language as its integral constituent. The language does not speak only about the object (science of law) but also as part of their formation (positive law). Steady at these hypothesis I do not hesitate to proclaim that the study of the sources of law is aimed, primarily, to the examination of the facts while thesis, that make arise legal rules feeders of

standards in the system. Hence, the Preamble, as stated standards, can not be discredit in the figure of its legal status. In the same vein, are also the summaries and the explanatory memorandum. As a piece of marks which were left during the incisive process of law, taking indisputable relevance, helping and guiding the activity of the interpreter.

SUMÁRIO

1. Filosofia do Direito e Filosofia no Direito. 2. Interpretação e semiótica do direito: texto e contexto; 3. Construção de sentido e interpretação do direito; 4. O direito empregado na função pragmática de regular condutas; 5. A prescritividade do direito no Preâmbulo da Constituição; 6. O preâmbulo no direito positivo brasileiro; 7. Retórica e Preâmbulo; 8. Preâmbulo, ementa e exposição de motivos. 9. Súmula dominante e Súmula vinculante. 10. O preâmbulo como feixe de marcas da enunciação, meio eficaz de acesso ao quadro axiológico que presidiu a edição do Texto Constitucional. 11. Comandos de sobrenível - prescrições sobre prescrições.

1. FILOSOFIA DO DIREITO E FILOSOFIA NO DIREITO

Parece-me útil distinguir “Filosofia do Direito” de “Filosofia no Direito”, como tem feito Tércio Sampaio Ferraz Junior. A primeira locução, utilizada para significar o conjunto de reflexões acerca do jurídico, corpo de ponderações de quem olha, de cima e por fora, textos de direito positivo historicamente dados, compondo proposições crítico-avaliativas. A segunda, como o emprego de categorias que se prestam às meditações filosóficas, todavia inseridas *nos* textos da Dogmática, isto é, vindas por dentro, penetrando as construções mesmas da Ciência. São enunciados extrajurídicos, não necessariamente filosóficos, lingüísticos ou não, mas que potencializam o trabalho do cientista do direito em sentido estrito, na medida em que são introduzidos no discurso para aumentar sua capacidade cognoscente, ao provocar novos meios de aproximação com o objeto que se pretende conhecer.

Não há nessa nota qualquer espírito emulativo, para apontar esta ou aquela proposta metodológica como a melhor: podem conviver, ambas, harmonicamente, outorgando maior rendimento ao trabalho expositivo.

O exemplo sempre foi expediente fundamental para iluminar o conhecimento. Nesse sentido, o estudo das “fontes do direito” ficou engrandecido com as categorias lingüísticas de *enunciação*, *enunciação-enunciada*, *enunciado* e *enunciado-enunciado*. Da mesma forma, os elementos pragmáticos *relato* e *cometimento*, empregados para a especulação teórica sobre a norma jurídica,

fortaleceram a mensagem cognoscitiva, propiciando condições mais cômodas para a compreensão das unidades normativas.

Construções desse tipo estimulam o emprego da “Filosofia no Direito”, tendo em vista expandir o conhecimento e dar mais consistência ao saber jurídico.

2. INTERPRETAÇÃO E SEMIÓTICA DO DIREITO: TEXTO E CONTEXTO

Tendo o signo *status* lógico de relação que se estabelece entre o suporte físico, a significação e o significado, para utilizar a terminologia adotada por E. Husserl, pode dizer-se que toda linguagem, como conjunto s \acute{g} nico que \acute{e} , tamb \acute{e} m oferece esses tr \acute{e} s \acute{a} ngulos de an \acute{a} lise, ou seja, comp \acute{o} e-se de um substrato material, de natureza f \acute{i} sica, que lhe sirva de suporte, uma dimens \acute{a} o ideal na representa \acute{c} o que se forma na mente dos falantes (plano de signific \acute{a} o) e o campo dos significados, vale dizer, dos objetos referidos pelos signos e com os quais eles mant \acute{e} m rela \acute{c} o sem \acute{a} ntica. Nessa conforma \acute{c} o, o texto (tomado aqui em sentido estrito) ocupa o t \acute{o} pico de suporte f \acute{i} sico, base material para produzir a representa \acute{c} o na consci \acute{e} ncia do homem (signific \acute{a} o) e, tamb \acute{e} m, termo da rela \acute{c} o sem \acute{a} ntica com os objetos significados. O texto \acute{e} o ponto de partida para a forma \acute{c} o das signific \acute{a} o e, ao mesmo tempo, para a refer \acute{e} ncia aos entes significados, perfazendo aquela estrutura tri \acute{a} dica ou trilateral que \acute{e} pr \acute{o} pria das unidades s \acute{g} nicas. Nele, texto, as manifesta \acute{c} o subjetivas ganham objetividade, tornando-se intersubjetivas. Em qualquer sistema de signos, o esfor \acute{c} o de decodifica \acute{c} o tomar \acute{a} por base o texto e o desenvolvimento hermen \acute{e} utico fixar \acute{a} nessa inst \acute{a} ncia material todo o apoio de suas constru \acute{c} o.

Na linguagem escrita, ainda que as palavras possam ser decompostas em *semas* e *sememas*, continuam sendo as unidades significativas e se disp \acute{o} em em seq \acute{u} ncias que formam as associa \acute{c} o sintagm \acute{a} ticas (sintagmas verbais e nominais). As associa \acute{c} o paradigm \acute{a} ticas, fluindo num eixo de estruturas ausentes, j \acute{a} pertencem ao dom \acute{i} nio do contexto porque n \acute{a} o t \acute{e} m natureza material. Surge logo uma distin \acute{c} o que h \acute{a} de ser feita: texto no sentido estrito e texto em acep \acute{c} o ampla. *Stricto sensu*, o texto se restringe ao plano dos enunciados enquanto suporte de signific \acute{a} o, de car \acute{a} ter eminentemente f \acute{i} sico, expresso na seq \acute{u} ncia material do eixo sintagm \acute{a} tico. Mas n \acute{a} o h \acute{a} texto sem contexto, pois a compreens \acute{a} o da mensagem pressup \acute{o} e necessariamente uma s \acute{e} rie de associa \acute{c} o que poder \acute{i} amos referir como idiom \acute{a} ticas e extraidiom \acute{a} ticas. Neste sentido, ali \acute{a} s, a implicitude \acute{e} constitutiva do pr \acute{o} prio texto. Haver \acute{a} , portanto, um contexto de linguagem envolvendo imediatamente o texto, como as associa \acute{c} o do eixo paradigm \acute{a} tico, e outro, de \acute{i} ndole n \acute{a} o idiom \acute{a} ticas, contornando os dois primeiros. Desse modo, podemos mencionar o texto segundo um ponto de vista interno, elegendo como

foco temático a organização que faz dele uma totalidade de sentido – operando como objeto de significação no fato comunicacional que se dá entre emissor e receptor da mensagem – e outro corte metodológico que centraliza suas atenções no texto enquanto instrumento da comunicação entre dois sujeitos, tomado agora como objeto cultural e, por conseguinte, inserido no processo histórico-social, onde atuam determinadas formações ideológicas. Fala-se, portanto, numa análise interna, recaindo sobre os procedimentos e mecanismos que armam sua estrutura, e numa análise externa, envolvendo a circunstância histórica e sociológica em que o texto foi produzido.

Ora, se fixarmos o texto na sua dimensão estritamente material – que é, aliás, a acepção básica, como aquilo que foi tecido, circunscrevendo nosso interesse ao conjunto dos produtos dos atos de enunciação, o que importa ingressar na esquematização estrutural em que se manifesta –, poderemos compreender a razão pela qual os enunciados lingüísticos não contêm, em si mesmos, significações. São objetos percebidos pelos nossos órgãos sensoriais que, a partir de tais percepções ensejam, intra-subjetivamente, as correspondentes significações. *São estímulos que desencadeiam em nós produções de sentido*. Vê-se, desde agora, que não é correta a proposição segundo a qual, dos enunciados prescritivos do direito posto, extraímos o conteúdo, o sentido e o alcance dos comandos jurídicos. Impossível seria retirar conteúdos de significação de entidades meramente físicas. De tais enunciados *partimos*, isto sim, para a *construção* das significações, dos sentidos, no processo conhecido como “interpretação”.

Observando esse mesmo rigor, adverte Umberto Eco¹:

É mister, porém, estabelecermos aqui uma diferença entre a mensagem como forma significante e a mensagem como sistema de significados. A mensagem como forma significante é a configuração gráfica ou acústica ‘I vitelli dei romani sono belli’, que pode subsistir mesmo se não for recebida, ou se for recebida por um japonês que não conheça o código da língua italiana. Ao contrário, a mensagem como sistema de significados é a forma significante que o destinatário, baseado em códigos determinados, preenche de sentido”.

Para os efeitos que pretendemos, importa discernir o texto, enquanto instância material, expresso em marcas de tinta sobre o papel ou mediante sons (fonemas), com sua natureza eminentemente física, do plano do conteúdo, do contexto, seja o idiomático, seja o contexto extraidiomático.

1 A *estrutura ausente*, São Paulo, Perspectiva, 1976, p. 42.

3. CONSTRUÇÃO DE SENTIDO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Dentre os muitos traços que lhe são peculiares, o direito oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo. A linguagem não só fala do objeto (Ciência do Direito) como participa de sua constituição (direito positivo). Se é verdade que não há fenômeno jurídico sem prescrições escritas ou não escritas, também é certo que não podemos cogitar de manifestação do direito sem linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão.

Dessa maneira, o procedimento de quem se põe diante do direito com pretensões cognoscitivas há de ser orientado pela compreensão desses textos prescritivos. A partir do (i) contato com a literalidade textual, vale dizer, com o plano dos significantes ou com o chamado plano da expressão, ali onde estão as estruturas morfológicas e gramaticais, (ii) o intérprete constrói os conteúdos significativos e (iii) ordena-os na forma estrutural de normas jurídicas, articulando essas entidades para formar um (iv) domínio, cujos vínculos de coordenação e de subordinação aparecem no momento mesmo da organização dessas regras de direito como sistema. Se retivermos a idéia de que o direito carrega sempre esses quatro planos: o das formulações literais, o de suas significações enquanto enunciados prescritivos e o das normas jurídicas, como unidades de sentido obtidas mediante o grupamento de significações que obedecem a determinado esquema formal (implicação), dentro de estrutura hierarquizada e coordenada segundo a lógica sistêmica do direito posto; e se pensarmos que todo nosso empenho se dirige para construir essas normas a partir de um estrato de linguagem, não será difícil verificar a gama imensa de obstáculos que se levantam no percurso gerativo de sentido ou, em termos mais simples, na trajetória da interpretação.

A tarefa do exegeta dos textos jurídico-positivos, ainda que possa parecer facilitada pela eventual coincidência da mensagem prescritiva com a seqüência das fórmulas gráficas utilizadas pelo legislador (no direito escrito), oferece ingentes dificuldades, se a proposta for a de um exame mais sério e atilado. E, sendo o direito um objeto da cultura, invariavelmente penetrado por valores, teremos, de um lado, as estimativas, sempre cambiantes em função da ideologia de quem interpreta; de outro, os intrincados problemas que cercam a metalinguagem, também inçada de dúvidas sintáticas e de problemas de ordem semântica e pragmática.

A lei, vista de certo ângulo, representa o texto, na sua dimensão de veículo de prescrições jurídicas. Constituição, emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, resoluções, decretos, sentenças, acórdãos, contratos, manifestações unilaterais de vontade e atos administrativos, enquanto suportes materiais de linguagem prescritiva, pertencem à plataforma da expressão dos textos imperativos e, como tais, são veículos introdutórios de normas jurídicas,

constituindo a base empírica do conhecimento do direito posto.

Já a norma jurídica é juízo implicacional construído pelo intérprete em função da experiência no trato com esses suportes comunicacionais. Por isso, não há que confundir norma, como complexo de significações enunciativas, unificadas em forma lógica determinada (estrutura implicacional), com a expressão literal desses enunciados, ou mesmo os conteúdos de sentido que tais enunciados apresentem quando isoladamente considerados. O plano dos significantes (plano de expressão) é o veículo que manifesta, graficamente (no direito escrito), a mensagem expedida pelo autor. Na sua implexa totalidade, constitui o sistema morfológico e gramatical do direito posto, conjunto de frases prescritivas introduzidas por fatos jurídicos que a ordenação positiva para tanto credencia.

Com propósitos analíticos, entretanto, podemos isolar frase por frase, enunciado por enunciado, compondo um domínio de significações, antes de agrupar os conteúdos segundo fórmulas moleculares caracterizadas pelo conectivo implicacional. Nesse momento intermediário, estaremos diante daquilo que poderíamos chamar de sistema de significações proposicionais. Agora, num patamar mais elevado de elaboração, juntaremos significações, algumas no tópico de antecedente, outras no lugar sintático de conseqüente, tudo para constituir as entidades mínimas e irredutíveis (com o perdão do pleonasma) de manifestação do deôntico, com sentido completo, uma vez que as frases prescritivas, insularmente tomadas, são também portadoras de sentido. Formaremos, desse modo, as unidades normativas, regras ou normas jurídicas que, articuladas em relações de coordenação e de subordinação, acabarão compondo a forma superior do sistema normativo.

Colho o ensejo para reiterar que os quatro sistemas a que me referi são constitutivos do texto, entendida a palavra na sua mais ampla dimensão semântica. Nunca é demais insistir que as divisões em subsistemas respondem a cortes metódicos que os objetivos da investigação analítica impõem ao espírito do pesquisador. Com efeito, a norma jurídica é uma estrutura categorial construída, epistemologicamente, pelo intérprete, a partir das significações que a leitura do texto do direito positivo desperta em seu espírito. É por isso que, quase sempre, não coincidem com os sentidos imediatos dos enunciados em que o legislador distribui a matéria no corpo físico da lei. Advém daí que, na maioria das vezes, a leitura de um único artigo seja insuficiente para a compreensão da regra jurídica. E quando isso acontece o exegeta se vê na contingência de consultar outros preceitos do mesmo diploma e até a sair dele, fazendo incursões pelo sistema.

4. O DIREITO COMO LINGUAGEM EMPREGADA NA FUNÇÃO PRAGMÁTICA DE REGULAR CONDUTAS

Sob certo aspecto, torna-se até confortável transitar pelo texto do direito, dado que os enunciados prescritivos — suas unidades — encontram-se soltos, derramados por todo o conjunto, nas mais variadas estruturas fráscas. A forma da linguagem, o texto em sentido estrito, ainda que importante, não será decisiva, principalmente no tema que nos toca no presente estudo – o Preâmbulo da Carta Maior – porque o predomínio é da função em que esta linguagem é tomada e, para o subsistema do direito positivo, estará sempre voltada para a regulação das condutas intersubjetivas. A prescritividade do ordenamento jurídico reside no modo como tal linguagem é empregada, a despeito da composição sintático-gramatical que presidir seu revestimento. Os enunciados do direito positivo não são expressões de atos de objetivação cognoscente. Não pretendem reproduzir o real-social, descrevendo-lhe os aspectos. Longe disso, o vetor semântico que os liga ao “mundo da vida” contém, invariavelmente, um *dever-ser*, assim no estado neutro, sem modalização, ou operando por intermédio dos funtores *obrigatório*, *proibido* ou *permitido*, com o que se exaure o campo material das possíveis condutas interpessoais.

O *dever-ser*, freqüentemente, comparece disfarçado na forma apofântica, como se o legislador estivesse singelamente descrevendo situações da vida social ou eventos da natureza, a ela relacionados: A existência da pessoa natural termina com a morte... (art. 6 do CC/02). A capacidade tributária passiva independe: I — da capacidade civil das pessoas naturais... (art. 126 do CTN). Em outros momentos, porém, os modalizadores deônticos vêm à tona, expressando-se, ostensivamente, na linguagem do direito posto, com o que denunciam, de forma evidente, sua função prescritiva: O tutor, antes de assumir a tutela, “é obrigado” a especializar, em hipoteca legal, que será inscrita, os imóveis necessários, para acautelar, sob a sua administração, os bens do menor (art. 1745 do CC/02). O contribuinte do ITR entregará “obrigatoriamente” em cada ano, o Documento de Informação e Apuração do ITR — DIAT, correspondente a cada imóvel, observadas datas e condições fixadas pela Secretaria da Receita Federal (art. 8.º da Lei n. 9.393 de 19-12-96).

Enquanto se movimenta entre os enunciados, para compreendê-los na sua individualidade, o intérprete dos textos jurídicos deve saber que manipula frases prescritivas, orientadas para o setor dos comportamentos estabelecidos entre sujeitos de direito. É preciso, contudo, considerá-las na forma em que se apresentam, para que seja possível, posteriormente, congregá-las e convertê-las em unidades normativas, em que o sentido completo da mensagem deôntica venha a aparecer com toda a força de sua juridicidade. E esse “considerá-las na forma

em que se apresentam” implica, muitas vezes, a utilização da Lógica Apofântica, com o modelo clássico “S é P”. Nesse intervalo, a tomada de consciência sobre a prescritividade é importante, mas o exegeta não deve se preocupar, ainda, com os cânones da Lógica Deôntico-jurídica, porque o momento da pesquisa requer, tão-somente, a compreensão isolada de enunciados que, quase sempre, se oferecem em arranjos de forma alética.

5. A PRESCRITIVIDADE DO DIREITO NO PREÂMBULO DA CONSTITUIÇÃO

Situação que salta aos olhos no tocante à prescritividade do direito está justamente na figura do preâmbulo. Percebo que, embora revista caracteres próprios, sua existência está intimamente envolvida na totalidade do sistema jurídico-normativo, portando, desta maneira, idêntico teor prescritivo ao das estruturas deônticas inseridas mediante artigos, parágrafos, incisos e alíneas, distribuídas na extensão do diploma. Assim, ao enunciar:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

o constituinte insere nos domínios do direito posto, proposições de ordem introdutória, expondo os motivos e anunciando, em tom prescritivo, o quadro sobre o qual deve o exegeta manter sua interpretação da mensagem constitucional.

Este, contudo, não tem sido o entendimento da Suprema Corte. Acolhendo a tese da *irrelevância jurídica do preâmbulo*, afirmou o Eminentíssimo Min. Carlos Velloso ser o referido texto enunciado estranho ao território jurídico, isto é, *não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte*.² E, em abono desse matiz, concluiu: *Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica*.³

Ora, em posição que se opõe pelo vértice, com o respeito e a admiração que o ilustre magistrado sem dúvida alguma merece, creio que suas asserções não devam prevalecer com a força dogmática que delas se pretende extrair. No subdomínio das

2 STF, ADIN 2.076-5 ACRE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Voto Min. Carlos Velloso, p. 226.

3 *Idem, ibidem*.

significações dos enunciados, cumprem as cláusulas do preâmbulo papel prescritivo da mais elevada importância, impregnando, em função de sua hierarquia e pelo próprio efeito da derivação lógica que desencadeiam, todas as unidades normativas do direito infra-constitucional. É o que se vê no caso da “segurança”, do “bem-estar”, do “desenvolvimento”, enunciados no preâmbulo como valores supremos a serem perseguidos por uma sociedade que se apresenta por “fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Na amplitude dessa providência, vários são os enunciados de forte carga axiológica aduzidos no Preâmbulo, todos eles partes constitutivas das formulações proposicionais disciplinadoras de condutas intersubjetivas, bastando lembrar que alguns desses magnos princípios, manipulados pelos juristas, pertencem à subclasse dos implícitos, como os primados da justiça, da segurança jurídica e da certeza do direito, que não são retomados expressamente no texto da Constituição, mas que, é certo, hão de repercutir com intensidade controlada em todas as normas do ordenamento. Esclareço logo que tal implicitude diz respeito ao corpo articulado de preceitos, pois na declaração preambular encontram-se literalmente mencionados.

É intuitivo crer que a geração de sentido de uma oração prescritiva qualquer já pressupõe a atinência a esses enunciados que funcionam como se fora um *texto implícito*, ou melhor, um *contexto* a ser levado em conta no ato mesmo da atividade interpretativa das formulações legais. De fato, a circunstância de figurarem expressamente na organização do corpo textual, ou separadamente da distribuição em livros, seções, capítulos, artigos, parágrafos, incisos e alíneas, tal condição não modifica o *quantum* de prescritividade que o Preâmbulo ostenta, pois, de todo modo, funciona como vetor valorativo, penetrando as demais regras do sistema e impregnando-lhes, fortemente, em sua dimensão semântica. Por isso mesmo é colocado no altiplano da Constituição. De lá, no lugar preciso de onde começam todos os processos de positivação das normas jurídicas, irradiam-se aqueles primados para os vários escalões da ordem legislada, até atingir as regras terminais do sistema, timbrando os preceitos que ferem diretamente as condutas em interferência intersubjetiva, com a força axiológica dos mandamentos constitucionalmente consagrados.

6. O PERFIL DO PREÂMBULO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição da República, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. E, logo no art. 3º, alude,

impositivamente, às três partes básicas que compõem o estatuto:

- I – parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;
- II – parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;
- III – parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.

Quer isso expressar que a lei tem de conter essas três porções de linguagem, todas elas integrantes da compostura do enunciado posto pelo legislador. Tais menções distam de ser peças optativas ou ornamentais que o autor do documento escolha segundo as inclinações de sua vontade ou ao interesse de simplificar o esquema textual. Não. A referida Lei é bem clara ao estabelecer conteúdo prescritivo a cada um daqueles incisos, deixando patente o *animus* imperativo das providências. E pouco importa lembrar que o legislador somente utilizou a palavra *normativa* na segunda parte. Ressalta à mais pura obviedade que tanto o inciso I, quanto o III assumem caráter indissociável do II, formando um bloco de intenso e forte calibre deôntico.

7. RETÓRICA E PREÂMBULO

Outro argumento evocado por aqueles que desconsideram o preâmbulo como base constitutiva de direitos e deveres está no entendê-lo como *texto meramente retórico*, constituindo-se de enunciados que colaboram no convencimento, na persuasão dos jurisdicionados do texto da Constituição da República, sem contudo integrá-lo.

Acontece que o caráter retórico, como aspecto pragmático da linguagem, é indissociável de toda comunicação que se pretenda, de algum modo, persuasiva, não incorrendo, com esta afirmativa, no mau vezo de atribuir somente a ela o dado registro. Sim, porque toda a função lingüística exige o timbre retórico, sem o qual a mensagem não se transmite do enunciador ao enunciatário. Enganam-se aqueles que admitem a retórica apenas como expediente da função persuasiva, estruturada para facilitar o convencimento de quem recebe o impacto da enunciação. Inexiste a “não-retórica”, de tal sorte que a contra-retórica é retórica também. Resta saber qual a intensidade e os limites de sua utilização nos diversos tipos de linguagem.

Em comentários ligeiros, os recursos a serem utilizados pelo cientista, em todo trabalho exegético de descrição, variam segundo a região ôntica do objeto

a ser conhecido. Há um tipo de veemência recomendado para a região dos entes físico-naturais; outro para a dos ideais e ainda outro para a dos culturais, levando-se em conta, neste setor, a multiplicidade imensa das manifestações objetais. Tudo para advertir, de maneira incisiva, que não é qualquer torneio retórico que convém ao discurso da Ciência do Direito ou mesmo daquél'outros produzidos com o objetivo de convencer a autoridade competente ou o juiz de direito nos respectivos autos. Por outro lado, é impossível estipular o espaço de variação da possibilidade retórica no recinto do jurídico, mesmo porque um é o do direito posto, outro o da dogmática. Simplesmente isso. Caberá à intuição, tomada aqui como órgão, aliás o mais poderoso instrumento cognoscitivo, a chamada "ciência direta", sugerir os critérios de avaliação do *quantum* de argumentação retórica que deve ser empregada na construção do discurso científico, evitando, por todo o modo, a logomaquia e tantas extravagâncias que rondam e ameaçam a pena de quem escreve.

Com estas modulações, pretendo deixar claro que a lógica da linguagem persuasiva ou da linguagem que prepara a decisão é a lógica da argumentação, isto é, uma lógica da interpretação para decidir ou lógica dialógica orientada para a decisão. Sobre a Teoria da Argumentação, Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴ tece importantes considerações que merecem detida reflexão. Assinalando que a lógica retórica se ocupa da argumentação como tipo específico de raciocínio, correspondendo a procedimentos quase lógicos, que não obedecem ao rigor exigido pelos sistemas formais, passa a estudar, um a um, os mais conhecidos modelos de procedimento, no âmbito da argumentação jurídica, sem intuito classificatório.

Revela-se de forma clara que a estrutura sintática da linguagem jurídica, num processo de decisão judicial ou administrativa, subordina-se a valores lógicos outros que não os do discurso descritivo (verdadeiro/falso) ou prescritivo (válido/não-válido) ou ainda o da linguagem das perguntas (pertinentes/impertinentes). Os sujeitos participantes desenvolvem seus esforços no sentido de obter um fim determinado: o convencimento de quem tem o poder de decidir. E no próprio ato decisório, estará a justificativa, pela argumentação, em termos de mostrar que assim o decidiu, isto é, positivou a regra, para atender a princípios de justiça, de coerência, de segurança, de respeito à ordem jurídica vigente, entre tantos outros que poderiam ser aqui enunciados.

4 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 3a ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 330-1.

8. PREÂMBULO, EMENTA E EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Preâmbulo, ementa e exposição de motivos cumprem, de certo modo, o mesmo objetivo: fixam dêiticos de conteúdo que identificam aspectos relevantes da substância discursiva. Assumem o papel de *enunciação enunciada* e permitem o ingresso do receptor da mensagem no teor do que nela foi transmitido. As figuras são muito próximas, consubstanciando algo relevante a respeito da matéria objeto do ato de vontade do legislador, seja ele Poder Legislativo (lei), Poder Judiciário (sentença ou acórdão), Poder executivo (decreto) ou Setor Privado (contrato). A diferença fica por conta do critério mais acentuadamente axiológico do preâmbulo, em face do caráter sumular, compendial da ementa e da inclinação preponderantemente histórica e explicativa da exposição de motivos. O tom prescritivo, todavia, está igualmente presente nas três figuras, porquanto quem legisla não está credenciado a manifestar-se de outra maneira que não seja a ordenadora de condutas. Ainda que o autor empregue meios sintáticos que sugiram a forma de relato descritivo, como é comum, sua função é, fundamentalmente, disciplinadora de comportamentos intersubjetivos. Direi que o preâmbulo tende mais para o lado dos valores que a mensagem normativa pretende implantar, ressaltada por isso mesmo sua tonalidade retórica; ao passo que a ementa visa, antes de tudo, a resumir o produto legislado, extratando-o, reduzindo-o à sua expressão mais simples. Já a exposição de motivos costuma dar ênfase ao clima histórico-institucional em que o diploma foi produzido, discutindo, muitas vezes, as teses em confronto na circunstância da elaboração, para justificar (dar os motivos) a eleição de determinada tendência dogmática. Sua extensão é maior do que as das duas primeiras categorias, funcionando também como introdução no espírito do tema sobre o qual dispõe o estatuto. A exposição de motivos, constando da enunciação-enunciada, manifesta-se mais próxima ao processo de enunciação do “ato de fala” jurídico, enquanto o preâmbulo e a ementa nos remetem à enunciação-enunciada, porém mais inclinadas ao enunciado do que, propriamente, ao processo de enunciação.

Vale acrescentar que o descompasso entre a ementa e o conteúdo do documento normativo dá ensejo a embargos de declaração, mais um argumento que reafirma a índole de sua prescritividade.

9. SÚMULA DOMINANTE E SÚMULA VINCULANTE

Se preâmbulo, ementa e exposição de motivos são momentos interiores ao estatuto normativo, a Súmula é algo a ele externo. No subsolo do direito posto, seguindo a linha de pensamento de que a realidade jurídica é composta só e somente só de normas, isto é, constitui-se, por essência, de linguagem prescritiva de

condutas, vamos encontrar a Súmula da jurisprudência dominante apresentando-se aos olhos do sistema positivo como veículo de autonomia apenas formal, porquanto seu conteúdo revela mecanismo de caráter unificador e sistematizante das unidades que já compõem o ordenamento. Não põe direito novo, como as sentenças e os acórdãos. Seu caráter é sistematizador daquilo que já existe. Porém, não é possível, mesmo assim, deixar de reconhecer-lhe natureza prescritiva, traço peculiar da linguagem empregada na função de comando, como certamente é o *modus* próprio do jurídico. Trata-se de providência que seleciona, que organiza, outorgando foros de uniformidade aos julgados sobre certas matérias, ao mesmo tempo em que aponta, com firmeza e determinação, a direção da conduta, segundo o quadro das expectativas normativas do sistema. Ao tomar a iniciativa do procedimento sumular, o Tribunal exercita competência específica, como o faz com relação aos acórdãos e demais provimentos de seu domínio de atribuições constitucionais, promovendo o compêndio, o resumo, o extrato daquilo que já está no âmbito de uma classe de julgados.

Com efeito, pensemos que as manifestações que os Tribunais Superiores proferem em tom de Súmula tornam-se diretrizes decisórias para aqueles outros que lhes são hierarquicamente inferiores, ao mesmo tempo em que a sociedade as acolhe como expressão eloqüente do direito que há de ser cumprido no plano das relações intersubjetivas. Além disso, a construção dos conteúdos sumulares se faz gradativamente, pela reiteração de julgamentos acumulados nos horizontes da mais legítima experiência jurídica. É a consolidação do trabalho judicante, produzindo o direito vivo, testado e compassadamente aplicado na composição de litígios sobre certos e determinados objetos do comportamento social.

Sobre o papel da Súmula ordinária no direito brasileiro, instituída em 1.963, ao tempo do Eminentíssimo Min. Victor Nunes Leal, quando passou a constar do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nada melhor do que as palavras contidas em acórdão daquela Egrégia Corte, publicado no DJ de 24/05/2005, no AI-AgR 179.560/RJ, da 1ª turma, sendo relator o Ilustre Ministro Celso de Mello:

A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL

(...)

A formulação sumular, que não se qualifica como “pauta vinculante de julgamento”, há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes – função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 – RDA 145/1-20), como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciários nas decisões que venham a proferir”)

Por outros torneios, eis o sentido do texto exarado pelo E. Supremo Tribunal Federal no fragmento trasladado para esta peça. E tudo quanto se disse a respeito daquela Elevada Corte se aplica às Súmulas de consolidação de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, na mesma proporção, persegue as funções de estabilidade do sistema, de segurança jurídica, de orientação jurisprudencial, de simplificação da atividade processual e de previsibilidade decisória, uma vez que na amplitude de sua missão constitucional está o dever de uniformizar a interpretação das leis federais. Apesar de sua vocação sintetizadora, vê-se que não há como equiparar a súmula à classe de que tratamos, vale dizer, dos preâmbulos, das ementas e das exposições de motivos.

O momento epistemológico pede ajeitar-se aqui também alguns comentários acerca da súmula vinculante. Do mesmo modo que a súmula dominante, a de caráter vinculante é também norma externa aos atos que a constituem, isto é, em termos formais, é veículo normativo autônomo às normas que a instituem (decisões e julgados do Tribunal Superior). Em planos materiais, contudo, seu conteúdo vincula-se àqueles, uma vez que a Súmula justamente os unifica e sistematiza para fins de composição do ordenamento. Também aqui, não põe direito novo, mas funciona como providência necessária na organização e celeridade dos julgados do Poder Judiciário.

Em comentários ligeiros, entende-se por súmula vinculante o nome dado a determinado procedimento normativo, que, seguindo a seqüência de atos exigida pelo art. 103-A da CF (incluído na Constituição da República pela EC 45/2004), traz como resultado norma produzida pelo STF com efeito vinculante. Veja redação do Texto Constitucional:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A discussão, levantada pelo dispositivo, diz muito mais à qualidade vinculante do efeito do decisório do que do próprio procedimento em si, que se encontra prescrito com hialina clareza na Carta Magna. Posto isto, que é *efeito vinculante*? Qual a força de eficácia jurídica que se deve atribuir a esta expressão? Firmemos que a norma expedida pelo STF, para fins de uniformizar jurisprudência reiterada, em caráter vinculante, amarra, conforme texto constitucional, os *órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*. Logo, uma vez expedida e publicada na imprensa oficial, a

vigência da súmula é imediata e são obrigados (o) a respeitá-la, ao proferir suas próprias decisões, os juízes e tribunais, em sua totalidade, incluindo-se as Turmas do próprio STF, no plano do Poder Judiciário; e, no âmbito executivo, a administração pública, direta ou indireta, em suas esferas federal, estadual e municipal. Note-se que a CF/88 nada diz quanto ao Poder legislativo, que, deste modo, encontra-se fora do campo de abrangência normativa e vinculante da Súmula.

Em resumo, à diferença dos procedimentos ordinários sumulares, a Súmula vinculante tem duas conseqüências no universo jurídico: (i) é imperativa, uma vez que o STF impõe, em planos semânticos, um sentido determinado a uma dada norma, sentido este que deve ser acolhido de forma obrigatória pelos sujeitos de direitos enunciados no art. 103-A; e (ii) é coercível, tendo em vista que a sua inobservância autoriza o jurisdicionado a ingressar com reclamação, no próprio STF, sem prejuízo de futuras e eventuais sanções que podem ser previstas em lei. Eis que a condição de ser vinculante comparece aqui como elemento interior a essas Súmulas, com o caráter de predicado interno (não vindo de fora). Trata-se daquilo que a distancia das chamadas Súmulas dominantes.

10. O PREÂMBULO COMO FEIXE DE MARCAS DA ENUNCIÇÃO, MEIO EFICAZ DE ACESSO AO QUADRO AXIOLÓGICO QUE PRESIDIU A EDIÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Deixando de lado os argumentos trazidos pela teoria da irrelevância, mencionadas páginas atrás, quero insistir que o Preâmbulo constitucional é portador de carga prescritiva como qualquer outra porção do direito posto. Distingue-se, porém, pela hierarquia. É a palavra do legislador constituinte que remete à própria instância da enunciação do Texto Maior, anunciando valores que funcionam como verdadeiros dêiticos para localizar, no tempo e no espaço, o momento e o lugar cultural em que se implantou a Constituição de 1988.

Não sobeja lembrar, quanto ao âmbito de compreensão deste cenário exegético, aquelas palavras que empreguei no prefácio do sugestivo livro do Professor José Souto Maior Borges, *Ciência Feliz*, onde lembrei que as construções do espírito permitem à criatura humana não simplesmente *existir*, que é manter-se dentro dos limites físicos da natureza, sendo abrangido pelo espaço, mas sobretudo *viver*, que é abranger o tempo, rompendo com aquilo que nos parece ser a ordem natural das coisas, para expandir-se livremente no infinito, onde podem fluir todos os sonhos e são acolhidas as nossas aspirações e devaneios.

Efetivamente, o homem vai além do universo físico; transcende sua própria existência para alcançar o impossível, o inefável. Encontra-se sempre em

eterna busca: a procura de algo que o ultrapassa. Neste sentido, o que o homem tem de material, como ser vivente, é-lhe muito pouco. Oferece apenas o apoio físico indispensável para as aventuras do espírito.

Basta examinar uma obra de arte qualquer: seu valor estético não descansa na base empírica que recebe o impacto do desenho e das tintas que lhe são aplicadas, mas no desempenho do artista que, na genialidade de seus traços e na combinação inusitada das cores, deixa marcas no objeto. São as marcas da enunciação no enunciado, como índices da criação artística e modo de objetivação do belo. Vêem-se, neste exemplo, os transportes do espírito humano sobrepujando as limitações da materialidade da vida, naquela síntese do ser com o dever ser, presente em toda composição do objeto da cultura.

Quero lembrar, também, que tais objetos acontecem no curso da história, arrastando consigo os dados que o passado vai acumulando. Lourival Vilanova, a propósito, refletindo sobre a porção de historicidade que os acontecimentos sociais carregam, declara com linguagem penetrante e expressiva: *“Os entes históricos são assim: num ponto do tempo, repousam todos os pontos antecedentes, que se fazem presentes sem perderem seu modo de ser pretéritos. Confluem todos para o presente, que se converte em ponto de intersecção do que já se foi com o que está por vir. Com isso, o tecido histórico vai se constituindo ponto por ponto, tornando-se cada vez mais espesso, mais resistente, mais denso”*.

Transmitindo essas meditações para o quadro das unidades textuais, da mesma forma que uma obra de arte, todo texto – componente do universo físico que é – transcende sua própria existência, permitindo ao intérprete alcançar o impossível: aquela camada do ideal com que o espírito humano lida com tanta naturalidade. Em toda escolha lexical, em toda combinação frásica, há um pouco de quem os executa – o ser humano – sendo depositado no corpo do material com que trabalha, as marcas de suas crenças e ideologias, suas esperanças e frustrações. E, ao ser retomado pelo exegeta, o homem volta a expandir-se livremente, eternizando-se. Nasce e renasce em todo ato de enunciação, fazendo-se presente e onipresente.

Para não perder o fio da meada e retornando à linha de raciocínio da qual partimos, quero dizer que o Preâmbulo da Constituição é um admirável exemplo de matéria textual pronta para propiciar ao espírito humano suas excursões no mundo de seus sonhos, aspirações, traumas e necessidades, realizando-o ao deixar traços das crenças e ideologias que ficaram gravadas, a ferro e fogo, na Constituinte de 88. Nessa trajetória, pode dizer-se que o Preâmbulo expandiu o espírito de uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*. E com tais exortações fixou coordenadas relevantíssimas para a interpretação do Texto Constitucional.

Cabe dizer que é perfeitamente possível explicar a função discursiva do

preâmbulo no direito, associando-o ao tema das fontes, sob o influxo das enérgicas influências da teoria da linguagem e, mais especificamente, dos atos de fala. Lembremo-nos de que chamo de *fontes materiais* aqueles fatos jurídicos produtores de normas e de *fontes formais* as normas que têm a missão de introduzir no sistema jurídico-prescritivo uma ou mais normas gerais e abstratas, individuais e concretas ou individuais e abstratas. Agora, as fontes formais ou *veículos introdutores de normas*, como parece melhor denominar, serão sempre e invariavelmente *normas concretas e gerais*, pouco importando o tipo de regras por elas inseridas no ordenamento. Comprova-se que são *gerais* pela circunstância de que todos haverão de respeitá-las como normas válidas inseridas no sistema: foram produzidas pelo órgão competente, segundo a forma procedimental também nele (sistema) prevista. Seu teor de concretude manifesta-se na leitura do antecedente: *advêm de um fato efetivamente realizado, isto é, marcado no tempo e situado no espaço*.

Com efeito, pensemos numa sentença: o suposto invoca a competência específica do magistrado e a situação do processo, recebe um número (que é o do processo) e é proferida em determinado ponto do tempo e em certo lugar do espaço (local e data da publicação). Reúne, portanto, tudo aquilo que se requer de um fato concreto: verbo no pretérito e coordenadas espaço-temporais definidas. E como a sentença, teremos todas as demais fontes formais, sejam aquelas emanadas do Judiciário (acórdãos e outros atos de cunho jurisdicional), do Legislativo (emendas à Constituição, leis, decretos legislativos, resoluções etc.), do Executivo (decretos, instruções ministeriais, portarias, ordens de serviço, lançamentos tributários, decisões administrativas e outros expedientes) ou, no caso, cumpre ressaltar, do constituinte originário (Constituição da República). Acrescentemos aqui a multiplicidade de atos que pertenceram também à província do ordenamento normativo e que advêm do setor privado (como os contratos, promessas unilaterais de recompensa e outras manifestações jurídicas individuais).

Em situações desse tope, há sempre um procedimento a ser seguido, previsto nas *normas de competência*. Quando se diz que norma válida é aquela produzida por órgão competente, perante o sistema, e consoante o procedimento nele, sistema, estabelecido, não nos detemos na reflexão segundo a qual *todo procedimento de elaboração normativa se apresenta como forma de realizar o próprio direito*. Não é difícil perceber que o sistema de normas, *introdutoras e introduzidas*, é o que conhecemos por direito positivo, ao passo que o conjunto de fatos aos quais a ordem jurídica atribui teor de juridicidade, se tomados na qualidade de *enunciação* e não de *enunciados*, estarão formando o território das *fontes do direito posto*.

É precisamente neste último exemplo – a enunciação pela Assembléia constituinte do Preâmbulo e do Texto constitucional – que Kelsen trouxe a singela, porém genial contribuição da “norma hipotética fundamental”, não posta, mas

pressuposta, juridicizando aquele fato – procedimento de elaboração normativa – que ficara de fora, por imprimir-lhe a feição de normatividade que lhe faltava. Ao redigir o texto do Preâmbulo, a Assembléia Constituinte seguiu itinerário previsto na *norma fundamental* que lhe deu competência e, portanto, fundamento de validade. O Preâmbulo, uma vez enunciado, torna-se norma válida, tendo em vista que é produzido por órgão competente perante o sistema e consoante o procedimento nele admitido, realizando o próprio direito. O domínio de fatos produzidos pela Assembléia Constituinte é recepcionado pela ordem jurídica, na medida em que se lhes atribui teor de juridicidade. São eles tomados na qualidade de *enunciação* e não de *enunciados*, formando, neste ponto, a região das *fontes do direito posto*. Fecha-se assim o conjunto, isolado na especificidade de seu objeto, uniforme porque composto tão-somente de normas jurídicas, de tal modo que nele, conjunto, não encontraremos senão descritores e prescritores, bem como suas contrapartes factuais: fatos jurídicos e relações jurídicas.

O corolário natural deste quadro de indagações é que o direito positivo, integrado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades. Ora, tudo isso aplicado ao Preâmbulo não é compatível com a existência de textos que componham o direito posto sem, contudo, revestir caráter prescritivo. Figura desse jaez de forma alguma caberia ao lado de normas, co-participando da integridade do ordenamento. Não poderia compartilhar do mesmo campo de objetos que reúne as unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Se porventura estivessem, seriam formações lingüísticas portadoras de uma estrutura sintática própria. E qual seria essa configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a tal pergunta, porque o Preâmbulo é formado por “normas jurídicas” carregadas de intensa conotação axiológica, influyendo vigorosamente sobre a orientação de todos os segmentos da ordem positiva.

11. COMANDOS DE SOBRENÍVEL - PRESCRIÇÕES SOBRE PRESCRIÇÕES

Forte nesses pressupostos não hesito em proclamar que o estudo das fontes do direito está voltado, primordialmente, para o exame dos fatos enquanto enunciações que fazem nascer regras jurídicas introdutoras de normas no sistema. Por isso, o Preâmbulo não pode ser desconsiderado na feição de sua juridicidade. Como feixe de marcas deixadas no curso do processo de enunciação do direito, assume indiscutível relevância, auxiliando e orientando a atividade do intérprete. Aliás, precisa ficar claro que o Poder Constituinte não foi eleito para propor sugestões, emitir opiniões, tecer comentários, formular conselhos, conceber

hipóteses ou elaborar proposições independentes de metalinguagem sobre o discurso de estruturação do Estado Brasileiro que adveio de seu trabalho. No caso do Preâmbulo, admite-se tão só a função metalingüística dentro do Texto, como função de glosa, mas projetada sobre o mesmo código que está sendo empregado, vale dizer: *é prescrição sobre prescrições, preceitos de sobrenível voltados para o mister de resumir, imperativamente, aqueles mesmos dispositivos que, esparsos na amplitude do discurso constitucional, cumprem sua missão disciplinadora de comportamentos intersubjetivos.*

