

Obstáculos epistemológicos dificultam compreensão do 'caso Daniel'

04/03/2021

1) Obstáculos epistemológicos: entraves para a compreensão

Nos anos 80, estudávamos, no mestrado, as obras de Gaston Bachelard e os "obstáculos epistemológicos". Não vou entrar em detalhes. Apenas uso, aqui, "os obstáculos" para demonstrar como existem entraves à compreensão de um fenômeno. E como evitá-los...



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

É o caso do fenômeno "prisão do deputado Daniel Silveira". O caso

também serve para disputar um selo de "isentismo" e de "jogos teóricos", todos movidos pelas melhores intenções.

Talvez tenham ocorrido alguns mal entendidos. Obstáculos, pois. Por vezes, falamos de coisas parecidas, porém partimos de premissas diferentes. Isso é uma questão "de epistemologia".

Explico: Por exemplo, se alguém diz que "princípios são valores", provavelmente chegará a conclusões e respostas diferentes de alguém que diga "princípios não são valores". É inexorável. Se chegarem ao mesmo lugar é porque o problema a ser resolvido não dependia de um conceito rigoroso. Talvez quem sai de Roma pode chegar à mesma Berlim em que chega alguém que sai de Barcelona. Mas na filosofia não funciona assim. Você chega a resultados diferentes quando os paradigmas são distintos. Se o caminho cruzar, será com outros fundamentos. E aí... Não é a mesma coisa. *Sobretudo no Direito, em que os meios são constitutivos do fim.*



Isso para dizer que há uma quantidade de equívocos que revelam uma coisa que está por trás de vários de nossos grandes problemas de interpretação e aplicação do direito: uma certa falta de epistemologia e o velho "ranço" dogmático-positivista, ainda e sempre. Este decorre da fragilidade daquela.

2) Obstáculos epistemológicos e o aguilhão semântico

Começemos daí — e o faço com toda a lhanza com que venho tratando dos debates jurídicos. Primeiro: no plano da dogmática jurídica, os resquícios do velho positivismo permanecem até entre aqueles que confundem o conceito de positivismo, ignorando o giro ocorrido pós-Hartigo

Daí vem o problema do aguilhão semântico: vemos isso acontecer no exemplo do conceito de "flagrante". Ora, o que é um flagrante em 2021? É o mesmo flagrante de, digamos, 1964? Por que digo que isso é um problema tipicamente positivista? Porque o positivismo — e aqui está o busílis — ainda que não se saiba (ou se reconheça) positivismo, trata todos os conceitos jurídicos *como se fossem criteriosais*, isto é, como se tivessem seus significados previamente fixados por critérios de *convenção semântica*. Com todo o respeito acadêmico, permito-me dizer que, sem compreender esse fenômeno, o Direito andarà em círculos.

Inclusive a autodenominada crítica jurídica anda em círculos e, nos momentos de "teses limites", não se entende. Por exemplo, nesse caso do deputado, só é "flagrante" aquilo que preenche o *criterialismo* que, claro, *o próprio agente que fala estabelece antes* como "flagrante". Dworkin critica veementemente o *semantic sting*. Desse modo é que a dogmática jurídica trata um fenômeno interpretativo: como se fosse criterial. Isso é *convencionalismo hardcore*, diria Dworkin. Respostas antes das perguntas. Erradas, pois.

3) Mesmo sem querer, aparece o velho textualismo

Outro problema epistemológico: um apego, por vezes, a um textualismo singelo (um exegetismo tardio?) que se quer garantista e que, levado às últimas consequências, pode ser *antigarantista*. "*Queremos preservar garantias, então apliquemos o conceito do flagrante a partir de uma literalidade*", para falar do caso Daniel. Normalmente, um textualista não se mostra como textualista e nem quer aparecer assim (atenção: não é proibido alcançar "sinonímias" — por vezes, X deve ser lido, mesmo, como X — ler [aqui](#)).

Digo isso porque o textualismo, além de frágil do ponto de vista filosófico, pode ser antigarantista. Fácil de demonstrar. Aqui, sim, tem-se um paradoxo. Uma tese que se volta contra si mesma. É textualista uma tese defendida por um textualista? Como seria uma avaliação não textualista acerca de uma avaliação textualista? Aqui, sim, aparece um paradoxo.

Sempre é necessário um paradigma anterior que dê sustentação a qualquer interpretação. Somente um princípio antecedente pode trazer as condições para compreendermos um paradoxo, que, na verdade, são coisas sobre as quais não se pode decidir (aqui o grande professor Leonel Severo Rocha por certo faria boas incursões).

Sigo. Por vezes, nosso garantismo *hard core* não é capaz de oferecer respostas para além do paradigma positivista (tanto textualista como voluntarista-realista), dos falsos dualismos direito x moral, da indevida cisão ativismo — minimalismo e da ultrapassada contraposição "positivismo-jusnaturalismo". Aliás, o pai do garantismo é um assumido positivista, porém não

dessa cepa. Outro exemplo disso vem do outro lado, claro: é a aposta no Judiciário. O Judiciário progressista, iluminista, faz "avançar direitos" etc. Pois é. Na "era Lochner", a Suprema Corte dos EUA não deixava passar nada de legislação trabalhista. A mesma corte que deu um jeito de dizer que negros não eram cidadãos. *Eis o criterialismo*: o que é um cidadão?! O que é... um flagrante? O que *Contempt of Court* (que existe, sim, embora negada por juristas críticos)! Apliquemos a "literalidade". Pois é. *Qual?*

Textualismo? Criterialismo? Vermeule, até há pouco tempo, dizia que o "*caso Brown of Education*" foi um erro. Pois é. *Seria mera coincidência dizer que, imitando Vermeule, o "caso Daniel" foi um erro do STF?* Prefiro acreditar que a *US Supreme Court* acertou no "caso Brown" e o STF acertou no "caso Daniel". Todavia, olhando os *debates* e usados os argumentos dos críticos do "caso Daniel", o "caso Brown" teria sido negado. Não só o "caso Brown". *Textos são eventos*. E o Direito só é no seu tempo.

Vejo todo um esforço retórico — reconheço, bem-intencionado — para se dizer que o STF errou. "*Ah, a CF tem um rol taxativo de crimes inafiançáveis*". É? E ainda que seja: um desses crimes são aqueles contra o Estado Democrático. E o deputado foi enquadrado na LSN. Que, vejamos, se não gostamos (sou insuspeito; afinal, participo do projeto para acabar com essa lei e aprovar uma Lei de Defesa do EDD), ainda que não gostemos, *é lei válida, vigente*.

"Positivistamente" (de mais a mais, o próprio 324, inciso IV, usado na decisão estabelece que não cabe fiança quando há plausibilidade de preventiva. Isso quer dizer que qualquer crime que tenha os requisitos da preventiva seja inafiançável. A CF, por exemplo, diz que crime hediondo é inafiançável. O que é um crime hediondo? Há lei que indica — e tem projetos de lei que querem incluir corrupção nesse rol. E por aí vai.)

Veja-se: epistemologicamente, um argumento, para ser válido, tem de ser levado até as últimas consequências. Por exemplo: se conceitos como "flagrante", "inafiançabilidade", "suspeição", para falar apenas destes, tem de ser interpretados garantisticamente — no sentido textualista que muitos críticos têm feito — *então também a palavra "quaisquer" do artigo 53 deveria permitir "quaisquer" palavras e atos de um deputado*. Ah, mas "quaisquer" não pode significar autorização para dizer qualquer coisa. Ótimo. De acordo. Então, se a expressão "quaisquer" não significa "qualquer palavra ou ato", então outras palavras, quem sabe, *também devam ser interpretadas a partir de pré-compreensões* inseridas em uma certa tradição que conforma o Estado democrático de Direito. *Para além de criterialismos*. De novo: uma correta análise epistemologicamente, que investigue as condições de possibilidade pelas quais algo é e algo não é, exige que nossos argumentos sejam testados. Não podem valer para um caso e depois não mais interessar. "Quaisquer"? O que é "quaisquer"? "Quaisquer" *mesmo*? Leve a tese até suas últimas consequências e teste por você mesmo, leitor.

4) Teria sido o STF anti-institucional? O fator "quadro de Van Gogh"

Outra questão importante que me permito, sempre respeitosamente, criticar. Trata-se da afirmação, feita por vários processualistas, de que o STF teria sido anti-institucional (!) ao não confiar (!) no PGR, no MP. *E de que modo o STF se defende do contempt of court (pois é... ele não existiu?) na omissão do PGR e do MP?* Denunciei isso [aqui](#) vigorosamente. Raquel Dodge havia se omitido.

Pergunto, de novo: *como o STF se defende daquilo que é verdadeiramente anti-institucional?* Esse, sim, de novo, é um paradoxo, que um certo descarte de uma epistemologia jusfilosófica — que deveria sustentar nosso garantismo — não consegue dar conta de resolver. Um belo texto sobre "os paradoxos dos paradoxos" é [da lavra de Marcelo Cattoni e Diogo Bacha](#), publicado aqui na **ConJur**, cuja leitura é indispensável.

Prossigo, enfrentando o argumento do comportamento anti-institucional do STF. Todos conhecemos a máxima de que não se pode ser o juiz da própria causa. Muito bem. Mas, no arranjo institucional-constitucional brasileiro (que, nesse aspecto ao menos, não é uma jabuticaba, porque inserido no contexto de diversas democracias constitucionais contemporâneas), *quem dá a última palavra sobre disputas jurídico-constitucionais é o STF*. E quando essas disputas dizem respeito ao próprio Supremo... também. Quem decidiria? A Corte de Haia?

Quer dizer, se não for o Supremo, então quem? *Sobretudo quando o que está em xeque é o caráter democrático da comunidade política*. Eis o ponto. Sistêmico. Concreto. A democracia não pode perecer por falta de quem a defenda. *Não dá arrumar o quadro de Van Gogh na parede enquanto as lavas descem para cobrir a tudo e a todos...!*

E não se trata de *confiar* ou *desconfiar* de Ministério Público e polícias: trata-se de defender a prerrogativa (que não é importante apenas para um ou outro ministro do STF) de errar por último. Ora, para não mencionar o fato de que o argumento da "confiança" ganha ares de uma certa ingenuidade quando se olha para a realidade institucional brasileira, num país de modernidade tardia, histórico patrimonialista, enfim e etc. e tudo o mais.

Sei bem que, no Direito, forma é garantia. Nisso também sou antigo. Portanto, não me confundam. Vezes sem conta *paguei o preço pela defesa de uma rígida ortodoxia constitucional*. Mesmo quando a "causa era nobre", como o enfrentamento da corrupção e o combate à criminalidade econômica — que, sei bem, atenta contra os altos valores da República e atrasa nossa caminhada civilizacional. Não fui de invocar hipóteses de "derrotabilidade" de normas constitucionais nem mesmo quando a causa era de uma justeza óbvia, como no episódio das uniões estáveis homoafetivas. Manter a Constituição é uma tarefa árdua.

É preciso ter claro que a democracia não é um presente de Deus. Não é um dado da natureza. Caiu e ascendeu ao longo dos tempos. Precisa ser cultivada. Protegida. Do contrário, *morre*.

Não estou entre aqueles a dizer que *"the king can do no wrong"*. É claro que o Supremo erra, que seu poder tem de ser vigiado. Aliás, para mostrar as críticas ao STF, invoco desde os anos 90, incincho da era constitucional-democrático, o "fator Julia Roberts". Evidente que os seus eventuais desvios têm de ser apontados e corrigidos. Procuro fazer isso todos os dias, e sei bem o quanto me custa. *Sempre* disse que esse é o papel da dogmática. Ou não? Sou insuspeito disso. Mas notem: estamos lidando com situações graves e, a seu modo, inéditas. Ficar discutindo se a audiência de custódia (instituto que não existia ao tempo da redação do artigo 53) do deputado deveria ter sido realizada antes ou depois da ouvida da Câmara dos Deputados *é corrigir a nota do violinista do Titanic durante o naufrágio*, com o perdão pelo clichê.

Não! Não nego a importância de se submeter o "caso Daniel Silveira" a amplo e rigoroso escrutínio. De não se compactuar com casuísmos jurídicos e com decisões não universalizáveis. Há importantes questões de fundo a serem decantadas. O conteúdo do direito à liberdade de expressão, o alcance da imunidade parlamentar, os limites da atuação do Supremo em face dos membros do Parlamento, o *backlash* da PEC 3/21 e assim por diante.

Mas tudo isso em *defesa*, e não no *ataque*, ao Estado democrático de Direito, se me entendem. Temos de entender que, às vezes, fazer arma com a mão é mais que uma metáfora. Daniel Silveira prova isso.

Numa palavra final, o que é uma imunidade? O que é um flagrante? *O que significa ser democrata?* Essa é a pergunta que estamos sendo convocados todos os dias a responder. E que me desculpem os amigos, mas, hoje, ser democrata é defender os princípios que seguram o Direito. O paradigma constitucional do qual tudo depende.

Ser democrata não é um apego textualista — que, por sua vez, é interpretativo, de modo que o textualismo, ainda que fosse bom, não solucionaria o problema...! —, não é fazer malabarismo para criticar "o outro lado" para demonstrar uma isenção.

Criticar o STF que erra em uma situação de poder, legitimamente e com fundamentos? Contem comigo. Fazer esforço para espiolhar erros que sequer o são quando a corte está sistematicamente sob ataque e as instituições nada fazem? Aí, não. Incluam-me fora dessa.

Porque, à pergunta sobre o que significa ser democrata, respondo que é respeitar os princípios que constituem o paradigma constitucional inaugurado em 1988. É defendê-los daqueles que querem fazer ruir o pacto que inaugurou esse paradigma: *Danieis e cia., gente que usa a democracia para extinguir a democracia*. É esse o "outro lado"? Que não admite a legitimidade do "nosso lado"?

Sou um amigo da corte. Não deste ou daquele ministro, desta ou daquela composição. Não. Sou *amicus epistemicus curiae* do Supremo Tribunal Federal enquanto Supremo Tribunal Federal-instituição. Tivesse o Supremo errado, acreditem, viria aqui dizer isso. Porque amigos dizem a verdade. Defender o Supremo não é "passar a mão na cabeça".

Enquanto se diz "o deputado cometeu vários crimes, mas..." (o "fator oração adversativa"), nossa dogmática jurídica segue um velho rito — *que parece não ser de passagem, é de permanência* — que é: livre convencimento, livre apreciação, rol taxativo de suspeição, júri decidindo por íntima convicção, leis a toque de caixa e sem prognose.

5) O criterialismo "aplicado"

Explico com mais detalhes. O que quero dizer, respeitosamente, é que, por vezes, a dogmática jurídica corre o risco de fazer aquilo que Warat dizia: "Próteses para fantasmas". Ele dizia que a dogmática (daquela época!) era pródiga em conceitos tautológicos e categorizações abstratas (sem usar a expressão, critica o agulhão semântico). Trazendo isso para nossos dias, façamos uma reflexão sobre esse caráter criterialista da dogmática: alguém fraudar, por exemplo, o INSS; essa pessoa recebe por 15 anos uma pensão evidentemente indevida — criminosa. Daí descobrem que os documentos eram falsos. Mas o sujeito recebeu o último benefício no mês



passado, mantendo em erro o INSS todos esses anos. Há decisões de tribunais superiores sustentando que o crime estará prescrito. Permito-me indagar: manter em erro é fato instantâneo? Quer dizer que, se o estelionatário tiver sucesso, não há mais crime, grosso modo falando? Não quero discutir isso aqui, agora. Voltarei ao assunto. *Quero apenas registrar que esse é um bom exemplo do problema representado pelo criterialismo.* Primeiro conceituamos e, depois, interpretamos... para chegarmos ao lugar que previamente havíamos fixado como nosso objetivo.

Depois nos queixamos quando um tribunal diz: "*Primeiro decido, depois busco o fundamento*". Bom, na verdade, o realismo jurídico é isso mesmo. Questão de poder. E a doutrina deveria ser um modo de limitar.

Enfim, quis trazer algumas reflexões acerca do valor da epistemologia (e dos obstáculos epistemológicos). É o que importa. O caso do deputado é só o pano de fundo. Secundário na discussão.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-mar-04/senso-incomum-obstaculos-epistemologicos-dificultam-compreensao-daniel/>