

O “crime de hermenêutica” ainda vigorante no Carf

Este texto vai em homenagem aos conselheiros e advogados que atuam no Carf. Pretendo, como tenho feito em diversas áreas, contribuir para o sano debate hermenêutico sobre uma Instituição tão relevante. *unção Social da Teoria do Direito.*



Começo no século 19. Em 1897, houve um interessante caso

jurídico que chegou ao Supremo Tribunal Federal. O Juiz gaúcho Alcides de Mendonça Lima foi condenado por fazer controle difuso de constitucionalidade de uma lei sobre o júri. Ele decidiu “contra a letra da lei” que foi editada no governo de Júlio de Castilhos (RS). Mendonça Lima foi suspenso por 9 meses pelo Superior Tribunal de Justiça do RS (assim se chamava o Tribunal do Estado à época). O juiz recorreu ao STF e Rui Barbosa foi seu advogado, sustentando a tese da impossibilidade de, na interpretação da lei, existir “o crime de hermenêutica”. Foi absolvido no STF (já escrevi sobre isso [aqui](#)).

Por que estou (re)contando essa história tão antiga? Simples. Porque fiquei sabendo que o CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) tem um dispositivo em seu Regimento que estabelece algo similar ao “crime de hermenêutica” denunciado pelo grande Rui, na especificidade do artigo 45, aprovado pela Portaria MF 343/2015 (já se pode ver que uma Portaria no Brasil pode valer mais do que a Constituição), *verbis*:

Perderá o mandato o conselheiro que:

VI – deixar de observar enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, bem como o disposto no artigo 62;

O mais interessante é que as súmulas são vinculantes. Não sou contra as súmulas. Quem conhece minha obra, sabe bem disso. Um hermeneuta jamais seria contra qualquer texto, exatamente por ser hermeneuta. As súmulas são uma consolidação de precedentes jurisprudenciais e podem constituir importantes selos de garantia institucional da aplicação do Direito.

Porém, há que ir devagar. O STF possui súmulas vinculantes porque houve uma emenda constitucional para isso. E vejo que, no âmbito do Carf, é uma portaria que estabelece esse efeito. Aqui já temos um problema.

Consta que, dias atrás, houve uma discussão durante um julgamento no Carf, com ameaças de processo contra um Conselheiro que estava tentando fazer um *distinguishing* de uma súmula vinculante. Ou seja, na visão de parte do Carf, ou você cumpre a súmula de forma textualista (pensemos no positivismo do século 19) ou você tenta dela desviar, distinguindo. Mas, pergunto, sempre com lhanza: não haveria outras vias para enfrentar imbróglis hermenêuticos? E mais: como se dá o *distinguishing* de uma súmula? Como diferenciar um caso de vários casos que ensejaram a criação da súmula — quando se defende, do outro lado, que a aplicação da súmula seja à moda textualista? Difícil de entender.

Quando alguém professa textualismo, tenho certeza de que esse textualismo é sempre *ad hoc*. Posso demonstrar isso epistemologicamente. Mais ou menos o que se vê todos os dias Brasil afora, inclusive no STF. Veja-se os votos do Ministro Fachin na discussão do artigo 403 e depois do artigo 283 do CPP. Ou os casos Cassol e Donadon, votos do Min. Barroso. Vai-se facilmente do textualismo ao voluntarismo (se quiserem, chamem a isso de pragmatismos dos mais variados, que, ao fim e ao cabo, acabam no realismo, pelo qual o direito é o que o judiciário diz que é). Ou seja, império das posturas empiristas. Império do direito ou império-daquilo-que-o-intérprete-diz-que-é-o-direito (-depois-de-já-ter-decidido)?

Lembro sempre de Shakespeare, da peça *Medida por Medida* (há um Programa Direito & Literatura — TV Justiça que mostra bem isso). Substituam a lei que punia com pena de morte quem fornecasse antes do casamento pela palavra súmula. Dá no mesmo. Ângelo vai do "escravo da súmula" ao "proprietário dos sentidos da mesma súmula", quando deseja tomar nos braços a irmã do réu. Nenhum dos dois Ângelos me serve. E não é bom para a teoria do direito. Deve haver um Ângelo "do meio".

O textualismo é velho e muitos o vendem como contemporâneo. Veja-se: de modo algum é proibido aplicar a letra da lei (ou da súmula) na democracia. Escrevi já milhares de páginas sobre isso. No meu *Dicionário de Hermenêutica* tem verbetes (longos) sobre literalismo, voluntarismo, livre convencimento, livre apreciação da prova, etc. E há artigo meu em que abordo isso, escrito há mais de dez anos ([ver aqui](#)). Insisto: aplicar a lei não é feio. Mas há que haver critérios. Do contrário, até o literalismo, sendo de ocasião, funciona apenas como um verniz de juridicidade para juízos de conveniência.

Não vou falar aqui sobre os dois caminhos que tomou a teoria do direito após o fim da segunda guerra. Mas com certeza um deles, o do ceticismo, chegou para ficar aqui no Brasil. O que não significa que o textualista não seja um tipo de cético. (Ao contrário: na melhor das hipóteses, é um pessimista metodológico, que acha que o único modo de se fazer democracia é apegar-se à letra.)

As súmulas têm um grande poder de violência simbólica, como já escrevi há 30 anos. Mas, fundamentalmente, súmulas nada mais são do que tentativas de respostas antes das perguntas. A súmula *antecipa* a resposta *antes mesmo* do caso concreto. Como fazer *distinguishing*?

E esse é o ponto fundamental para a discussão. Súmulas são uma reprimenda dos assentos da Casa de Suplicação. Os portugueses abandonaram os assentos há anos. Porque inconstitucionais. Porque a autoridade não é "do precedente", mas da lei à que se refere o precedente, da norma legal que ensejou a decisão que veio a se tornar precedente.

Já o *distinguishing*, o nome já diz, é a distinção entre casos para verificar em quais um precedente é ou não aplicável. Aliás, isso está no CPC. Que parece valer só em parte no Carf.

Precedentes, súmulas, *distinguishing*, *overruling*: a discussão não pode começar do lugar errado: são conceitos colocados todos "no mesmo saco", com o perdão da expressão, fora de seus conceitos originais.

Ora, não pode ser proibido divergir de súmulas — mas não por uma questão de "*distinguishing*", e muito menos por "livre convencimento" (vi que a nota de protesto contra a ameaça de processo por descumprimento de súmula tinha como argumento o livre convencimento).

Pergunto: Livre convencimento? O que é isso? No CPC de 2015 foi expungida, do artigo 371, a palavra "livre" ([há um livro inteiro sobre isso](#)). E existe nos anais uma justificação que não deixa margem a qualquer dúvida sobre a "intenção do legislador".

É claro, sempre há o argumento de que o livre convencimento existe para superar a prova tarifada. Ah, bom. Bem atual isso, não? Quando se aplicava a tal prova tarifada? E era assim mesmo? Não seria o LC um problema para (muito) além dessa simplificação? Mas, mais do que isso: fosse correto dizer que o LC está aí para superar a prova tarifada, caberia a pergunta: e em alguma vez o Carf teve prova tarifada? Pois é.

Superar a prova tarifada com livre convencimento é fazer como o americano que, com pena dos presos que morriam de forma degradante quando condenados à morte, inventou a cadeira elétrica. É melhor? Olha, até pode ser. Mas...

É facilmente demonstrável que o livre convencimento serve para prender e para soltar. Para condenar e para absolver. Para conceder direitos e retirar direitos. Logo, se serve para tudo, serve para nada. Tão problemático é o textualismo como é, também, o livre convencimento (motivado? Em quê? Na consciência do julgador? Ao fim e ao cabo, livre convencimento significa que não há qualquer instância que regule o convencimento do intérprete. É o problema do sujeito da modernidade.)

Uma coisa singela: não deve ser proibido divergir de súmula ou até deixar de a aplicar, porque, numa súmula, o que é dotado de autoridade não é a súmula "em si mesma" (e essa é uma questão filosófica), mas as leis, as diretrizes, os princípios legais que embasam a súmula e aos quais ela responde. Esse é o ponto. Há sempre uma história institucional a ser revolvida e reconstruída. Porque súmula é texto. Como qualquer lei. E textos são eventos. Há um chão linguístico em que isso tudo está assentando.

Textos de leis, de súmulas, de precedentes, só têm sentido quando interpretados à luz da tradição em que inseridos. Em todo seu conjunto. É aí que o papel do intérprete é o de *fit*, um ajuste institucional entre caso concreto, lei aplicável, precedentes, à toda a ordem legal que antecede tudo isso e que tem como condição de possibilidade a moral compartilhada e filtrada pelo fenômeno jurídico.

Precedentes, súmulas, não importa: a autoridade é do Direito, como deixo claro no meu recente *Precedentes Judiciais e Hermenêutica* (editora Juspodivm). Importante também lembrar: *precedentes não nascem precedentes*. São precedentes, ora. Não são decisões que já nascem pra vincular, pensando no futuro.

Numa palavra: Textos são eventos, reitero. Basta ver que, nos EUA — pego de exemplo onde pelo menos as correntes interpretativas são declaradas de forma mais clara, as cartas são postas à mesa —, originalistas e literalistas produzem resultados diferentes!

No Brasil, a "literalidade" serviu para justificar e para afastar a presunção da inocência. Desculpem-me, mas o problema não é de súmula, mas a solução jamais será o "livre convencimento".

A solução — que está nesse "Ângelo do meio" — é decidir com critérios (construo isso no *Dicionário*, por exemplo, verbete *Resposta Adequada e Constrangimento Epistemológico* e em *Verdade e Consenso*). O que quero dizer é que o Direito pode apresentar respostas coerentes e íntegras (artigo 926 do CPC, que está no Código por minha iniciativa). Decisões devem dialogar com a ordem legal em todo seu conjunto. *Distinguishing* não é contraponto lógico de súmula, mas também pode ser. Súmula pode ser derrotada. De novo, como falei, a questão é a do ajuste (*fit*). O que derruba a súmula são as exigências do próprio Direito, sempre superior. Não a conveniência, não a ocasião.

Súmulas e textos legais (súmula é um texto legal) devem ser analisadas a partir do Direito positivo, com toda a lógica que o sustenta, todas suas premissas de princípio — inseridas num paradigma constitucional —, e em respeito às circunstâncias dos casos concretos que nos são apresentados (daí por que não há respostas antes das perguntas). Daí porque não pode haver livre convencimento em uma República.

Qual é o direito que se aplica no Brasil? Jurisprudencialismo? Se no cotidiano do direito é comum se ouvir dizer que "*ah, doutrina não vale nada, o que vale é a jurisprudência, as sumulas e quejandos*" (até os professores dizem isso para os alunos), no Carf parece que vigora a máxima "o direito é o que as súmulas do Carf dizem que é". Não me parece que seja a melhor forma.

De novo: não é proibido elaborar sumulas e nem é inadequado a elas ser fiel. Mas não se pode esgrimir esse tipo de tese de forma ingênua, como Adrian Vermeule que chegou a dizer que a decisão do caso **Brown v. Board of Education** foi equivocada (ele era um textualista, à época do comentário). (E é como dizem: se sua teoria contraria *Brown*, se sua teoria serve para fundamentar segregação, bom, invente uma nova teoria!)

Imaginemos uma súmula que diga "são proibidos cães em rodoviárias". Um textualista proibiria o cão guia do cego e permitiria ursos e jacarés. E proibiria o meu cãozinho Yorkshire. Aplicaria bem a súmula, não? Qual a solução hermenêutica? Simples. O Direito estabelecido é "estão vedados animais que coloquem em risco a integridade das pessoas". Simples assim. Complexo.

Mas muito simples. Aliás, para quem é textualista, lembro que o artigo 926 do CPC é um texto. Logo, quem é textualista...

Não resisto, por fim, a uma anedota "textualista": um vigia foi confrontado com a sua chefia que estranhou, sobremodo, o fato deste estar usando um grosso sobretudo em um dia de forte calor. Perguntou-lhe o chefe: "Quer morrer de calor?" Ao que o vigia respondeu: "Estou cumprindo rigorosamente a letra da lei, que diz que todos os vigias devem sempre usar uniforme, *sobretudo* aos domingos".

Navegar é preciso. O textualismo não é nada preciso. Leva a qualquer coisa. E não precisamos dele.

Viram o problema do textualismo?

Numa palavra, existe muito mais coisas entre as súmulas, distinguishing e overruling e a hermenêutica jurídica, do que pressupõe nossa vã filosofia.

Date Created

15/04/2021