

Concurso mistura Savigny com Geny: joga pedra na teoria do Direito!



Lenio Streck
Jurista e Professor

Quem acompanha minhas colunas e meus livros sabe da minha

preocupação com o uso indiscriminado de teorias e posturas no Direito. Sabe também de minha crítica à falta de rigor no trato da teoria do Direito, mormente naquilo que venho denominando de mixagens teóricas. Em *Verdade e Consenso*, nas primeiras 30 páginas explico as diversas recepções teóricas equivocadas feitas pela dogmática jurídica de Pindorama. De forma assistemática, foram sendo importadas e produzindo, por aqui, estragos dos mais variados, como a transformação dos princípios em valores (importação indevida da jurisprudência dos valores — *Wertungsjurisprudenz* alemã), o ativismo norte-americano transplantado sem critérios e a vulgata feita da e a partir da teoria da argumentação jurídica alexiana, fazendo com que a ponderação fosse transformada em uma espécie de “pedra filosofal da interpretação”, atuando como uma espécie de Katchanga Real ou a concha do livro *The Lord of Flies* (O Senhor das Moscas).

Pois parece que o réu não se ajuda muito. E aqui o problema que quero abordar tem um valor simbólico, uma vez que o problema vem de dentro da Universidade (no caso, a Universidade Federal de Pelotas-RS). Com efeito, leio que concurso público para professor efetivo (Proc. 23110.010096/2014-86 Direito Público, Hermenêutica Jurídica e Serviço de Assistência Judiciária (SAJ) 01 vaga — Doutorado em Direito), o programa exigia: 1.A hermenêutica jurídica — definição, razão de ser, finalidade e importância. 2.Os métodos da interpretação jurídica (*gramatical, exegético, histórico-evolutivo, sistemático, teleológico, a livre pesquisa científica*); A interpretação no positivismo de Herbert Hart; A interpretação no realismo jurídico; A interpretação na teoria de direito como integridade de Ronald Dworkin; Interpretação e teoria da argumentação; A interpretação e os princípios jurídicos; Direito constitucional econômico e Princípios explícitos e implícitos da ordem econômica; Garantias e privilégios do crédito tributário e administração tributária. Ilícitos e sanções tributárias; Princípios tributários e limites ao poder de tributar.

No conjunto, caberia registrar a falta de organicidade do edital, porque junta teoria do direito, direito

constitucional econômico, tributário (indo, inclusive, no específico: garantias e privilégios do crédito tributário, além dos limites ao poder de tributar...). Mas não quero discutir essa estranha mistura de temas e os inúmeros gaps. Interessa-me perguntar: o que a banca examinadora quereria dizer com “os métodos da interpretação jurídica – gramatical, exegético, histórico-evolutivo, livre investigação científica...?” Uma perfeita mistura de Savigny com Geny? O que eles têm em comum além dos nomes terminarem em “y”? Trata-se de uma visão rasa acerca do que seja hermenêutica e interpretação do direito, mormente se o Edital exige o título de doutor, o que não é pouca coisa, convenhamos. Ou seja, já que é dinheiro público — tão escasso na República — que está em jogo, gostaria que o Edital fosse mais sofisticado e menos contraditório. Ora, sabemos — pelo menos a partir de teorias mais sofisticadas e contemporâneas e não do século XIX — que essa visão “classificatória” sobre métodos é ultrapassada. É um matusalém epistêmico. De há muito que se sabe que, sob a aparência de uma reflexão científica, criaram-se fórmulas interpretativas que permitiriam: a) veicular uma representação imaginária sobre o papel do Direito na sociedade; b) ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante; c) apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico; d) legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas. De há muito Warat desmi(s)tificou isso. Tais métodos e tantos outros que podem ser inventados são, na prática, quase sempre aplicados como argumentos retóricos para justificação da decisão.

Venho insistindo que não é necessário ir muito fundo na discussão dos métodos. Parece que a teoria do direito em *terrae brasilis* não consegue avançar, em determinados casos, para além do século XIX. O que Savigny (falo nele, porque é nele que a dogmática jurídica aposta quando trata desse tipo de “metodologia” — e parece que o Edital do concurso também; de que outros métodos estaria falando?) tem a ver com isso? Sobre os métodos de interpretação é importante registrar alguns pontos na perspectiva de retirar o debate do lugar comum e tentar lançar um pouco mais de luz nessa discussão. Por exemplo, o “x” da questão para a escola histórica *não estava na interpretação do direito legislado*, mas, sim, na afirmação de um direito que fosse concebido radicalmente como produto da história e que não buscasse aparar a sua autoridade em alguma realidade transcendente. Só aí já temos um problema. Por outro lado, esse direito que encontra sua autoridade na história — ou no “espírito do povo” — não pode ser encarado como simples produto de um legislador racional. Por exemplo — embora o Edital não especifique essa problemática — é equivocado pensar que a Escola Histórica era um positivismo do tipo exegético, assim como é errado pensar que Savigny era um legalista (entendendo por legalista o tipo de experiência que se tem no ambiente francês). Mas isso tem um custo: quando se fala em “seus métodos” (dele, Savigny), assume-se um ônus argumentativo, por assim dizer...

Por isso, muito cuidado quando se fala em método gramatical e, ao mesmo tempo, no exegético (o Edital faz isso). Mais ainda: muito cuidado, porque tudo isso se passou no contexto de um direito que tinha como objeto de estudo algo maior que um simples código estatuído por um parlamento. Era da história que se falava. Quanto ao método teleológico, mais cuidado ainda, porque aí já estamos tratando de algo que vai além, como no caso da formulação do segundo Ihering, aquele que abandona a sistematicidade da escola histórica para ir em direção à finalidade do Direito.

O que o Edital quereria dizer com os métodos gramatical e exegético? Estaria falando de semântica? De sintática? Ora, essa questão (da semântica, assim como a sintática) é bem discutida, mais tarde, no

neopositivismo lógico, no plano da semiótica, quando a sintaxe e a semântica eram a condição para um enunciado ser científico (a pragmática ficava de fora). Pois bem. Sintaxe é análise dos signos com os signos. Isso é método gramatical. Semântica é para além disso. Aliás, para ser bem claro, Kelsen foi um positivista semântico (interessante que o Edital fala apenas no positivismo de Hart, esquecendo, totalmente, por exemplo, do jurista mais polêmico do século XX, Hans Kelsen — e, assim, o Edital põe tudo por terra). A propósito, para não esquecer, já que o Edital reproduz, quase totalmente, os “famosos métodos” propostos por Savigny: tais métodos são arrasados pelo pai do pós-positivismo, Friedrich Müller, que nem de longe aparece no certame.

Sem esquecer, é claro, que Savigny não foi um jurista com preocupações democráticas. Sua teoria está inserida num período em que a produção do direito era uma tarefa exclusiva de professores oriundos da aristocracia. O Estado alemão ainda não existia e, portanto, as preocupações metodológicas, dos juristas aristocratas — como era Savigny —, concentravam-se exclusivamente no campo do direito privado. Por isso, tudo o que nós acumulamos em termos de normatividade constitucional, fundamental para a construção do Estado Democrático de Direito, nunca se apresentou como um problema para eles. Nesse sentido, o Edital da UFPEL deixou de lado as discussões mais atuais a respeito do Direito Público, realizadas por juristas que já se encontram inseridos num contexto democrático — e existem muitos —, para retornar *aos velhos métodos* de quem nunca se interessou pela lei, como nós a conhecemos. E não esqueçamos que o século XIX se caracterizou por três formas diferentes de positivismo (na França, sim, tratava-se de lei; Alemanha, com a jurisprudência dos conceitos [conceitos e não leis] e a jurisprudência analítica na Inglaterra [direito feito por juízes]).

Portanto, lamentavelmente o Edital da UFPEL dá um passo atrás na teoria do direito (sem falar no inusitado afunilamento temático no restante dos itens, a partir de uma inusitada seleção de matérias, que vão de seca à meca). Direto ao ponto: o Edital não tem a mínima consistência (formal e substancial). Contemporaneamente se sabe que esse tipo de “metodologia” requerida no Edital é absolutamente irrelevante para o deslinde de uma aplicação do direito. Tais métodos, neste caso, podem ser considerados álibis retóricos para suprir a falta de integridade e coerência na fundamentação da decisão. Isso para dizer o menos.

Para não deixar passar: se o Edital (também) é para prática jurídica e assistência jurídica, por que não se exige processo civil, penal e direito de família? Ou as pessoas que procuram a assistência judiciária estão envolvidas com problemas tributários, crimes do colarinho branco? Pelo visto a Universidade deixou de lado temas centrais para a avaliação daqueles que pretendem atuar na disciplina de prática jurídica. Por exemplo: um professor-doutor sabe tudo de processo civil, o que é ótimo para o escritório de prática judiciária, mas não sabe nada de direito tributário... Bingo. Está fora do certame! Há, pois, uma organização confusa, com relação ao programa do Edital, pelo menos para quem examina isso de forma exógena. Qual a razão para esse tipo de escolha de temas? Querem percorrer um longo caminho — algo parecido com a extensão de Gênesis ao Apocalipse — numa única área? É importante destacar que quando se pede tudo não se pede nada.

Mas o que importa aqui nem é o “edital em si”. O que é importante é o simbólico, porque demonstra o nível do que estamos estudando nas Universidades. Por isso é que o império do solipsismo se formou nas práticas judiciárias, em que o “mais sofisticado” que os professores ensinam nas salas de aula da graduação (para não falar da pós) é dizer que “regras é no tudo ou nada”, “princípios é na ponderação”,

Kelsen e seu positivismo exegético e coisas desse nível. Por isso ninguém se surpreende mais com a inversão do ônus da prova no crime, com a “invenção dos princípios feitos no atacado” (coloquialidade, simplicidade, rotatividade, afetividade, etc), com decisões que intervêm em municípios e com embargos declaratórios rejeitados com expressões do tipo “nada há a esclarecer”, professores ensinando ECA cantando funk... Nada mais surpreende ninguém. Quem quer fazer doutrina mais aprofundada é visto de soslaio. Não escreva muito nas petições, é o conselho! Não complique! Ninguém lerá! Pois é. Fosseamos médicos e não teríamos descoberto a penicilina.

Numa palavra: Já que o Edital misturou Savigny com Geny, salvemos a teoria do direito das pedras que nela são jogadas cotidianamente.

Date Created

30/04/2015