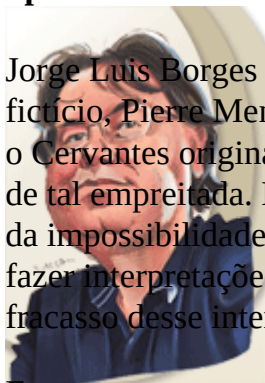


Senso Incomum: A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil

Spacca



interpretação: desvelando as obviedades do óbvio

Jorge Luis Borges escreveu em 1944 um texto intrigante (e qual dele não seria?) no qual um personagem fictício, Pierre Menard, escreveu três capítulos do *Don Quijote*. A empreitada de Menard era reescrever o Cervantes original. Borges conduz o conto de forma assaz sarcástica, demonstrando a impossibilidade de tal empreitada. Mas, mesmo que fosse possível, o mesmo texto trazia sempre novos sentidos, em face da impossibilidade de sequestrar o tempo e a história. No Direito, ainda hoje se acredita que é possível fazer interpretações cronofóbicas, factumfóbicas e ahistóricas. O personagem Menard já mostrava o fracasso desse intento. Uma frase derruba tudo isso: o tempo é o nome do ser (Heidegger).

Escrevemos por quê? Porque a escrita é o fracasso da memória. Se nossa memória fosse perfeita, não necessitaríamos registrar as coisas. Nem tirar fotos. Li outro dia um comentário ao Pierre Menard borgiano nessa linha. Ali dizia: fôssemos capazes de pensar todas as ideias possíveis, não precisaríamos escrever e nem registrar o que pensamos. Por isso, na visão do narrador (Menard), a escrita é um monumento ao nosso fracasso de não conseguirmos pensar nada além de nossas próprias ideias (<http://revistaheresia.com.br/?p=27>). Acrescento: se existisse um mapa perfeito, não precisaríamos do mapa. Por isso, estamos condenados a interpretar. Um livro fala de outros livros, como diz o personagem de *O Nome da Rosa*, de Umberto Eco. Não há grau zero. Não há a primeira palavra, dizia Gadamer (e nem a última). Como Sísifo, estamos condenados a rolar a pedra dos sentidos até o alto da montanha; e quando achamos que deles nos apropriamos, somos empurrados de volta ao começo.

Carregando pedras. E fincando raízes

Pois é carregando pedras que hoje volto a um assunto que me é muito caro. Não vou reescrever a mim mesmo. Como em Menard, mesmo que meu texto fosse exatamente igual ao que escrevi anos antes, o sentido dele, a “sua norma”, seria outro. Pronto. Já disse o que vou fazer. Sintaticamente, vou me repetir em alguns parágrafos. Pragmaticamente, o contexto temporal, factual e histórico inexoravelmente será outro. E os meus leitores, mesmo os que já leram, já são outros, porque banhados em outra água do rio... Venho contando a estória da *katchanga* de há muito. Aulas, palestras... Internet. Talvez o personagem Menard signifique “fixem o sentido do *Quijote*”. Pois é. Repetição — ainda que nunca se possa dizer a mesma coisa com as mesmas palavras (aqui homenageio o grande filósofo Ernildo Stein) — é também uma forma de fincar raízes.

Prefiro pecar pelo excesso a pecar pela omissão. Hoje, quando a cada dia perdemos nossa capacidade de indignação e quando nossas críticas são encobertas por um “mundo de significados de balcão”, torna-se necessário, até por um, digamos assim, “dever cívico”, criticar, criticar e criticar, desobnubilando as obviedades do óbvio. Heideggerianamente, se o nada é o véu do ser, temos que nadificar esse nada, para que a coisa seja desvelada, fazendo uma *a-letheia*. Ou, homenageando o grande antropólogo Darci Ribeiro: Deus é tão treteiro, faz as coisas tão recôndidas e sofisticadas, que ainda precisamos dessa classe de gente, os críticos, para “desvelar as obviedades do óbvio”, ainda que a palavra “óbvio” seja usada, aqui, eufemisticamente. Se me entendem...

A estória de um jogo... A metáfora da interpretação



Então, sigo. Pedi um trabalho sobre princípios e regras para os meus alunos no mestrado em Direito. Alguns dos *papers* vieram com uma *estorinha* que servia para criticar a ponderação e uso dos princípios. A *estória* que apresentaram era a *Katchanga* (Real), que, segundo eles, circulava na internet. Alguns, mais velhos, já tinham ouvido eu contar essa *estorinha* há muitos anos atrás. No mínimo há 15 anos. Pois, como poderemos perceber, mais recentemente a *estória* da *Katchanga* ganhou “novos foros”, longe daquilo que significava originalmente. Com “C” ou com “K”, os alunos que usaram a *estória* tinham a convicção de que, ao convocarem a *estorinha*, estavam sendo altamente críticos. E aqui me pareceu oportuno intervir.

A *estória* da *Katchanga* foi inventada pelo saudoso Luis Alberto Warat. Ele a chamava de “O Jogo da *Katchanga*...” (ele não falava português; retrabalhou os “escravos de Jô”, que jogavam “caxangá”... no seu portunhol, virou *katchangá* e, depois, simplesmente *katchanga*). Discuti muito em sala de aula e contei várias vezes a *estorinha* em conferências. Warat contou a *estória* para metaforizar (e criticar acidamente) a dogmática jurídica. Afinal, dizia “a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas”. E quando alguém consegue entender “as regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo... (veja-se como o STJ consegue, em um dia, dizer que um furto de R\$ 85 não é insignificante e, no outro, dizer que uma sonegação de R\$ 3.296,00 é bagatela...). Ela, por si — acrescento — é decisionista, no sentido da “vontade do poder” (*Wille zur Macht*). Mas, vamos a *estória*: existia um Cassino que aceitava todos os tipos de jogos. Havia uma placa na porta: aqui se jogam todos os jogos! Isto é, não havia nada que ficasse de fora do “sistema de jogo” do Cassino. Tratava-se de um Cassino *non liquet* (na verdade, vedação de *non liquet*). Um Cassino que era um sistema aberto e fechado ao mesmo tempo (prato cheio não só para hermenêutas, como também para sistêmicos, como Marcelo Neves, Germano Schwartz, Willis Santiago Guerra Filho e Leonel Severo Rocha, este último meu interlocutor, juntamente com Warat, Albano Pêpe, Ernildo Stein e Sérgio Cademartori). Poderíamos chamar esse “sistema do cassino” de uma espécie de “Cassino Fundamental” (um *Grundcassino*, a exemplo da *Grundnorm* kelseniana?)...! De uma forma mais sofisticada, pressupõe-se que “todos os jogos segam jogados”, ou algo nessa linha. As derivações são múltiplas, pois.

De como a dogmática jurídica aceita todos os jogos

Pois bem. Chegou um forasteiro e desafiou o *croupier* do cassino, propondo-lhe o jogo da *Katchanga*. Como o *croupier* não poderia ignorar esse tipo de jogo — porque, afinal, ali se jogavam todos os jogos (lembramos da vedação de *non liquet*) — aceitou, ciente de que “o jogo se joga jogando”, até porque não há lacunas no “sistema de jogo”.

Veja-se que o dono do Cassino, também desempenhando as funções de *croupier*, sequer sabia que *Katchanga* se jogava com cartas... Por isso, desafiou o desafiante a iniciar o jogo, fazendo com que este tirasse do bolso um baralho. Mais: o desafiado (*Grundcassinero*) também não sabia com quantas cartas se jogava a *Katchanga*... Por isso, novamente instou o desafiante a começar o jogo.

O desafiante, então, distribuiu 10 cartas para cada um e começou “comprando” duas cartas. O desafiado, com isso, já aprendera duas regras: 1) *Katchanga* se joga com cartas; 2) é possível iniciar “comprando” duas cartas. Na sequência, o desafiante pegou cinco cartas, devolveu três; o desafiado (*croupier ou Grundcassinero*) fez o mesmo. Eram as regras seguintes.

Mas o “*Grund*” (passemos a chamá-lo assim) não entendia o que fazer na sequência. O que fazer com as



cartas? Eis que, de repente, o desafiante colocou suas cartas na mesa, dizendo *Katchanga*... e, ato contínuo, puxou o dinheiro, limpando a mesa. *Grund*, vendo as cartas, “captou” que havia uma sequência de três cartas e as demais estavam desconexas. Logo, achou que ali estava uma nova regra.

Dobraram a aposta e... tudo de novo. Quando *Grund* conseguiu fazer uma sequência igual à que dera a vitória ao desafiante na jogada primeira, nem deu tempo para mais nada, porque o desafiante atirou as cartas na mesa, dizendo *Katchanga*... Tinha, desta vez, duas sequências...! Dobraram novamente a aposta e tudo se repetiu, com pequenas variações na “formação” do carteadado. *Grund* já havia perdido quase todo o dinheiro, quando se deu conta do óbvio: a regra do jogo estava no enunciado “ganha quem disser *Katchanga* primeiro”. Bingo!

Pronto. *Grund* desafiou o forasteiro ao jogo final: tudo ou nada. O Armagedom! Todo o dinheiro contra o que lhe restava: o Cassino. E lá se foram. O desafiante pegava três cartas, devolvia seis, buscava mais três, fazia cara de preocupado; jogava até com o ombro... *Grund*, agora, estava tranquilo. Fazia a sua performance. Sabia que sabia! Ou pensava que sabia que sabia...!

Quando percebeu que o desafiante jogaria as cartas para dizer *Katchanga*, adiantou-se e, abrindo largo sorriso, conclamou: *Katchanga*... e foi puxar o dinheiro. O desafiante fez cara de “pena”, jogando a cabeça de um lado para outro e, com os lábios semicerrados, deixou escapar várias onomatopeias (tsk, tsk, tsk)... Atirou as cartas na mesa e disse: *Katchanga* Real!

Moral da estória: esperteza não quer dizer “estado de natureza”

Moral da estória: a dogmática jurídica sabe tudo, tem — sempre — todas as saídas, mas sempre sobra algo!!! Os sentidos não cabem na regra. A lei não está no direito, e vice-versa. Não há isomorfia. Há sempre um não dito, que pode ser tirado da “manga do colete interpretativo”. Esse é o papel da interpretação. Para o “bem” e para o “mal”...!

Mas, luz amarela, atenção: a *estória* era para mostrar o paradoxo que representa o fenômeno “dogmática jurídica”, com seu “pretensso sistema fechado” e os modos de derrotá-la. Ou não. Dizia-se (eu repetia muito isso pelo Brasil afora): você tem que saber jogar a *Katchanga*... (Real!). Portanto, não basta pensar que aprendeu jogar a *Katchanga*. O jogo é mais complexo, uma vez que a própria *Katchanga* Real representa um problema.

Explico. Quando a *estória* foi criada, não imaginávamos o “estado de natureza hermenêutico” provocado pelas teorias voluntaristas (mormente as pan-principalistas que se multiplicaram Brasil afora, essa fábrica de princípios que provoca um autêntico *bulling* hermenêutico...!). Nem de longe poderíamos imaginar essa onda “solipsista” que se espalhou pós-Constituição de 1988, principalmente nos últimos 10-12 anos. Sendo mais específico: em um Estado dito Democrático de Direito, a tarefa interpretativa (*applicatio*) da magistratura é argumentar dentro dos parâmetros dos mundos constitucionalmente possíveis. Em parte, lutava-se nas brechas da institucionalidade, para encontrar vaguezas e ambiguidades, como analíticos que éramos. Mesmo após o advento da Constituição, levamos alguns anos para compreender o novo paradigma e a própria autonomia que o direito adquirira. A “função” da *Katchanga* se alterara... E muito! Por exemplo, a crítica ao positivismo se alterou profundamente; passamos a nos preocupar com o discricionarismo e os ativismos. Só que parcela considerável dos *juristas* ainda não se deu conta disso, o que é profundamente lamentável. Com efeito, essa discussão está

muito atrasada em *terrae brasilis*.

Prossigo. Andante. Mesmo depois da Constituição, usei a metáfora várias vezes, já dando a ela uma “roupagem mais hermenêutica”. Na verdade, sempre a relatei para evidenciar o papel criativo da hermenêutica. Queria mostrar que o texto jurídico não é plenipotenciário. Lá adiante, na fusão de horizontes, levando em conta a *Wirkungsgeschichtliches Bewußtsein*, há um algo que se manifesta. Como falei antes, há sempre um não dito, que deve ser descoberto (desde a primeira edição do *Hermenêutica Jurídica e[m] Crise* — da década de 90, trabalho com as três dimensões: *Erschlossenheit*, *Entdeckenheit* e *Unverborgenheit*). Como diz Gadamer, “ser que pode ser compreendido é linguagem”. A linguagem não abarca tudo. Sempre sobra “um real” ainda não dito. Eis aí a questão do des-velamento (*Unverborgenheit*).

Assim, em um primeiro momento a *Katchanga* Real era, efetivamente, o salto para além do exegetismo (ou do paleojuspositivismo, para homenagear Ferrajoli — ver o livro *Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo*, Livraria do Advogado, 2012). Em um segundo momento, a *Katchanga* poderia ser um perigoso elemento de, sob pretexto de superar o exegetismo, transformar-se em um álibi para poder “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”... Algo que o voluntarismo interpretativo de *terrae brasilis* fez e faz. Basta ver a pan-principiologia...essa bolha especulativa de princípios que assola a pátria. Afinal, se princípios são normas — e deve haver já mais de 2.000 dissertações e teses que dizem isso —, qual é a normatividade de “princípios” (*sic*) como o da confiança do juiz da causa, da verdade real, da instrumentalidade, da cooperação processual, da ausência eventual do plenário, etc.?

Percebe-se, assim, o modo como a *estória* contada por Warat se encaixa perfeitamente ao modo como (ainda) opera a dogmática jurídica, que sobrevive a partir do senso comum teórico dos juristas (que ele também caricaturava como o “monastério dos sábios”). Talvez a dogmática tenha até se aprimorado (tenho referido, de uns oito anos para cá, que a dogmática jurídica passou por uma “adaptação darwiniana”, porque até mesmo os juristas mais “tradicionais” “descobriram” que as palavras da lei são vagas e ambíguas, coisa que denunciávamos desde o início dos anos 80, quando nem se falava ainda em Constituição; junto a isso houve a descoberta da “era dos princípios”).

Registre-se, por relevante, que autores contemporâneos a Warat, como é o caso de Tércio Sampaio Ferraz Jr., oferecem uma excelente descrição para a dogmática jurídica que possui essas mesmas características. Tércio, já há mais de 30 anos, em específico, retrata a dogmática como técnica, dominação e decisão que se desenvolve a partir da confluência de três fatores históricos específicos: o método dos glosadores/comentadores do século XII e seguintes; a concepção sistemática que emerge das correntes do jusnaturalismo racionalista; e as construções teóricas do final do século XIX e início do século XX, mais especificamente a discussão em torno da polêmica “jurisprudência dos conceitos vs. jurisprudência dos interesses”. Tércio aponta para o fato de que todo saber dogmático que se constitui no direito tem como polo unificador a necessidade da decisão.

Em termos mais simples: o que diferencia o nosso direito de outros direitos existentes em outras culturas e outros tempos históricos é, exatamente, a impossibilidade de “decisões salomônicas”, como bem lembra João Maurício Adeodato. A vedação de *non liquet* impõe à dogmática uma espécie de tarefa: os problemas jurídicos precisam de uma solução decisional. Essa é a questão. A *Katchanga*, no fundo, representa esse fator de decisão que, como desmascarava Warat, não pode ser encontrada a partir de uma

análise pedestre dos textos que compõem os códigos e a legislação de uma maneira geral. Há uma plêiade de fatores a influenciar a decisão que ficam de fora dessas análises estritas do fenômeno jurídico e do modo de se retratar, tradicionalmente, o papel da dogmática jurídica.

Por certo que, atualmente, nossa tarefa, enquanto viventes de uma democracia constitucional, é criar as condições para a extirpação de qualquer tipo de decisionismo. E a *Katchanga* Real, pós-exegética, corre o risco — efetivo — de ser decisionista, discricionária, solipsista, arbitrária... Exatamente por isso é que já não a uso de há muito, em face desse alto fator de risco deciso-solipsista que parcela da doutrina assumiu, recepcionando, equivocadamente, a *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores), a Teoria da Argumentação Jurídica, que se transformou na “pedra filosofal da interpretação” (d’onde a disseminação descriteriosa da ponderação de valores) e um certo realismo jurídico, problemática que explico em trinta páginas na introdução da 4ª Edição do *Verdade e Consenso*, para onde me permito remeter o fiel, crítico e inteligente leitor desta coluna hebdomadária. Por isso, minha cruzada, de há muito, está assentada na necessidade de se criar anteparos à atividade decisória, num contexto democrático de legitimação (é a Teoria da Decisão que proponho). Uma justificação que, com Dworkin, podemos dizer que deve ser a que melhor retrata o direito da comunidade política como um todo.

Concluindo: de como a crítica corre o risco de vitimar a sua construção

Numa palavra: estórias não pertencem a ninguém. Podem ser utilizadas à vontade. Só que cada uma tem uma “história institucional”, cujo contexto devemos respeitar. Lembremos Borges e seu Pierre Menard. A estória da *Katchanga* Real não pode representar um “ponto cego”, porque corre o risco de vitimar sua construção (quando alguém diz “decido conforme minha consciência” ou “decido conforme os valores escondidos debaixo da lei”, “decido conforme a razoabilidade”, “decido conforme a consciência”, “em nome do interesse público”, etc., já estamos em face desse “ponto cego”, vitimados pela arbitrariedade interpretativa!). A *Katchanga* não “resolve” o problema da crítica à ponderação à brasileira. Não basta dizer “estão katchangando”, se quem pronuncia a frase está igualmente a *katchangar*... No máximo, está-se criando um paradoxo... E, como se sabe, paradoxos são coisas sobre as quais não podemos decidir. Portanto, a *katchanga* é muito mais do que isto. Não basta dizer que essa “ponderação à brasileira” está assentada em uma espécie de “pedra filosofal da interpretação”, que se chamaria *Katchanga* Real. O problema é bem mais complexo, porque reside na própria Teoria da Argumentação Jurídica e, em consequência, na *Abwägung* (ponderação). Ou seja, não dá para pensar que, fosse bem utilizada, a ponderação seria a saída para a irracionalidade decisional...

Ora, na verdade, o que deve ser dito é que a ponderação à brasileira não é uma representação de uma “teoria da *Katchanga*” (*sic*), mas, sim, ela própria é a *Katchanga* no modo como “a joga” a dogmática jurídica. Ela representa uma forma de decidir, e afirmar, assim, o *non liquet*. O “mito Katchangal” está presente na própria teoria de Alexy e no elemento decisionista inerente ao seu procedimento ou fórmula da ponderação. Se é verdade que criamos uma “ponderação à brasileira”, também é verdade que há fortes traços discricionários e voluntaristas na *Abwägung* original (que, aliás, constou inicialmente na *Interessenjurisprudenz*, de Philipp Heck, setenta anos antes de Alexy ter escrito a sua TAJ).

No fundo, a defesa da discricionariedade já é a adoção da *Katchanga* Real. Pela simples razão de que é o *sub-jectum* que definirá o sentido. E os critérios ele busca(rá) na “certeza de si do pensamento pensante”. Esse é o ponto central. E encerro: ponderação e a discricionariedade são irmãs siamesas, bastando lembrar, aqui, das agudas e azedas críticas que Müller e Habermas fazem à ponderação. Tudo isso serve



também para o “enquadramento” das teses como “o livre convencimento”, “instrumentalismo processual” etc. E alertar a comunidade jurídica sobre essa “novilingua” — para lembrar o papel da linguagem em Orwell, no seu *1984* — que deu um novo nome ao solipsismo no Brasil: ele passou a ser chamar “ponderação”, mas que pode ser substituída por *Katchanga Real*.

Mas pode haver muito mais na *estória da Katchanga (Real)*. Nela, é possível ver (também) fortes traços de nominalismo e pitadas da velha sofística (lembremos dos comentários de Bloom aos textos de L. Carroll). Meu interesse em (re)contar o “mito” da *Katchanga* é denunciar esse viés pragmati(ci)sta presente na invocação que o jogador faz da *Katchanga Real*. É uma forma de positivismo, porque estabelece um grau zero de sentido. O nominalismo era (e é) isso. Todo positivismo é pragmaticista, assim como o nominalismo também o é. Positivismo e nominalismo andam juntos. A convocação da *Katchanga Real* é uma forma de estabelecer a vontade do poder (*Wille zur Macht*). Busquemos, novamente, o personagem Humpty Dumpty, de *Alice Através do Espelho*. Discutindo sobre o papel do “desaniversário”, pelo qual haveria 364 dias destinados ao recebimento de presentes em geral e somente um de aniversário, Humpty Dumpty diz para Alice: é a glória para você. Ela responde: não sei o que quer dizer com glória, ao que ele, desdenhosamente, diz: “Claro que não sabe...até que eu lhe diga. Quero dizer ‘é um belo e demolidor argumento para você’”. Mas, diz Alice, “glória não significa ‘um belo e demolidor argumento’”. E Humpty Dumpty aduz: “Quando eu uso uma palavra, ela significa exatamente o que quero que ela signifique: nem mais, nem menos”. Observe-se bem essa frase final do personagem nominalista de Lewis Carroll... A palavra “glória” significa o que ele quer que signifique... Quando o STJ diz, em outras palavras, que “onde está escrito 15 dias, leia-se 15, mais 15, mais 15” (caso das escutas telefônicas), ele está dizendo: “dou as palavras os sentidos que quero”! Quando o TST diz “não recebo o recurso porque falta um centavo”, ele está dizendo “eis um belo e demolidor argumento”... Quando o STF diz que o não cumprimento do artigo 212 é nulidade relativa, ele está dizendo, em outras palavras: “a palavra nulidade significa o que nós queremos que ela signifique”. “Nem mais, nem menos”!

É o fim “demolidor” de uma discussão! Assim como é a *Katchanga (Real)*. Ou não! Dependerá do grau de compreensão que o utente tenha sobre a grande angústia contemporânea: afinal, o que é isto — o positivismo jurídico? O que é isto — a interpretação? O que é isto — o poder?

Date Created

28/06/2012