

Senso Incomum: É possível fazer direito sem interpretar?

19/04/2012

Caricatura Lenio Streck [Spacca]Hoje, quero chamar a atenção para alguns pontos importantes da teoria do direito, que anda tão desprestigiada. Faço-o com todo o cuidado acadêmico, nos limites deste espaço. E, fundamentalmente, com todo o respeito à comunidade jurídica, que, tenho a certeza, quer a mesma coisa: um sistema judiciário mais democrático, com decisões que contenham um adequado grau de previsibilidade, em que a equanimidade seja o ponto de estofo. E que um Judiciário desse naipe seja o sustentáculo da democracia de *terrae brasilis*. Gostaria que o texto fosse lido sob essa perspectiva. Nada mais do que isto.

A literatura pode nos ajudar a entender os grandes dilemas contemporâneos sobre a interpretação da lei e do direito. Veja-se que, em pleno século XXI, ainda não conseguimos superar o embate “objetivismo”-“subjativismo”, razão e vontade, como decidir, etc.

Shakespeare, no início do século XVII, antecipou a discussão hermenêutica que será o centro das preocupações dos juristas do século XIX até os nossos dias. Entre as várias peças, há uma em especial, escrita por volta de 1604, chamada Medida por Medida (da qual já fizemos um programa Direito e Literatura, disponível em www.unisinos.br/direitoeliteratura). A estória se passa em Viena. O Duque Vivêncio, em face de um quadro de desordem e corrupção de costumes, transfere a seu amigo Ângelo o governo, simulando tirar um período de férias, em que visitaria a Polônia.

Sob novo comando, a guarda prende o jovem Cláudio, sob a acusação de ter fornicado com Julieta, sua namorada. Incontinenti, é condenado à morte por Ângelo. Cláudio, então, pede a sua irmã Isabela, para que interceda por ele junto a Ângelo. Isabela busca persuadir Ângelo. Este diz que Cláudio é um transgressor da lei e que ela estaria perdendo o seu tempo. Diz, também, que no contexto dado, a lei não permite vicissitudes idiossincráticas. É ela a palavra do poder: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã.”

Isabela retorna no dia seguinte e insiste na tese. Ângelo se mantém irredutível. Entretanto, enquanto falava, a concupiscência tomava conta de Ângelo, vendo que por debaixo das vestes de Isabela (ela estava vestida com roupa de noiva) um belo exemplar da espécie humana se escondia. Assim, em um instante, Ângelo, aquele “poço de virtude”, transmuda-se, dizendo à Isabela que “se o amasse em retorno, seu irmão seria poupado”. De escravo da lei, de escravo da estrutura, do “que está dado”, Ângelo se transforma em “senhor da lei”, “senhor dos sentidos”.

Do extremo objetivismo, Ângelo vai ao completo subjativismo. Qual é o pior dos Ângelos? O I ou o II? Ou seja, duzentos anos antes das críticas de Ihering à juíza Pórcia de O Mercador de

Veneza – outro exemplo de juiz solipsista shakespeariano – essa discussão já estava posta pelo bardo. Tenho usado muito essa peça shakespeariana nas aulas. Já há varias dissertações por mim orientadas que tratam de Medida por Medida. Todas elas buscam desvendar esse mistério entre o mito do dado e o voluntarismo, entre concepções objetivistas e subjetivistas e, fundamentalmente, buscando construir respostas para esse dilema entre Angelo I e II. Sim, a teoria do direito tem respostas para isso.

Mas, continuo. Direito e filosofia, critica e direito, *não* são coisas que anda(ra)m juntas desde o Império brasileiro. No início do século XIX, Tobias Barreto censurava duramente os *acomodados juristas* da época, que, no dizer dele, ocupavam-se em pensar simplesmente sobre “questiúnculas forenses”, desconsiderando a importância que certos ramos do saber como a Filosofia possuíam no direito: “Um médico filósofo parece coisa mais tolerável aos olhos da gente *sensata* do que um bacharel em direito. Parece que este só deve se ocupar do que diz respeito ao *Corpus Iuris*. Se ousa um instante olhar por cima dos muros destas velhas e hediondas prisões, chamadas Córrea Telles, Lobão, Gouveia Pinto, etc., ai dele, que vai ser punido por tamanho desatino!”

Vejam a atualidade das críticas de Tobias Barreto: “Como quer que seja, a verdade é que o pobre bacharel limitado aos seus chamados conhecimentos jurídicos sabe menos das necessidades e tendências do mundo moderno, sente menos a infinitude dos progressos humanos, do que pode ver de céu azul um preso através das grades do calabouço.”

Esses dois séculos foram forjando esses processos de calcificação do raciocínio dos juristas. Sentido comum teórico: esse é o imaginário no qual se sustenta o pensamento médio dos juristas de *terrae brasiliis*. No âmbito do sentido comum teórico, ocorre a ficcionalização do mundo jurídico-social.

Há uma tese antiga que foi desenvolvida nos anos 80-90 do século XX por José Eduardo Faria, que apontava para uma crise paradigmática no direito, pela qual os juristas, preparados para o enfrentamento de conflitos inter-individuais, não estavam preparados para a superveniência de conflitos sociais de índole transindividual. E acrescentei, em meu *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, que essa crise era de dupla face: de um lado, essa crise de modelo apontada por Faria; de outro, uma crise de compreensão do fenômeno, representando pela ausência da filosofia no direito, algo já denunciado por Tobias Barreto. Chamei a isso de crise dos paradigmas aritotélico-tomista e da filosofia da consciência. Não descerei a fundo em tais questões neste pequeno espaço. Basta apenas que se dê uma olhada na produção standard, no ensino jurídico e na qualidade das decisões judiciais, pareceres, petições, etc. E basta olhar também as estatísticas que mostram a crise *stricto sensu*: no direito penal, as prisões estão lotadas de pobres. Por quê? Porque cometeram delitos de cariz inter-individual. E aqueles que cometeram crimes de cariz transindividual, como colarinho branco, etc... Onde estão? Estava certo Faria: preparados para o enfrentamento... E mais não é preciso dizer nesse âmbito.

Essa crise de paradigma(s), à evidência, atinge o conjunto das Instituições encarregadas de administrar a justiça. Por mais que os juristas, especialmente aqueles que se dizem práticos ou pragmáticos, digam que o que importa é “resolver casos”, tenho que o direito, na democracia, não sobrevive sem uma adequada teorização. Ou seja, o direito necessita de teorias que

explicitem as condições para o adequado fornecimento de respostas (decisões) que estejam em conformidade com a Constituição. Este é ponto central da reflexão jurídica: a necessidade de uma teorização, que decorre do caráter *alográfico* do direito, como diz Eros Grau. O direito necessita de um *medium interpretandi*. Sem a teoria, não há direito. O que quero dizer é que não é qualquer pessoa que pode ou que sabe interpretar a lei. Mesmo que um dispositivo legal esteja formulado na mais simples linguagem ordinária, ainda assim a sua interpretação não pode ser feita afastada daquilo que se pode chamar de campo jurídico.

As palavras da lei somente adquirem significado a partir de uma teorização, que já sempre ocorre em face de um mundo concreto. A teoria é que é a condição de possibilidade desse “dar sentido”. Esse sentido vem de fora. Não há um “sentido evidente” (ou imanente). As palavras das leis não contém um “sentido em si”. Um exemplo – cito de memória – de Paulo Barros de Carvalho ajuda para compreender melhor essa questão: se uma lei diz que três pessoas disputarão uma cadeira no senado da República, nem de longe se pode pensar que três pessoas disputarão o móvel (cadeira) do Senado. Não fosse assim e o marceneiro poderia ser jurista, muito embora o jurista possa ser marceneiro...!

Procurando ser mais claro: se a interpretação/aplicação – porque interpretar é aplicar – fosse uma “questão de sintaxe” (análise sintática), um bom lingüista ou professor de português seria o melhor jurista. Seria o império dos “conceitos” sem coisas. Só que as coisas (fatos, textos, fenômenos em geral) não existem sem conceitos (ou nomes). Lembro, aqui, da pequena Macondo de Gabriel Garcia Marques (Cem Anos de Solidão): ali, as coisas eram tão recentes, tão novas, que, para que nos dirigíssemos a elas, tínhamos que apontar com o dedo, porque elas ainda não tinham nome... Sim, como os filhos de Fabiano, de Vidas Secas. Deslumbradas, as crianças se perguntavam acerca da complexidade do mundo. Será todas aquelas coisas tinham nome?

Aliás, se não se compreender o direito a partir de uma adequada teoria, pode-se sempre cair em armadilhas, tanto ligadas a uma perspectiva objetivista como a uma perspectiva subjetivista. Há erro nas duas posições, como venho insistindo em dizer há tantos anos. É evidente que a interpretação não pode se limitar à lei (à súmula ou ao “verbete”). Entretanto, ao ir “além” da lei, cresce o grau de complexidade...!

É neste ponto que muitos juristas pensam que, pelo simples fato de superarem o positivismo exegético (em que o direito está na lei), já se encontram em território pós-positivista... Ledo engano, uma vez que, como venho demonstrando, o positivismo tem várias faces. O ponto mais simples é a constatação — elementar — de que a lei não contém a resposta em si mesma. Esse é a constatação primeira que deve ser feita.

Todavia, embora a obviedade disso (e não esqueçamos, o óbvio está no anonimato — deve ser desvelado), não é difícil perceber a forma como os juristas se apegam às discussões (meramente) sintáticas. Trata-se de uma tentação na qual os juristas caem cotidianamente, bastando para tanto ver o modo como se discute o que quer dizer uma súmula vinculante, como se fosse possível fazer uma “antecipação dos sentidos da complexidade da multiplicidade de casos concretos”. A ex-ministra Ellen Gracie chegou a dizer que a súmula vinculante não era algo passível de interpretação, pois deveria ser suficientemente clara para ser aplicada sem

maior tergiversação. De certo modo, essa questão é novamente suscitada no voto do min. Lewandowski (no julgamento do aborto de anencéfalo), quando fala que a lei clara dispensa interpretação.

Por vezes, firma-se posição acerca da “literalidade” da lei ou do enunciado sumular (ou de algum verbete jurisprudencial). Já na sequência, a “literalidade” perde o valor e importância, inclusive com citações doutrinárias do tipo “é obvio que a letra da lei não contém o direito” ou “já não se pode falar do adágio *in claris cessat interpretatio*”, etc.

O que quero deixar assentado é que, por razões de baixa densidade hermenêutica, os intérpretes (tribunais, etc) lançam mão de ampla discricionariedade. Como os tribunais não estão acostumados a julgar por princípios e, sim, por política(s), acaba predominando um “jogo interpretativo ad hoc”: quando interessa, vale a palavra da lei, a sua sintaxe, o verbo nuclear, etc; quando não interessa, as palavras são fugidias, líquidas, amorfas... Aí então se busca a vontade da norma, a vontade do legislador, a ponderação de valores, enfim, os mais diversos álibis teóricos que visam a confortar a decisão. Como fica o utente no meio desse jogo?

Não quero, entretanto, alongar-me nisso. Apenas trouxe à bália para contextualizar a discussão acerca da importância da teorização no direito. E, além disso, aqui calha uma advertência. Hoje, ninguém quer assumir posições que não sejam “críticas”. Todos querem “manejar princípios”. Até mesmo a subsunção parece estar “derrotada”, uma vez que alguns adeptos do neoconstitucionalismo principialista reservam-na para os casos fáceis (como se existissem casos fáceis e casos difíceis...). A questão é tão complexa que, quando se diz que o juiz boca da lei (esse, da subsunção e da dedução) está superado, temos que dar uma “parada reflexiva”, para não tropeçar na teoria do direito.

Explico: é perigoso (para não dizer, precipitado) pensar que a subsunção “acabou” ou que o exegetismo (formalismo jurídico) não mais vigora... Ora, todos os dias somos brindados com decisões “subsuntivas”. Observe-se que mesmo aqueles juristas/doutrinadores que dizem que “o positivismo exegético morreu”, ao mesmo tempo defendem a subsunção para os “casos simples” (ou fáceis). Trata-se de uma contradição insolúvel. Quem sustenta a subsunção é, efetivamente, um positivista exegético (ou um “meio-positivista”, se fosse possível fazer esse corte epistemológico-caricatural). Quem se recusa a aplicar a jurisdição constitucional para resolver, por exemplo, casos envolvendo a aplicação de princípios como da insignificância (casos de furto, apropriação indébita, estelionato), da presunção da inocência (crimes de porte ilegal de arma desmuniada ou em lugar ermo), não escapa da velha questão positivista da equiparação (lei=direito) entre texto e norma.

Mas o pior de tudo é que os positivistas desse jaez só o são em alguns casos. Sim, porque, em outros, quando o pragmati(ci)smo assim exigir, transformam-se em positivistas-voluntaristas, com filiações implícitas na velha jurisprudência dos interesses ou na jurisprudência dos valores. Um singelo exemplo confirma essa minha advertência: para não aplicar a pena abaixo do mínimo, o STJ apegar-se à “letra da lei”; já no caso da aplicação do art. 212 do CPP, a “letra da lei” nada vale (cf. L.L. Streck, In [Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?](#)). Entretanto, veja-se o Habeas Corpus 102.472, do STF, em que está assentada a literalidade do art. 112 da LEP. Já no julgamento do ACO 1295 AgR-segundo / SP, ficou acertado que “a literalidade do art.

102, I, “f”, da Constituição não indica os municípios no rol de entes federativos aptos a desencadear o exercício da jurisdição originária deste Tribunal. Entretanto, para decidir sobre a união estável homoafetiva, o STF ignora os limites semânticos das palavras “homem” e “mulher”.

Tudo “muito interessante”, mormente se lembrarmos que o artigo 111 do Código Tributário Nacional, pelo qual “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre...(...)”. Novamente um problema: há decisões que o aplicam “literalmente” (perdoem a superposição); há outras que não. Por que a literalidade se aplicaria (apenas) nestes casos? Quem decide essa “discrecionabilidade” acerca do que deve ser “literal”? E o que dizer da não menos bizarra previsão do art. 108, que estabelece que, na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I – a analogia; II – os princípios gerais de direito tributário; III – os princípios gerais de direito público; IV – a equidade. Tudo isso em pleno paradigma constitucional...! De que princípios gerais se está tratando? O que a teoria do direito tem a dizer a respeito? São, enfim, sintomas dos tempos de sincretismo teórico que vivemos. Nada a estranhar. Afinal, Savigny escreveu sua metodologia para o direito privado não codificado no século XIX... Passados mais de 150 anos, ainda é possível ver a invocação daqueles métodos, considerados como “a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas.” (REsp 192531). O que o Tribunal quer dizer com “moderna metodologia”? Pode ser “moderna” no sentido do que representa a “modernidade” (com Descartes surge a modernidade...), mas, com certeza, não é contemporânea. Mas, o que fazer?

Retorno. E indago: o que sobra disso tudo? Quando o intérprete dá o sentido que mais lhe convém, está-se diante de uma “neosofismização”. Sim, os sofistas foram os primeiros positivistas (antes que alguém se achesse, advirto para o ponto central: a questão do convencionalismo...). Na verdade, quando o intérprete decide como lhe convém, já não há direito; há, apenas, o direito dito pelo intérprete (lembro, sempre, do exemplo do jogo do críquete formulado por Herbert Hart, aliás, um positivista). Por isso, o direito não pode ser aquilo que os juízes e tribunais dizem que é. Essa concepção, além de cética e sofisticada (veja-se, neste caso, mais uma vez a crítica de Hart à concepção cética), mostra-se antidemocrática. Nem vou falar aqui dos realistas norte-americanos que encantam ainda muito juristas brasileiros. Também não vou convocar os realistas psicologistas escandinavos ou os adeptos da análise econômica do direito. Para todos, o direito é *aquilo que os juízes dizem que é*.

No fundo, a doutrina e a jurisprudência (parcelas expressivas delas) ainda se movimentam no entremeio das concepções objetivistas e subjetivistas. Da razão para a vontade, sem que se consiga construir condições para o controle da vontade. Ao contrário: para muitos — e cito por todos o min. Marco Aurélio — a interpretação é um ato de vontade, questão que nos remete de volta ao 8º capítulo da Teoria Pura do Direito do velho Kelsen. O que seria esse “ato de vontade”? A resposta parece simples: vontade de poder, a velha *Wille zur Macht*. Ela não tem limites. E esse é o perigo. Aliás, Kelsen, com seu pessimismo, também achava isso. Por isso é que se cunhou a expressão “decisionismo kelseniano”. Pensemos nisso.

Numa palavra: em Medida por Medida, Ângelo I e Ângelo II representam metaforicamente dois modelos de decisão. Nenhum dos dois nos serve. No direito contemporâneo, nossa tarefa é encontrar um caminho intermediário. Esse *tercius genus* pode estar na construção de uma



teoria da decisão. Por isso, corro atrás das palavras que possam me mostrar esse caminho. Todos os dias.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo/>