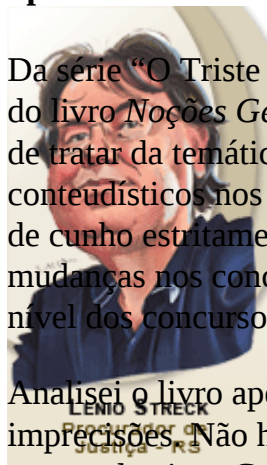


Senso Incomum: A hermenêutica e o cadáver plantado no jardim

Spacca



ior...

Da série “O Triste Fim”, vimos o “fim” (no sentido da decadência) da ciência jurídica *lato sensu*. Tratei do livro *Noções Gerais de Direito e Formação Humanística* ([clique aqui para ler](#)), que tem a pretensão de tratar da temática prevista na Resolução 75 do CNJ, que institucionalizou novos parâmetros conteudísticos nos concursos para a magistratura nacional. Mostrei — a partir de uma *anamnese* de cunho estritamente acadêmico — que, seguindo o que consta no livro, não poderíamos esperar mudanças nos concursos públicos. Ao contrário: seguindo o que consta na obra, com certeza piorará o nível dos concursos e dos seus utentes.

Analisei o livro apenas até a página 120. Registro que qualquer obra pode conter equívocos e imprecisões. Não há livro imune a isso. Além disso, uma obra com pretensão científica sempre conterá pontos de vista. Cada autor pode ter o seu. Minha crítica não é em nenhum desses sentidos. Minha *anamnese* se refere não a espiolhar frases que contenham erros, e, sim, àquilo que vai contra qualquer perspectiva já cunhada pela tradição científica.

É mais ou menos o seguinte: por mais que respeite quem acredite em “criacionismo”, não é possível aceitar que o mundo tenha sido criado há apenas 5 ou 6 mil anos atrás... Ou: você pode até dizer que “ponderação” é princípio... Mas isso não transforma a *Abwägung* (esse é o nome da “coisa”) em um princípio, porque, como se sabe — e isso não é “culpa” minha — trata-se de uma regra... E o resto não é preciso explicar. Antes que alguém diga: mas a obra não fala em criacionismo... Eu sei. Apenas disse isso para exemplificar. É como usar metáforas, que servem para explicar melhor as coisas...

Devidamente de acordo com os objetivos da crítica, podemos continuar.

E houve o verbo...

Mas veio o dilúvio e alguns juristas não conseguiram entrar na arca. É somente na página 141 que surge a primeira referência a um autor^[1] (Hans Kelsen e a sua Teoria Pura) e, infelizmente, nem nesse ponto os autores acertam, pois afirmam que, mesmo já passado um bom tempo desde o fim da II Guerra Mundial, o “modelo teórico predominante no estudo do Direito é o *positivismo jurídico* ou *normativo*”. Ao que parece, é como se não tivéssemos superado Kelsen há (várias) décadas e Alexy e Dworkin (para citar apenas estes, uma vez que poderíamos acrescentar Tércio Sampaio Ferraz Jr, Fr. Müller, Luis Fernando Coelho, Luis Alberto Warat e outros mais jovens, como Wilson Engelmann, Luis Fernando Barzotto, Walber Araujo, João Mauricio Adeodato, Dimitri Dimoulis e tantos outros que escrevem sobre o tema) nunca tivessem escrito uma linha sobre o conceito de positivismo.

Uma indagação: Positivismo jurídico é o mesmo que “positivismo normativo”? Enfim, a obra confunde o gênero (positivismo jurídico) com uma de suas espécies (positivismo normativista), ignorando, por exemplo, o positivismo exegetico.

A dogmática (e sua vulgata) falando...

Os autores partem da ideia de que a hermenêutica “é a teoria que tem por objeto o estudo das técnicas (regras, métodos) aplicáveis à interpretação do Direito”



(p. 166). Não teriam querido dizer “tem por *objetivo*? De todo modo, vendo essa frase e o seu contexto, percebe-se que os autores não chegaram nem em Fr. Schleiermacher, quando este fala de hermenêutica. Com grande esforço, pode-se colocar a análise dos autores na fase da hermenêutica como técnica, em que se dividia em jurídica, teológica e filológica.

Ainda no item “*conceito de hermenêutica*”, descrevem que “a) o Estado é fonte exclusiva do Direito; b) o Direito identifica-se com a legislação; c) a legislação instaura a mutabilidade contínua nos conteúdos do Direito” (p. 167). O que isso tem (ou teria) a ver com a hermenêutica? Não seria a hermenêutica que instaura — e propicia — a mutabilidade?

Na mesma página, veja-se o seguinte enunciado: “*Esses aspectos imprimiram à hermenêutica jurídica um caráter essencialmente dogmático.*” Ora, poderíamos dizer muitas coisas sobre a hermenêutica, por exemplo, de que, em uma de suas vertentes, (Gadamer), ela é filosófica. Entretanto, o que é incompreensível é dizê-la “dogmática”. Em que sentido os autores utilizaram a palavra “dogmática”? Ou seja, a partir da necessidade de dogmatizar algo complexo — parece ser essa a ideia dos autores —, acabam, ironicamente, por tratar um assunto denso como sendo uma “dogmática de manual”. Qual seria o propósito disso?

Mais: discutindo hermenêutica, como dizer que “*Direito se identifica com a legislação*”? O que a hermenêutica tem a ver com a exegese ou com a jurisprudência dos conceitos (*Begriffjurisprudenz*)? Sim, porque dizer, na conceituação de “hermenêutica”, que “Direito se identifica com a legislação” só pode dizer respeito ao século XIX...

A língua morre...

Sigo. Andante.

Depois de os professores tratarem do dualismo entre objetivismo e subjetivismo na hermenêutica (*sic* – de qual hermenêutica?), o livro traz a superação (*sic*, de novo) dessa dicotomia. Cito: “*Na verdade, primeiro se alcança o sentido das palavras da norma (se interpreta) e só depois se verifica os (normativamente) relevantes fatos reais. É apenas possível reconhecer o sentido normativo dos fatos que, por hipótese, determina a vontade da lei (voluntas legis), depois de aplicar a norma (já interpretada à realidade)*” (p. 175).

Veja-se a confusão e/ou a mixagem teórica. “*Primeiro se alcança o sentido das palavras da norma*”. O que seria “norma” para eles? A expressão “norma” é usada no sentido de regra ou princípio? Ou no sentido de Friedrich Müller, de que “a norma é o produto da interpretação do texto”? Dando de barbada de que, para a hermenêutica clássica (ou seus adeptos), primeiro há uma *subtilitas intelligendi*, depois uma *subtilitas explicandi* e, só depois, a *subtilitas applicandi* (conforme *Wahrheit und Methode*) ainda assim fica um *gap* para uma das “fases do processo interpretativo”. Não quero ser chato — ou já sendo (a chatice, aqui, é, digamos assim, “epistemológica”^[2]) — mas, convenhamos, esse é um assunto muito complexo. Não pode ser tratado de maneira simplificada. Aliás, é incrível como proliferam obras simplificadoras em *terrae brasilis*. Tenho sempre indagado: você se operaria com um médico que tenha escrito ou estudado em livros do tipo “operação cardíaca simplificada”? Não? Ah, bom.

Mais: o que são “*fatos reais*”? E o que a *voluntas legis* tem a ver com isso? Tratariam os autores de uma concepção “objetivista da filosofia”? Vou reproduzir de novo o enunciado proposto pelos autores: “*É apenas possível reconhecer o sentido normativo dos fatos que, por hipótese, determina a vontade da lei (voluntas legis), depois de aplicar a norma (já interpretada à realidade)*”



Então?

(In)Coerência terminológica...

Se antes os autores falaram em *voluntas legis* (veja o enunciado anterior), na sequência aparece o conceito de linguagem: “A linguagem é um sistema de símbolos (palavras) artificiais elaborados por seres humanos. Nesse sentido, pode-se afirmar que todos os símbolos (palavras) são convencionais; isto é, a conexão entre o símbolo e o que ele simboliza é produzida por seres humanos mediante acordo ou uso.”(p. 175)

Peço um pouco de paciência aos leitores. Essa afirmação, assim, categórica e definitiva, encobre e entulha uma discussão milenar sobre o problema da linguagem, que repercute diretamente no modo de compreender o fenômeno jurídico. E vejam como isso acaba por operar uma espécie de drible no próprio utente da obra, que se submeterá ao concurso público. Vejamos: imaginemos que, em um certame específico, o examinador de filosofia e teoria do Direito resolva fazer uma pergunta sobre “a questão da linguagem”. Como responderia o concursando que consultou a referida obra? Do modo como os professores conceituaram “linguagem”, a dimensão foi enviada para a discussão constante no diálogo *Crátilo*, de Platão. Mas, pergunta-se: para onde foi toda a complexidade do confronto das posições naturalista e convencionalista da linguagem? E a tentativa de uma síntese conciliadora encaminhada por Platão, pela boca de Sócrates? Nada disso é apresentado ou retratado.

Aliás, tudo isso é ignorado, assentando-se, de plano, a opção (que parece ser fora de dúvida) pelo convencionalismo. E isso sem falar de toda discussão contemporânea da Hermenêutica Filosófica, no interior da qual a linguagem assume a condição de existencial, como aparece na clássica frase de Gadamer: *Ser que pode ser compreendido é linguagem...* Ainda, para os autores, linguagem é apenas símbolo, palavra, o que também representa um grave retrocesso sob a perspectiva filosófica: com todos os avanços trazidos pela viragem ontológico-linguística, a linguagem assume um papel não mais apenas reduzido a um “sistema de palavras elaborado pelos seres humanos”. Como já referido acima, a linguagem é a condição que nos dá possibilidade de nos movimentarmos no mundo, sendo, portanto, um existencial. Aqui, uma nota: não é que a linguagem deva ser, necessariamente, entendida como a que estou dizendo... Há vários paradigmas que tratam da linguagem e de seu papel. O que estou, digamos assim, cobrando — em face da pretensão da obra (afinal, servirá para concurso público para juízes) — é que sejam apresentadas aos utentes as diversas concepções. Para ser mais simples ainda: o convencionalismo linguístico não é a única forma de tratar do assunto...!

Ainda: “A interpretação jurídica consiste em um poder de violência simbólica que tem por objetivo uniformizar o sentido da norma jurídica, visto que não é possível uma interpretação unívoca de um texto, expresso em termos vagos e ambíguos.”(p. 186) Ok. Vejo o aparecimento de Pierre Bourdieu (embora sem referência explícita) e o poder de violência simbólica. Mas, se hermenêutica é uma técnica, se os autores falam em *voluntas legis*, o que tem a ver a crítica de Bourdieu? De novo aparece o conceito de norma. O que é norma para os autores?

Finalmente, os autores vão dizer que “Não é possível confundir hermenêutica com exegese. Embora em sentido amplo as palavras se confundam, em sentido estrito a hermenêutica tem um sentido filosófico e a exegese, um sentido empírico (prático). Enquanto a hermenêutica formula preceitos, a exegese busca a solução dos casos concretos”. (p. 121) Aqui eles se superaram. Sim. Muito. Em sentido amplo “as palavras se confundem”? Quem disse isso? Se, em sentido estrito (sic) a hermenêutica tem um sentido

filosófico, em que sentido, pelas barbas do profeta, que ela, a hermenêutica “formula preceitos”? A exegese busca a solução dos casos concretos... Claro. Evidente. E a hermenêutica, não? Para que serve isso, “a hermenêutica”?

Já que o conceito de hermenêutica (sic) já foi devidamente explicado pelos autores, eles, na sequência, sustentam que “*As funções da interpretação são: a) conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais; b) estender o sentido da norma às relações novas; c) dar o alcance do preceito normativo para que corresponda às necessidades sociais; d) garantir intersubjetividade. O intérprete e o legislador provendo o sentido, um significado objetivamente válido*”. (p. 121)

Intrigante... Se toda a abordagem dos autores está assentada no esquema sujeito-objeto (que separa palavra e coisa, consciência e mundo etc.), por que, a essa altura, eles se lembraram da intersubjetividade? E mais: se a linguagem é convencionalista — como afirmaram taxativamente os professores — de que modo é possível falar em *intersubjetividade* na interpretação? Ora, o paradigma da intersubjetividade é o paradigma da linguagem, do *linguistic turn* (não é porque eu quero ou digo; é porque há uma tradição explicando isso...). Não é a interpretação que garante a intersubjetividade, mas, antes, a intersubjetividade é que possibilita a interpretação. Interpretamos o mundo porque compartilhamos sentido. Nesse sentido, vai, aqui, uma “colher de chá”: E este compartilhamento de sentido se dá intersubjetivamente. Uma interpretação que não ocorra a partir de um paradigma intersubjetivo, em que a relação se dá sujeito-sujeito, conduz a uma postura arbitrária de quem julga, porque mantém a relação sujeito-objeto, de extração do sentido (que está pronto, assentado, seja da essência da coisa ou da consciência do sujeito, portanto, sua aplicação será descontextualizada). Neste sentido, é a intersubjetividade que garante uma (boa) interpretação (embora isso desagrade a alguns, permito-me remeter os leitores ao *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*; aqui, sou obrigado a fazer isso).

Neokelsenianismo...

Em tempos de pós-positivismo, nada melhor que uma *imitatio* de Kelsen: “*A interpretação não conduz a uma única solução correta, mas a várias soluções de igual valor. Normalmente uma delas se torna direito positivo por ato de escolha do órgão aplicador*.” (p. 121)

Aqui, sou tomado por certo espanto (e faço-o com toda a lhanza)... Ora, se todas as soluções possuem o mesmo valor, já não faz mais sentido falar em “valor”, uma vez que a atividade valorativa exige comparações e escalonamentos (em outras palavras: *se tudo é, nada é...*). Mas, para além desse problema, por assim dizer, vernacular, vejamos o seguinte: os autores parecem admitir uma velha crença, a de que é possível imaginar respostas antes das perguntas. Esse é um problema comum que vai às origens do *homo juridicus*.

Permito-me, aqui, dar outra “colher de chá”: Kelsen não se preocupava com o problema da decisão judicial, pois considerava a aplicação do Direito uma questão secundária. Estava interessado em trabalhar a ciência do direito a partir de uma postura rigorosa, capaz de afastar todas as impurezas presentes nos discursos sociológicos, políticos e ideológicos que constantemente atravessavam o Direito. Devido às influências recebidas diretamente do Círculo de Viena (sim, o jovem Hans andou por lá tomando chá com os fundadores do *Wiener Zirkel*), Kelsen percebeu que os paradoxos existentes na linguagem comum apenas seriam enfrentados por meio de uma metalinguagem purificadora. Assim, o que realmente interessava para o jusfilósofo de Viena era fazer epistemologia do Direito e não uma teoria que resolvesse os problemas relacionados à racionalidade prática. Como um bom pessimista,



Kelsen não ofereceu resposta para a discricionariedade judicial... E paro por aqui. E nem vou dizer onde trato disso, para não irritar setores da comunidade de leitores (reconheço: sem eles, a Coluna não sobreviveria).

Outra dica: Quem interpreta a partir de uma função institucional específica — como é o caso dos juízes — não pode oferecer qualquer razão ou aceitar qualquer “valor”. É preciso mostrar que a sua interpretação se apresenta como a melhor, a mais adequada, diante do conjunto de princípios que compõem a comunidade política. Se o “tornar-se direito positivo”(sic) depende de um ato de “escolha” (sic) do órgão aplicador, sinto muito, mas, então, não te(re)mos democracia e, sim, uma juristocracia... A propósito: o livro é para concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura. Logo, falar em democracia parece(ria) relevante...!

E o que dizer disso? *“O valor excepcional atribuído ao Direito escrito trouxe como consequência o desejo de aprofundar os estudos sobre a norma (o dogma) e desvendar o verdadeiro alcance e sentido de sua mensagem, A hermenêutica, além de estabelecer as regras técnicas (métodos) de interpretação, passou a se interessar pelo estabelecimento de um sólido fundamento para a teoria da interpretação do direito escrito.”* (p. 168) Aqui, apenas uma pergunta: *A norma é o dogma?* Como assim? Não é necessário continuar.

Numa palavra

Recorrerei a Bertolt Brecht, Cecília Meireles e T.S.Eliot... E o grande Ludwig von Wittgenstein — em sua primeira fase, quando escreveu o *Tractatus* —, que disse que “sobre o que não conseguimos falar, devemos silenciar”...! No momento em que temos a grande oportunidade para colocar nos concursos públicos um grau de sofisticação e reflexão, a dogmática estandardizada entra em campo e faz uma adaptação darwiniana.

Ao invés de olharmos o novo com os olhos do novo, insistimos em olhar a coisa com olhares do velho. O mais paradoxal é que, para os autores, tudo a está a indicar que estão tratando do “novo”. E, para muita gente, isso é “novo”. Lembro, a propósito, de um poema de Brecht sobre “o novo e o velho”. Dizia:

Eu estava sobre uma colina e vi o Velho se aproximando, mas ele vinha como se fosse o Novo. Ele se arrastava em novas muletas, que ninguém antes havia visto... Aí vem o Novo, tudo é novo, saúdem o Novo, sejam novos como nós! E quem escutava, ouvia apenas os seus gritos, mas quem olhava, via tais que não gritavam. Assim marchou o Velho, travestido de Novo, mas em cortejo triunfal levava consigo o Novo e o exibia como Velho. O Novo ia preso em ferros e coberto de trapos; estes permitiam ver o vigor de seus membros. E o cortejo movia-se na noite, mas o que viram como a luz da aurora era a luz de fogos no céu. E o grito: Aí vem o Novo, tudo é novo, saúdem o Novo, sejam novos como nós...”.

Não duvido das boas intenções dos quatro autores, todos — reconheço — professores-doutores com bom currículo.^[3] Longe disso. Mas aqui também busco guarida em Brecht, com um trecho do seu “perguntas a um ‘homem bom’”:

*Bom, mas para que?
Sim, não és venal, mas o ralo
que sobre a casa sai também
Não é venal.*

Nunca renegas o que disseste.

Mas, o que disseste?

És de boa fé, dás a tua opinião.

Que opinião?



Pois é. Com Cecília Meireles, diria:

“Minha primeira lágrima caiu dentro dos teus olhos. Tive medo de a enxugar: para não saberes que havia caído...”.

Mas, perguntaria com T.S.Eliot:

“E o cadáver que você plantou no seu jardim, já começou a brotar?”

[1] Sim, sei que, ao final do livro, há uma listagem bibliográfica. E, desde logo, deixo claro que esta crítica não tem nada a ver com formalismos de citações, regras da ABNT, etc. Minha crítica é, apenas, de conteúdo.

[2] Epistemologia, aqui, não é utilizada no sentido clássico. Ver, nesse sentido, *Hermenêutica e Epistemologia – 50 anos de Verdade e Método*. Stein, Ernildo e Streck, Lenio L. (Org). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

[3] Infelizmente, essa não é a única obra a “dogmatizar” e/ou simplificar a hermenêutica e a teoria do direito. Há muitas outras publicadas – inclusive bem recentemente – com o mesmo intuito de servir de manual para concursos públicos e que fazem da hermenêutica exatamente aquilo que os autores por eles citados rejeitam (por ex., citam Heidegger e Gadamer e concluem com o contrário do que sustentam os filósofos). Trata-se do que eu poderia chamar de um texto autofágico (por exemplo, citam Alexy e falam do “princípio” – *sic* – da ponderação). Refiro-me, aqui, da obra – que nem pretendo analisar – chamada “*Formação Humanística em Direito*, Ed. Saraiva, 2012). E depois reclamam quando eu digo que a dogmática traiu o direito...

Date Created

04/10/2012