

ISSN 1808678-0



**COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES**  
RUA ROCHA, 233 - 11º ANDAR  
01330-000 SÃO PAULO SP  
[www.fgv.br/direitogv](http://www.fgv.br/direitogv)  
[publicacoes.direitogv@fgv.br](mailto:publicacoes.direitogv@fgv.br)

v.6 n.3 : maio 2009

**Cadernos DIREITOGV**

## **INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES**

INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE  
USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS  
INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO  
coordenação: Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr.  
colaboração especial: Luciana Reis e Marcelo Shima Luize

SEMINÁRIO **29**  
v.6 n.3 : maio 2009



## CADERNOS DIREITO GV

v.6 n.3 : maio 2009

PUBLICAÇÃO DA **DIREITO GV**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ISSN 1808-6780

OS CADERNOS DIREITO GV TÊM COMO OBJETIVO PUBLICAR RELATÓRIOS DE PESQUISA E TEXTOS DEBATIDOS NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO. A SELEÇÃO DOS TEXTOS É DE RESPONSABILIDADE DA COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES DA DIREITO GV.

EDITOR  
DESDE 2004, **JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ**

**DIREITO – PERIÓDICOS. I. São Paulo. DIREITO GV**  
Todos os direitos desta edição são reservados à **DIREITO GV**

DISTRIBUIÇÃO  
**COMUNIDADE CIENTÍFICA**

ASSISTENTE EDITORIAL  
**FABIO LUIZ LUCAS DE CARVALHO**

PROJETO GRÁFICO  
**ULTRAVIOLETA DESIGN**

IMPRESSÃO E ACABAMENTO  
**XXXXXXX**

DATA DA IMPRESSÃO **MAIO/2009**  
TIRAGEM **500**  
PERIODICIDADE **BIMESTRAL**

CORRESPONDÊNCIA  
**PUBLICAÇÕES DIREITO GV**  
RUA ROCHA, 233 - 11º ANDAR  
01330-000 SÃO PAULO SP  
WWW.FGV.BR/DIREITOGV  
PUBLICACOES.DIREITOGV@FGV.BR

**CADERNOS DIREITO GV**

v.6 n.3 : maio 2009

## **INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES**

INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE

USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS

INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO

coordenação: Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr.

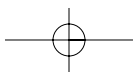
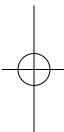
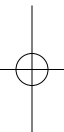
colaboração especial: Luciana Reis e Marcelo Shima Luize

 FUNDACÃO  
GETÚLIO VARGAS



**DIREITGV**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

SEMINÁRIO **29**  
v.6 n.3 : maio 2009



## APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que a Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV) traz a público as transcrições do *Workshop Interpretação, desenvolvimento e instituições*. Este evento, ocorrido em 20 e 21 de setembro de 2007, teve como primeiro objetivo servir de trabalho preparatório para um posterior evento mais amplo, o *Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*, que se realizou em 26, 27 e 28 de março de 2008. Esse *Colóquio Internacional* – que teve como ponto de partida as palestras e debates ocorridos durante o *Workshop* cuja transcrição ora se publica – resultará futuramente em um livro de artigos especialmente escritos, apresentados e debatidos durante o evento.

Como segundo objetivo do *Workshop*, tivemos a promoção do debate sobre o tema da interpretação no direito, o qual envolve muitos pontos que estão de certa forma ligados complementarmente. Um primeiro aspecto dessa agenda teórica é, sem dúvida alguma, a conexão entre o tema e a Filosofia da Linguagem. Nesse sentido, o primeiro painel do evento – 20 de setembro – tratou desse ponto em específico, com a oportunidade de reunir à mesa profissionais tanto da área da Filosofia como do Direito. Ainda, o tema da interpretação pressupõe e sugere um conceito de direito e trabalha intimamente com as instituições e os agentes que as compõem, mormente na forma como eles se comportam. Dessa forma, pressupõe também uma análise da prática interpretativa levada a cabo pelos tribunais. Essas idéias serviram de mote para o segundo dia (21 de setembro), cujas palestras abordaram tanto o tema dos “Usos e abusos nas interpretações judiciais” quanto o da “Interpretação, Política e Função”. Foram painéis que reuniram juristas de diversas instituições e focados nas mais diversas áreas, mas que, mais uma vez, tinham o tema da interpretação como ponto de convergência.

Como balanço do evento tivemos a consolidação de uma agenda sobre o tema da interpretação que foi aprofundada de maneira especial no *Colóquio Internacional* realizado em março de 2008. Além disso, tivemos como produto importantes e instigantes debates que estão ora publicados neste *Caderno DIREITO GV*.

A maior parte desse trabalho se compõe de transcrições das palestras. Alguns autores, no entanto, preferiram transformar as

transcrições de suas falas em artigos ou mesmo publicar os artigos nos quais se embasaram para proferir as palestras ou pelas suas notas de apresentação. Por esta razão, alguns trechos trazem mais marcas de oralidade do que outros, embora todos sejam fiéis às apresentações realizadas durante o evento. Também fizemos questão de publicar os debates, constituídos por perguntas dos ouvintes e respostas dos palestrantes, que se deram após a apresentação das palestras.<sup>1</sup>

Por fim, gostaríamos de registrar nossos agradecimentos a toda equipe que participou direta ou indiretamente da realização do evento, bem como do trabalho de publicação deste *Caderno DIREITO GV*, com destaque para a contribuição fundamental de Luciana Reis e Marcelo Shima Luize. De modo especial, agradecemos os diretores Ary Oswaldo Mattos Filho, Antonio Angarita Silva e Paulo Clarindo Goldschmidt, que nos deram o apoio institucional necessário à realização dos dois eventos - *Workshop* e do Colóquio Internacional -, atitude essa que mostra, acima de tudo, a preocupação da DIREITO GV com a formação de base dos seus alunos, esta profundamente enriquecida pelos estudos em Filosofia e Teoria do Direito.

**Catarina Helena Cortada Barbieri**  
**Ronaldo Porto Macedo Junior**

#### NOTA

<sup>1</sup> A pedido dos professores Luiz Henrique Lopes dos Santos (*Significação e Interpretação*), José Arthur Giannotti (*Debate sobre interpretação a partir de Wittgenstein*) e Virgílio Afonso da Silva (*Ponderação de princípios e objetividade na interpretação constitucional*), as transcrições de suas palestras e dos debates dos quais participaram não serão publicadas.

## ÍNDICE

<b>FILOSOFIA DA LINGUAGEM E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE</b>	<b>7</b>
<b>INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE</b>	
JOÃO VERGÍLIO CUTER (FILOSOFIA USP)	7
<b>A HIPÓTESE DO LEGISLADOR RACIONAL E A NOÇÃO DE JUSTIÇA</b>	
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (DIREITO USP)	21
<b>UMA AGENDA PARA O DEBATE SOBRE INTERPRETAÇÃO E DIREITO</b>	
RONALDO PORTO MACEDO JR. (DIREITO GV E USP) – <i>MODERADOR</i>	41
<b>DEBATE</b>	44
<b>USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS</b>	53
LAURINDO DIAS MINHOTO (DIREITO GV) – <i>MODERADOR</i>	53
<b>A OBSERVAÇÃO SOCIOLÓGICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA</b>	
CELSO FERNANDES CAMPILONGO (DIREITO USP E PUC/SP)	55
<b>UMA ANÁLISE DO USO DE PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELO STJ</b>	
CARLOS ARI VIEIRA SUNDFELD (DIREITO GV E PUC/SP)	64
<b>QUEM INTERPRETA O DIREITO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL:         A QUESTÃO DO SÉCULO XIX</b>	
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES (DIREITO GV E USP)	75
<b>DEBATE</b>	86
<b>INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO</b>	101
EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (DIREITO GV) – <i>MODERADOR</i>	101
<b>INTERPRETAÇÃO E POLÍTICA JUDICIAL</b>	
OSCAR VILHENA VIEIRA (DIREITO GV E PUC/SP)	101
<b>LÓGICA FORMAL E A LÓGICA MATERIAL DOS JURISTAS</b>	
JULIANO MARANHÃO (DIREITO USP)	113
<b>CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E INCERTEZA JURÍDICA</b>	
LUIZ FERNANDO SCHUARTZ (FGV DIREITO/RIO)	132
<b>DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO:         ENTRE CONSISTÊNCIA JURÍDICA E ADEQUAÇÃO SOCIAL</b>	
GUILHERME LEITE GONÇALVES (FGV DIREITO/RIO)	138
<b>DEBATE</b>	153
<b>PROGRAMA ORIGINAL</b>	175





## **INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES**

INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE

USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS

INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO

*coordenação:* Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr.

*colaboração especial:* Luciana Reis e Marcelo Shima Luize

## **FILOSOFIA DA LINGUAGEM E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE**

### **INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE**

**João Vergílio Cuter<sup>1</sup>**

As regras que governam um jogo são certamente muito mais simples do que as leis que governam um país. Não é possível examinar as características presentes no âmbito dos jogos e transferi-las sem mais preâmbulos para um âmbito tão mais amplo e tão mais complexo. Mesmo reconhecendo esta distância, o exame de casos mais simples pode muitas vezes fornecer a ocasião para examinarmos determinados traços que se repetem nos casos mais complexos, sem nos obrigarmos a inserir na discussão uma série de detalhes que, apesar de importantes, podem desviar nossa atenção do aspecto geral da situação que temos diante de nós. Nos jogos, muitas vezes, a questão da interpretação da regra coloca-se de maneira inescapável, assim como a questão da objetividade das interpretações propostas. Para que a situação examinada não fique muito distante das situações que interessam mais de perto ao estudioso do direito, resolvi eleger um jogo razoavelmente complexo, no qual há uma pessoa encarregada de zelar pela aplicação das regras e de, eventualmente, impor as sanções previstas para o caso de alguma dessas regras ser descumprida. O jogo que escolhi como padrão de comparação foi o futebol. As questões que farei a respeito do futebol são muito simples. Desejo saber, em primeiro lugar, em que sentido podemos dizer que alguém é obrigado a "interpretar" as regras do futebol quando está atuando como juiz. Em segundo lugar, procurarei determinar se a discussão sobre os acertos e erros da arbitragem está associada a critérios "objetivos"

de decisão. Finalmente, procurarei determinar que critérios utilizamos para determinar o que é um bom juiz de futebol, e o que é uma decisão "acertada" dentro de campo. Vocês verão que as respostas dadas a estas questões podem induzir respostas para o âmbito mais amplo do direito. Estas extrapolações, como já alertei, podem muitas vezes ser indevidas por envolverem a desconsideração de peculiaridades importantes. Citarei algumas dessas peculiaridades no final de minha conferência, e tentarei indicar as adaptações que deveriam ser feitas para que o salto não seja totalmente ilegítimo. Tenho a esperança de que estes descontos não tenham que ser tão grandes a ponto de inutilizar completamente a comparação que proponho. Minha alegação de fundo é que isto não acontece.

Começarei examinando uma situação muito simples, que nada tem a ver com jogos no sentido usual do termo. Refiro-me àquelas figuras ambíguas que, como o cubo de Necker, podem ser vistas ora de um jeito, ora de outro. Todos os que têm alguma familiaridade com a literatura a respeito da filosofia de Wittgenstein já devem ter topado alguma vez com um exemplo desse tipo de figura a que ele acabou dando fama: o desenho que, visto de um jeito, se parece com um pato, visto de outro, se parece com uma lebre. Há inúmeros exemplos desse tipo de figura, e poderíamos citar inúmeros fenômenos perceptivos que ocorrem no dia-a-dia e que são do mesmo tipo. Quando, por exemplo, encontramos uma pessoa que não vemos há muito tempo, podemos ter dificuldade de reconhecê-la, num primeiro momento, especialmente se essa pessoa envelheceu, ou mudou muito a sua maneira de se pentear e de se vestir. Num segundo momento, após uma observação atenta, os traços da pessoa conhecida podem se revelar de repente naquele rosto. O "aspecto" do rosto terá, então, se alterado para nós de um modo muito semelhante ao da figura do pato-lebre, ou do cubo de Necker. O rosto é o mesmo, mas nossa maneira de enxergá-lo mudou. Também podemos pensar em exemplos associados a outros sentidos. Muitas vezes, ao ouvirmos uma música pela primeira vez, não conseguimos perceber que um certo trecho é o desenvolvimento de um tema apresentado no início de um movimento. Mais tarde, ouvindo o mesmo movimento com mais atenção, percebemos subitamente a "presença" do tema naquele

trecho. Ouvimos exatamente as mesmas notas, mas elas adquirem subitamente um outro sentido para nós. Adquirem um outro "aspecto". Todos estes fenômenos perceptivos podem ser chamados, em conjunto, de "mudanças de aspecto". A percepção correspondente pode ser chamada de "visão do aspecto", quer envolva mesmo a visão, quer envolva qualquer um dos outros sentidos.

Desde que começaram a ser estudados, no final do século XIX, fenômenos perceptivos deste tipo prestaram-se a uma generalização que pode ser instigante e inofensiva, mas que também pode ser filosoficamente perigosa, se levada até o seu limite. Esta generalização pode ser posta numa fórmula muito simples, que tentarei desenvolver e criticar. A fórmula é a seguinte: "todo ver é um ver como". Ou, para nos atermos ao vocabulário que acabamos de mencionar, "toda visão é uma visão de aspecto". A idéia é muito simples, e costuma ser associada às capacidades conceituais do homem. Se olharmos à nossa volta, veremos diversos objetos aos quais aplicamos nossa rede conceitual. Alguns desses objetos nós chamaremos de "cadeiras", outros de "mesas", outros de "lâmpadas", e assim por diante. É razoável supor que, se Platão fosse trazido agora a esta sala, ele não aplicaria aos objetos que vê a mesma rede conceitual que nós aplicamos. Ele talvez fosse capaz de reconhecer determinados objetos desta sala como "mesas" e "cadeiras", mas não reconheceria uma lâmpada *como lâmpada*. E mesmo nos casos das mesas e das cadeiras, é possível dizer que ele não falaria a respeito desses objetos, nem se comportaria em relação a eles como nós nos comportamos. O problema não é apenas de material e design. O problema é principalmente de ordem relacional. Platão, trazido ao século XXI, não iria inserir esses objetos nos mesmos lugares em que nós os inserimos. Não teria como se perguntar, por exemplo, se estas mesas podem ser compradas a prestação numa loja de material para escritório. Haveria um fosso que é a um só tempo conceitual e prático separando a sua visão desta sala da nossa. Neste sentido, podemos dizer que ele não veria estes objetos *como* nós os vemos. Num certo sentido, nós estaríamos vendo patos, e ele estaria vendo lebres. Só um lento processo adaptativo poderia levá-lo a ver estes objetos do modo como nós os vemos. Isto seria um modo de mostrar, portanto, que toda visão é informada conceitualmente, e que, neste

sentido, todo ver é um "ver como". Toda visão é uma "visão de algo *sob um determinado aspecto*".

Muito embora esta constatação possa dar origem a uma interessante linha de raciocínio, ela pode também dar origem a alguns mal-entendidos para os quais devemos estar alertas. Se examinarmos nosso exemplo com cuidado, veremos que a fórmula "todo ver é um ver como" não está nos dizendo nada a respeito de nossas capacidades perceptivas tomadas isoladamente. Ao dizer que Platão não veria esta sala como nós a vemos, queremos simplesmente dizer que ele não a descreveria como nós a descrevemos, não se referiria a seus objetos como nós nos referimos, não faria a respeito deles as mesmas perguntas que fazemos, e, de modo geral, não reagiria a esses objetos como nós reagimos. Tudo se complica quando tentamos inserir estas diferenças no interior do próprio campo perceptivo, dizendo que Platão está *vendo* uma coisa, e que nós estamos *vendo* outra. É exatamente esta inserção que a analogia com a figura do pato-lebre tende a induzir. Ora, isto me parece um equívoco completo, que nos põe no caminho de alguns dos piores mal-entendidos que a filosofia já foi capaz de produzir. A passagem da imagem do pato à imagem da lebre é um fenômeno visual, que certamente está ligado a nossas capacidades conceituais, mas que não se esgota no campo dos conceitos. Se nunca tivéssemos visto um pato, ou não soubéssemos a que é que um pato se parece, jamais seríamos capazes de ver uma figura ambígua ora como um pato, ora como uma lebre. O que isto mostra, porém, é que, para que a possamos ter a experiência perceptiva específica que estamos chamando de "visão do aspecto", é preciso que, antes, nós tenhamos tido a experiência perceptiva de um pato, e que *esta* experiência não pode ser do mesmo tipo da primeira, ou seja, não deve envolver a ambigüidade e a possibilidade de passagem que a primeira envolve. Ver um pato não é ver algo *como* um pato. É simplesmente estar de olhos abertos diante de um pato, prestando atenção a ele.

Pois suponhamos o contrário. Suponhamos que, para ver um pato, eu deva realmente ver algo *como algo*, no mesmo sentido em que vejo a figura ambígua como figura de um pato, ou como figura de uma lebre. O que poderia ser essa coisa "anterior ao pato" que eu, a partir de um determinado momento, passo a ver como um pato? Em outras palavras, o que faria as vezes da lebre

nesta analogia? A generalização das experiências perceptivas do "ver como" levar-no-ia, se fôssemos conseqüentes, a postular uma espécie de "coisa em si", ou a uma espécie de "matéria prima" desprovida de forma sobre a qual aplicaríamos nossa rede conceitual mais básica.

Repito: a máxima "todo ver é um ver como" não tem nada de filosoficamente problemático caso *tudo* que queiramos expressar por meio dela seja o fato bastante trivial de que pessoas com redes conceituais diferentes *falam* de um outro modo a respeito daquilo que estão vendo e *reagem* de modo diferente diante daquilo que é visto. Mas isto nada tem a ver com a percepção do objeto. Há um sentido importante em que um cachorro vê as mesmas coisas que eu vejo. Se está diante de um computador, o que um cachorro vê é *um computador*. Não é capaz de falar sobre ele, nem é capaz de reagir a ele como nós reagimos, mas é capaz, sim, de vê-lo. E o que ele vê não é uma coisa em si do mundo canino. É um computador. Essa é a maneira mais natural que *nós* temos para descrever aquilo que ele está vendo. Podemos, é claro, adotar a estratégia cuidadosa de dizer que o cachorro está vendo algo que ele não sabe o que é. E isto é verdade. Mas, neste ponto, o opositor, se fosse coerente, deveria dizer que nem isto o cachorro pode ver, já que não tem o conceito de "algo", nem o conceito de "saber", nem o conceito de "ser". É claro que um cachorro não sabe o que é um computador. Mas é igualmente claro que ele pode *enxergar* um, se não for cego.

Ora, considerações análogas aplicam-se à palavra "interpretação". A palavra interpretação tem um campo semântico tão vasto e tão complexo que há muito pouca coisa que possa ser dita a respeito de todo esse campo. No entanto, os perigos que rondam essa palavra em qualquer um de seus usos são muito semelhantes àqueles que rondam a expressão "ver como". Temos casos típicos de interpretação, e temos a tendência a fazer generalizações indevidas, transformando muitas coisas que são interpretações *cum granu salis* em interpretações *tout court*. Quando seguimos estas tendências, estamos a um passo de metafísica mais desregrada que se pode imaginar.

Tipicamente, o que chamamos de "interpretação" é um texto que explica outro "texto". Ela é requerida quando estamos diante

de um texto hermético, ambíguo, impreciso ou elíptico, e também quando queremos explicitar alguns de seus pressupostos e consequências. Geralmente, o resultado de uma interpretação bem sucedida é um melhor entendimento do texto original, ou mesmo seu entendimento puro e simples, no caso de um texto extremamente difícil. Mas isto não está de maneira alguma garantido em todos os casos. Uma interpretação pode ser tão boa quanto possível, e ter como resultado o estabelecimento da ininteligibilidade do texto, ou da existência nele de ambigüidades insolúveis, ou mesmo propositais, e assim por diante. Com exceção dos juízes, todos os outros intérpretes podem conviver tranqüilamente com o impasse. Seja como for, a interpretação, mesmo no caso de um impasse intransponível, deve se dar na forma de um outro texto que explique o primeiro, ou nos diga porque ele é inexplicável. Que nos faça compreender o primeiro, ou nos faça ver que ele é definitivamente incompreensível.

Até aqui, tudo bem. O problema todo está numa certa tendência de generalizar estes casos raros, em que um texto precisa ser interpretado, para todos os casos. O problema, como no caso do "ver como", está em se pensar que toda compreensão é uma interpretação. Não é, nem poderia ser.

Novamente, é preciso lembrar que essa fórmula - "toda compreensão é uma interpretação" - não teria nada de errado se com ela quiséssemos dizer algo que é aproximadamente correto, mas também perfeitamente trivial, a saber, que sempre que compreendemos um texto devemos ser capazes de parafraseá-lo, de contar a outra pessoa o que o texto está dizendo. Mas ser capaz de fazer algo não é *fazer* algo, nem muito menos *ter que* fazer algo. E é exatamente esse equívoco que nos espreita quando dizemos que "toda compreensão é uma interpretação". Tendemos a pensar que compreender um texto *seja* (ou, pior ainda, *tenha que ser*) produzir em nossas mentes uma espécie de paráfrase do primeiro. Ao invés de chegarmos, aqui, a uma "coisa em si", ou a uma "matéria sem forma", chegaremos a uma noção sublimada de *pensamento* como uma espécie de linguagem natural na qual o sentido de todas as linguagens estaria ancorado. Não quero desenvolver aqui a crítica desta idéia, bastante conhecida por todos que já estudaram a filosofia de Wittgenstein. Interessa-me apenas uma versão desta

tese que tem bem menos pressupostos, mas é igualmente rica em conseqüências absurdas. Se toda compreensão é uma interpretação, e se a interpretação é sempre um texto que explica o primeiro, então, para compreender este outro texto, devemos interpretá-lo novamente, e assim até o infinito. A conseqüência absurda deste regresso infinito é que jamais poderíamos realmente compreender um texto, já que, para compreendê-lo definitivamente, deveríamos ser capazes de interpretá-lo definitivamente, e toda interpretação é um novo texto que deve ser compreendido e, portanto, interpretado. O regresso se rompe assim que percebemos algo fundamental que está sendo ignorado nesse raciocínio. Uma interpretação só pode me fazer compreender um texto caso ela mesma seja compreendida. Portanto, caso ela mesma não precise ser interpretada. Longe de supor a necessidade de uma interpretação a cada passo, a idéia de interpretação supõe o contrário disso. Supõe que haja textos que podem ser *compreendidos* sem a necessidade de qualquer interpretação.

Isso tudo vale para a noção mais básica de interpretação, na qual temos, de um lado, um texto de difícil compreensão e, do outro, um outro texto que explicita o significado do primeiro. Mas não são apenas textos que podem oferecer dificuldade de compreensão. Situações e atitudes também podem ser carentes de interpretação. E a interpretação de uma situação, de uma atitude, ou mesmo de um texto não precisa ser dada por um outro texto. A interpretação pode consistir simplesmente numa certa maneira de reagir, numa certa atitude frente à dificuldade. Em todos os casos, há sempre uma lacuna de sentido de algum tipo que deve ser preenchida. Alguém aproxima-se ameaçadoramente de meu carro. Não vejo razão para sua atitude, e posso interpretá-la como um assalto iminente. Essa interpretação pode ser uma suspeita que me vem na forma de um pensamento, de um comentário feito para quem está junto comigo no carro, ou pode ser simplesmente a atitude de sair do local. Casos desse tipo oferecem riscos filosóficos análogos aos que detectamos no casos das interpretações de um texto. Em todos eles, deve haver uma situação ou atitude que, de alguma maneira, oferece uma dificuldade qualquer de compreensão. É só em relação a essa dificuldade que a interpretação se define como uma ação dotada de finalidade própria. Há algo que não compreendo, ou que compreen-

do mal, ou que pode ser compreendido de várias maneiras, e é a essa falta de compreensão que a pessoa que interpreta algo procura responder. Como antes, devemos tomar cuidado com a tentação de afirmar que *toda compreensão só pode ser dada por uma interpretação*. No sentido em que é possível interpretar a aproximação suspeita de alguém como um assalto, não é possível interpretar um assalto efetivo como coisa alguma. Diante de uma arma apontada para a cabeça, só um louco perguntaria a si mesmo ou a outra pessoa o que significa aquilo. Se reage fugindo, ou entregando seu dinheiro, não é porque *interpretou* a situação como um assalto, mas porque *percebeu* isso sem precisar de interpretação nenhuma. Apesar de todo o interesse que estas situações possuem, e dos problemas filosóficos a que podem dar origem, não são elas que nos interessam aqui. Um assalto não é uma situação regrada, e quando eu interpreto o gesto de alguém como indicador de um assalto iminente, não estou avaliando o acordo ou desacordo de suas atitudes com um certo conjunto de regras. Mas é exatamente isso que um juiz de futebol deve fazer o tempo todo. Devemos refazer, aqui, questões análogas àquelas que já fizemos a respeito da percepção visual e dos textos, bem como das atitudes e situações não submetidas a regras. Será que o juiz está o tempo todo interpretando as regras do futebol? Será que está o tempo todo interpretando as atitudes dos jogadores em campo?

Certamente nem todas as atitudes e situações dentro de campo são recobertas pelas regras do jogo. As regras não dizem, para lembrar o exemplo de Wittgenstein, até que altura a bola pode ser chutada, nem com que força. Também não dizem coisa alguma a respeito do número de passes que um jogador pode dar ou receber ao longo da partida, ou no intervalo entre dois gols. Mas por isso mesmo estas não são situações sobre as quais o juiz da partida deva tomar decisões. Aqui, nossa tentação é, mais uma vez, dizer que estas não são situações que o juiz seja chamado a *interpretar*. Dizendo isto, estaremos fazendo uma generalização análoga àquela que nos conduzia aos becos sem saída da metafísica em todos os casos examinados até agora. De fato, poderíamos inferir daí que em todas as situações previstas na regra o juiz é chamado a dar a sua interpretação. As regras exigem, por exemplo, que no início da partida haja onze jogadores de cada lado.



Autorizando o início da partida, o juiz teria interpretado a situação referente ao número de jogadores como "regular". As regras prevêm que, se um jogador que não seja o goleiro pega a bola com a mão, uma falta deve ser marcada. Ao marcar falta em situações deste tipo, o juiz estaria novamente interpretando a situação à luz das regras. Encarando as coisas desta forma, seríamos levados à seguinte conclusão: nem todas as situações e atitudes dentro de campo interessam ao juiz, mas todas as que interessam devem ser interpretadas por ele à luz das regras.

Escolhi intencionalmente dois exemplos em que a palavra "interpretação" não se encaixa com naturalidade. Normalmente, reserváramos a palavra "interpretação" para situações difíceis, que geram dúvidas, como saber se uma falta foi ou não foi cometida dentro da área, ou se foi intencional ou não. Ninguém diria que, ao contar os jogadores de cada lado, o juiz estaria interpretando uma situação ou uma regra. No máximo, diríamos que está aplicando a regra, ou, se tivermos gosto pelas distinções sutis, diríamos que está deixando de aplicar a sanção prevista para o caso de um dos lados ter mais jogadores do que o outro. Mas, se escolhi esses dois exemplos, não foi para projetar automaticamente sobre elas as considerações que fiz no início de minha palestra. No caso das atividades regradas, as regras mesmas estabelecem uma espécie de filtro que impede as regressões infinitas que eram possíveis no caso da interpretação dos textos, ou da visão do aspecto. Nenhuma consequência *daquele tipo* segue-se da afirmação de que toda decisão tomada pelo juiz é uma interpretação das regras do jogo. Se o juiz autoriza o início da partida após conferir o número dos jogadores em campo, e se digo que, ao fazer isso, ele está interpretando aquela situação à luz das regras do futebol, nada me autoriza a recolocar a questão da interpretação um passo adiante, inaugurando um regresso infinito. Nada me autoriza a dizer que, agora, eu tenho que me perguntar se ele interpreta corretamente as regras da contagem, isto é, se ele conta corretamente os jogadores. Claro, se ele cometer um erro de contagem cometerá também um erro de arbitragem, mas o problema não é esse. O ponto é que as regras da contagem, embora sejam pressupostas na correta aplicação de uma das regras do jogo, não são, elas mesmas, regras desse jogo. Se eu dissesse que, no jogo de futebol, cada decisão do juiz envolve

uma interpretação das regras *do futebol*, estaria me condenando a um uso pouco natural da palavra "interpretação" em diversos casos, mas não estaria me condenando a um regresso infinito. As regras que dariam início a esse regresso não seriam regras do futebol. Seriam regras de gramática, regras de aritmética, e assim por diante. Estão pressupostas *no jogo*, mas não são regras *do jogo*.

O perigo dessa generalização é de outro tipo. Ela pode nos convidar a colocar no mesmo plano situações que são profundamente distintas, e a ignorar assim a existência de padrões de correção sem os quais a avaliação das situações dentro do jogo perderia toda objetividade que essas avaliações *podem ter*. Para dar uma idéia mais clara daquilo que estou querendo dizer neste ponto, terei que lançar mão de uma distinção importante.

As regras do futebol comportam diferentes tipos de precisão. A regra que determina o número de jogadores dentro de campo nos dá um *primeiro tipo de precisão*. Os conceitos envolvidos no enunciado desta regra são absolutamente precisos. Cada time deve pôr no máximo onze jogadores em campo. É claro que pode haver um engano na contagem, mas os critérios que usamos para avaliar se houve ou não um engano não deixam margem a nenhum tipo de dúvida razoável. Apenas personagens concebidos às expensas das regras da gramática, como o gênio maligno de Descartes, poderiam pôr em dúvida, neste caso, os critérios que utilizamos para avaliar se a regra foi seguida ou não. As regras de impedimento envolvem um *segundo tipo de precisão*. Ao contrário do que se pode imaginar, as regras do impedimento, pelo menos no que diz respeito ao jogador que recebe o passe, são bastante precisas. Tanto é assim, que os recursos eletrônicos utilizados pela televisão permitem decidir a questão com absoluta segurança na absoluta maioria dos casos. Nos casos em que eles não permitem esta decisão, é sempre possível imaginar mecanismos mais precisos que eliminariam a dúvida. O problema, aqui, não é a precisão dos critérios, mas a precisão na aplicação dos critérios na situação de jogo. O juiz de futebol é, ao mesmo tempo, a principal testemunha do processo, juntamente com seus dois auxiliares. É com base, digamos assim, em seu próprio testemunho, e no testemunho dos bandeirinhas, que ele deve tomar a sua decisão, e não com base no vídeo tape que será retransmitido à noite nos

programas esportivos. A aplicação da regra está na dependência, aqui, de um certo talento para avaliar a situação de jogo. Juízes que erram repetidas vezes na aplicação da regra de impedimento, se não são desonestos, não têm uma certa habilidade técnica exigida por sua profissão. A situação é ligeiramente diversa da que tínhamos no primeiro caso. Juízes que erram sistematicamente na contagem dos jogadores, se não são descaradamente desonestos, têm algum problema mental. Finalmente, temos um *terceiro tipo de precisão* que pode ser exemplificado pelas regras que dizem respeito às faltas e às penalidades que devem ser impostas em cada caso. Não me refiro aqui à diferença entre uma falta fora da área e um pênalti. Refiro-me à diferença entre uma falta intencional e maldosa, de um lado, e um lance duro, mas sem a intenção de ferir o adversário, de outro. Refiro-me, enfim, àquelas situações em que o juiz deve decidir se deve apenas marcar a falta, ou se deve também repreender o jogador, aplicando-lhe um cartão amarelo, ou vermelho. Ao contrário do que acontecia no primeiro e no segundo caso, os próprios conceitos utilizados na formulação da regra incorporam uma imprecisão constitutiva. Muitas vezes, o vídeo tape pode nos auxiliar a formar uma opinião, e a habilidade do juiz para se posicionar bem e examinar com precisão o lance contam muito. Mas isto não é tudo, nem poderia ser. Decidir se um lance foi ou não intencional depende de considerações contextuais que nenhuma regra conseguiria esgotar em seus detalhes. O juiz, além da acuidade para perceber os aspectos mais imediatos da situação, deve ter também a capacidade de avaliar seus antecedentes e circunstâncias, e isto é algo que varia de lance para lance, e até de jogador para jogador.

Isto não quer dizer, porém, que não haja situações em que conceitos como "intenção" não tenham uma aplicação tão precisa quanto a contagem do número de jogadores em campo. Se um jogador dá um soco no rosto de um outro, e o juiz, vendo a cena, não o expulsa, ele está sendo descaradamente desonesto, ou tem algum tipo de problema mental. Se um juiz, apesar de ser honesto, erra sistematicamente na marcação de faltas porque não sabe se posicionar dentro de campo, faltam-lhe habilidades técnicas absolutamente necessárias para que alguém seja considerado um bom árbitro de futebol. Dizer que casos como estes dependem da "interpretação" do lance é apagar uma distinção fundamental.

Refiro-me à distinção entre casos paradigmáticos e casos controversos. É claro que esta distinção não é, ela mesma, uma distinção com contornos nítidos, mas nem por isso é uma distinção pouco importante. Pelo contrário. É importantíssima. Casos paradigmáticos são paradigmáticos exatamente por oferecerem padrões objetivos de comparação. São casos nos quais o desacordo no juízo é um sinal claro de desconhecimento da regra, de deficiência técnica, ou simplesmente de má fé. Um juiz que expulsa um jogador que dá um soco no rosto do adversário não está "interpretando a regra" em nenhum sentido da palavra. Está aplicando a regra, pura e simplesmente. É em termos de características presentes nestes casos que a discussão sobre a aplicabilidade da regra a casos mais controversos será feita. São estes casos que, por assim dizer, dão lastro para a discussão de outros, em que não há acordo de saída, mas nos quais existe ao menos o horizonte de um acordo possível com base na maior ou menor analogia existente com os casos paradigmáticos.

Resta, porém, o fato de que, num número muito grande de casos, é perfeitamente possível fazer analogias igualmente sustentáveis com casos paradigmáticos diametralmente opostos. São casos em que, mesmo se as pessoas passassem o resto de suas vidas discutindo racionalmente a respeito de quais são as analogias corretas a serem feitas, não haveria como decidir com base em critérios objetivos se o lance foi de falta, ou não, ou se a falta justifica ou não a expulsão do jogador de campo. Como decidir estes casos? Como preservar a objetividade nestes casos em que o lastro que temos para tomar decisões objetivas - os casos incontestados - parecem apontar tanto num sentido quanto no outro?

Parece-me que preservar a objetividade, nestes casos, significa antes de mais nada não inventar acordos inexistentes. Se a objetividade da interpretação está baseada em casos indisputados de aplicação da regra, uma interpretação não ganhará em objetividade se estiver baseada num acordo intersubjetivo fictício. Se o acordo não existe, a única esperança de uma boa decisão me parece que reside, não numa interpretação arbitrária da regra individual, mas numa decisão que seja sábia do ponto de vista do jogo como um todo. Se o jogo está violento, suas decisões nos casos controversos tenderão a ser mais rigorosas. Se o jogo está calmo, procurará não

alterar esse clima pacífico tomando decisões drásticas em casos que não seja absolutamente clara a decisão que a regra o obriga a tomar. Seu objetivo último é preservar a legalidade dentro do campo. E suas decisões, nos casos controversos, são tomadas tendo em visto este objetivo muito geral.

Mas, neste ponto, temo que as analogias com o Direito tenham se tornado perigosas demais. Não estou de maneira alguma insinuando que, em tempos de alta incidência de criminalidade, juízes devam decidir casos controversos com mão pesada, ou coisas do gênero. Já disse que o problema das regras, no direito, é tão mais complexo do que no caso do jogo de futebol, que devemos evitar a todo custo fazer transposições indevidas. Esta transposição seria claramente indevida, e quero afastar com firmeza qualquer impressão de que a estou recomendando de algum modo. Meu ponto, na verdade, é outro. Tentei mostrar em meu texto que a distinção entre interpretação e mera aplicação da regra é uma distinção importante, e que esquecê-la pode nos induzir a erros graves. No caso das interpretações usuais e da análise da percepção sensível, leva-nos aos becos sem saída da metafísica tradicional. No caso da interpretação de situações e atitudes à luz de um conjunto de regras, o apagamento da distinção nos levaria a perder o próprio padrão de objetividade de que as boas interpretações dependem. Procurei, finalmente, mostrar que o reconhecimento de casos irreduzivelmente controversos não é uma ameaça à objetividade, mas, pelo contrário, expressa um desejo de preservá-la no seu domínio próprio e possível. No futebol, juízes sábios fazem isso levando em conta a preservação de um certo ideal inscrito nas próprias regras. Isto só é possível, na verdade, porque o jogo de futebol é um evento fechado, envolvendo pouquíssimas pessoas dentro do campo, com prazo certo para terminar e um conjunto tão simples de regras que problemas como o da incompatibilidade entre duas normas nem sequer têm espaço para surgir. Se fôssemos buscar um ideal inscrito em nossos ordenamentos jurídicos, não creio que pudéssemos ir além de noções muito vagas como a de justiça, ou a dos direitos conquistados pelo cidadão na sociedade moderna. Mais ainda, creio que qualquer tentativa de precisar melhor esses ideais, fixando-os em princípios rígidos, ou, pior ainda, em definições, seria uma usurpação de poderes, se não fosse, antes de mais nada, uma tolice. Duvido que

qualquer um de vocês possa me apresentar uma definição de "cadeira" que possa resistir a mais de trinta segundos de análise. Não sei por que as pessoas insistem nessa busca pela essência depois de mais de dois mil anos de fracassos. Essas definições e princípios gerais podem ajudar, desde que sejam usados como se fossem máximas que usamos mais ou menos ao acaso para iluminar decisões difíceis. Jamais devem se transformar em leis das quais decorrem nossas decisões. Numa sociedade democrática, quem tem mandato para ditar normas gerais é o deputado, e não o juiz, nem muito menos o filósofo do direito.

Se eu fosse tentar resumir numa só fórmula o princípio que norteia as decisões de um bom juiz de futebol nos casos difíceis, creio que eu diria que ele tenta ser justo e usar o bom senso para sopesar as características individuais de cada caso. Na ausência de regras, ele não atenta contra a objetividade da interpretação tentando seguir um padrão que não existe. Um bom juiz sabe que, naquele momento, ele deve se transformar em padrão, tomando uma decisão *ad hoc* capaz de ser reconhecida como a melhor possível naquele caso. É isso o que define, no final das contas, todo e qualquer craque por oposição aos burocratas da objetividade nos diversos níveis. Ele conhece todas as regras, aplica-as nos lugares devidos e, quando isso é inevitável, ele simplesmente se transforma em regra e faz aquilo que tem que ser feito.

**Ronaldo Porto Macedo Jr. (moderador)**

Eu agradeço muito o professor João Vergílio [Cuter]. Eu esqueci de informar àqueles que talvez não saibam: o professor João [Vergílio Cuter] é professor de filosofia na USP, de lógica e de filosofia da linguagem. Eu passo então a palavra a outro professor de lógica e filosofia da linguagem da USP, o professor Luiz Henrique Lopes dos Santos.

**[PALESTRA DO PROFESSOR LUIZ HENRIQUE LOPES DOS SANTOS]**

**Ronaldo Porto Macedo Jr. (moderador)**

Gostaria de agradecer a palestra do professor Luiz Henrique [Lopes dos Santos] e passar imediatamente a palavra ao profes-

sor José Arthur Giannotti, que acho que também todos conhecem. Professor aposentado do departamento de filosofia da USP de lógica e outras coisas mais.

**[PALESTRA DO PROFESSOR JOSÉ ARTHUR GIANNOTTI]**

**Ronaldo Porto Macedo Jr.** (moderador)

Agradeço muito o professor [José Arthur] Giannotti. Acho que temos uma boa oportunidade para fazer uma breve pausa de dez minutos, fazer um cafezinho, aí ouvimos a palestra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.].

Bom, eu gostaria de dar seguimento aos nossos trabalhos aqui e passar a palavra ao professor Tercio Sampaio Ferraz Jr., que eu acho que todos conhecem também e que, enfim, continua o nosso painel sobre o tema da interpretação.

**A HIPÓTESE DO LEGISLADOR RACIONAL E A NOÇÃO DE JUSTIÇA**

**Tercio Sampaio Ferraz Junior**

Muito obrigado pelo convite. Declaro inicialmente o meu prazer de estar aqui na companhia dos meus três colegas e amigos. Acho que estou chegando a uma idade em que é difícil ter essa situação, de ter um professor à mesa, meu professor. Isto é, estou chegando a uma idade em que, normalmente, estou à mesa onde estão meus ex-alunos. Mas aqui realmente tenho um meu ex-professor, a quem rendo minhas homenagens. É difícil falar na sua frente, mas isso faz parte da pragmática da comunicação.

Em todo caso e aproveitando essa “deixa”, fiquei me perguntando porque fui deixado para o fim. Alguma regra não estabelecida deve ter sido pensada. Eu podia ter iniciado, ou falar em qualquer ordem, mas fiquei para o fim. Não sei qual foi a regra, mas sinto o ser o último a falar como uma espécie de encargo um pouco maior. É como se dissessem: ouça primeiro os seus colegas que entendem do tema filosófico e de interpretação, para depois ver o que você deva falar a respeito de interpretação jurídica.

Se a regra foi no sentido de “tome cuidado” ou então, diante desse “cuidado”, *procure ser suficientemente capaz de aproveitar aquilo que foi dito, tendo em vista o Direito*, lembre-se de que, afinal, esse é o seu *métier* principal. Para aproveitar aquela distinção usada pelo

Celso Lafer, embora tenha estudado Direito e Filosofia, sou um jurista com interesse filosófico (eventualmente mais acentuado). Mas ainda assim, jurista. E os que me precederam aqui se apresentam como filósofos com um interesse jurídico (eventualmente *ad hoc* mais acentuado).

Nessa condição é que gostaria de tecer alguns comentários a respeito do tema geral menos particularmente da questão da interpretação, focando mais detidamente o tema jurídico. E eventualmente aproveitando, se o conseguir, o que já foi dito mais em face das nossas dificuldades quando nos dedicamos à interpretação em geral.

No Código Penal brasileiro existe uma clara punição, para a conduta tipificada como estupro (artigo 213) nos seguintes termos: “*constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*” Poderíamos, em termos de vagueza, perceber, desde logo, a expressão *grave ameaça*: até que ponto a ameaça é *grave*, não é *grave* e, com isso, enredar-nos em várias discussões.

Mas com relação a *menores* há uma regra um pouco menos vaga e explícita, a qual está no artigo 224: “*Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos;*”. Aqui é mais preciso o dispositivo, inclusive porque usa um algarismo: 14 (quatorze) anos.

Apesar desse nível diferente de determinação que encontramos de um artigo para o outro artigo (no segundo aparece a palavra *maior*, isto é, se a vítima *não é maior de quatorze anos*, ou seja, se é menor de quatorze anos), alguma indeterminação pode ser introduzida, ainda que de uma para outra norma saibamos que por conta dessa determinação numérica não deveria haver dúvida pois a idade está clara na norma. O sexo mediante violência com mulher menor de quatorze anos é, por presunção, *estupro*, punido com reclusão e ponto final.

Talvez muitos já tenham ouvido falar, embora já tenha alguns anos, de um caso de *habeas corpus* que, ocorrido em Minas Gerais, foi julgado e chegou até o STJ. Um caso em que havia o réu mantido relação sexual com uma menina de doze anos.

Gostaria de ler um trecho da argumentação do ministro-relator. Disse ele o seguinte:



*“Nos dias de hoje não há crianças, mas moças de doze anos; precocemente amadurecidas a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades. Ainda que não possua escala de valores definida a ponto de vislumbrar em toda sorte de conseqüências que lhes pode advir”.*

O *habeas corpus* foi então concedido e o réu, que tinha mantido as relações sexuais com a menina, foi posto em liberdade, isto é, passou a responder a processo em liberdade.

Estamos diante de uma decisão provisória, em que outras razões são invocadas. Interessante, porém, é o argumento referente à idade. Trata-se de uma aplicação da norma. Vamos admitir e manter uma distinção entre aplicação e interpretação. Mas, e qualquer modo, admitir que se pressuponha uma interpretação no ato da aplicação.

Foi dito que o número e a idade (quatorze anos) admitem, ainda que em grau de determinação tão forte como a explicitada por um número, que, ainda assim, se possa dizer que *quatorze anos* é quatorze anos de uma vida e que essa vida se refere à vida de uma mulher e que é preciso, portanto, levar-se em consideração todas as circunstâncias referentes à vida das pessoas, seu grau de maturidade, as condições sociais do mundo moderno etc, etc e etc. É, afinal, o que está dito no voto do relator.

Não conheço nenhuma decisão parecida que tenha dito algo a respeito de menores de idade. Ao contrário. A grita social, por exemplo, quando se trata de um estuprador, é inversa: cometeu o estupro aos dezessete anos, embora menor de idade, deveria ser punido com rigor. Não tenho notícia de nenhum juiz que tenha argumentado, ou nenhuma interpretação bem sucedida que tivesse ou que levasse, com sucesso, na aplicação de uma norma jurídica, ao inverso, dizendo que: *“não há hoje em dia crianças, mas homens de dezessete anos precocemente amadurecidos a maioria deles já conta com discernimento para reagir ante eventuais adversidades e saber muito bem o que está fazendo”*. Curiosamente não se conhece, nos tribunais, esse tipo de argumentação. Ao contrário. A sociedade reage em muitos desses casos fortemente às pressões, inclusive às sociais, dizendo: *temos que abaixar a idade e a responsabilidade penal pra dezesseis anos, etc*. É conhecida, até pela imprensa, uma larga discussão a respeito disso.

No caso da vítima *mulher*, porém, isso foi aceito, foi decisão tomada. Doze anos, são dois anos menos do que quatorze, e passou! E passou porque talvez tivéssemos entrado numa discussão sobre amadurecimento num mundo em que se está vivendo curiosas transformações, ou sei lá qual razão viesse a ser oferecida para tudo que nesse caso aparece em termos de argumentação “plausível”.

Já na outra hipótese (do estuprador menor de idade) não se conhece nem se formula, judicialmente, o argumento. Há certa dificuldade em aceitá-lo. Acho mesmo que haveria muita dificuldade, até no mesmo STJ, para alguém dizer o inverso, referindo-se ao estuprador menor de idade: *nos nossos dias não há mais crianças, mas homens de dezessete ou de dezesseis e, portanto vamos condenar o réu e responsabilizá-lo penalmente como se um adulto fosse*.

Vamos imaginar um jovem de quatorze anos que pratique um estupro. A menina de menos de quatorze anos, que consentiu voluntariamente, não foi, propriamente, estuprada, mas a lei diz que isso equivale a um estupro, presume-se, é uma presunção legal. Mas, nesse caso, como vimos, foi e é possível quebrar a presunção mediante argumentação, reinterpretação a letra da lei. Mas se fosse o inverso, se quiséssemos apenas o menor contra o limite legal da maioridade penal, por mais diferente que sejam as situações, acho que teríamos dificuldades. Dificuldades em criar uma interpretação que levasse a uma argumentação semelhante ao caso da menina e, portanto, uma interpretação e aplicação diferente da norma penal correspondente.

Por que? Por que, de um lado, isso foi e é possível no caso da menina de doze anos, e por que, de outro, haveria dificuldade em fazer passar semelhante argumentação (decorrente de interpretação da norma do art. 213 do Código Penal), para, no momento atual, condenar um jovem de dezessete, de dezesseis ou de quatorze anos que praticasse um estupro? Vamos ficar nos quatorze anos, para não chegar ao tema dos números usados na atual discussão sobre o limite de idade para a responsabilidade penal (18 ou 16?).

Sei que estou jogando aqui com casos extremos, mas isso não quer dizer que argumentos e interpretações dessa natureza não façam parte do cotidiano de um advogado. Como todos sabem, fazemos isso todos os dias em diferentes circunstâncias. Passei esta

semana por Brasília tentando convencer um ministro (questão referente a impostos) de que um determinado tributo, na realidade o ISS dos municípios, não se aplicaria a esses contratos que todos nós conhecemos sob o nome de contrato de *leasing*, o que é tema de antiga dificuldade interpretativa ao tentar-se circunscrevê-lo dentro do direito tributário. E a dificuldade está em que, no começo, como, para obviar os problemas, foi elaborada uma lista dos serviços sujeitos ao ISS, ali se incluiu a “locação”; houve um momento que o tribunal superior entendeu ser o *leasing* uma espécie de “locação de bem móvel”. Se é locação e a locação está na lista de ISS, então *leasing* deve ser tributado pelo ISS. Depois houve mudanças, com dúvidas sobre a própria locação, sob o argumento de que *serviço* é *serviço*, isto é, *serviço* é a obrigação de *fazer*, não de *dar*, nem de *emprestar*, nem de *entregar*. Tem-se que *fazer* alguma coisa, caso contrário não se prestou serviço; donde, portanto, locação passava a estar fora da lista legal. E se locação está fora, o *leasing* também está fora.

Bem, por isso fui ao ministro que está cuidando do caso, expliquei a ele, argumentando: toda a interpretação sistemática da própria Constituição e conforme os parâmetros do direito tributário, tudo me leva a concluir que *leasing* é um contrato complexo, tem uma parte que parece locação, mas tem outras que não tem nada a ver com locação. Inclusive tem um lado que é, obviamente, compra e venda: no fim do prazo, se o sujeito contratante quiser, ele adquire o bem pelo valor remanescente; e tem um lado que é financiamento. Isso é *leasing* e não se encaixa na lista como serviço. Em suma, do ponto de vista de uma interpretação sistemática do imposto, *leasing* não poderia estar incluído dentro da incidência do ISS.

O ministro olhou pra mim e falou: “*Não! Do ponto de vista sistemático o senhor tem razão, mas essas empresas de leasing (eu percebi na cabeça dele: os bancos), com essa interpretação acabam por não pagar imposto algum, isto é, porque se não pagam ISS, não pagam nada. Assim não dá*”. Foi o que ele me disse, não desse jeito: “*assim não dá*”, mas mediante um circunlóquio: “*eu tenho uma séria dúvida a respeito do assunto que ainda não consegui superar*”. Eu, então, falei: *está bem, está certo*.

Nesses três exemplos, os dois primeiros mais radicais que provavelmente mexem mais com o sentimento, porque envolvem o

problema de estupro, o terceiro, menos, a questão interpretativa ganha relevo. O caso da menina de doze anos é a lei que fala: *abaixo de quatorze presume-se o estupro*. E à inversa o garoto de quatorze que estupra não obstante não é punido como adulto, mas sim, o maior de dezoito anos. Mas, também nesse terceiro caso, trata-se de uma discussão sobre o sentido da palavra *serviço*. No fundo é isso que se está discutindo: se *leasing* é serviço ou se não é serviço. O problema é: o que significa *serviço*.

Nos dois primeiros: o que significa *menor de quatorze anos* para efeito da punição ou não punição; e o que significa *menor de dezoito* para efeito da punição ou não punição. Estamos às voltas, pois, com o nosso tema, o problema da interpretação. No terceiro, também.

Como é que o Direito tem enfrentado essa questão? No campo jurídico, não quero tecer longos comentários a respeito. No campo jurídico é óbvio que a interpretação é um tema antiquíssimo. Nós encontramos correntes interpretativas no Direito Romano, isto é, escolas. A interpretação, no entanto como tema de Ciência do Direito, de preocupação na construção da Ciência do Direito, pertence ao século XIX. Nesses termos não chegou aparecer na antiguidade.

Tínhamos, obviamente, técnicas interpretativas que se desenvolveram desde o Direito Romano, que atravessaram toda a Idade Média, pelo menos na cultura européia, mas que nunca chegaram a serem formuladas na forma de um corpo fechado e em termos de uma metodologia interpretativa. Isso começou a acontecer no século XIX que foi também o século em que se questionou o Direito como ciência. Tentaram, nesse período, criar condições e bases para dar-lhe essa denominação: interpretação científica.

Aí a interpretação se tornou um problema e, evidentemente, um dos problemas mais evidentes e difíceis, justamente na área em que a ciência jurídica pretendia assumir o *status* de ciência: foi aí que a questão foi posta em termos de objetividade.

O que a objetividade criou para a interpretação jurídica (e estou razoavelmente convencido disso) foi um problema que não havia antes. O que se pedia do interprete do Século XVIII pra trás não era propriamente objetividade nos enunciados interpretativos. O valor em jogo era outro. O valor mais forte então era aquilo

que se chamava de imparcialidade, que era (e, de certo modo, ainda é) um atributo do juiz: um atributo do ato de julgar, importante também para a interpretação de um modo geral. Isto é, *procure ser equilibrado, não seja parcial*, é daí a *imparcialidade*. Esse era o atributo forte, não a *objetividade*. A objetividade apareceu depois.

E a objetividade trouxe problemas complicados porque se ela, às vezes, se aproxima do que se costuma chamar de imparcialidade, muitas vezes dela se afasta completamente. Pois pede-se uma outra coisa (aliás, o que é muito difícil de ser alcançado, como se observou nos exemplos citados): a *objetividade* como uma espécie de *neutralidade*. O que se pediria do interprete era uma imparcialidade, mas não uma neutralidade. A imparcialidade significaria não tomar partido; a objetividade como neutralidade seria ficar completamente de fora: a norma como *objeto*, não como *ato de um sujeito*: *subjetividade* do ato, mas como ato objetivo: *objetividade do ato* (normativo).

Isso é, sem dúvida, muito difícil, se não impossível, se nós tivermos em conta que estamos lidando com ações humanas. É muito difícil, seja no caso do estupro, seja no caso do ISS, são ações humanas (emanação de normas: legislação), que também envolvem emoção, e que também, como mostrei no caso do ISS, na definição do que seja serviço, ações humanas (interpretação: do advogado, do procurador do fisco, do juiz): *é inevitável pensar nos bancos [...]*

O que percebemos, afinal, é que esse problema, o problema da objetividade, forçou a Ciência do Direito a enfrentá-lo a partir de vários estratagemas. No século XIX apareceram, assim, as duas correntes mais fortes que tentavam estabelecer os parâmetros fundamentais para a interpretação. Mas que por fim acabaram se dividindo em duas correntes inconciliáveis, mas que também não rendiam cada uma em sua posição inconciliável: a chamada a corrente da *voluntas legis* e a corrente da *voluntas legislatoris*.

O que essas duas correntes mostraram - a vontade da lei ou a vontade do legislador - é que a interpretação dizia a respeito a um sentido a ser revelado. A palavra *voluntas* estava aí um pouco para designar ou o *sentir* o sentido (objetivo) da lei ou o *sentir* o sentido como a *intenção* do legislador. Donde, de certo modo, a ligação da interpretação como um importante núcleo da *sentença* (palavra que vem de *sentire*).

Nenhuma dessas correntes conseguiu vingar radicalmente e se sobrepor totalmente. Não obstante, examinando a teoria da interpretação no século XIX e examinando-a na medida em que ela foi conquistando o *status* de uma teoria geral (até porque ela não era, anteriormente, uma teoria geral, mas uma teoria particularizada em cada âmbito: teologia, literatura, jurisprudência etc., isto é, um conjunto de regras que ajudava o interprete a ser *imparcial*), é que se percebe, na hora em que virou um conjunto de cânones para definir o verdadeiro, um conjunto armado e acertado de regras metódicas: uma *metodologia*, nesse momento, uma movimentação teórica, de dentro da própria hermenêutica jurídica, que acabou criando uma figura que se tornou paradigmática na interpretação jurídica e que, por assim dizer, entrou no meio dessa polêmica, criada no século XIX pela disputa entre a vontade da lei e a vontade do legislador. Refiro-me ao *legislador racional*.

Afinal, para interpretar *o que* se deve examinar? Qual foi a intenção do legislador? Quando se fala de impostos sobre serviços, o legislador constitucional, o poder constituinte, em que ele *pensa*? Ele *pensa* em *serviço* como um termo *técnico-constitucional* ou ele *pensa* em *serviço* como um vocábulo, usado pela legislação infraconstitucional, tal como usado na vida comum? *Serviço*, afinal, não é um termo constitucional. Onde, então, achar o sentido da palavra *serviço*? Se ela tem que ver o comportamento humano (mas serviços são prestados por pessoas, por animais e, metaforicamente, até por máquinas) seria o reflexo disso? Portanto, a intenção do legislador constituinte só pode ser uma. Mas qual? Restrita, de modo a não ampliar a competência (*poder*) do Município? Ou extensiva e até analógica, de modo a conferir-lhe *poder discricionário*? Ou limitado a uma lista exaustiva estabelecida por uma lei especial (pelo quorum de aprovação), a lei complementar quando “define” (por denotação) o que é *serviço*?

O outro lado (*voluntas legis*) seria: a interpretação não tem nada a ver com a intenção do legislador, pois tem a ver com a própria sistemática, isto é, com o sistema objetivo (social, lógico, político?), donde interpretar como comparar a Constituição com a própria lei num grande conjunto e chegar até a “vontade” da própria lei.

No meio dessa pendência, intenção de um lado, sentido objetivo (“vontade”) da própria lei, sentido da própria lei no seu

contexto, no contexto social, apareceu e foi se formando uma figura interpretativa importante que tentou vencer o problema gerado pela objetividade. Como encontrar objetividade nesse grau de incerteza da intenção, do sentido da norma inserida no seu contexto.

Apareceu uma construção teórica: essa construção foi elaborada, a princípio, mais na teoria jurídica de origem alemã, mas exerceu uma grande influência no resto da Europa, e, atravessando o continente, veio bater aqui também, na América Latina. Uma interpretação jurídica que acabou criando uma figura *sui generis*, cuja denominação foi dada já no século XIX: a figura do *legislador racional*.

Essa é uma figura curiosa na interpretação jurídica para os que estão afetos a ela, que a usam às vezes sem mencionar a figura, ou porque não estudaram, ou porque não é tão conhecida assim, sendo mais conhecida dos professores de filosofia e teoria geral do direito, que sabem tratar-se de uma “criatura” estranha. Está bem que seja uma figura que num certo sentido evita o dilema vontade da lei ou vontade do legislador. Mas fala ainda da *vontade* de um legislador, embora coloque o acento no adjetivo: *racional*, referindo-se, portanto, não é àquele legislador real, concreto (por exemplo, o *senado* brasileiro: a instituição, ou os *senadores*: os seres humanos). Não é racionalidade nem da instituição (real) nem das pessoas (físicas). É um outro “*sujeito*”, racional por presunção ou pressuposição. Sem comentários!

Mas, mesmo nesse grau de abstração (teórica), o *legislador racional* não pode deixar de estar afetado também às circunstâncias e, portanto, à exigência do inserir a norma legal no seu contexto. Contudo, essa forma de inserção não deveria ficar sujeita às contingências, sob pena de perder sua condição *racional*.

Como, então, delinear essa figura?

Isso foi um trabalho lento, já a começar no século XIX. Começaram a aparecer regras interpretativas, algumas delas acabaram virando até normas dentro da própria legislação. Mas muitas delas ficaram até hoje como regras técnicas, pura e simplesmente regras de interpretação. Essas regras de interpretação acabam fazendo com que nós, juristas, quando examinamos uma lei, venhamos a pressupor que ela foi editada por um legislador que supostamente “pensou” em termos daquele conjunto de regras. E com isso se

tenta, se não vencer os problemas todos da objetividade, ao menos criar condições comuns de discussão e debate na hora da aplicação e da interpretação da lei. Isso delimita um pouco o intérprete. O jurista (o advogado, o procurador, o juiz, o *profissional* do direito) sabe que existem alguns limites que não deve ultrapassar: a possibilidade de interpretação é muito ampla, mas há um limite perceptível, quando se inova, o que exige desdobrado esforço argumentativo de convencimento persuasivo.

Por que, não obstante, soa estranho o epíteto: racional? Agora estou falando em termos jurídicos e não em termos da linguagem comum, aquela da nossa conversação comum.

Eu me recordo de um colega, amigo meu que é criminalista e que tinha um cliente que foi apanhado com 400 quilos de maconha. E ele, perante o juiz, disse o seguinte: “*o meu cliente, ele fuma maconha, a maconha encontrada com ele é pra consumo próprio*”. Aí houve um sorriso obvio, não só nos lábios do juiz, mas no de todos: *quatrocentos quilos para consumo próprio?...* Diante do que argumentou o advogado: “*Preciso esclarecer que meu cliente é um homem crente, que acredita que o corpo dele morre, mas não a alma, que passa a um outro corpo após a morte, enfim, ele acredita na transmigração. Portanto, ao adquirir 400 kg. de maconha, ele não pensou só nessa vida, mas fez uma provisão para suas outras vidas [...]*”.

É óbvio que ele não ganhou o caso com esse argumento, mas teve o desprazimento suficiente de modo a fazer todo mundo dar risada. E olhem, no contexto ele até amenizou um pouco a situação do seu cliente. Não o livrou, mas amenizou-lhe a situação, criou um ambiente menos drástico, menos trágico. Não obstante, é evidente que essa era uma argumentação, cuja interpretação da lei (porte de maconha para uso próprio ou tráfico?) batia num limite. Qual limite? No fundo é disso que se trata quando se está tentando ver se existe algum grau de objetividade na interpretação.

Não vou entrar nessa discussão, isto é, que é *objetividade*? Mas, sem dúvida, a busca da *objetividade* tem a ver com essa figura, a figura do *legislador racional*.

O legislador racional, dentre outras regras a que se submete e que temos de pressupor, prescreve que: *ele não estabelece coisas absurdas*. Mas *absurdo* quer dizer o que? Fora de um padrão “normal”? O legislador racional sempre é equilibrado.



Essa é a regra do legislador racional que tenta fechar a figura num clima, digamos assim na falta de melhor palavra, num clima de *coerência*. Coerência analítica? Existencial? Melhor dizer: coerência em face de uma série de situações e uma série de regras outras, capazes de enfrentar as referidas situações.

Dentre as outras regras (não vou mencionar todas) temos: *o legislador racional nunca é redundante*. Mesmo quando emana normas (ou palavras em uma proposição legal) que parecem supérfluas. Mas também nunca é contraditório, mesmo quando se tem uma colisão óbvia de normas: uma ordena uma coisa, outra comanda outra coisa, que é oposta à primeira (por exemplo, pela CF o ICMS será não-cumulativo, embora uma isenção não implique crédito e anule os créditos das operações anteriores, o que provoca um efeito cumulativo: art. 155, par. 2º, inc. I e inc. II). Portanto, se o legislador racional nunca é contraditório, mas a contradição é óbvia, o intérprete deve usar do esforço necessário para mostrar que não há contradição. Seja porque mostra uma pequena diferença entre uma e outra norma (por força das situações em que incidem) seja porque as duas se sustentam simultaneamente por força de respeito que o legislador racional tem pela hierarquia etc.

Nesses termos, diz a hermenêutica constitucional: uma inconstitucionalidade não se presume. E o STF sempre diz isso. Nunca presume a inconstitucionalidade, que tem que ser *demonstrada*. Não seja um intérprete leviano dizendo: isso é inconstitucional. Veja se não há saída para *constitucionalizar* aquilo que é obviamente inconstitucional (é a chamada *interpretação conforme*: confere-se à norma legal um sentido que não contradiz o preceito constitucional).

São regras que o jurista conhece e aprende e que compõem essa estranha figura do legislador racional, o que torna a interpretação jurídica uma interpretação *sui generis* e que se destaca um pouco da interpretação comum. Talvez lhe confira até o qualificativo de alguma *objetividade*, propriamente uma objetividade que os juristas constroem e entendem entre si, ainda que disputem muito sobre a aplicação de cada uma delas em cada situação. Não obstante, em geral confiam nelas. E quando aparece uma interpretação destoante, o que a sustenta sofre o protesto dos outros e sente que vai ter pouco apoio.

Essas regras que aqueles que lidam com o Direito bem conhecem, compõem esse conjunto chamado: *o legislador racional*.

Há aqui uma discussão, no entanto, que talvez tenha crescido mais que antes, nos últimos anos, e que diz respeito à sustentabilidade – duvidosa teórica e praticamente – do legislador racional. Procura-se uma base, dispersa em vários fundamentos, mas sem destruir a figura – a demanda de racionalidade – porque, afinal, ela é muito útil para a práxis da interpretação jurídica: ela, por assim dizer, põe todos os operadores do Direito num plano comum de comunicação bastante viável, pois cria condições para cada um prever aquilo que um oponente possa vir razoavelmente a argumentar ou pensar, e, de antemão, preparar-se até para o que o juiz possa vir a oferecer como motivo de decisão (ainda que, na fofoca dos círculos advocatícios, se diga, maldosamente, que de cabeça de juiz e bunda de criança nunca sabe o que sai).

Com a figura do legislador racional nós temos um instrumento de controle razoável para lidar com a variedade das interpretações, até para compreender coisas estranhas como essa do sexo com menor de 14 anos (refiro-me ao caso da menor de doze anos).

Mas justamente por causa disso, e quando se pensa no limite (racional: por que haveria certa racionalidade com relação à menina de doze anos, mas não na hipótese do rapaz de quatorze anos ser considerado um adulto), surge a questão: que significa racional na composição do *legislador racional*?

As regras do legislador racional não compõem um sistema estritamente lógico. Afinal, há de se levar em consideração que, por hipótese, ele pode qualquer coisa (é onipotente), mas ao mesmo tempo, não só pode qualquer coisa, como também está a par da realidade social, isto é, conhece tudo, é onisciente: é uma figura divina. Lembra mesmo uma descrição do Deus único na teologia cristã. É onipotente, onisciente, nada lhe escapa: é onipresente, só ele pode retirar aquilo que ele colocou, isto é, só ele tem o poder de revogar as próprias normas.

Mas isso requer do legislador racional uma qualidade muito especial.

E aí entra esse artifício de interpretação que me faz pensar o que significa legislador racional e que ouvi do [José Arthur] Giannotti quando falou em justiça: o legislador racional é sempre justo.

[José Arthur] Giannotti dizia há pouco que *cumprir a lei é justo*. Antigamente, se pensaria, talvez, em Aristóteles, que falava da justiça universal (legal: nomotética): quem cumpre a lei é justo. Hoje, como *lei* nem sempre é *ethos*, há certa dificuldade de entender isso: até porque nem sempre cumprir a *lei* (tecnicamente definida: norma emanada do legislador institucionalizado e conforme procedimentos pré-estabelecidos) significa ser justo. Aliás, principalmente certas leis.

Mas, à parte isso, a figura do legislador racional entre outras presunções cria essa também: *nenhum legislador estabelece leis injustas*. Elas são todas, por presunção, justas. Não porque põem à mostra um *ethos*, mas porque se exige que o intérprete encontre para a norma algum sentido de justiça, mesmo quando é obviamente (perante o senso do vulgo) injusta. Isto é, o intérprete deve buscar na lei obviamente injusta aquilo que ela tem de justiça.

É óbvio que eu posso dar ou encontrar diferentes sentidos para a palavra *justiça*, mas não é disso que se está falando, até porque a regra, possivelmente a regra-chave do legislador racional, diz que ele é justo. O problema do intérprete é daí pra frente. O que você não pode fazer é supor o contrário: que ele seja injusto e, portanto, produzir uma interpretação conforme o legislador racional que conduza a uma injustiça. Isso apenas é o que se exige. Se o legislador racional é justo, nenhuma interpretação deve conduzir a uma injustiça.

Mas a presunção de que ele é justo talvez, de todas as outras presunções - encontram-se umas treze presunções - ou seja, das treze regras que compõem o legislador racional, a da justiça talvez seja a que mais chama atenção porque, dentre todas, essa é aquela que permite um espaço para o jogo importante na definição da racionalidade do legislador racional, talvez da racionalidade mais largamente entendida. O que aponta para o tema da *relevância*, a que a pragmática vem hoje cada vez mais se dedicando.

O tema da relevância aparece na discussão da justiça de uma forma muito forte. Assim, dentre as várias formas como nós costumamos perceber e apresentar a justiça, poder-se-iam apontar duas que são relevantes e cuja relevância pode variar na hora da interpretação.

A indeterminação do enunciado normativo surge em função de uma apreciação da *justiça* da norma jurídica. Ora, exatamente

porque a intenção do legislador não é um estado mental particular que possa ser investigado objetivamente, mas é, antes, uma criação ou reconstrução do intérprete a partir de regras de uso e pautas morais ou de políticas públicas compartilhadas na comunidade (legislador racional), o que lhe permite realizar inferências (**não dedutivas**) sobre o que seria mais coerente admitir como o *propósito da lei*, é que a indeterminação tem a ver, antes, com uma codificação da justiça.

Como valor positivo, a racionalidade, em oposição ao valor negativo da irracionalidade, conjuga-se, no Ocidente, com o valor positivo da justiça (e, conseqüentemente, com o valor negativo da injustiça). Assim, do mesmo modo que os princípios da razão ora presidem a forma de justificar corretamente o juízo avaliativo ora o conteúdo do agir corretamente (retórica, prudência), podemos, analogicamente, falar, na correta distribuição dos bens, em racionalidade formal e justiça formal, de um lado, e racionalidade material e justiça material, de outro.

Isso significa que, em regra, o princípio da igualdade - nuclear para a justiça formal - oferece uma *medida* racional para a repartição do que cabe a cada um nas relações bilaterais. Num primeiro momento, é importante o aspecto *formal* da igualdade (proporção), que se afirma de modo precedente ao *que* caiba a cada um ou ao que possa vir a ser determinado como *algo* que deva ser repartido. Trata-se da percepção da justiça como uma questão de *justeza*. Por exemplo, em sede de direito civil, o pagamento de perdas e danos é efeito da obrigação de indenizar, que nasce com um inadimplemento imputável. Para recorrer a um aforismo clássico, trata-se de *recolocar a vítima na situação em que se encontraria se o prejuízo não tivesse sido produzido*. Essa recolocação da vítima tem a ver com a *justeza* da medida correspondente.

Se, portanto, a justiça é uma relação proporcional há de se ater na interpretação à proporcionalidade. E esta domina toda vez que o legislador racional por presunção é justo, isto é, é coerente em termos de igualdade proporcional.

Mas existe um outro conceito de justiça que é bem posterior e que, ao que me parece, foi mais bem elaborado no século XVIII. Trata-se da justiça como um absoluto e tem a ver com a regra

kantiana segundo a qual o homem é para o homem sempre sujeito, nunca objeto.

A meu juízo, essa regra ética teve, para o desenvolvimento da teoria jurídica no século XIX, uma extensão epistemológica importante. De um lado (do lado ético) conduziu a uma absolutização do ser humano como valor-fonte de todos os valores e à afirmação da dignidade da pessoa humana como núcleo dos direitos fundamentais. De outro lado (lado epistemológico), levantou o problema metódico das chamadas ciências humanas, cujo “objeto” é, na verdade, um *sujeito* do qual não há experiência objetiva, donde a dramaticidade no encontro do método apropriado, donde a idéia de compreensão em oposição a explicação, donde a temática da participação do observador no observado etc.

Ora, é isso que permite a percepção da justiça como um absoluto, incorporado na teoria jurídica em termos do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse absoluto, que está acima de tudo, proporciona uma noção de justiça em que a relação (mesmo proporcional) não conta. Isto é, permite afirmar a justiça até onde não se enxerga nenhuma proporcionalidade. É o caso das exigências de *justiça social*, em que, por exemplo, o salário não há de ser mera retribuição pelo equivalente trabalho, mas algo que mantenha a dignidade humana, ainda que à custa da mera remuneração do capital ou dos orçamentos públicos (caso específico do problema da fixação do valor do salário mínimo e sua repercussão para as contas de previdência social).

Gente há que tem um problema de alguma doença e o remédio ou a cirurgia não existe no Brasil; ela teria que ser mandada para um lugar do mundo, por exemplo, aos Estados Unidos; pede-se ao juiz que determine que o SUS pague; e aí vem um dilema: se se pensar na justiça como justeza, como relação, o argumento sempre é: o legislador racional não pode ter querido atender ao caso em detrimento de um atendimento miserável, oferecido à maioria. Mas conhecem-se decisões em que o juiz atende ao pedido, posto que se trata de uma questão de *justiça* em termos de um *ser humano, não importa como, posto que a dignidade dessa pessoa está acima de todas as proporções*.

A justiça do legislador é racional.

A justiça introduz aqui um tema curioso para pensarmos nessa bendita racionalidade do legislador, o que pode ser observado em

outros casos. Por exemplo, a constituição diz que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres. Está lá no inciso I do artigo 5º. São iguais. Igual é igual. São iguais em direitos e deveres. Essa expressão não é muito diferente do que estava em outras constituições brasileiras. São iguais, mas o que quer dizer que a mulher é igual ao homem? Obviamente em direitos e deveres, mas tem-se que pressupor todas as diferenças biológicas, circunstanciais etc. Não é, porém, disso que estamos falando. Não se trata do chamado *pluriculturalismo*. Mas o que significa, então, igualdade de direitos e deveres pensando em justiça?

Mesmo olhando a justiça como relação proporcional, pode-se jogar a relevância de um lado (o relacional) ou de outro (o absoluto).

Quando se pensa em igualdade de direitos e deveres sabendo das outras diferenças, biológicas, por exemplo, pode-se acentuar a palavra *diferença* em detrimento da palavra *semelhança*. Isto é, quando se lê: homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, pode-se dizer são iguais em direitos e deveres tendo em vista mais as diferenças, ou tendo em vista mais as semelhanças.

A leitura a partir das diferenças produziu uma interpretação constitucional, antes dessa constituição de 88, em que, por exemplo, uma instituição que havia no Código Civil de 1916 era perfeitamente constitucional e aceita. Era um artigo que falava dos *bens reservados da mulher*. Os *bens reservados da mulher* eram aqueles que a mulher adquiria com seu próprio trabalho, ainda que ela estivesse casada em comunhão de bens que se comunicavam com os do marido; os bens reservados da mulher eram só dela. Isso foi aceito como constitucional em nome da igualdade. Ou seja, uma igualdade que olhava pra diferença e dizia essa diferença tinha de ser re-equilibrada: a mulher é mais frágil. O homem, este não tinha *bens reservados do homem*, mas a mulher podia ter.

Pela interpretação que começou a vingar depois da Constituição de 88 já não se aceita mais isso. Os *bens reservados da mulher* adquiridos antes da Constituição permaneceram por conta de *direito adquirido*, mas se a mulher vender o bem, ela o perde, pois o resultado da venda se comunica com os bens do marido: passa a *bem em comunhão*. Extinguiu-se o instituto dos bens reservados. Por quê? Porque, diz-se agora, homens e mulheres são iguais em direitos e deveres. Mas, poder-se-ia argumentar, isso sempre foi dito. O que

mudou agora? Mudou a relevância. O que é importante agora na igualdade de homens e mulheres não é olhar para a diferença, mas agora para a semelhança. Todos têm que ter as mesmas condições porque são iguais. O importante é a semelhança entre eles.

Então a preocupação, vai dizer o intérprete, do constituinte racional, não é proteger a mulher de modo a lhe dar condições diferenciadas. Não, ela tem que ser igualmente protegida no exercício (supostamente igual) das mesmas atividades, ela não pode é ser discriminada, ainda que isso a favoreça. Ela não precisa ser protegida, pois não pode ser discriminada! É outra a leitura. É outra leitura em termos da mesma noção de igualdade e, portanto, em termos da noção da justiça.

Com o que a gente joga aí? A expressão que vem ganhando espaço na literatura jurídica, conquanto na pragmática do discurso fosse mais antiga, é a noção de relevância. Como nós lidamos com a relevância dentro, no caso específico, da composição do legislador racional? Como entra essa relevância e como ela me proporciona formas de raciocinar que possam ser controláveis, de modo que continuem a manter esse mínimo de comunicação, pelo menos entre os juristas, que dêem condições a eles de criarem uma linguagem própria chamada *hermenêutica jurídica* e, mediante ela, dela conversar?

A noção de relevância me parece algo importante. Como é que surge a relevância é uma coisa que extrapola a hermenêutica jurídica. E aqui nós entramos numa discussão de pragmática da comunicação e como é que surge a relevância, a quem eu posso atribuir essa relevância, o que me leva, por exemplo, a relevar isso ou aquilo, a relevância é alguma coisa fincada na própria experiência, tem a ver com alguns modos de comunicação. Podem-se encontrar critérios para entender? Esse é um problema que vai um pouco além da discussão estritamente de hermenêutica jurídica. Vai um pouco além porque de fato aqui há de se apelar para outros instrumentos.

Pode-se até tentar mostrar como às vezes o próprio legislador real - não o racional - percebe os problemas da relevância sem chamá-los de relevância, e interfere na legislação. Põe uma norma em cima de outra norma (usa a hierarquia) para diminuir as alternativas criadas pela relevância na comunicação humana (*fatta la lege, fatto l'ingano* dizem os italianos), o que permite discutir, em caso

recente, se a culpa é da autoridade, quando coloca uma jovem menor de idade numa prisão destinada a homens ou se houve “consentimento” ou se era “razoável” a explicação de que não havia prisão só para mulheres etc.

Tudo isso entra na discussão da relevância. E aí entraríamos na discussão dos diversos níveis da própria comunicação, da questão da locução, da ilocução, do problema da perlocução no caso da comunicação normativa. Ou seja, temos que extravasar os limites da hermenêutica jurídica para tentar entender como é que funciona a relevância.

Não vou ter mais tempo de fazer isso. Apenas procurarei fazer uma ponte entre o que foi dito anteriormente e o que tentei lhes mostrar como problema de interpretação.

A tese defendida é que a “lógica de interpretação jurídica” não se limita à lógica interpretativa da conversação ordinária, na medida em que é organizada em torno do valor *justiça*, ou seja, tem o compromisso de expressar uma escolha capaz de separar o certo do errado em termos de o justo do injusto, mediando a relação entre agentes comunicantes numa situação de conflito. A inserção do tema da justiça na interpretação jurídica problematiza o sentido das normas legais, mostrando que o antigo problema da indeterminação normativa não pode ser facilmente superado com referência à possibilidade de entendimento na comunicação ordinária.

O **jurista** pressupõe que, no discurso normativo, são fornecidas razões/motivos para agir de certo modo e não de outro, que se destinam a uma tomada de posição diante de diferentes possibilidades nem sempre congruentes, ao contrário, em conflito.

Pressupõe, assim, que o legislador age motivadamente; e, assim, atribui significação ao seu discurso.

A idéia de razão como relacionar presidiu, no desenvolvimento do pensamento ocidental, o estabelecimento de diversos princípios, como os do pensamento correto (lógica), da pesquisa correta (metodologia), da correta justificação de juízos valorativos (retórica), do correto comportamento em face das diversas situações vitais (prudência). Neste sentido, a razão, tomada como núcleo essencial da natureza humana (o ser humano como ser racional), acaba por tornar-se para o homem uma espécie de valor em si, um valor que incorpora a própria dignidade humana, não



constituindo um meio para obtenção de outros valores, mas o valor que dá sentido aos demais.

A questão ganha relevo quando observamos a evolução da teoria geral da interpretação da filosofia analítica à filosofia da linguagem ordinária e à pragmática da comunicação. Em particular, com Grice,<sup>2</sup> é desafiada a concepção de Frege de uma linguagem precisa, baseada em uma estrutura formal (cálculo de predicados clássico) representativa ou reveladora da estrutura necessária do discurso (descritivo) que refletiria a estrutura mais geral da realidade.

Para Grice o acesso ao que se *quis dizer* a partir do que se *disse* consiste em um processo de inferência, não dedutiva, que é chamada de *implicatura*.

A noção de uma relação de implicatura a partir de uma conceptualização do agente interpretado guarda paralelos próximos com a atividade de interpretação jurídica, nos moldes da dogmática alemã do séc. XIX, como forma de se ampliar a base de informações disponíveis acerca do sentido da lei. A estipulação de determinadas máximas de competência do emissor faz lembrar a figura do legislador racional, que constitui um instrumento interpretativo à disposição da dogmática jurídica.

No processo interpretativo dos textos legais, formulados em linguagem ordinária, o jurista enfrenta uma série de problemas de indeterminação.

Tais problemas, embora possam levar a uma postura cética no âmbito da especulação filosófica, trazem uma dificuldade prática para a interpretação doutrinária a ser, de alguma forma, superada, tendo em vista a decidibilidade de conflitos. A questão, para a dogmática, não é propriamente a possibilidade de uma interpretação correta ou objetivamente verdadeira, mas sim qual aquela que está melhor ou suficientemente justificada, diante das evidências dadas pelos textos normativos cujos sentidos estão inter-relacionados.

Uma questão jurídica doutrinária diz respeito a uma solução normativa (dever, permissão ou proibição) de uma determinada conduta em um caso hipotético. Tal solução é identificada com respeito à presença ou ausência de determinadas propriedades ou condições consideradas relevantes.<sup>3</sup> Assim, a resposta sobre uma ação particular para um caso, com determinada propriedade, deve ser coerente com a solução encontrada para aquela mesma ação na

hipótese de ausência daquela propriedade, ou ainda, coerente com a solução encontrada para outras ações análogas ou relacionadas com aquela primeira ação considerada. Isso leva o intérprete doutrinário a uma reconstrução de um sistema normativo com soluções coerentes para casos hipotéticos relevantes.

A exigência de sistematização e coerência das codificações e decodificações (comunicação normativa), mediante soluções identificadas pelo intérprete impõe uma racionalização do material normativo. Evidentemente, como as leis são de fato originadas de fontes diversas e não necessariamente codificadas mediante um único tipo de codificação (às vezes, mediante códigos débeis), a interpretação é levada a cabo a partir da ficção de unidade codificadora da vontade do legislador, que é, então, idealmente conceptualizado na figura do chamado “legislador racional”.

A figura do legislador racional é típica da hermenêutica jurídica, porque tem regras muito próprias. Fecha um conjunto de regras que nos permitem: comunicação. Como essas regras se fecham e constituem algo racional está muito ligado a uma das regras que aponta como característica do legislador racional é justiça, ele é justo, sempre justo em qualquer circunstância. Quando o intérprete mostrar isso por A ou por B ou até por linhas tortas, há de se lembrar que *Deus escreve sempre certo por linhas tortas*. E isso vale para o legislador racional.

Ora, como é possível ser sempre justo? A percepção é de que a noção de relevância é fundamental. E os exemplos que eu lhes dei foram para mostrar isso. Dependendo da relevância, até numa noção como de igualdade proporcional pode implicar um absoluto acima de qualquer proporcionalidade: justo como proporção: justeza; justo como absoluto: senso **do** justo. Ao lado da semelhança, a importância da diferença. Apesar das diferenças, a importância da semelhança. Acima das diferenças e semelhanças, a importância do ser humano como valor-fonte.

E isso tem a ver com a figura da relevância e essa figura é que me obriga a extrapolar em termos de hermenêutica jurídica para a teoria da lingüística de um modo geral, da filosofia da linguagem, para falar em termos gerais, para a temática, tal como foi proposta para este debate.

Afinal, o que é interpretação?

Andei procurando, certa vez, alguma saída etimológica para essa palavra. Em latim, *inter* é fácil, significa *entre* (dois ou vários). Mas o que quer dizer aquele *pretare*? Isso, é mais complicado.

Foi num dicionário inglês que encontrei o seguinte: esse *prete*, em *intérprete* (*pres-pretis*), viria do sânscrito e teria a ver com: *prath: spread abroad*, espalhar, propagar para fora. *Fora* do que, de onde e para onde?

O deus do comércio (*permuta, troca, compra e venda de coisas, de valores*), mas que também deu nome à interpretação, Hermes (*hermeneutike*), era um deus que comunicava, espalhava as ordens divinas, ou as comunicações divinas por todo o mundo. Até que faz algum sentido, não? Espalhar para todos, entre todos, para fora de quem falou ou ditou. E, com isso, propiciar o *comércio humano*.

Mas se interpretação tem a ver com isso, certamente será difícil definir o que é interpretação.

Muito obrigado.

#### **UMA AGENDA PARA O DEBATE SOBRE INTERPRETAÇÃO E DIREITO**

**Ronaldo Porto Macedo Jr.** (moderador)

Eu agradeço muitíssimo também a palestra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] e aproveito agora esse final das apresentações para dizer que para mim é uma grande felicidade poder não só participar dessa mesa com ex-professores, orientadores, colegas, como também de alguma forma poder promover um *diálogo* que é importante e freqüentemente difícil e raro especialmente aqui no Brasil. Refiro-me a esse diálogo com um debate que evidentemente tem ressonâncias para o direito e que tem ressonâncias para a filosofia.

Se vocês olharem como está montado esse programa, perceberão algo curioso: há muitas agendas, há painéis, ainda que sejam apenas três períodos, com temas razoavelmente distintos. Por essa razão, foi elaborado um pequeno mote, um pequeno resumo, uma ementa do que seria esse seminário. Isto, de alguma forma, visava apontar o *sentido* do que se está querendo fazer, por que estamos reunindo essas pessoas aqui e, de certa forma, por que tantas pessoas, até de uma maneira surpreendente devo dizer, por que tantas pessoas se interessaram em vir aqui.

E o ementário desse evento era basicamente o seguinte: “O tema da interpretação do Direito, cada vez mais central para agenda do

desenvolvimento e aperfeiçoamento institucional do país, é um ponto de confluência de muitas agendas teóricas distintas, mas necessariamente complementares. Por um lado, o tema da interpretação se insere dentro da filosofia da linguagem contemporânea. Por outro lado, ele pressupõe e sugere uma teoria acerca do que é o Direito, de como as instituições e agentes que o fazem se comportam. Nesse sentido, ele pressupõe também uma análise da prática real da interpretação dos tribunais e esse colóquio pretende apontar para algumas das perspectivas complementares para a análise da teoria e da prática da interpretação do Direito.”

É interessante que essa questão - a maneira pela qual o Direito e Filosofia se relacionam - vem sendo um tema que tem chamado muita atenção tanto de filósofos quanto de filósofos do Direito.

Pegando dois motes de dois autores importantes e influentes, somos conduzidos a idéias congruentes. Por exemplo, Ronald Dworkin, na introdução ao livro *The Philosophy of Law*, diz o seguinte: “a filosofia do Direito estuda os problemas filosóficos levantados pela existência e práticas do Direito. Ela, desse modo, não tem um núcleo central de problemas filosóficos próprio como outros campos da filosofia tem, mas se sobrepõe a todos esses campos. Uma vez que as idéias de culpa, erro, intenção e responsabilidade são centrais para o Direito, a filosofia do Direito é parasitária da filosofia da ética, da mente e da ação. Uma vez que os advogados se preocupam com que o Direito deve ser e como ele deve ser feito e administrado, a filosofia do Direito é também parasitária da filosofia política. Mesmo o debate sobre a natureza do Direito que dominou a filosofia do Direito por muitas décadas é, no final, um debate dentro da filosofia da linguagem e metafísica.”

Num outro autor, certamente um dos autores mais citados, mais influentes contemporâneos, que é Jürgen Habermas, num prefácio ao livro dele *Faticidade e Validade*, encontramos uma idéia assemelhada. Ele diz o seguinte: “na Alemanha a filosofia do Direito não é mais tarefa exclusiva dos filósofos. E o fato de a filosofia do Direito quando ainda busca o contato com a realidade social ter migrado para as faculdades de Direito é bastante sugestivo. O que antigamente podia ser mantido coeso em conceitos da filosofia hegeliana, hoje exige um pluralismo de procedimentos metodológicos que inclui as perspectivas da sociologia do Direito, da

filosofia do Direito, da história do Direito, da teoria da moral e da teoria da sociedade.”

E é interessante notar também o seguinte, e é esse na verdade o mote do que está subjacente, seja nessa observação do Dworkin ou do Habermas (poderiam também outros tantos autores serem tomados como motes para essa minha observação) é que, em boa medida, isso é reconhecido por muitos, a filosofia do século XX tornou-se uma filosofia da linguagem. Esse viés da linguagem se torna preponderante na reflexão filosófica em vários campos da filosofia: filosofia da moral, filosofia ética, filosofia da ação e, portanto, também filosofia do Direito. É nesse sentido que se torna cada vez mais necessário estabelecer esses diálogos, ao mesmo tempo em que se torna cada vez mais difícil fazer isso. Ou seja, esse diálogo que num certo sentido se torna técnico, exige um conhecimento de lógica, de uma filosofia crítica da filosofia da representação, que já não era assim tão fácil de ser compreendida. Num outro sentido, compreender quais são os impactos disso traz desafios. E o que de alguma forma esses dois motes, o mote do Dworkin e o mote do Habermas, me fazem ver também é que, do ponto de vista sociológico, nós tivemos a história da sociologia do saber jurídico do Brasil. A sociologia do saber filosófico tem uma relação de pouca comunicação, de fraco diálogo com o Direito. Ou seja, por razões históricas, por razões da tradição do ensino jurídico, da tradição do ensino de filosofia, o Direito da práxis dos juristas e a Filosofia conversaram menos do que deveriam no Brasil.

Assim, também por esse motivo, e não apenas por reencontrar amigos e professores, eu fico extremamente feliz de poder participar junto com a Catarina Barbieri, que teve um papel decisivo na organização desse evento, dessa reunião, desse diálogo.

Acho que é importante também, e esse painel é o primeiro aspecto, a primeira perna da agenda, notar que isso foi enfatizado por muitos, talvez mais pelo [José Arthur] Giannotti e pelo Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], que a agenda do tema da interpretação envolve, isso já estava presente no mote que eu tomei de empréstimo aqui do Dworkin, a importância de uma filosofia política e moral para a reflexão sobre o tema da interpretação, o que, portanto, se projeta nas tarefas e desafios de quem se preocupa com o tema da interpretação no Direito (que, na verdade, são todos os operadores do Direito). A interpretação é um tema inafastável, é um tema

tão trivialmente ligado ao cotidiano do jurista, que o tema da filosofia, de uma teoria da justiça calcada numa análise das instituições, torna-se um campo necessário dessa agenda.

Em alguns dos painéis desse nosso breve encontro, procurou-se dar ênfase a essa dimensão institucional, de como funcionam os tribunais, de como que de alguma forma há essa incorporação ou há esse uso, às vezes abusivo, às vezes uma “farra principiológica”, na utilização dos conceitos jurídicos e em que medida isso concretamente ocorre e em que medida institucionalmente nós temos condições para fazer algo diferente ou não, independentemente do que a boa teoria poderia recomendar.

Por fim, eu lembraria também que esse *Workshop* é pensado como um ponto de partida para duas coisas: um ponto de partida para uma linha de investigação que de alguma maneira está sendo apoiada institucionalmente aqui pela Fundação Getúlio Vargas, e como um ponto de partida para um colóquio internacional com o mesmo sentido que deve se realizar em março do ano que vem.<sup>4</sup>

Portanto, dizendo isso, eu fico muito satisfeito. Quero renovar a minha felicidade de estar aqui participando deste “diálogo” e dizer que os filósofos já estão mais do que convocados para o próximo encontro. Especialmente, fiquei muito feliz, porque todos eles aceitaram prontamente o convite e a “convocação”.

Dizendo isso, eu gostaria de abrir a debates e pediria duas coisas. O debate será da seguinte forma: eu peço que quem vier falar, se identifique e seja objetivo. Vamos reunir quatro perguntas e depois devolveremos a palavra aos palestrantes. Vamos fazer dessa forma, que é uma maneira de otimizar os diálogos.

## DEBATE

**Juliano** (participante): A minha pergunta é dirigida ao professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], mas vou aproveitar a pergunta para dirigir outra ao professor [José Arthur] Giannotti.

Quando há um problema de interpretação, aparece a figura do legislador racional, que traduz determinadas máximas, determinadas regras que são compartilhadas pela comunidade jurídica. No fundo, são máximas do que usualmente se quer dizer com uma determinada norma dentro daquilo que se entende relevante nessa ação de emitir normas dentro da comunidade.

E, no final das contas, isso não difere muito do que o professor Luiz Henrique [Lopes dos Santos] colocou acerca de um debate da interpretação em geral. Você tem regras semânticas sobre um que um determinado termo ou símbolo diz e também o contexto pragmático do que se quer dizer com aquele símbolo. E como o professor Luiz Henrique [Lopes dos Santos] colocou, nesse esforço pressupõe-se o compartilhamento de determinadas regras ou determinados padrões de racionalidade que vão permitir, apesar de uma controvérsia semântica, uma identificação do que de fato se quis dizer com uma determinada articulação de símbolos.

No exemplo do “mas”: “eu convidei a namorada, mas foi a mãe”. Normalmente se entende o que se quer dizer, não há controvérsia, muito embora isso não esteja semanticamente no sentido do “mas”.

Então, à primeira vista, não há uma distinção importante entre a figura do legislador racional e esse pressuposto de compartilhamento de determinados padrões de racionalidade na interpretação do discurso ordinário.

Na palestra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] apareceu um elemento que poderia sugerir uma distinção. No caso do legislador racional há uma máxima de justiça: aquele que emite uma norma tem que ser justo. Isso não necessariamente aparece em qualquer forma de discurso ordinário.

O que eu queria trazer para discussão é se a noção de justiça é propriamente uma regra que constitui o legislador racional como um conjunto de máximas. Ela pode ser enunciada como uma regra do legislador ou desse compartilhamento de padrões, mas ela pode ser pensada também como o próprio tema. Quer dizer, o Direito ou as normas jurídicas voltam-se para problemas de justiça ou para problemas de definição do que é certo ou errado num determinado caso particular. Daí aparecem dois critérios de racionalidade: um na identificação daquilo que é relevante em termos de justiça; outro na identificação daquilo que é relevante a partir das regras, que também é algo que está na fala do professor [José Arthur] Giannotti.

Eu tenho um jogo, eu crio regras, mas pode aparecer uma discussão sobre essas regras. E daí a questão é: o que é relevante? É aquilo que já está escolhido ou predeterminado nas regras ou isso tem a ver também com o contexto pragmático e, portanto, aquilo que se quis dizer, ou aquilo que as circunstâncias do caso

apresentam também como relevante apesar de não estar explícito na escolha expressa na norma.

E a conclusão do [José Arthur] Giannotti no final foi: bom, as normas, como têm esse aspecto duplo de relevância (eu posso tomar aquilo que está expresso no sentido ou no contexto pragmático) são necessariamente abertas.

Aqui a pergunta: as normas são necessariamente abertas? Ou seja, as normas seriam cláusulas do tipo “falta na área, é pênalti”, ou “falta normalmente é pênalti, mas caso haja alguma circunstância relevante no momento da falta, pode não ser pênalti”? A primeira pergunta para o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] é se essa abertura tem a ver com a regra ou se trata aqui do próprio tema do Direito, que é a justiça. E para o [José Arthur] Giannotti se de fato as regras são necessariamente abertas. A abertura não pode descaracterizar a regra como tal?

**Ronaldo Porto Macedo Jr. (moderador)**

Eu pediria que as próximas pessoas que formulassem perguntas fossem breves. Essa é a regra.

**Participante:** Minha pergunta é fundamentalmente para o professor João Vergílio [Cuter]. Se eu entendi, o bom juiz que ele tira da analogia com o futebol é aquele que primeiro que conhece as regras, que tem habilidades mínimas requeridas para fazer aquilo que ele tem que fazer e que, ao fazer isso, é capaz de identificar casos fáceis de casos difíceis. E nos casos difíceis ele é capaz de saber levar em consideração o contexto. Não sei se eu entendi bem.

Eu queria trazer dois elementos que ficam fora da analogia com o futebol, que não dá para dizer que futebol é uma boa analogia. O primeiro é que, no Direito, a gente tem a doutrina, que é esse nome pomposo e sintomático, um conjunto de comentários, de glosas sobre aquilo que já existe em termos de Direito e que tenta de certa forma estabilizar a interpretação. É algo que não tem com relação ao futebol. Então eu queria pensar a presença da doutrina do Direito com relação à figura do bom juiz.

E o segundo elemento que existe no Direito e não no futebol é que no futebol o juiz está imediatamente diante do fato. E no Direito o juiz reconstrói os fatos e de certa forma tão linguisticamente como ele reconstrói o sentido da norma.



**Participante:** A pergunta está direcionada a todos os professores que se entenderem aptos para responder. A pergunta se direciona no seguinte sentido: a partir do momento em que se começa a fazer interpretação de um determinado texto ou de um determinado contexto existem premissas ou intenções por trás de determinado texto e, no caso do Direito, por trás de determinadas regras. Só que essas intenções de acordo com as mudanças estruturais das instituições, elas também vão mudando. Qual a tendência atual da operacionalidade de uma interpretação que até propriamente os tribunais, os negociantes, os homens de negócios vêm atribuindo de operacionalização, não se estaria dando margem a um utilitarismo por trás das noções de Direito e na verdade antes de se perguntar se conhece ou se é possível conhecer inicialmente o que o signo está dizendo ou qual a verdadeira significação, não haveria por trás um interesse de que existe uma moralidade por trás, mas uma moralidade axiológica, uma moralidade de fins e não uma moralidade de meios, mas uma moralidade de fins que tem já por trás interesses pressupostos? Essa seria a pergunta: se o utilitarismo não estaria por trás de todas essas questões significativas da linguagem, que a linguagem vira um instrumento do poder para a realização dos seus interesses.

**Participante:** Gostaria de saber primeiro por parte dos juristas filósofos se em Dworkin há uma clara aceitação duma semelhança entre a idéia do legislador racional e a idéia do modelo ideal do juiz Hércules adotada por ele, se ele assume um posicionamento claro a respeito disso.

E para os filósofos que mostraram interesses jurídicos aqui hoje, eu gostaria de perguntar qual a relação, em que medida o pensamento do Dworkin se introduz no mundo jurídico. É isso.

**[RESPOSTA DO PROFESSOR JOSÉ ARTHUR GIANNOTTI]**

**[RESPOSTA DO PROFESSOR LUIZ HENRIQUE LOPES DOS SANTOS]**

**Tercio Sampaio Ferraz Jr.**

Bom, rapidamente, começando pela segunda. A figura do legislador racional ela é uma construção européia, basicamente, de origem alemã. Existe obviamente alguma analogia que a gente poderia

descobrir entre o juiz Hércules e essa figura do legislador racional. Talvez com algumas diferenças que são diferenças básicas. O juiz Hércules é uma hipótese que por assim dizer instaura um parâmetro a partir do que a interpretação se torna possível e um parâmetro também que você tem que alcançar. É uma figura que não aparece na realidade, por isso a imagem do Hércules, é um juiz super-homem quase, há isso na figura, mas ele não chega a ter aquelas características que aparecem na outra, que não é uma figura construída por ninguém, na verdade ela veio sendo construída. A expressão *legislador racional* é uma fórmula de dizer a respeito de um conjunto de regras que vão aparecendo e que se tornam institucionalizadas dentro de um contexto, ou nos tribunais, ou no modo como os tribunais agem, ou entre os estudiosos do Direito, os práticos, de alguma forma essas regras são institucionalizadas.

As duas figuras não se casam necessariamente, embora haja alguma semelhança, por exemplo, na medida em que as duas tentam traçar um limite à possibilidade da interpretação aceitável. Criam a comunicação entre os membros do grupo tanto no caso do Dworkin quanto no caso dessa figura do legislador racional. Mas a figura do Dworkin tem características um pouco diferentes dessa do legislador racional. Eles não se confundem inteiramente, acho que não é bem a mesma coisa, mas precisaríamos entrar em outros detalhes. Fico apenas nessa resposta.

Quanto à pergunta do Juliano a respeito de se a regra da justiça é uma espécie de regra principal do jogo, talvez até uma super regra à parte dos outros, porque razão a justiça aparece no campo jurídico como um tema fundamental que talvez marque especialmente a sua interpretação.

Acho que aqui a gente deveria partir de alguns outros pressupostos, não vai ser possível estabelecê-los todos nesse momento, mas alguma coisa eu poderia com simplicidade dizer.

Aquilo que a gente chama de norma jurídica obviamente nos faz pensar imediatamente em algo chamado texto, e que é o primeiro objeto de uma interpretação. Quando a gente interpreta a norma, essas que eu citei, nós vamos atrás daquelas noções que estão escritas. Por exemplo, estupro que leva a perguntas inclusive possíveis do tipo: só o homem estupra a mulher? Por que não pode haver ao contrário? Seria possível? Talvez o jurista dissesse:

é possível sedução, mas não estupro. Mas também a gente pode imaginar um limite que você possa alcançar e talvez por analogia fazer uma interpretação e às avessas apenar a mulher. Não digo que seria impossível, mas a questão é justamente isso, como é que eu fecho isso, senão eu vou abrir demasiadamente essa racionalidade e como é que eu vou tratar dela.

E por que eu escolhi nesse caso a noção de justiça com a noção que me permite lidar um pouquinho sobre o qual eu não avancei muito?

Voltando, na norma jurídica, então, em primeiro lugar eu sempre tenho o texto, aquilo que se diz, aquilo que se obriga, mas eu tenho também na relação normativa, ou na emissão da norma, uma espécie de sobre texto que diz respeito não propriamente ao conteúdo comunicado, mas diz respeito ao modo como esse conteúdo deve ser recebido. Isso faz parte da análise de uma norma. E aí entra o fator normativo, é na relação que aparece o fator normativo e não propriamente no conteúdo, no texto. A discussão desse elemento relação, que a gente pode traduzir de vários modos, explicitar de vários modos, uma delas seria a relação de autoridade, a relação de poder. Enfim, eu tenho vários modos de interpretar essa relação. Isso tem no caso jurídico uma característica especial. Especial em termos daquilo que a gente costuma chamar de norma jurídica. Essa relação é incontestável, pelo menos ela é incontestável em termos de uma presunção, uma das, do legislador racional. Isso não se discute. É possível discutir isso? Isso leva toda teoria jurídica ao complicado tema do chamado Direito revolucionário, do Direito oficial, enfim, como é que eu qualifico isso. A presunção da interpretação é que isso não se discute ou eu estou fazendo revolução quando discuto esse aspecto da norma.

Então toda discussão do legislador racional se dá na outra parte, na parte do conteúdo. Ali que ela se dá. Agora, existem artifícios para a gente discutir inclusive a relação. O Direito embora parta da presunção de que “a lei vale”, não há como discutir isso, depois eu vou interpretar e ver o que ela quer dizer. Existem possibilidades interpretativas, isto é, existem artifícios de discutir a relação também, sem fazer revolução. Uma dessas fórmulas inventadas pela hermenêutica que criou o legislador racional, é a hierarquia normativa, é uma forma para eu lidar com o problema do poder.

É uma fórmula transversa sem fazer revolução. E como é que eu faço isso? Eu crio a hipótese da hierarquia e digo: nenhuma norma me obriga se não tiver apoio na outra. Com isso eu discuto a relação de poder que eu sou obrigado a aceitar em razão do conteúdo da outra norma superior que deu ou que estabeleceu essa relação de poder. Isto é, eu discuto o conteúdo da norma que conferiu essa relação de poder. Qualquer jurista entende isso. Isso tem um reflexo importante no campo do comportamento. E é muito curioso, nós que lidamos com direito econômico, nós percebemos isso. Quando eu lido com autoridades economistas eu tenho uma certa dificuldade em fazê-los entender isso. Isto é, quando eu levanto uma dúvida a respeito da competência, juridicamente falando, portanto, desafio a relação de poder, eu sinto que a maioria dos economistas põe um pé atrás e fala “espera lá”, eu falo “mas não é nada de pessoal”. Eu tenho que explicar isso a eles.

Quando a gente conversa - o Ronaldo [Porto Macedo Jr.] já foi conselheiro no CADE - eu não tenho que explicar isso a ele. Eu falo: eu estou fazendo aqui um protesto e não tem nada a ver com você. Isso para ele é tranqüilo. Mas freqüentemente quando a gente lida com aqueles que estão fora desse âmbito, esse problema aparece.

O que isso tem a ver agora com a questão do Juliano? A mim parece que talvez por uma questão de tradição, mas mais talvez do que isso, a regra da justiça de todas as regras que a gente encontra na formação do legislador racional, a regra da justiça é aquela regra que por assim dizer me permite atravessar os dois planos da comunicação normativa sem nenhum artifício. Isto é, a discussão da justiça ou da justeza do legislador racional apanha os dois planos imediatamente. As outras regras ou tocam num ou tocam no outro plano.

Por exemplo, a regra da onipotência só o legislador revoga as suas próprias normas, ninguém pode revogar, isso é uma regra de interpretação que vai conhecer discussões na doutrina jurídica: uma norma nunca aplicada esquecida não foi revogada por caducidade, que é uma figura jurídica. Por que eu não posso aplicar, caducou, ninguém mais pensa nessa regra.

A regra de uma prefeitura perdida em Santa Catarina ou no Paraná que proibia a entrada de qualquer cidadão na câmara com

camisa verde, não tinha nada a ver com o Palmeiras, tinha a ver na época com o integralismo, essa regra nunca foi revogada. Vale ou não vale ou caducou, ou só o legislador lá pode revogar em nome da onipotência? Claro que a gente tem esse tipo de dificuldade na aplicação das regras do legislador racional.

Agora, de todas elas a regra da justiça atravessa os dois planos. Essa, por exemplo, da onipotência isola a relação, não me deixa atacá-la diretamente ou por uma via transversa.

A regra da justiça não, ela faz com que eu ataque os dois planos imediatamente, por assim dizer. Talvez por isso a regra da justiça seja uma regra privilegiada e que possa me dar a medida do jogo da relevância no campo da hermenêutica jurídica. Foi isso que eu quis dizer. Mas uma explicação mais detalhada disso exigiria mais tempo. Como o Juliano [Maranhão] vai falar amanhã eu peço que ele discuta um pouco mais esse tema.

### **João Vergílio Cuter**

Eu vou responder muito rapidamente. Você tem razão. Uma das inúmeras e enormes diferenças que existem entre a situação de um jogo de futebol e de um ordenamento jurídico é essa que você citou, ou seja, num jogo de futebol o juiz ao mesmo tempo tem que tomar a decisão e ser a principal testemunha e isso estabelece diferenças óbvias entre os dois casos.

No caso das normas, aí eu vou pedir uma informação a vocês, parece que há no início do código civil uma menção à doutrina como uma das maneiras de fechar lacunas jurídicas.

Existindo ou não, ou você tem uma menção explícita disso ou você não tem. Se você não tem, do meu ponto de vista, você inserir a doutrina como uma maneira de, por si só, resolver casos difíceis é uma arbitrariedade. O que você pode inserir, isso sim, são os argumentos que você encontra na doutrina, assumindo esses argumentos como seus e apresentando esses argumentos de forma independente.

A outra possibilidade é que apareça na legislação a figura da doutrina, ou seja, que a legislação preveja o uso da doutrina como mecanismo de decisão. Nesse caso eu ainda diria que há dois sub-casos: se você tem uma numeração das obras que devem ser usadas, você tem uma situação. Se você não tem, você tem uma norma que me parece perfeitamente inócua. Por quê? Porque ela foi criada pra

WORKSHOP INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES

resolver casos difíceis e ela mesma apresenta talvez um caso mais difícil que todos os outros, porque como é que eu vou decidir agora qual é a boa doutrina e qual é a ruim?

**Juliano** (participante): A doutrina, teoricamente, é a ciência do Direito, e o discurso científico tem pretensão de produzir enunciados verdadeiros. É nesse sentido que eu tentei trazer a pergunta.

**João Vergílio Cuter**

Na medida em que ela produz enunciados verdadeiros esses enunciados verdadeiros devem ser usados. Mas a verdade desses enunciados deve ser reconhecida a cada momento.

**Ronaldo Porto Macedo Jr.** (moderador)

Bom, 12h35, acho que já estamos sendo convocados pelo estômago pra encerrar os debates. Eu quero agradecer o professor [José Arthur] Giannotti, o professor Luiz Henrique [Lopes dos Santos], professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], professor João Vergílio [Cuter] e principalmente a todos que participaram desse surpreendente, mas positivamente constatado interesse por esse tipo de discussão. Agradeço. Amanhã nós teremos um painel de manhã e um painel à tarde. Acho que todos têm o programa, eu não preciso repetir o conteúdo dos painéis. Então eu dou por encerrado o nosso painel. Obrigado.

**NOTAS**

- 1 A pedido do palestrante, foi substituída a transcrição de sua palestra pelo texto referente à mesma.
- 2 Grice, Paul, “Logic and Conversation”, in *Studies in the way of words*, Harvard University Press, 1991, pp.22-41.
- 3 Alchourrón, Carlos e Bulygin, Eugenio. *Normative Systems*, Springer Verlag. 1971. trad. Alchourrón, Carlos e Bulygin, Eugenio. *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, 1975.
- 4 O Colóquio internacional de direito e interpretação: racionalidade e instituições foi realizado em 26, 27 e 28 de março de 2008 e resultará na publicação de um livro de artigos especialmente escritos, apresentados e debatidos durante o evento.

## USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS

**Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Bom dia a todos. É uma grande satisfação poder participar como moderador desta mesa, que conta com a presença de alguns dos mais destacados juristas brasileiros da atualidade.

O direito e o desenvolvimento constitui, como se sabe, um tema clássico da agenda de pesquisa em teoria e sociologia do direito.

Se é certo que o campo do direito e desenvolvimento se institucionalizou em termos acadêmicos num contexto histórico específico, de meados do século XX, marcado pela consolidação dos Estados Sociais nos países do centro e dos Estados desenvolvimentistas nos países periféricos, hoje, com a crise dos modelos jurídicos de bem-estar e com a exaustão das estratégias nacionais de industrialização acelerada, via substituição de importações, o debate sobre o desenvolvimento e o papel das instituições jurídicas na sua promoção se inscreve num cenário de intensas transformações sociais, que encerra inúmeros desafios para o futuro do direito.

Globalização, sociedade do risco, modernidade tardia, sistema-mundo são apenas algumas das novas ferramentas analíticas elaboradas pela teoria social contemporânea que atestam a necessidade de rediscussão interdisciplinar da agenda de pesquisa em Direito e Desenvolvimento e de incorporação de novos paradigmas de abordagem do Direito.

Do ponto de vista da sociologia jurídica, inúmeras questões são suscitadas por esse cenário de exaustão de estratégias nacionalistas de desenvolvimento e das formas jurídicas correspondentes ao *Welfare State*.

Assim, por exemplo, no caso do direito privado, identifica-se uma tendência crescente à atribuição de foros de juridicidade pública a arranjos negociais entre particulares e às práticas de governança privada, incluindo-se o debate sobre as Constituições sem Estado, na linha de uma revigorada *lex mercatoria* que tende a pôr em xeque as fronteiras modernas entre esfera pública e privada, além de acenar para a possibilidade de uma determinação econômica mais intensa do sistema jurídico.

No caso do direito penal, verifica-se o risco crescente de instrumentalização política do sistema jurídico, de que constitui paradigma

a política penitenciária de encarceramento em massa adotada pelos EUA, capitaneada pelo chamado “capitalismo de compadrio” da administração Bush, e que tem funcionado como uma espécie de sobrevivência keynesiana em tempos de neoliberalismo exacerbado, dado o seu impacto sobre a crise fiscal do Estado. Nesse sentido, parece não haver mais dúvidas quanto à centralidade dos sistemas punitivos inflados às novas estratégias de acumulação.

Para encerrar esta pequena intervenção, eu diria que nós nos deparamos hoje, do ponto de vista da construção do campo da sociologia jurídica, com uma situação um tanto paradoxal, que a renovação dos estudos sobre direito e desenvolvimento pode eventualmente contribuir para elucidar.

A sociologia jurídica surge e se desenvolve em grande medida pela denúncia da distância existente entre fatos e normas. Hoje, vivemos talvez um momento único, em que cada vez mais os fatos, sobretudo os que envolvem a dominação econômica e a dominação política da sociedade, vão se convertendo mais e mais em padrões hegemônicos de regulação jurídica.

Quer dizer, é como se houvesse uma hiper-adequação entre fatos e normas que, no meu modo de ver, seria mais um indício, digamos assim, dos riscos que rondam o horizonte de operação e de funcionamento de uma racionalidade jurídica interna na sociedade contemporânea.

Não por acaso, a chamada “brasilianização” do planeta indicaria, entre outras tendências, exatamente essa crescente fragilidade do sistema jurídico para filtrar e interpretar adequadamente o meio ambiente em que se insere; de resto, como se sabe, trata-se de um traço estrutural do direito em países periféricos.

Isso posto, eu gostaria de imediato de passar a palavra aos meus colegas de mesa. Convido para abrir esta jornada matutina o professor Celso Fernandes Campilongo, professor de Teoria Geral do Estado, Teoria do Direito e Sociologia Jurídica das Faculdades de Direito da USP e da PUC, alguém que reconhecidamente tem contribuído para a recepção no Brasil de uma teoria do calibre e da importância da teoria dos sistemas, especialmente tal como desenvolvida pelo alemão Niklas Luhmann.

Muito bem. Eu queria agradecer a todos e lembrá-los que às quatorze horas (14h) nós retornamos com os trabalhos da tarde. Agradeço



especialmente os nossos expositores. Quem sabe no período da tarde nós conseguimos articular um pouco melhor a questão dos desafios da interpretação e o problema do desenvolvimento contemporâneo.

Muito obrigado.

Por favor, professor Celso [Fernandes Campilongo], é um grande prazer tê-lo aqui hoje.

## **A OBSERVAÇÃO SOCIOLÓGICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

### **Celso Fernandes Campilongo**

Gostaria, primeiramente, de agradecer ao professor Laurindo [Dias Minhoto] e saudar todos os meus colegas desta mesa, de modo particular ao professor Ronaldo Porto Macedo Jr., organizador deste importante seminário.

Falar sobre a interpretação do ponto de vista da sociologia do direito envolveria a separação entre pelo menos dois tipos de enfoque (e esta é uma divisão da sociologia, de modo geral, mas, também, da sociologia do direito, de modo particular). Eu poderia adotar um enfoque, por exemplo, empírico, quantificando as formas de interpretação, indicando os modelos e esquemas de como a interpretação se desenvolve no interior dos tribunais. Essa seria uma estratégia válida e usual de se fazer um enfoque sócio-jurídico a respeito da interpretação.

Outra estratégia, que não é completamente desconectada da primeira, mas tem ênfase distinta, seria valorizar modelos teóricos, que não precisam, evidentemente, ficar no campo da abstração, mas modelos teóricos que partam de considerações de como opera concretamente a sociedade.

Vou me valer muito mais da segunda estratégia argumentativa do que da primeira, ainda que, em alguns momentos, haja confluência entre estratégia empírica e estratégia teórica, como me parece inevitável.

### **I**

Não me interessa tanto, do ponto de vista do modelo teórico, saber o quanto a sociedade interfere ou influencia na interpretação do direito, particularmente na interpretação do Direito feita pelos tribunais. Não porque isso não seja relevante. Evidente que é relevante. Mas o sistema jurídico, da maneira como pretendo descrevê-lo e

observá-lo, possui estruturas internas, desempenha função específica, atua em âmbito operativo com peculiaridades que fazem com que essas interferências da sociedade sobre ele sejam interferências percebidas, construídas e trabalhadas muito mais numa perspectiva interna ao próprio sistema jurídico.

Em outras palavras, é o sistema jurídico, no seu modo concreto de funcionamento, que estabelece limites e distinções entre aquilo que é sistema jurídico, aquilo que é Direito, e aquilo que é ambiente do sistema jurídico. Nós vivemos, como falou o professor Laurindo [Dias Minhoto] agora há pouco, num momento histórico, numa quadra na qual esta diferença entre o Direito, o sistema jurídico e o ambiente que o circunda, sem dúvida nenhuma, parece perder vitalidade. Basta que imaginemos, por exemplo, a importância para a atividade jurídica da produção da prova científica, da consultoria técnica, da especialização profissional em qualquer das áreas (pouco importa se eu me socorro de um especialista em problemas ambientais, um especialista em problemas contábeis, em problemas econômicos ou em problemas médicos). A importância crescente desses elementos para a interpretação e aplicação do Direito é um sintoma de que talvez eu esteja partindo de um ponto de vista equivocado. Eu estou dizendo: me interessa menos saber como a sociedade interfere no processo de aplicação e no processo de interpretação do Direito e me interessa mais saber como é que o Direito opera e processa este intercâmbio com a sociedade. Porém, aparentemente, o movimento de assimilação do direito por outras áreas do conhecimento apresenta-se como algo irreversível e avassalador. Será?

Se é verdade que cada vez mais técnicos, cientistas e economistas podem interferir na interpretação do Direito, este seria um sinal – para usar a expressão de um jurista sensível às questões econômicas, como Posner – de “declínio do Direito como disciplina autônoma”? Haveria uma dependência do Direito em relação à teoria econômica, em relação à teoria científica, que estão situadas fora do sistema jurídico?

Trabalharei com a hipótese inversa. Ainda que essa interpenetração do conhecimento científico com o Direito exista e, de fato, tenha peso no processo de interpretação, para o Direito, para um sistema programado para funcionar com base na lógica normativa,

tudo aquilo colocado fora do sistema jurídico, tudo aquilo que vem como aporte ao funcionamento do sistema jurídico é nada mais, nada menos do que conhecimento. Um conhecimento do qual, evidentemente, o sistema jurídico não pode prescindir, não pode abrir mão. Este conhecimento processa e organiza uma realidade exterior ao Direito. O Direito não pode ignorá-la.

Entretanto, no momento em que o sistema jurídico faz a aplicação deste conhecimento externo ao Direito, ele processa este conhecimento em termos jurídicos. Duplica a realidade em termos normativos. Constrói a realidade do Direito. Transforma, assim, o conhecimento científico e o conhecimento econômico em algo programável e processável juridicamente.

Dou a vocês alguns exemplos. Imaginem um conceito econômico de importância inegável como o conceito de economia de custo de transação. O sistema jurídico claramente não pode ignorar conceito econômico desta magnitude, dessa importância. Mas, muitas vezes, por mais elevada que seja a economia de custo de transação numa situação concreta, à luz dos critérios de operação e funcionamento do sistema jurídico, estamos diante de uma ilegalidade. Há violação de um contrato, quebra de uma cláusula contratual e inobservância de um conceito normativo.

Ora, por conta da economia de custos de transação isto deve condicionar, determinar, violentar os critérios próprios de operação do sistema jurídico? É claro que não. O Direito funciona com critérios, opera com uma lógica que não é exatamente a mesma lógica do sistema econômico. Ainda que ele não possa abstrair, abrir mão da conceitualidade econômica, esta é processada, interpretada, aplicada no sistema jurídico, com base nos critérios do próprio sistema jurídico. Me atrevera a dizer: a ciência (seja ela a ciência econômica, a ciência médica, pouco importa) só tem relevância para o sistema jurídico se puder ser processada juridicamente, isto é, com critérios comunicacionais próprios do sistema jurídico. Além disso, não é de forma alguma certo que a ciência ofereça respostas inequívocas e precisas a todo e qualquer problema, seja ele um problema de natureza econômica, seja ele um problema de natureza médica. Para muitas situações, a ciência sequer oferece respostas.

Mas quando o problema se transforma num problema jurídico e quando devo interpretar normas jurídicas, o sistema jurídico tem

obrigação de oferecer uma resposta. Ele atua com ônus que não sobrecarrega a ciência. E, desta perspectiva, é só por conta de suas características peculiares que o sistema jurídico consegue desempenhar um papel até mesmo de suplência, de complementação daquilo que a ciência não é capaz de responder. Ele não pode deixar de dar resposta a um problema, sob a alegação de que não existe teoria científica que dê suporte à decisão.

Parece-me que isso tudo desempenha, para a compreensão da função e da aplicação do Direito, um papel muito importante. Relativiza a idéia de que o sistema jurídico perdeu a autonomia e se tornou um sistema dependente do sistema científico. Não me parece que seja exatamente isto o que esteja ocorrendo, ainda que, sem dúvida alguma, a ciência tenha um peso cada vez maior nos critérios de interpretação.

Para que se chegue a esta conclusão poderíamos ressaltar dois ou três aspectos que interferem no processo de interpretação jurídica. Seguramente, a interpretação jurídica desempenha um papel crucial, um papel central para evolução do Direito. Estamos tratando de Direito e Desenvolvimento. Desconfio, a partir das minhas premissas, que não seja possível ao Direito promover desenvolvimento científico. Tenho a sensação de que não seja viável, com ferramentas jurídicas, promover desenvolvimento econômico. Tenho dúvidas se o Direito pode transformar muitas outras coisas além do próprio Direito. Transformar o Direito é o que está ao alcance do sistema jurídico. Pretender transformar, com a norma jurídica, a realidade econômica me parece uma ambição, um imperialismo que vai além das possibilidades do Direito. Para trabalhar com uma expressão cara a um colega italiano chamado Raffaele de Giorgi, quando se atribui essa pretensão ao sistema jurídico, tem-se um receituário completo, uma chance enorme de que o usuário se torne “infeliz com o Direito”. O Direito frustrará expectativas. Claro que o sistema jurídico tem muita sensibilidade - deve estar atento a tudo aquilo que acontece na economia, na ciência, na política - mas tem também limites para processar essas informações.

A interpretação jurídica está vincada por esses limites. A unidade, os limites e a especificidade do sistema jurídico são construídos a partir de dentro do próprio sistema jurídico, não são oferecidas pela economia nem pela ciência. A unidade do sistema jurídico é

resultante do funcionamento do próprio sistema jurídico. A diferenciação entre o sistema jurídico, a ciência, a economia, a política, é uma diferenciação construída no interior do Direito. Isto limita muito o socorro que eu possa ter – com critérios hermenêuticos, ou, pelo menos, com critérios juridicamente admissíveis – de elementos exteriores ao sistema jurídico.

Esta era uma primeira observação, um primeiro conjunto de comentários que eu gostaria de fazer.

## II

Se nós imaginarmos a pergunta “quem escreveu um texto” e pensarmos na Idade Média, muito provavelmente esta pergunta teria por resposta o nome do copista do texto. Não existiam livros impressos. Os livros eram manuscritos, feitos de maneira artesanal, um a um. É bastante possível que esses copistas cometessem lapsos no momento da escritura, e que o mesmo livro, escrito e reescrito pelo mesmo copista, tivesse alguma variação em diferentes “edições”. Não havia unidade no texto.

Com a invenção do livro impresso, isto acabou se modificando. O texto passou a ser exatamente o mesmo para todo e qualquer leitor e isto já representa uma variação muito importante. É a partir do texto escrito e a partir da valorização da lei escrita que passamos a dar ênfase cada vez maior aos critérios de interpretação. Depois da invenção do livro escrito, a pergunta “quem escreveu o livro” dificilmente teria a resposta “foi o copista”. Quem escreveu o livro foi o autor. Sendo o texto único, fixo para todo e qualquer leitor, supostamente aumentariam as possibilidades de que a interpretação também fosse unívoca, fosse a mesma. Mas o que se constata é exatamente o contrário.

Em primeiro lugar, fica cada vez mais evidente, mesmo a partir do texto escrito, que podemos ter diferentes interpretações. E, mais do que isso, tenho no texto escrito a possibilidade, que não existia no momento precedente, de refletir bastante sobre o texto, de interpretar o texto de diferentes maneiras, de complementar essa interpretação.

Ora, tudo isto faz com que se tenha também um marco para a mudança do Direito, que se reporta a dois momentos. Em primeiro lugar, fica muito mais fácil mudar a legislação. É possível se aferir a evolução do Direito a partir das mudanças introduzidas no texto

escrito. Além disso, num Direito mutável, em que há possibilidade de verificação empírica desta mudança, expandem-se, também, os critérios de interpretação.

Se entre o livro copiado pelos escribas e o livro impresso constata-se uma diferença significativa, esta diferença é ainda maior se eu imaginar, por exemplo, o livro eletrônico, se eu imaginar a comunicação por meio da Internet.

Em cada um destes momentos o meio utilizado pela comunicação, o escriba, o livro impresso ou o computador, interfere brutalmente nos critérios de interpretação, nos critérios de aferição do que é o texto e nos critérios de modificação do próprio texto. Evidentemente, o Direito não fica imune a esta transformação tecnológica, que tem, sem dúvida alguma, impacto também sobre a interpretação jurídica. Esta me parece outra observação importante para compreendermos porque a interpretação desempenha um papel central como critério de evolução do Direito.

O Direito evolui não apenas por conta da transformação do texto legislativo. O Direito evolui, principalmente, por conta da interpretação, mas uma interpretação que deve tomar por parâmetro inevitavelmente o texto. A interpretação do Direito é uma interpretação de textos. Esta interpretação normativa não pode prescindir, no entanto, quer do impacto que as mudanças tecnológicas têm nos critérios de interpretação, quer de uma teoria social - e não apenas uma teoria da mudança tecnológica, uma teoria social que viabilize e esteja acoplada à interpretação dos textos.

Em outras palavras: a sociedade não é um texto a ser interpretado. A sociedade é um conjunto de operações. É o funcionamento de sistemas. E, na contemporaneidade, o modo de funcionamento da sociedade é um modo que tem a ver com essas mudanças tecnológicas, de um lado, mas tem a ver, de forma muito especial, com o fato de que, na modernidade, o sistema jurídico opera de modo diferenciado em relação ao sistema econômico e ao sistema político. Não se trata, aqui, de mera teoria, de mera abstração. Eu estou partindo do pressuposto (que pode estar errado) de que o Direito funciona concretamente de maneira distinta da economia e da política. Trata-se muito mais de um pressuposto empírico, de um pressuposto de fato que pode, eventualmente, estar equivocado, do que qualquer outra coisa. Não se trata de um mero modelo,

de mera abstração. Eu estou dizendo que, concretamente, o sistema jurídico opera com estruturas, com critérios e com funções que são distintos daqueles da política ou da economia.

### III

De tal maneira que eu poderia dizer, encaminhando para a conclusão dos trinta minutos que me foram concedidos, o seguinte: levando em consideração todos esses fatores, eu posso identificar, pelo menos nos últimos duzentos anos, uma evolução da sociedade e de critérios de interpretação – exagerando um pouco para efeitos didáticos – subdividida em três períodos.

Aqui me valho de uma terminologia, pelo menos nos dois primeiros momentos, que eu conheço dos livros do professor Tercio Sampaio Ferraz Junior. A terceira categoria é uma criação minha, mas as duas primeiras são categorias que eu extraio do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], que esteve aqui com vocês ontem. E a partir deste esquema evolutivo vou fazer algumas comparações aplicáveis a uma leitura de inspiração sociológica da interpretação jurídica.

O professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] diz o seguinte: tivemos, no século XIX, critérios de interpretação que são principalmente critérios de “interpretação de bloqueio”. O que significa uma interpretação de bloqueio? Bloqueio de quê?

Bloqueio da intromissão do Estado ou da política sobre o Direito. Bloqueio que vê na lei um instrumento de proteção das garantias e liberdades individuais. Uma ferramenta de proteção do indivíduo contra a intromissão do Estado. Uma interpretação, em outras palavras, restritiva, eu poderia dizer. Restritiva do quê? Da intromissão do Estado na vida do cidadão.

Ao contrário disso, tivemos, ao longo do século XX, a passagem de critérios de interpretação principalmente de bloqueio para uma interpretação que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] vai identificar como característica do Estado intervencionista, do Estado social do século XX. É a “interpretação de legitimação”. O que está em jogo aqui é menos a proteção do bem-estar individual e mais a promoção do bem-estar coletivo. É menos a lei vista como um instrumento de garantia das liberdades individuais e muito mais a lei vista como um instrumento, uma ferramenta de modificação da sociedade.

Eu poderia dizer que uma hermenêutica de bloqueio pensa o sistema jurídico particularmente como um sistema fechado, um sistema insensível àquilo que ocorre no plano econômico, no plano político, no plano da ciência. Diferentemente disso, uma interpretação como esta, própria do Estado intervencionista, que o professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.] vai chamar de “interpretação de legitimação” (legitimação dos objetivos perseguidos pelo Estado intervencionista, legitimação de uma maior igualdade social, da promoção do desenvolvimento econômico) pressupõe mais a idéia do sistema jurídico como um sistema aberto. E, mais do que isso, um sistema aberto que procura interferir na economia, interferir na política, re-equilibrar as relações sociais. Eu diria, inspirado nessa classificação, mas introduzindo aqui um terceiro conceito: além de interpretação de legitimação e de interpretação de bloqueio, gradualmente presenciamos, nas últimas décadas, a expansão dos critérios de uma lógica de interpretação que, na falta de melhor nome, vou chamar de “interpretação reflexiva”.

Interpretação reflexiva no sentido de que me valho cada vez mais de critérios de interpretação capazes de aderir às situações sociais muito particulares, capazes de refletir uma fragmentação de interesses, de objetos, de tutelas, de sujeitos, de Direito, próprias, essas fragmentações todas, do mundo contemporâneo, da sociedade contemporânea.

E é justamente essa fragmentação que faz surgir critérios de interpretação que reflitam essas situações particulares, essas situações fragmentadas. É exatamente essa reflexividade, este caso-a-caso da interpretação contemporânea que acaba dando a nítida impressão de que os critérios de aplicação do Direito seriam muito mais critérios exteriores ao Direito, critérios próprios da ciência, da economia, da política, critérios mais atrelados a essa fragmentação da vida social do que, propriamente, ao sistema jurídico.

E, para continuar com a comparação entre uma hermenêutica reflexiva, de um lado, e, de outro lado, uma hermenêutica de legitimação ou de bloqueio, eu diria o seguinte: se uma legitimação de bloqueio vê o sistema jurídico principalmente como um sistema fechado, se uma interpretação de legitimação percebe o sistema jurídico principalmente como um sistema aberto, uma hermenêutica reflexiva percebe o sistema jurídico particularmente como um



sistema ao mesmo tempo aberto e fechado, um paradoxo em si mesmo. A porta aqui da sala pode estar aberta ou pode estar fechada, mas não pode estar aberta e fechada ao mesmo tempo.

O que significa um sistema ao mesmo tempo aberto e fechado? Eu acho que isto também tem muito a ver com a teoria da interpretação e as aplicações que nós possamos fazer da teoria social na sociedade contemporânea. Do ponto de vista cognitivo, tudo aquilo que acontece fora do sistema jurídico é percebido por ele como conhecimento. E o sistema jurídico é aberto a esses conhecimentos, não recusa e nem é incompatível com esses conhecimentos. Desta maneira, eu poderia dizer que o sistema jurídico é um sistema aberto ao conhecimento produzido fora dele mesmo.

Mas, de outro lado, o sistema jurídico processa esses conhecimentos com critérios próprios, particulares, exclusivos do próprio sistema. Ou seja, trata-se de um sistema que é cognitivamente aberto ao conhecimento produzido fora, mas que opera de modo fechado. Opera de modo fechado inclusive na definição dos argumentos, dos critérios e das regras de interpretação. Opera de modo fechado no momento de interpretar e aplicar o Direito. Portanto, eu estou associando a interpretação reflexiva a sistemas que são, ao mesmo tempo, abertos e fechados.

Os protagonistas do processo de interpretação em cada um destes momentos também são sujeitos distintos, apenas para concluir. Poderíamos, tranquilamente dizer que uma interpretação restritiva ou uma interpretação de bloqueio, enfim, uma interpretação atrelada ao chamado modelo jurídico liberal, vê no juiz o principal e quase que exclusivo artífice do processo de interpretação jurídica. Ao contrário disto, pode-se dizer que a interpretação de legitimação, a interpretação extensiva, própria dos critérios de um Estado intervencionista, ainda que veja o juiz como figura relevante, acresce importância singular à figura do advogado e do consultor no processo interpretativo. A interpretação é o resultado da interação entre todos esses atores.

E, finalmente, no modelo que estamos chamando de interpretação reflexiva, capaz de traduzir fragmentos e particularidades da sociedade, eu diria que o campo se estende, incorporando não apenas o juiz, os advogados, os consultores, os peritos, mas também todos aqueles particularmente interessados na questão posta em

WORKSHOP INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES

discussão. Pensem numa figura como, por exemplo, a do *amicus curiae* e a importância que ela tem no Direito contemporâneo. Pensem nos critérios de ampliação da legitimação para ação, tão próprios do Direito contemporâneo. Tudo isto faz com que a interpretação no Direito contemporâneo, por conta de regras do próprio Direito contemporâneo (a interpretação jurídica é um fenômeno interno ao sistema jurídico), incorpore, agora, os demais interessados, além do juiz, dos advogados e dos consultores. Ou seja, em cada uma destas etapas temos atores privilegiados distintos, estruturas normativas diversas e, evidentemente, tudo isto vai alterar, também, os critérios de interpretação.

Enfim, para fazer aqui muito rapidamente, em trinta minutos, uma observação sociológica, de sociologia jurídica, a respeito da interpretação jurídica, esses foram alguns comentários, algumas anotações que me ocorreram. Evidentemente, depois os meus colegas poderão complementar isto com outros elementos, com outros aportes, com críticas aquilo que eu falei, e, talvez, no final tenhamos também a oportunidade para debater essas observações.

Muito obrigado.

**Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Agradeço ao professor Celso [Fernandes] Campilongo, principalmente por ter observado rigorosamente o tempo que foi destinado. Passo rapidamente a palavra para o próximo expositor, professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld], professor da casa, professor de Direito Administrativo da PUC aqui de São Paulo, enfim, conhecido de todos nós, cuja contribuição para a renovação dos estudos do Direito administrativo no Brasil é absolutamente impar. Por favor.

**UMA ANÁLISE DO USO DE PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELO STJ**

**Carlos Ari Vieira Sundfeld**

Com o objetivo de tentar compreender qual o papel dos princípios do Direito Administrativo no Superior Tribunal de Justiça, foi feita uma pesquisa<sup>1</sup> em sua jurisprudência a fim de identificar assuntos que pudessem ser significativos e exemplares dos debates mais recentes enfrentados pela Corte envolvendo os princípios.

A idéia era a de acompanhar o desenvolvimento desses temas no STJ e comparar os comportamentos do Tribunal ao analisar diferentes casos.

O primeiro passo foi estabelecer quais temas poderiam cumprir esse papel. Partindo da idéia de que seria importante comparar os comportamentos da Corte, era preciso encontrar dois problemas diferentes do Direito Administrativo submetidos ao Tribunal. O resultado dessa primeira etapa chegou a dois assuntos bastante conhecidos: a suspensão no fornecimento de serviços públicos ao usuário inadimplente e a improbidade administrativa.

O primeiro tema é de Direito Administrativo econômico e se insere no processo de mudança na exploração dos serviços públicos, sobretudo após as privatizações. Já o segundo tema diz respeito à ética pública, que é um grande desafio no combate à corrupção e na efetivação do Direito Público.

Apesar de bastante diferentes, esses dois temas, que constituíram nosso objeto de pesquisa, possuem algo em comum. Ambos envolvem, como pano de fundo, a constrição de direitos.

#### *OS PRINCÍPIOS EM CASOS ENVOLVENDO A SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS POR INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO*

O primeiro tema envolve a discussão sobre a possibilidade de interromper o fornecimento de serviço público econômico ao usuário inadimplente. É uma questão que começou a ser discutida no Brasil com as privatizações, sobretudo as do setor elétrico nos anos de 1997 e 1998.

A partir desse período, as concessionárias privadas de serviços públicos mudaram em relação à postura que as antigas empresas estatais mantinham diante da inadimplência. Na época em que os serviços eram prestados por intermédio das empresas estatais, a inadimplência não era combatida com uma ação firme, especialmente porque a maior inadimplência não era a do usuário comum, mas a do usuário poder público. Em geral, eram os municípios que não pagavam às concessionárias pelos serviços prestados. Essa é uma das grandes razões das crises das concessionárias estatais de distribuição de energia elétrica. E isso acontecia porque os governadores davam ordens para que as concessionárias estatais não cobrassem dos municípios inadimplentes, de modo a permitir uma sobra de recursos para

outras áreas. Na prática, para custear o serviço, as concessionárias estatais equilibravam suas receitas com as tarifas cobradas dos usuários comuns.

Com as privatizações, esse cenário começou a mudar. As concessionárias privadas passaram a cobrar judicialmente dos municípios devedores. E uma das medidas para tornar efetiva a cobrança foi interromper o fornecimento do serviço público prestado. Apesar de ser um debate de extrema relevância, o assunto da suspensão do fornecimento chegou ao grande público através de outros casos. Esses casos envolviam pessoas físicas, pequenos consumidores, a viúva, a desempregada com uma mãe paralítica<sup>2</sup>, como no *Caso Sebastiana*, que uniformizou a jurisprudência no STJ. Tais casos motivaram muita emoção no Poder Judiciário e na opinião pública.

O assunto foi muito discutido por conta da energia elétrica, mas pelo menos um dos acórdãos interessantes envolveu o serviço de distribuição de água. Os serviços de água continuam sendo prestados por empresas estatais, como a SABESP em São Paulo. Neste setor, portanto, ainda não há uma política agressiva de cortes, especialmente em relação aos municípios.

O que encontramos de fascinante nos casos em que o STJ discutiu sobre a possibilidade de suspensão do fornecimento de serviços públicos foi que um mesmo princípio, no caso, o da continuidade do serviço público, é usado para defender posições opostas. Tanto para afirmar a possibilidade de suspensão, quanto para negá-la.

O assunto chegou ao STJ em 1998 com o *Caso Hermógenes*, cujo relator foi o Ministro José Delgado, que é professor de Direito Administrativo. Para ele, o princípio da continuidade impediria a concessionária de suspender o fornecimento do serviço ao usuário inadimplente. O acórdão do *Caso Hermógenes* pode ser resumido, um tanto ironicamente, dessa forma: o princípio da continuidade exige a continuidade do serviço público, logo, não pode haver corte.

E o fundamento legal para o princípio da continuidade do serviço público que surge nessa discussão não está expresso na Constituição Federal. Há quem diga que ele estaria implícito nas dobras da Constituição, mas eu ainda não consegui identificar em qual dobra.

Mas os advogados encontraram o princípio da continuidade do serviço público expresso no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). E novas

demandas foram propostas com base no artigo 22 do CDC, segundo o qual haveria um dever de continuidade em relação aos serviços públicos.

Os primeiros casos no STJ afirmaram a impossibilidade do corte por conta do princípio da continuidade, consagrado no Código de Defesa do Consumidor.

Há um caso muito interessante envolvendo o dever de continuidade. É um caso em que o serviço já estava suspenso e a ação pretendia que a concessionária voltasse a prestá-lo e, ao mesmo tempo, indenizasse o inadimplente pelos danos morais decorrentes da interrupção. A idéia era a de que o sujeito que não paga, e se vê privado de usufruir do serviço, sofreria dano moral. E o Ministro José Delgado foi o responsável por concordar com essa idéia. No fim, a empresa teria de pagar ao sujeito que não lhe pagou e que, justamente por isso, deixou de receber o serviço.

O assunto foi evoluindo na jurisprudência até que alguém se lembrou do art. 6º, §3º, II da Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995). Neste artigo está expresso que não constitui violação ao princípio da continuidade do serviço público o corte em caso de inadimplência do usuário. Curiosamente, os primeiros acórdãos ignoram essa norma da Lei de Concessões.

A Lei de Concessões de 1995 foi feita justamente a pedido das concessionárias privadas de serviços públicos. Dentre suas reivindicações estava a de que o princípio da continuidade, tal qual estava sendo aplicado, traria prejuízos enormes ao caixa das concessionárias. A saída foi estabelecer, expressamente, uma exceção ao princípio da continuidade. O art. 6º, §3º, II da Lei de Concessões foi feito justamente para afirmar que o princípio da continuidade significa que o serviço deve ser contínuo, mas não em casos de inadimplência. Alguns ministros do STJ passaram a decidir a favor da suspensão com base nesse dispositivo da Lei de Concessões.

Surgiu, então, um novo argumento, que foi inicialmente acolhido pelo Tribunal: o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deveria ser levado em conta ao se interpretar as normas do CDC e da Lei de Concessões.

Logo a seguir, o STJ enfrentou o problema das prefeituras inadimplentes. Não se discutiu se a prefeitura seria ou não consumidora para efeitos do CDC e da aplicação do princípio da continuidade.

O importante parecer ser o princípio da continuidade, que teria uma validade geral. No entanto, o princípio da continuidade que o Tribunal havia utilizado nas últimas decisões fora para proteger a dignidade da pessoa humana. Mas o princípio da dignidade da pessoa humana se aplicaria à prefeitura inadimplente? Parece evidente que não.

Mas um novo princípio adicionado ao debate justificaria o dever de continuidade das concessionárias também em relação às prefeituras inadimplentes: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Em casos envolvendo o poder público municipal, o dever de continuidade das concessionárias em relação às prefeituras decorreria da idéia de supremacia do interesse público.

Nessa perspectiva, o interesse público, representado pela prefeitura, impediria a concessionária privada de suspender a prestação do serviço. Não seria possível, afinal, uma empresa privada suspender a prestação de serviços públicos a um ente estatal.

O Ministro Peçanha sintetizou o argumento por trás dessa idéia. Como as prerrogativas do poder público são diferentes das prerrogativas típicas do direito privado, o município teria a prerrogativa de não pagar à concessionária pelo serviço que recebe, sem sofrer qualquer interrupção.

Assim, o usuário comum teria o direito de usar o serviço gratuitamente, por conta do princípio da dignidade da pessoa humana. Já a prefeitura, que é pessoa pública, teria a prerrogativa de não pagar por conta do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Em seguida, surgiu uma nova versão para impedir o corte nos serviços prestados às prefeituras. Os ministros afirmaram que a prefeitura não poderia ter seus serviços públicos paralisados em decorrência da interrupção dos serviços prestados pela concessionária privada. Neste caso, a idéia de continuidade estaria ligada aos serviços prestados pela prefeitura. Seria uma visão instrumental do princípio da continuidade do serviço público. Como os serviços prestados pela prefeitura devem ser contínuos, os serviços daqueles que fornecem à prefeitura também deveriam ser contínuos.

Em sentido contrário ao que a Corte havia entendido até então, a Ministra Eliana Calmon proferiu um voto autorizando a interrupção.

Para ela, a suspensão no fornecimento estaria autorizada pelo mesmo princípio da continuidade. A ministra defendeu que se a inadimplência fosse estimulada, as concessionárias não teriam recursos para o custeio dos serviços. Com isso, haveria uma interrupção geral em sua prestação à coletividade. Então a continuidade do serviço público exigiria que se cortasse daquele que não paga. Seria o princípio da descontinuidade ao inadimplente para garantir a continuidade do serviço para a sociedade. É interessante notar que o argumento gira em torno da continuidade do serviço público.

Nos últimos tempos, a posição do STJ foi pacificada por conta de uma decisão da primeira sessão que unificou a jurisprudência das duas turmas, que votavam de maneira completamente diferente. Em síntese, se afirmou a possibilidade de corte, mas o princípio da continuidade do serviço público continua sendo aplicado em alguns casos envolvendo as prefeituras. Por exemplo, nos alguns casos em que a interrupção trará como consequência a paralisação de algum serviço essencial prestado pela prefeitura. Cada acórdão tem um detalhe: um diz que para creche não pode cortar, outro diz que iluminação pública não pode ser cortada.

Em um caso, a ministra Denise Arruda afirmou que iluminação pública não poderia ser cortada em nenhuma hipótese; em outro, ela diz que pode se cortar para apenas uma via, que vai de um distrito a outro, porque é só uma via.

É curioso como a jurisprudência ainda não conseguiu resolver qual seria o serviço da prefeitura que teria de ser realmente contínuo.

Por fim, há o princípio da continuidade para garantir o contraditório e a ampla defesa. Em geral, ele tem aparecido nos casos de fraude, em que o usuário burla a medição do marcador de consumo. Não se poderia apenas ir até a casa do indivíduo verificar qual foi a fraude, calcular seu valor, cobrar dele o valor correto e, se ele não pagar, cortar. Seria preciso, antes de interromper o serviço, cumprir os princípios do contraditório e da ampla defesa. É o princípio da continuidade como instrumental da ampla defesa e do contraditório.

#### ***OS PRINCÍPIOS EM CASOS ENVOLVENDO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA***

No início da década de 1990, logo após a promulgação da Constituição Federal, houve um projeto institucional de afirmação do

Ministério Público que causou impactos na legislação. Um deles foi o surgimento de uma nova lei para combater o desvio ético na Administração Pública. Havia uma antiga lei, que o Ministério Público lutava para aplicar com grande dificuldade. Também já havia legislação penal punindo crimes de administradores públicos, mas cuja aplicação não era muito simples, porque era preciso tipificar os crimes.

Era preciso encontrar um meio de “criminalizar” a conduta dos administradores públicos para tornar mais efetivo o Direito Administrativo. Surgiu a idéia de algo como um “crime de improbidade” para os administradores que impedissem a concretização do Direito Público. Esse foi um dos objetivos da lei de improbidade: pressionar os administradores públicos com condenações cada vez mais severas e exemplares para que eles respeitassem o Direito Público.

Então veio a idéia, aproveitando a força institucional e a influência do Ministério Público, de uma nova lei: a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992), que estabeleceu três espécies de improbidade

A primeira delas é a improbidade por lesão ao erário, que pretende punir aqueles que se beneficiam indevidamente de recursos provenientes dos cofres públicos (art. 10).

A segunda espécie é a improbidade por enriquecimento ilícito, que independe de lesar diretamente o erário público e corresponde àquelas situações em que o agente se beneficia do cargo, ou do vínculo que possui com a Administração, para receber algum tipo de vantagem (art. 9º).

A experiência do Ministério Público sinalizava que essas duas espécies não seriam suficientes para influenciar na eficácia do Direito Público no combate à corrupção. Era preciso criar uma terceira modalidade de improbidade para o caso de a conduta lesiva não se enquadrar em nenhuma das modalidades anteriores. Dessa idéia surgiu a improbidade por lesão aos princípios da Administração Pública. É uma espécie de “outros”. O raciocínio do MP foi o seguinte: se o agente não for pego por lesão ou por enriquecer, será pego por lesão aos princípios da Administração Pública.

A improbidade por lesão aos princípios da Administração Pública corresponde, então, à terceira espécie de improbidade. Com ela



pretende-se alcançar as condutas que não se enquadram nas duas modalidades anteriores, mas que mereceriam ser punidas. Essa espécie de improbidade aproveitou o sucesso dos princípios no Brasil para criar um “tipo penal”, no âmbito sancionatório da Lei de Improbidade, que diz o seguinte: é ato de improbidade violar os princípios da administração, da legalidade, da moralidade, da imparcialidade, etc (art. 11).

Com base nessa espécie de improbidade, o Ministério Público passou a propor ações sempre que houvesse alguma suspeita de ilegalidade ou mesmo de violação ao princípio da moralidade. E as sanções previstas pela lei são severas, incluindo multa civil em até cem vezes o valor da remuneração do agente público, suspensão dos direitos políticos por até cinco anos, cassação de mandato e dever de reparar o prejuízo que houver causado (art. 12, III). Tudo a partir da violação de princípios.

Essa foi uma grande idéia do Ministério Público, que começou a propor ação de improbidade no Brasil todo. Toda vez que aparecia alguma suspeita de ilegalidade, ainda que formal, ou de violação a algum princípio, estava aberta a oportunidade para uma ação por lesão aos princípios.

E os juízes foram condenando pessoas que praticaram a improbidade por violação aos princípios da Administração Pública, por exemplo, suspendendo os direitos políticos de um prefeito que celebrou contrato decorrente de licitação na modalidade tomada de preço e não concorrência, como previsto. Embora não se demonstrasse que isso tenha gerado prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, constituiu motivo suficiente para afastar o indivíduo da vida pública por cinco anos.

A improbidade por violação aos princípios serviu para casos como esse. Só tem um problema: o que é violar o princípio da moralidade? E uma pessoa pode perder seus direitos políticos por cinco anos por ter violado a moralidade? Mas isso não é o pior. O mais difícil, nesse debate, é saber o que é violar a legalidade. E o que é violar a legalidade, já que a Administração revê seus atos a todo o momento? Será que cada ato administrativo anulado dá ensejo à propositura de uma ação de improbidade? Pois o Ministério Público não faz esse raciocínio ao propor uma ação. A lógica é inversa: a ação deve ser proposta, depois o juiz decide.

Esse tipo de situação gerou um forte contencioso judicial, que chegou ao Superior Tribunal de Justiça. A Corte foi chamada a decidir qual o significado prático dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, etc.

Teve início uma controvérsia jurisprudencial para tentar descobrir o que é violação de princípio, já que isso seria essencial para aplicar as penas da Lei de Improbidade Administrativa. A saída do STJ foi adotar outros princípios, igualmente imprecisos, para tentar resolver os casos de improbidade. Esses princípios foram os da proporcionalidade e da razoabilidade e algo como um “princípio do dolo”.

Um exemplo em que o STJ aplicou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foi em um acórdão envolvendo um prefeito de uma cidade do interior da Paraíba. Ele teve seus direitos políticos suspensos por cinco anos por ter sancionado uma lei que deu o nome de sua esposa (que, segundo o acórdão, não era candidata a nada) à escola municipal. Ao analisar o caso, o STJ entendeu que não seria proporcional, nem razoável, punir o sujeito por esse ato.

Para não confundir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que possuem um significado mais complexo, eu diria que o STJ fez uso do “princípio da gravidade”. Se a coisa é grave, a Corte pune; se não é grave, não pune. Isso é o que eu chamo de “princípio da gravidade”.

Após algum tempo, o STJ se deparou com outro argumento, dessa vez dos advogados: violação de princípio só configura improbidade quando praticada com dolo. Como é muito difícil provar a existência de dolo, esse argumento se tornou uma espécie de palavra mágica para a absolvição.

O STJ passou, então, a discutir sobre a necessidade do dolo para a condenação em casos de improbidade administrativa. E a Ministra Eliana Calmon um dia percebeu que ela própria não tinha uma posição certa sobre o tema, assim como o Ministro José Delgado, que em um voto exigia o dolo e em outro o afastava. A ministra chegou até a transcrever trechos que demonstrariam sua contradição, cada dia votando de um jeito. Então ela resolveu uniformizar sua própria jurisprudência.

E o fundamento da Ministra Eliana Calmon ao uniformizar foi o de que a doutrina é unânime ao exigir o dolo para condenações por improbidade administrativa decorrente de violação aos princípios da

Administração Pública. É um argumento curioso, porque a doutrina trata sim do assunto, e tem divergências a respeito. Mas o fato é que ela uniformizou seu entendimento.

### **UMA CRÍTICA AO STJ**

Ao julgar um caso de improbidade administrativa envolvendo os vereadores da cidade de Nova Iguaçu, a Ministra Eliana Calmon expressou sua opinião sobre o que seus colegas do STJ fazem ao julgar temas envolvendo questões de “justiça social”.

O caso tratava de uma ação de improbidade proposta pelo Ministério Público contra os vereadores da cidade de Nova Iguaçu. Segundo o acórdão, os vereadores davam passagens de ônibus aos munícipes que faziam tratamento em Curitiba. O Ministério Público alegou que isso era função do Poder Executivo, e que o Legislativo não poderia fazer esse tipo de coisa.

Então, a Ministra Eliana Calmon resolveu passar um recado aos seus colegas do STJ, que serve bem tanto para as decisões sobre improbidade quanto para as decisões sobre a suspensão no fornecimento de serviços públicos. Ela disse: *“entendo que não se pode examinar os atos de improbidade sem ter presente a realidade sócio-política em que vivemos - em um país de fantástica exclusão social, situação que favorece o clientelismo, o favoritismo e a necessidade de atuarem os políticos, seja no Executivo, seja no Legislativo, as arraigadas práticas, sob pena de não sobreviverem como políticos”*. Ao invés de criticar isso, continuou: *“não adianta querer ser mais realista do que o rei e pretender que só o Executivo pratique a política de assistência social, quando, até nós, integrantes do Judiciário, somos chamados a praticá-las em demandas, cuja controvérsia nada tem de jurídica, mas sim de carência social e econômica”*.

Esta é a visão da Ministra Eliana Calmon sobre o que fazem os ministros do STJ quando decidem causas como a suspensão no fornecimento por inadimplência do usuário. Mais ou menos o mesmo que os vereadores de Nova Iguaçu fazem quando distribuem passagens às pessoas carentes.

### **CONCLUSÃO: PRINCÍPIO É PREGUIÇA**

A conclusão é a seguinte: em Direito Administrativo, princípio é preguiça. É isso o que vem acontecendo com a aplicação dos princípios em Direito Administrativo. De um lado, o legislador não estabeleceu

WORKSHOP INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES

critérios específicos sobre a suspensão no fornecimento de serviços públicos ao usuário inadimplente. De outro, não criou leis tipificando adequadamente infrações para se combater o desvio ético na Administração. Aliás, sequer disse qual seria o significado de desvio ético. A sociedade, por sua vez, não discutiu nada disso e a solução fácil, e preguiçosa, encontrada foi a dos princípios.

Quanto à improbidade, diante de um caso concreto, o que faz o Ministério Público? Diz que violar princípio é improbidade! Seja qual for o caso. A razão do MP ao “escolher” um caso para propor ação de improbidade, porém, não aparece na fundamentação. Por algum motivo, o MP desconfiou de determinada conduta sendo praticada por certa pessoa e decidiu propor uma ação de improbidade. O juiz, por outro lado, quando quer condenar, faz um discurso cheio de princípios. E, quando quer absolver, utiliza o princípio da gravidade ou do dolo.

O debate jurídico sobre esses assuntos não tem levado em consideração a complexidade envolvida. Nenhuma das partes, em nenhum desses litígios, analisa profundamente o que está em discussão. É um jogo de frases feitas para a distribuição clientelista da justiça como, aliás, disse muito bem a Ministra Eliana Calmon. Na aplicação do Direito Administrativo, e não só no Judiciário, mas também no Legislativo, princípio é preguiça!

**Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Agradeço ao professor Carlos [Ari Vieira Sundfeld]. Infelizmente, em função do princípio da continuidade dos nossos trabalhos, eu tive que tomar medidas para descontinuar a brilhante palestra do nosso professor.

Imediatamente eu passo a palavra para o professor Virgílio Afonso da Silva, reconhecidamente um dos talentos da nova geração de juristas do Brasil. Professor precocemente, merecidamente, titular da vaga da Direito São Paulo.

**[PALESTRA DO PROFESSOR VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA]**

**Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Retomando os trabalhos desta manhã, eu convido então o nosso quarto e último expositor, professor desta casa, professor recém

agraciado com a justíssima premiação, prêmio Jabuti na sua primeira edição contemplando obras jurídicas, professor de história do Direito na USP, professor que fez parte da minha banca de doutoramento, onde ele pôde confirmar a sua fama de arguto, cuidadoso e crítico leitor de trabalhos acadêmicos, José Reinaldo de Lima Lopes.

**QUEM INTERPRETA O DIREITO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL:  
A QUESTÃO DO SÉCULO XIX**

**José Reinaldo de Lima Lopes**

Muito obrigado, Professor Laurindo [Dias Minhoto].

Vocês vêm como a história explica as coisas.

É motivo de grande alegria estar nessa mesa aqui de manhã com os meus queridos colegas com quem já tenho diálogo há algum tempo. Agradeço o professor Ronaldo [Porto Macedo Jr.] por ter me convidado. Lembrando as palavras do Carlos Ari [Vieira Sundfeld], esse é um encargo que a gente assume e depois fica pensando como é que vai desempenhar. E aí, diferentemente do Carlos Ari [Vieira Sundfeld], não fiz nada muito novo, nem original. Aceitei o convite e avisei o professor Ronaldo [Porto Macedo Jr.] que o que podia fazer é o que eu vou tentar fazer aqui agora: expor uma pesquisa que tenho em andamento. Como dizem os americanos, é um trabalho em progresso, o que justificará não ser conclusivo. É uma pesquisa sobre o Brasil do século XIX.

Alguns de vocês já sabem que me dediquei a estudar as decisões da Seção de Justiça do Conselho de Estado no século XIX porque desconfiava que algumas coisas que se dizia a respeito da cultura jurídica brasileira talvez não fossem exatamente como se dizia.

Primeiro se dizia que não havia uma cultura jurídica brasileira, que era de segunda categoria e assim por diante. A imensa maioria das pessoas não se dava conta da importância desse órgão que foi o Conselho de Estado na produção do Direito. O que eu vou fazer é apresentar algumas coisas que eu descobri.

Concluí a primeira parte da pesquisa, que foi ler as 1102 (mil cento e duas) decisões da Sessão de Justiça e classificá-las. Montei um banco de dados. Classifiquei-as por província de origem, por assunto, por área do Direito, por tema, por procedência. Isso me ajudou a perceber de que espécie de problema levou alguém ao Conselho de Estado e

quais as decisões do Conselho de Estado. Essa foi a primeira parte, ler todas, classificá-las, colocá-las dentro do banco de dados.

O que eu pretendo fazer é em seguida uma análise qualitativa dessas decisões. Ver, por exemplo, se é possível haver mudanças de inclinação, e eu suspeito que sim, embora não tenha uma conclusão a respeito disso. Suspeito que quando mudaram as gerações dos juristas que participaram do Conselho de Estado, junto com a mudança do próprio país, foram mudando as decisões, os critérios de decisão e alguns temas muito ligados à interpretação apareceram com clareza porque o Conselho de Estado desempenhava um papel que é em determinados momentos confundido com o da interpretação autêntica da lei.

Antes, porém, de eu chegar ao Conselho de Estado brasileiro e falar do século XIX no Brasil, o que havia preparado pra essa exposição é uma breve introdução a respeito das mudanças dos modelos do Direito e da interpretação e, portanto, que podem nos interessar pra chegarmos a ver quais são os problemas do Conselho de Estado, quais são os problemas do século XIX num país cuja tarefa, na minha opinião, era em primeiro lugar constituir o Estado antes que limitar o Estado.

O Estado não existe praticamente no Brasil de 1821. Os brasileiros têm medo, inclusive, que o pouco Estado que houve entre 1808 e 1821 desapareça com a volta da corte para Portugal. É curioso porque a gente fala que o século XIX é o século da contenção do Estado, mas no Brasil há pelo menos duas tarefas diferentes que são a tarefa de constituição de um Estado, ou da criação de um Estado, e de controle do Estado, mas um Estado precisa ser criado e efetivamente talvez não existisse.

O que fiz então foi uma breve introdução sobre esses modelos e é disso que eu vou falar.

Uma das coisas que trouxe anotada foi uma frase do Pascal: “Toda a série dos homens no decorrer de tantos séculos deve ser tida por um único e mesmo homem que sempre subsiste e que aprende de contínuo”.

Acho que para a gente que pensa na história isso é muito interessante porque o que Pascal nos sugere de alguma maneira é que há uma memória da espécie. Trato essa memória como se fosse de um sujeito. Ela empiricamente não é de um sujeito, mas talvez

se possa fazer isso, ou seja, determinar um sentido para a história que é uma espécie de postulação de sentido, já que a história foi feita por homens e mulheres singulares, por pessoas singulares. Mas Pascal nos chama atenção para isso: a gente aprende, não precisamos redescobrir a roda a cada geração, acho que há um aprendizado nisso. Isso é importante para história que também é uma disciplina interpretativa. Fazer história é buscar o sentido, é colocar-se dentro de um movimento que considero parte da minha vida, entender esse movimento e, portanto, dar continuidade a ele de alguma maneira. Então a história pressupõe os sentidos e falar em termos de interpretação. A história faz isso, a disciplina história é um pouco isso.

Uma outra epígrafe que escolhi é: “O que aconteceu, de novo acontecerá, e o que se fez de novo se fará, não há nada de novo debaixo do sol. Às vezes ouvimos dizer: Veja! Isso é algo de novo, mas já existira em outros tempos muito antes de nós. Ninguém se lembra dos antigos e aqueles que existem não serão lembrados pelos que virão depois deles”. São as palavras dos livros da tradição religiosa judaica e cristã que é o Qohelet (Eclesiastes).

O que ele está nos dizendo? O que me sugeriu quando a gente começou a discutir interpretação? Que na história do Direito ocidental o problema da interpretação se coloca desde sempre. Há setecentos anos de discussão sobre interpretação. E eu gostaria de partir um pouco dessa discussão, e acho que essa discussão pode ser colocada, pode ser compreendida em termos filosóficos. Os painéis de ontem, sobretudo de ontem de manhã, iam nesta direção: como é que eu entendo as coisas, quais são os pressupostos, quais são os critérios pra entender as coisas de uma vertente filosófica. E eu diria que na história do Direito isso é um contínuo problema dos juristas. Por isso que há tantas frases em latim, colocadas desde antigamente e estão colocadas hoje de novo. Evidentemente não acho que tudo é igual, não chego a esta postura do Qohelet de que nada de novo acontecerá. Ao contrário, acho que a história será feita com novidades. Mas de qualquer maneira é bom lembrar dos antigos.

O professor Virgílio [Afonso da Silva] dizia na sua exposição exatamente isso: vamos manter na memória o que fez o Tribunal e saber se há um sentido, se eu posso atribuir um sentido ao que

ele faz ou se é um sem sentido. Porque se ele muda a cada 24 horas fica difícil determinar um sentido, que alguns filósofos chamam de o permanente no discurso. O discurso passa, o sentido fica. Os textos mudam, os sentidos podem ficar.

A história da interpretação pode ser narrada, é assim que eu vou tentar narrar, como uma história de conflitos entre maneiras diferentes de encarar o Direito, ou seja, de dizer o que é o Direito, de conceber essa disciplina e essa prática social do Direito. Talvez essa história oscile entre uma concepção do Direito como ciência prática, o saber prático, e uma concepção do Direito como um saber especulativo.

Se for um saber prático, a atividade própria do jurista chama-se interpretação e está presa por fios invisíveis a toda história dessa própria disciplina, dessa própria arte. Nessa maneira de interpretar o Direito, o passado joga um papel de interlocutor para se saber o que fazer aqui e agora. É preciso lembrar e saber o que foi feito antes. Isso inclusive tem a ver com a idéia de regra. Eu não imagino que as regras são sempre “para aqui” e “para agora”. A própria noção de regra implica a noção de validade intertemporal. De qualquer maneira eu preciso ter a concepção de que o Direito é um certo fazer.

Mas se ele for um saber puramente especulativo e se o objeto próprio do Direito for determinar apenas o aqui e agora pode ser que o passado não valha nada e vivamos num eterno presente. Ou, mais do que um eterno presente, um presente episódico e entrecortado. Por exemplo, se o Tribunal não tem história, ele pode fazer qualquer coisa todos os dias.

É justamente porque o Direito é um objeto cultural e porque é um agir como jurista, aplicar-se à disciplina do Direito na qualidade de professor, por exemplo, e dedicar-se a aplicar o Direito, ou como um prático é que eu posso às vezes ter dúvidas sobre qual é a minha tarefa.

O que eu quero dizer com isso? O Direito na tradição ocidental se constituiu não só numa arte de aplicar, mas numa disciplina ensinada e transmitida. Constituiu-se numa doutrina e essa doutrina é ensinada, transmitida e eventualmente transformada. Posso confundir a doutrina com um saber especulativo e achar que a aplicação é o saber prático. Mas quando olho a história percebo que as duas (doutrina e aplicação) andam absolutamente juntas.



Só posso aplicar o código ou só posso usar aquilo praticamente se eu, querendo escapar do aqui e do agora (do episódico ou da decisão imprevisível e contingente) tiver um corpo que dê sentido a isso tudo. Esse corpo é a doutrina, a doutrina faz isso; a doutrina que a gente poderia chamar a cultura jurídica dá esse sentido.

Eu costumava dar um exemplo anos atrás e meus alunos já me ouviram falar isso, com o código civil brasileiro. Todo mundo falava que o código civil de 1916 estava em vigor e era desatualizado. Eu falava que não estava em vigor. Olhem pro direito de família: tudo revogado, regime de casamento, regime de bens entre os cônjuges, posição da mulher no casamento, a relação dos filhos, tudo revogado. Olhem pro direito das obrigações, grande parte revogada: locação comercial, locação residencial, condomínio, tudo isto é legislação especial. E assim a gente podia fazer com todo código civil. O que é que estava em vigor no código civil? Não era o código civil enquanto lei, era a doutrina que os civilistas fizeram em cima do código que dava essa impressão de que havia um código em vigor. Na realidade o que estava em vigor, se eu quisesse falar assim, era uma doutrina que arranjava tudo isso e dava sentido a tudo isso e permitia que eu determinasse o que estava ou não em vigor, até que limite havia sido revogado aquilo e assim por diante.

Bom, isso colocado, gostaria de chamar sua atenção para três espécies de problemas que a gente deve enfrentar ou que a gente pode considerar ao falar da interpretação ao longo da história. Em primeiro lugar, que há mudanças de modelos de Direito, de concepções hegemônicas do que é o Direito. Em segundo lugar, uma mudança do que significa interpretar ao longo da história. As pessoas têm concepções diferentes do que é interpretar. Em terceiro lugar, há mudanças importantes nas instituições jurídicas e políticas que determinam ou que co-determinam mudanças nas outras duas anteriores. As instituições são extremamente importantes por isso eu fui estudar o Conselho de Estado. Essa constituição que desapareceu e que teve um papel tão importante no século XIX; fui buscar as formas institucionais de interpretação e de aplicação.

Quanto aos modelos, o primeiro no qual não vou me estender muito, é o modelo medieval. No modelo medieval chamo atenção

para alguns pontos. Primeiro, ali começou a tradição de pensar o Direito e, portanto, eu posso de alguma maneira me reportar a isso como a minha tradição.

No Direito Medieval, *interpretatio* significa doutrina. A *interpretatio* não é o ato de interpretar como hoje nós o isolamos, é a doutrina, é a opinião de quem faz o Direito. Falar de intérprete é falar do Doutor da lei; falar de *interpretatio* é falar de doutrina. Claro que a interpretação passa por momentos um pouco diferentes; fazer doutrina é um pouco diferente ao longo dos séculos medievais, não é só um livro.

Os juristas medievais eram todos formados em lógica. Eles aplicaram a lógica que sabiam ao Direito, ao estudo do Direito no seu tempo, e daí retiravam algumas conclusões que chamaria hoje de critérios de interpretação.

Primeiro critério de interpretação: o todo tem um sentido, e se o Digesto é um todo ele deve ter um sentido. Eu postulo um sentido. Essa maneira postular um sentido para o objeto permanecerá. Não é só invenção do século XIX postular um sentido para o ordenamento, é uma tradição de pensar as regras debaixo da idéia de um sentido. Evidentemente, no Direito medieval há uma pluralidade de ordenamentos e, portanto, uma certa pluralidade de sentidos. Mas postulo para cada um dos ordenamentos algum sentido. Eu não posso ter dentro do Direito Canônico coisas incompatíveis, e não posso ter no Digesto coisas incompatíveis. Método escolástico: “onde encontrares uma contradição, fazes uma distinção”, porque se eu estou postulando uma unidade não deve ser uma contradição. Ou então, se for uma contradição devo eliminá-la de alguma maneira. E isso vai ficar conosco todo tempo. O que vai mudar é a instituição, os mecanismos pelos quais eu controlo isso e os mecanismos produtores do Direito.

Outra coisa extremamente interessante para essa história do Direito (que é permanente também no ocidente) é uma espécie de conflito entre os doutores de Bolonha e o Imperador, e que foi resolvido (o documento que a gente tem é datado de 1859) quando o Imperador reconheceu aos doutores, aos professores de Direito o direito de interpretar a legislação imperial e o Digesto. E curiosamente ele dá razões para que os doutores possam, como vieram a fazer, criar uma interpretação que auxilie na aplicação do Direito.

Nos estatutos da Universidade de Bolonha de 1159, explica-se por que os doutores podem interpretar. Primeiro: porque o texto está escrito numa linguagem que não é mais o vernáculo. Então o interpretar vai ser traduzir para os alunos; a interpretação da escola. E uma segunda razão: porque o texto pode necessitar de explicações. As palavras mudaram de sentido e eu preciso de alguém que interprete essas palavras, não só traduza, mas apreenda os conceitos que podem ter sido perdidos por trás das palavras. E finalmente, uma terceira razão: é preciso reconhecer (todos eles reconhecem) que o Digesto procede de uma nação pagã e passa a valer para uma nação ou várias nações cristãs. Preciso, portanto, adequar - essa é uma das justificativas pelas quais o Imperador concede aos doutores o direito de interpretar - essas normas, que todos sabemos que são pagãs, ao mundo cristão. Então preciso subordinar a interpretação dessas normas a um outro sentido maior que é o sentido dessa unidade cristã.

Bom, isso determina a fórmula, o método dos medievais, que é justamente o método prudencial, como se dizia. Tenho que interpretar pensando no sentido, mas a função da interpretação não é uma interpretação literária é uma interpretação de aplicação e, portanto, o momento de diferenciar as coisas ou realizar o juízo concreto é fundamental. Aprender Direito nessa época é aprender a formular juízos concretos sobre as dificuldades que podem aparecer.

Então eu poderia dizer que há uma esfera nessa experiência de interpretação que é a esfera da semântica, na qual a atividade principal é a determinação de conceitos. E há uma interpretação como aplicação, em que o essencial é a formulação dos juízos. Tenho que aprender conceitos na escola, e tenho que aprender a formular os juízos. Há por trás de tudo isso algo mais fundamental: interpretar é guiar-se para a ação. Interpretar para agir. E esse grande guia da ação para o Direito medieval é a justiça. Ou seja, eu faço Direito para produzir justiça.

Esse modelo começa a mudar nos séculos XVII e XVIII, que são os grandes séculos de virada. Tomei aqui dois autores que gostaria de mencionar exemplificativamente. Um dele é Pufendorf, grande autor da interpretação do Direito natural moderno. Onde encontro o tema da interpretação em Pufendorf?

Muito curiosamente, ele coloca o tema da interpretação em dois pontos. Primeiro ponto: a interpretação é importante e a tarefa exigida para eu saber o que o outro pensa. E como o outro se vincula a mim essencialmente pelo contrato e pela promessa, a interpretação é a tarefa de compreender a mente do outro no momento da promessa. Pufendorf, como não é tolo, diz: eu não compreendo a mente do outro por dentro; eu compreendo a mente do outro através das palavras. Primeira regra de interpretação, portanto, é tomar as palavras pelo que elas normalmente significam. Não devo tomar as palavras pelo seu significado excepcional, mas pelo seu significado próprio. Não pelo seu significado metafórico, mas pelo seu significado fundamental, básico, cotidiano, vulgar que as pessoas usam.

Segundo ponto em que ele volta a tratar da interpretação é justamente nos contratos. A interpretação para ele é a interpretação dos contratos, assim como a interpretação da vida política. Se a vida política nasce pelo contrato, a interpretação deverá ser feita a partir dessa noção de contrato.

Outro autor fundamental é Leibniz. Leibniz é citado no século XIX. Vários autores do século XIX, senão todos eles, se referem a Leibniz. Leibniz tem duas obras interessantíssimas. A primeira é *Elementos de Direito Natural*, na qual faz uma afirmação curiosíssima: a ciência do Direito (aquilo que para os medievais era *interpretatio*, doutrina e assim por diante) é uma ciência que não depende de experimentos, ela depende apenas de definições. Se eu aprender as definições, eu aprendi Direito. Porque das definições eu tiro todos os sentidos pra aplicação.

O que é justiça, o que é promessa, o que é ser bom, e assim por diante? Vai definindo cada uma dessas coisas, e a partir disso vai tirando conclusões. Claro, estou me aproximando desse modelo que será importante no século XIX que é o da demonstração. Serei capaz, como jurista, de fazer demonstrações à maneira da geometria.

A segunda obra curiosíssima é o famoso “Novo método de ensinar e aprender Direito”. Nesse novo método constatei que ele quer organizar a exposição, mas o que faz é organizar uma exposição sistemática de todo o saber dos medievais. Porque, em primeiro lugar, é claro, estamos no século XVIII e o Digesto ainda é considerado norma vigente, sobretudo na Alemanha, e ele vai se aproveitar desse saber dos

medievais para falar da interpretação trazendo todos os critérios que os medievais usavam, e encaixando nessa exposição sistemática. A interpretação é parcial ou é total; a parcial é descobrir o sentido das palavras, descobrir o sentido da frase; e a total é inserir essa frase, essas palavras no todo, nós diríamos hoje, do ordenamento.

Evidentemente, Leibniz está num tempo em que a legislação propriamente está nascendo, mas não é a primeira fonte do Direito. O que vai acontecer nessa passagem do final do século XVIII para o século XIX é exatamente a legislação se tornar a fonte por excelência, daí a grande luta nesse final do século XVIII começo do século XIX contra a doutrina. Tudo que é feito por alguns juristas é tentar livrar-se da doutrina, e a lei voltar à sua pureza, à sua originalidade. Os mais astutos desse tempo reconhecem que isso será impossível. Os autores dos próprios códigos reconhecem que isso será impossível, justamente porque, e isso é importante pra uma teoria da interpretação, todos reconhecem que se o código quiser ser o que se pretende que ele seja - uma lei uniforme e geral para um reino, para uma sociedade, para um Estado - ele necessariamente será abstrato e conceitual.

O conceito “mesa” é aquilo que na gramática nós chamamos de um nome comum e não de um nome próprio. Então necessariamente o código será feito de nomes comuns e não de nomes próprios, e o juízo para determinar se o que está na minha frente se encaixa naquele nome comum será mais difícil do que as pessoas imaginam.

Portalís diz isso no famoso discurso de apresentação do código civil francês: haverá lugar para jurisprudência, haverá lugar para doutrina porque o código será aplicado a inúmeros casos. Retomando o que disse o próprio professor Virgílio [Afonso da Silva]: há um saber acumulado, eu não interpreto a causa por si, não é uma simples interpretação gramatical. Há uma história de constituição daqueles sentidos e determinar no caso concreto uma coisa depende da outra.

Ora, no meu trabalho do Conselho de Estado. O que eu constatei? Se o Brasil está constituindo um Estado que se pretende constitucional, a primeira coisa importante no século XIX é reforçar a idéia de que a fonte do Direito é a lei. E que a doutrina deve ser secundária. Essa seria a idéia, mas essa não é a prática.

Quando a gente abre as publicações feitas pelo Conselho de Estado no século XIX, para cada resolução do Conselho de Estado há um

nome, um título, que diz assim: “doutrina sobre”. Mantém-se a idéia de que a aplicação naquele caso concreto explicita a doutrina, o modo de entender, a teoria a respeito daquele assunto, doutrina sobre os casamentos mistos, doutrina sobre os poderes do cônego na arquidiocese etc.

Isso é só uma palavra? Não. Acho que por trás disso está a idéia de que o que foi decidido ali, é compreensível, é ensinável, e que não é só para aquele caso. Aquela decisão tem por trás de si tem uma regra e quem lê a decisão do Conselho de Estado deve ser capaz de compreender a regra com a qual ele decidiu, não só o caso que foi decidido.

Antes de entrar na parte qualitativa, que é o que eu estou tentando fazer agora, posso expor brevemente o resultado quantitativo.

Por exemplo, pelas minhas contas, da atividade da Seção de Justiça, pelo menos um terço, era responder a consultas de aplicadores da lei, era responder concretamente a consultas dos aplicadores da lei. Quais aplicadores? Do Judiciário e da Administração, os presidentes de província. E por que consultavam o Conselho de Estado? Na verdade, eles consultavam o Ministro da Justiça que remetia o assento ao Conselho de Estado. Consultavam porque tinham dúvidas e não se achavam no direito de determinarem o sentido. Isso é muito curioso.

Quais são as respostas que o Conselho pode dar? Eu classificaria em três espécies de respostas muito comuns no século XIX. A primeira era dizer: que problema era de interpretação da lei, e problemas de interpretação da lei só podiam ser resolvidos por quem fazia a lei. “Criar é interpretar”. Então uma possibilidade - e era o que eles faziam - era remeter ao poder legislativo. À medida que vão avançando os anos isso vai ser objeto de discussão.

Segunda alternativa era considerar que o caso realmente pertencia ao Governo, e eles sugeriam regulamento para a matéria. Isso deu várias discussões no governo, porque alguns conselheiros diziam “espera aí, fazer regulamento é interpretar”. Então houve uma discussão sobre isso. Quando o ministro regulamenta uma determinada lei, por exemplo, a legislação eleitoral, por exemplo, a legislação sobre cargos públicos, eles dizem que ele está interpretando também porque a lei diz uma coisa, mas para sua aplicação é preciso uma determinação maior. Ao determinar eu estou interpretando. Uma das possibilidades institucionais é remeter ao governo para que

o ministro faça um decreto regulamentador quando há muita dúvida e precisa esclarecer.

A terceira é eles devolverem para o juiz e falarem: “a lei é clara, você está querendo escapar da sua responsabilidade”. Anotei aqui um voto muito duro, quando a Seção de Justiça é composta por Pimenta Bueno e pelo Visconde do Uruguai. Num voto do Pimenta Bueno de 1865, ele diz o seguinte: *“essa prática inadmissível de que não há exemplo em governo algum como o nosso é oposta aos princípios cardeais do sistema constitucional”*. Que prática? De o juiz consultar o governo. *“O poder judicial na aplicação das leis é, e deve ser, inteligente e independente. Em sua inteligência, pois que sem ela não devem servir tais cargos e em seu estudo devem os magistrados resolver as dúvidas que porventura tenham e em sua consciência aplicá-las independentemente de saber como pensa o governo”*. Pimenta Bueno, considerado um conservador e o porta-voz do Dom Pedro, diz isso. *“O contrário é colocar os direitos e as garantias do cidadão sob a tutela e a assessoria do ministério o que repugna a lei constitucional. Por nossas leis fundamentais essa fixação da inteligência das leis não pertence ao governo e sim ao Supremo Tribunal de Justiça. Este e só ele é quem estabelece a verdadeira doutrina a respeito da unidade ou uniformidade do Direito e da jurisprudência de sorte que a haver alguma fonte de tais esclarecimentos deve ser aquele tribunal. A prática abusiva que se segue pode e mesmo deve trazer o grave inconveniente de ser por ele rejeitada a inteligência dada pelo governo sempre que não estiver de acordo com ela. Algumas vezes aparecem dúvidas de alguns juízes tão destituídas de fundamentos que só servem para revelar pouca inteligência que deveriam servir antes de motivo para censuras do que para esclarecimentos e entretanto eles demoram o expediente dos negócios”*.

Claro que do ponto de vista histórico, à medida que eu vou consolidando a carreira de juiz, a produção jurídica nacional, a doutrina, os livros, as interpretações, o debate, o Conselho vai se retraindo nessa tarefa de interpretar e vai dizendo “essa é tarefa do Supremo”. Daí as grandes discussões sobre as reformas judiciais, os assentos interpretadores e uniformizadores e assim por diante. Ele vai deixando cada vez mais de responder as dúvidas dos juízes.

Esse é um exemplo justamente de problemas interpretativos que são apreciados diferentemente à medida que eu mudo as instituições.

Para concluir: acho que em todos os casos que eu tenho visto ao longo da história, a doutrina, que eu chamo algumas vezes a cultura

# WORKSHOP INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES

jurídica, é, afinal de contas, o que dá o sentido e a razão de ser do ordenamento, mesmo em Estados como o Brasil do século XIX, mesmo o Brasil do século XX, em que a gente acha que a lei deveria ser ou é por definição, aquilo que manda fazer ou deixar de fazer; essa lei é sempre recoberta por uma camada de doutrina, e essa camada de doutrina é que termina dando o sentido.

E por que isso? Porque não há norma que exista sem aplicação. E não há aplicação sem sujeito que realize o juízo. Uma das maneiras de eu escapar desse juízo *ad hoc* é justamente constituir um corpo de doutrina, uma cultura, que vá me permitir dar uma certa autonomia para quem é institucionalmente encarregado de aplicar a lei.

Diversas reformas constitucionais foram feitas no Brasil recentemente. Algumas delas atribuo aos defeitos da nossa doutrina: muita coisa não precisava de reforma institucional se os nossos doutrinadores tivessem majoritariamente tido o bom senso de fazer certas interpretações. Como essas interpretações não vieram, as reformas institucionais procuraram supri-las. Acho que uma parte considerável das reformas das Emendas nº18 e nº19, da reforma administrativa, procedem justamente de uma doutrina que não queria reconhecer determinadas coisas, e tivemos que colocar de maneira explícita, aquilo que com alguma interpretação teria sido possível fazer. O resultado disso é outra vez ressaltar afinal a importância da doutrina, mas, sobretudo ressaltar a importância do debate.

Enfim, é isso que eu queria apresentar pra vocês. É um pouco desconjuntada essa minha apresentação, mas a desculpa é que é um trabalho em andamento. Obrigado.

**Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Muito bem, dado o adiantado da hora, vamos partir imediatamente para a sessão de debate que infelizmente, mas necessariamente, terá que ser breve. Perguntas.

## DEBATE

**Participante:** Eu tenho na verdade duas perguntas, uma para o Carlos Ari [Vieira Sundfeld], a outra para o Virgílio [Afonso da Silva].

Carlos Ari [Vieira Sundfeld], diante da sua exposição do que você contou para a gente sobre a pesquisa no STJ, eu posso ter



três caminhos, vamos dizer assim, três hipóteses a serem comprovadas a partir da análise desses dados.

A primeira não seria uma hipótese, mas o que você está mostrando é que a gente convive sim nas decisões do STJ com relação à improbidade, ou com relação ao fornecimento, enfim, com insegurança, com um certo grau, um grau considerável de insegurança jurídica.

Essa insegurança, eu poderia dizer, e aí vem as minhas três hipóteses, enfim, eu teria que escolher uma se eu tivesse a tarefa de analisar esse material que você recolheu, mas é que o problema estaria na existência dos princípios, ou então que o problema estaria na inflação legislativa e, portanto, uma legislação que é, dentro do próprio ordenamento jurídico, inconsistente nela mesma.

E uma terceira é que o problema está na forma pela qual os ministros do STJ decidem. E aí eu tenho um problema institucional.

E essa pergunta me leva à pergunta do Virgílio [Afonso da Silva] que é: quando você levanta o enfoque institucional se você não está colocando uma carga excessiva à questão da transparência, à questão do controle social e aí como é que a gente pode ter este enfoque como um enfoque possível de ser satisfeito, de ser realizado, dependendo da abertura e do fechamento desse poder judiciário e dependendo do grau em que ele lida com a legitimidade. Quer dizer, essa legitimidade então vai passar a vir do controle social, essa legitimidade vai continuar pelo procedimento, qual é o grau, como é que esse enfoque institucional atinge o poder judiciário no caso brasileiro?

E aí eu estou fazendo essa sugestão exatamente pelo fato de que os estudos recentes sobre jurisprudência e olhar a jurisprudência em determinadas áreas sobre determinados assuntos vêm mostrando que tanto no STJ e mesmo no Supremo Tribunal Federal é muito difícil de estabelecer um peso excessivo aos precedentes, ou um peso aos precedentes que seria esperado dentro desse enfoque institucional.

Essas são as minhas duas colocações. Obrigada.

**Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Mais alguém? Nós vamos trabalhar com blocos de questões.

**Participante:** Bom dia a todos. Primeiro eu queria parabenizar os organizadores. Eu estou vindo de Curitiba para esse colóquio e não me arrependi, foi muito bom.

Nós temos sofrido um pouco com a questão da interpretação. Hoje é inegável que há uma construção pelo intérprete, não há como fugir disso. Ontem os filósofos que estavam tratando do assunto, trataram muito bem disso.

Essa construção muitas vezes tínhamos lá já em Kelsen ele falava: o intérprete não autêntico, nós juristas, interpretamos sem o ato de vontade, o ato cognitivo. Já o intérprete autêntico além do cognitivo, o volitivo, ou seja, ele vai decidir por um dos caminhos e isso através da sua vontade.

Hoje a doutrina, juristas e parte da filosofia que se atém ao tema, tentam excluir esse ato da vontade inclusive indo em caminho da objetividade que é inalcançável, sabemos, mas a gente tem que buscar um mínimo de objetividade para evitar a arbitrariedade que vem justamente pelo ato de vontade.

Aí eu pergunto pro professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld] e para o professor Virgílio [Afonso da Silva], eu acho que estão os dois lados aí. Eu vejo ainda os princípios com um papel muito importante nisso. Hoje nós temos um congresso, por exemplo, no Brasil, e eu falo do Brasil, não estou falando de fora do Brasil, em que aquelas condições ideais que fala Habermas é impossível, nós temos excluídos que não conseguem fazer com que uma lei das licitações exclua que o não fornecimento seja concedido, que no caso de não pagamento o fornecimento seja cortado.

O professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld] falou que isso foi influencia de uma elite que teve como influenciar, que teve a condição de ir ao congresso. Nós temos a grande maioria de excluídos no Brasil que não conseguem isso. E aí eu vejo a importância do substancialismo pregado em contradição ao procedimentalismo lá de Habermas, que se firma nesses princípios constitucionais como substâncias, como caminhos para se chegar a resposta correta, não a única, mas uma resposta que seja constitucionalmente adequada.

Então fica essa pergunta: qual é hoje o papel dos princípios na formação da decisão judicial no momento da interpretação?

### **Ronaldo Porto Macedo Jr.**

Na verdade eu gostaria, antes de formular uma questão, chamar atenção para o fato de que, se ontem nós tivemos um painel fundamentalmente voltado para discussões acerca do sentido mesmo do

que é interpretação e que trabalhava com algumas distinções importantes, a distinção entre aplicar, interpretar e compreender, por exemplo, o que é interessante nesse painel que hoje nós vemos, é justamente aquela aposta que estava contida na ementa do programa, isto é, que o fenômeno da interpretação é uma agenda múltipla, e que na verdade o que se procurou reunir aqui não é uma espécie de bricolagem, de tratamentos do tema da interpretação, mas é antes alguns exemplos de como essas agendas se interpenetram.

Então nós temos, por exemplo, o Carlos Ari [Vieira Sundfeld] pegando um caso uma análise de como institucionalmente uma jurisprudência em torno de dois princípios isso se apresenta. Uma análise mais geral do professor Celso [Fernandes Campilongo] do ponto de vista da funcionalidade de um modelo dogmático da interpretação.

E de alguma forma, em contraste com o seminário de hoje, a questão é muito mais de modelos dogmáticos da interpretação, como é que a interpretação de alguma forma, aplicada se estabelece, coisas que não era o tema fundamental do painel de ontem. Essa mesma questão se apresenta no trabalho do professor José Reinaldo [de Lima Lopes] de tentar mostrar como que se constitui uma racionalidade daquilo que ele chamou de doutrina e de alguma forma também na retomada que faz o professor Virgílio [Afonso da Silva] do que significa objetividade do ponto de vista de uma teoria da interpretação constitucional, etc.

Bom, dito isto, eu teria inúmeras questões para fazer, eu teria várias, mas eu precisei escolher algumas para não falar demais.

Na verdade uma delas se dirige ao professor Celso [Fernandes] Campilongo que é a seguinte: na medida que você descreve três modelos teóricos de interpretação você faz uma descrição da sua funcionalidade, a minha pergunta é a seguinte: se fizesse um grande mapa da nossa mesa, eu acho que eu tenderia a colocar você e o Carlos Ari [Vieira Sundfeld] num bloco e o Virgílio [Afonso da Silva] e o José Reinaldo [de Lima Lopes] no outro. Seguindo que critério? Seguindo o critério de que o Virgílio [Afonso da Silva] e o José Reinaldo [de Lima Lopes] de alguma forma reconstruíram, seja do ponto de vista dos desafios para uma teoria da interpretação, no caso do Virgílio [Afonso da Silva]; seja do ponto de vista de como historicamente isso se constituiu, no caso do José Reinaldo [de Lima Lopes]. Como é que se constrói ou como pode ser

construída uma racionalidade na interpretação do Direito e qual é o fundamento para uma possível objetividade, seja como se investiga o passado, seja como se pensa o futuro.

Já o Celso [Fernandes Campilongo], de alguma forma descreveu os modelos, mas de alguma forma apontando pra uma sugestão implícita, talvez eu esteja errado nessa leitura, mas que existe uma dogmática que funcionou desse jeito, uma dogmática de bloqueio, uma dogmática de legitimação e agora uma dogmática reflexiva. Mas a minha pergunta é: é uma dogmática sem racionalidade, no sentido ela é puramente descritiva do que funcionalmente ocorre ou existem regras constituídas a partir de uma prática?

No caso do Carlos Ari [Vieira Sundfeld] me parece que o argumento é menos generalizador, ele estava dando uma questão mais pontual, mas no seu ponto, como há essa generalização, por isso que eu dirijo a pergunta a você.

E, no caso do Virgílio [Afonso da Silva], a minha pergunta é a seguinte: em dois momentos você falou duas coisas que me pareceram perturbadoras, uma é a idéia de que se nós fizermos exigências de uma objetividade demonstrativa, nós certamente teremos que reconhecer que há um certo tipo de subjetividade. Então de alguma forma você ponderou a sua observação no sentido de não fazamos exigências de objetividade desse tipo, e você depois ao final usou a expressão, “objetividade possível”, como se fosse, digamos, atender a uma exigência puramente da dogmática jurídica, ou seja, como decisor jurídico nós temos que ser mais modestos.

Bom, a minha pergunta sobre esse aspecto é: a objetividade possível que você coloca aqui é um mero acordo puramente prático na acepção mais chã do termo, porque não se conseguiu coisa melhor ou você está de alguma forma recusando a idéia de que exista a construção de um outro tipo de objetividade?

E a segunda questão, mas também conectada a isso, a idéia de que um determinado momento você falou “não se trata aqui de opor a minha teoria é melhor que a sua”. A minha pergunta é: será que não se trata mesmo? Será que a própria discussão sobre a objetividade possível, eu não gosto do termo, mas foi o que você usou, mas de um outro tipo de objetividade, talvez eu preferisse dizer, ela não necessita que se leve a sério essa discussão de que uma parte do debate sobre objetividade é um debate sim sobre qual a

melhor teoria política possível, qual é a melhor teoria descritiva possível e, portanto, qual é a melhor teoria sim.

**Participante:** Eu queria fazer uma pergunta rápida ao professor Celso [Fernandes Campilongo] e ao professor Virgílio [Afonso da Silva], embora seja mais dirigida ao professor Virgílio [Afonso da Silva].

Eu queria saber em que medida essa falta de objetividade não decorre muito desse problema que o professor Celso [Fernandes Campilongo] apontou de uma colonização indevida de um sistema pelo outro. E se não poderia ser resolvida, levando ao extremo essa idéia de que o Direito faz algumas escolhas e que com elas devemos seguir. Já que nós temos uma Constituição que nos obriga de certa maneira ser um pouco neokantianos, por que não levar ao extremo isso e falar “tem aqui a dignidade da pessoa humana e vamos com isso”?

**Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Seguindo a ordem das exposições, vamos começar com o professor Celso [Fernandes] Campilongo.

**Celso Fernandes Campilongo**

Bom, a pergunta do professor Ronaldo [Porto Macedo Jr.] partiu de um comentário: “se eu tivesse que agrupar os professores, talvez eu agrupasse o professor [Celso Fernandes] Campilongo ao lado do professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld] e um pouco mais afastado do professor Virgílio [Afonso da Silva] e do professor José Reinaldo [de Lima Lopes]”.

Eu percebo, na fala do professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld], uma crítica mais contundente aos princípios. Em relação a isso eu estou totalmente ao lado do professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld]. Também desconfio dos princípios, ainda que não tenha dito absolutamente nada a respeito disso. Desconfio muito dos princípios. O professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld] citou, acho que está no voto da Ministra Eliana Calmon, o princípio é preguiça. Não conhecia esta passagem. Tendo a concordar com ela. Costumo dizer, em diversos momentos, que os princípios funcionam como uma espécie de muleta para o jurista. É a muleta do preguiçoso. Os princípios são, geralmente, socorre vazio,

paradoxal e contraditório. Eles servem para resolver todos os problemas. Servem de resposta a toda e qualquer situação e as respostas costumam ser as mais estapafúrdias e diversas possíveis.

Se eu pensar num princípio como o princípio do direito à vida, evidentemente logo vejo que os princípios unem. Alguém, por acaso, é favorável ao princípio da morte? Todo mundo é favorável ao princípio da vida. Os princípios unem. O problema do Direito não é o da eleição dos princípios, da escolha dos princípios, é o problema de operacionalização dos princípios. E, no momento de operacionalizar princípios, a briga costuma ser feia. Um diz que é improbidade, outro diz que não, que é justamente o oposto, para retomar o exemplo do professor Carlos Ari [Vieira Sundfeld].

Se eu pegar o princípio do direito à vida apenas para exemplificar posso facilmente encontrar alguém que diga “como sou favorável ao direito à vida, entendo que as pessoas devam andar desarmadas” e, tranquilamente, posso adotar a postura inversa e dizer “como eu sou favorável ao princípio do direito à vida, acho que as pessoas devam estar armadas até os dentes para defender a sua própria vida”.

No plano do princípio não tenho diferença alguma, todo mundo é favorável ao direito à vida. No plano da operacionalização dos princípios as posturas são completamente diferentes. Isto equivale a dizer, não, evidentemente, que os princípios não tenham relevância alguma que eles sejam descartáveis, ao contrário, eu acho que eles desempenham um papel importantíssimo e um papel particularmente importante para interpretação do Direito. Agora, por si sós, não têm a capacidade de resolver os problemas que o Direito precisa enfrentar, isto faz com que princípios estejam sempre necessariamente atrelados, inclusive para que tenham uma dimensão operativa, pelo menos a duas outras instâncias. Princípios estão atrelados a instituições e princípios estão atrelados a procedimentos. Muitos dos problemas de interpretação são esses de difícil solução, que implicam interpretação dos princípios, interpretação de valores. Outros problemas de interpretação são problemas de interpretação a respeito do papel das instituições e problemas de interpretação de procedimentos que operacionalizem os princípios. Nesta dimensão institucional e procedimental eu tenho a impressão de que a dogmática é inescapável. Não tenho como

abrir mão de critérios dogmáticos de interpretação institucional ou de interpretação procedimental.

Mas se de um lado, aparentemente, eu estou um pouco mais distante da fala, por exemplo, do professor José Reinaldo [de Lima Lopes], eu diria que este é um distanciamento parcial. O professor José Reinaldo [de Lima Lopes] fez um comentário, na minha maneira de ver, muito pertinente a respeito da incapacidade da nossa doutrina refletir ou funcionar como instância crítica a respeito de alguns institutos do Direito brasileiro. Eu concordo integralmente com a observação no sentido de que há, na dogmática jurídica, há, também na doutrina jurídica – e não estou me referindo exclusivamente à doutrina brasileira, não me parece que isto seja uma “jabuticaba”, uma prerrogativa nacional, é um problema da teoria jurídica contemporânea e não da teoria jurídica brasileira –, sem dúvida alguma um dos problemas da dogmática jurídica ou da interpretação jurídica é o de incapacidade de abstração das nossas categorias dogmáticas, de necessidade de alargamento da capacidade de abstração das nossas categorias dogmáticas. Com essa expressão estou querendo dizer ou constatar o mesmo problema descrito pelo professor José Reinaldo [de Lima Lopes]. Então, não é que baste um simples recurso às regras, a uma racionalidade procedimental institucional para que esses problemas estejam todos resolvidos. A dificuldade que eu tenho com os princípios persiste em relação às regras, trata-se, também, de um problema da Teoria do Direito, de uma tentativa de alargamento das categorias, da capacidade de abstração que a dogmática jurídica tem para fazer a descrição dos institutos jurídicos.

Não sei se eu respondo a sua pergunta, mas eu acho que, dessa maneira, eu faço um comentário também à pergunta que o outro participante fez.

### **Carlos Ari Vieira Sundfeld**

Eu vou tentar reunir também um comentário breve às várias provocações, partindo daquela que fez a professora Luciana.

Afinal de contas parece do exame de duas situações importantes da jurisprudência do STJ que há alguma insegurança. Isso vem da onde? Qual seria a causa disso?

Olhando para os casos eu acho que se dará resposta diferente para cada um deles foi por isso que nós acabamos nos fixando neles.

O caso do corte de energia me parece que é um em que claramente se demonstra que se perdeu o respeito pela lei. Lei no sentido de aprovada pelo poder legislativo. Porque nas decisões a lei não é o que dá base ao esforço de interpretação e discussão. A lei é um argumento que entram lá pelas horas tantas. Há uma situação posta de conflito, começa-se a falar do problema, dos dramas de um e de outro e tal, aí alguém começa a montar a solução do problema, para dizer que prevalece isso, prevalece aquilo, e lá pela página quinze cita-se um artigo de lei.

Bom, lei é um argumento, não é a base para o esforço de interpretação. É um argumento que se usa para decidir de um lado e de outro. Portanto, eu posso escolher a lei que eu vou citar.

No caso de energia é interessante porque há duas leis que são postas em suposto confronto aqui que textualmente não tem confronto nenhum. A lei subsequente que é a lei de concessões veio justamente escrita de uma forma muito cuidada para matar o argumento em que o princípio da continuidade impedia o corte de energia em caso de inadimplência. A lei diz isso: não é violação ao princípio da continuidade em caso de inadimplência.

Então não é uma questão de confronto entre duas leis supostamente contraditórias e então o intérprete teria que resolver a contradição. O problema é outro, quer dizer, eu aceito essa decisão do legislador que diminuiu o suposto conteúdo mais amplo do código de defesa do consumidor.

Bom, alguns ministros vão dizer eu simplesmente não aceito, então eu só cito a primeira lei, ou cito a primeira lei, conto como ela é boa, como ela é sensacional e aí depois eu digo que tem uma outra lei que não pode ser interpretada assim porque ela viola aquilo tudo.

Agora, quem se choca a esse ponto de vista faz exatamente o jogo contrário. Não basta dizer para ele que tem uma lei e a lei resolveu e eu não sou legislador, não posso resolver isso. Não. Ele argumenta, ele conta porque ele acha que é importante cortar e lá pelas horas tantas ele cita a lei. A lei é argumento. A lei não é base.

Então eu diria que esse tipo de caso mostra e muitos outros tipos de casos mostram isso que se perdeu o respeito pela lei. Eu acho que há muitas razões para se perder o respeito pela lei no caso do Direito contemporâneo e no Direito brasileiro também, eu acho que



é difícil a gente discutir isso, mas se sente nos debates judiciais isso: a lei não é mais aquela. E aí os princípios servem justamente para o sujeito que perdeu o respeito pela lei tentar construir uma solução para o caso concreto.

E aí vem o segundo problema, o que vem acontecendo? Vem acontecendo que o poder judiciário, acho que o próprio legislativo aconteceu isso, mas o poder judiciário assumiu mais trabalho do que podia fazer. Essa é a questão. Primeiro tudo se judicializou, isso gera conflito e o poder judiciário foi aceitando todo esse conflito.

Então, quando se põe a questionar a constitucionalidade de tudo, isso estimula as pessoas a dizerem “tem uma lei aí que resolveu o assunto, mas isso é inconstitucional”. Aí quando se discute a constitucionalidade da própria Constituição, enfim, isso vai aumentando o trabalho, todo mundo tem a oportunidade de ir lá tentar defender um ponto de vista que lhe interessa e isso estimula.

Como é que o poder judiciário responde a isso? Se nós formos pegar qualquer dos dois temas que eu trouxe para discutir e ver como é que se resolve concretamente, quer dizer, se nós afastamos a lei e vamos decidir nós aqui como fazer, nós vamos ver o trabalho de discussão, de levantamento de dados que vai dar, é impossível fazer isso, não dá tempo. Se nós considerarmos o STJ então, imaginem o que é um gabinete do STJ para uma cidade infernal de assuntos.

Então só tem uma maneira, eu preciso resolver isso na perna, eu olho e digo: isso sim, isso não, isso aqui eu sou a favor, eu sou contra, e tal. E aí depois alguém escreve a justificativa. Para escrever a justificativa existe uma caixa de ferramentas e o sujeito vai tirando. E princípio é um setor importante nessa caixa de ferramenta. E ele é bom porque ele é vago. E ele é útil assim. E eu digo mais uma ou duas frases, é assim que as decisões são, afinal de contas, fundamentadas. Tem a ver com a inviabilidade prática de analisar olhando todos os dados possíveis, analisar essas situações e lhe dar uma solução.

Mas o poder judiciário de dispôs a fazer isso, quer dizer, não dou a menor bola pra solução da lei e vou ver qual é a solução boa. Se ela tiver de acordo com a minha solução eu a cito lá pelas horas tantas, senão eu nem cito.

Só que ele não tem tempo para fazer esse debate sofisticado, então ele faz um debate rasteiro e um princípio serve para o debate

rasteiro. Nesse sentido princípio é preguiça. Não havia preguiça ao assumir o trabalho, mas há preguiça de fazê-lo até por inviabilidade prática.

No caso da improbidade, eu acho que o problema é um pouco diferente porque o próprio legislador se viu obrigado a enfrentar um tema que ele não tinha condições de enfrentar, então ele criou uma lei dizendo que violar princípio é improbidade e o sujeito vai ser punido assim e assado, jogou para o judiciário.

Uma resposta para o judiciário seria dizer: isso aqui é inconstitucional. Uma lei sancionatória não pode ser assim, absolutamente impossível, não diz qual é a infração, é francamente inconstitucional, não aplicou e acabou.

Quem é que iria julgar inconstitucional um artigo que manda punir o sujeito que viola princípio? Só se fosse louco. Havia uma demanda por punição disso. Então o judiciário não deu essa resposta. O que ele fez? Ele foi encontrando também nos tais princípios uma maneira de ir matando dispositivos e é isso que o STJ acabou por fazer, matar o dispositivo sem dizer que ele era inconstitucional.

Aí nesse caso é uma crise da lei de outra natureza, o legislador abdicou da tarefa que ele mesmo assumiu. Ele usou princípios porque ele também assumiu uma tarefa que ele não era capaz de cumprir. Então ele juntou os princípios num artigo lá e chutou a bola para diante. E o outro que não é bobo nem nada, usou princípio e matou o artigo.

Eu tenho impressão que para o STJ são duas razões diferentes que geraram esse tipo de insegurança a que você se refere.

Bom, acho que ao falar disso respondi a pergunta de qual seria o papel dos princípios na formação da decisão.

E quanto aos partidos que estão aqui, eu acho que o único critério que foi usado aqui pelo Ronaldo [Porto Macedo Jr.] para dividir é a origem, quer dizer, há os PUCanos e os USPanos.

**[RESPOSTA DO PROFESSOR VÍRGILIO AFONSO DA SILVA]**

**José Reinaldo de Lima Lopes**

Como eu só trabalho com autor morto, cujo debate já desapareceu, eu fui muito pouco provocado. E eu sou a favor do poder moderador. Enfim, mas é difícil fazer essa conexão, naturalmente

eu sou daqueles que desconfia muito dos princípios, sobretudo, mas em parte Virgílio [Afonso da Silva] por causa disso, eu acho que falta definição.

Por exemplo, um princípio como o da dignidade da pessoa humana. A palavra dignidade é um conceito? Há alguma coisa que eu posso colocar lá dentro e alguma coisa que eu não posso? É isso que precisa ser explicitado. Quando eu uso os princípios eu acho que é um pouco isso.

Quando você dizia que o STF usa muita doutrina, eu estava pensando, usa a doutrina como usa os princípios, da forma que diz o Carlos Ari [Vieira Sundfeld]. Ou seja, são palavras que enfeitam eventualmente, mas sem consistência. Eu acho que uma doutrina implica uma definição dos termos. O que eu entendo por direito fundamental? O que eu entendo por liberdade civil? O que eu entendo por isso? Aí eu tenho uma doutrina. Se eu não digo isso e se eu digo qualquer coisa a qualquer momento, claro eu não tenho regra para pregar, então a pregação a qualquer momento ela é esquizofrênica, ela é *ad hoc*. Eu não sei pregar. Isso aqui é mesa, mas isso aqui também pode ser cadeira, isso pode ser outra coisa. Isso é uma das coisas que me preocupa. A gente tem desconsiderado o problema, essencial na esfera da linguagem e da lógica, da pregação. O Direito é um sistema de pregação, é um sistema de sentidos e de conceitos e pregar é algo que tem regras. O que a gente tem ouvido nos últimos anos no Brasil é uma certa teoria da linguagem ou da língua que é muito frouxa que nos ensina as palavras eu posso fazer com elas o que eu quero. Isso não é verdade. As palavras, os termos e os conceitos, não estão à disposição do falante individual, elas pertencem coletivamente e só fazem sentido coletivamente.

O que a gente viu nas últimas décadas no Brasil é uma Teoria do Direito que diz isso: as palavras não têm sentido. Se as palavras não têm sentido eu posso pregar qualquer coisa.

Se eu falo isso aqui não é homicídio, é uma ilusão sua. Não é assim. Eu acho que há amarras, e essas amarras são em primeiro lugar definições conceituais. O esforço da doutrina é em parte definir conceitualmente, qual é a fonte do Direito, é a lei ou é outra coisa? Que papel joga os textos, são textos de lei ou são textos de doutrina? Porque a doutrina pode ser fonte de Direito. A tradição

medieval é essa. Eu sei que o digesto é uma coleção de pareceres, só que ele tem validade e para aplicá-lo como norma válida eu preciso de algumas coisas. Isso eles faziam. E é por isso que dava debate, você usou errado, essa palavra não pode ser traduzida assim, ou mais, essa palavra é usada assim nessa frase, mas no livro cinquenta é usada diferente, como é que você resolve isso? Era exposta essa espécie de debate. Eu acho que a boa doutrina é isso, é fazer a crítica da decisão e dizer essa decisão não se sustenta porque o autor da decisão se sentiu à vontade de usar as palavras como quer, e isso não é assim.

Eu acho que a gente tem um longo caminho, então eu posso usar a doutrina, como eu posso usar os princípios dessa maneira.

O Carlos Ari [Vieira Sundfeld] disse muito bem, “princípio da moralidade”. No Brasil há noventa ou cem anos, depois do apogeu do positivismo, não discuto ética e introduzo na Constituição e nas leis termos que são forjados pela tradição moral. Então você não sabe do que você está falando, que é exatamente o que acontece na nossa doutrina.

Dignidade da pessoa humana é um termo moral da tradição do pensamento moral. Como eu estou dispensado de discutir moralmente as coisas, jogo esse termo para dentro do Direito e não sei do que eu estou falando mais. Como eu não sei o que é árvore, o que é bem. Isso é um problema sério, aí não há controle sobre as decisões.

A pergunta da Luciana lembra isso. Eu caio nesse decisionismo, cujos exemplos o Carlos Ari [Vieira Sundfeld] ilustrou. Posso decidir qualquer coisa. Eu não tenho controle social. Uma das tarefas da academia do Direito é esse controle do discurso. A gente produz um discurso, e ele exerce um papel relevante socialmente. Nisso tudo eu acho que há um problema que pode ser distinguido, quer dizer, eu acho que há debates importantes quanto ao modelo, quanto ao sistema jurídico em toda parte e há formas e formas de eu fazer isso na doutrina.

Eu conheço mais só a doutrina brasileira, mas é o que me parece, a doutrina brasileira não tem feito isso. Há autores isolados, mas não de uma maneira geral. Nossos manuais não fazem isso.

Nós temos algumas seções nas revistas que deveriam fazer a crítica das decisões dos tribunais. Isso não é desenvolvido, não é tradicional. A gente vai para a história e vê momentos em que houve essas

discussões. Mesmo quando volto ao Império, que é o que eu estou fazendo agora, fico fascinado justamente por esses autores clássicos que tinham a tarefa, e eles tinham absoluta consciência dela, uma consciência de classe e uma consciência de estadistas de que “estou decidindo isso aqui para ser assim”. É isso que os tribunais superiores, o Supremo, mas também o STJ agora como intérprete da lei, deveriam ter, eles são órgãos do Estado que ajudam a definir geralmente as regras. Acho que isso falta. Um ministro do Supremo é um estadista, ele é um dos poderes do Estado que está lá para determinar as regras. E a doutrina, no sentido bom da palavra, deveria ser isso: não é citar o autor, é um pouco como você dizia, Virgílio [Afonso da Silva], não é citar o fulano de tal, é fazer o argumento.

Você pega o Conselho de Estado: tem a doutrina sobre o cargo eclesiástico, não é o argumento que foi publicado por alguém, é a regra com a qual o conselho decidiu. Enfim, é isso. Eu acho isso tudo fascinante, mas de qualquer maneira é um longo trabalho que a gente tem pela frente. O que me diverte é a história.

Obrigado.

#### **Laurindo Dias Minhoto** (moderador)

Muito bem. Eu queria agradecer a todos e lembrá-los que às quatorze horas nós retornamos com os trabalhos da tarde. Agradeço especialmente aos nossos expositores. Quem sabe no período da tarde nós conseguimos articular um pouco melhor a questão dos desafios da interpretação e o problema do desenvolvimento contemporâneo.

Muito obrigado.

#### **NOTAS**

1 Nota do palestrante: essa pesquisa contou com a colaboração da pesquisadora Juliana Bonarcosi de Palma e do acadêmico Rubens Glezer.

2 Nota do palestrante: essa foi a expressão utilizada no acórdão.



## INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO

**Eurico Marcos Diniz De Santi** (moderador)

Boa tarde, recomeçando agora à tarde o nosso Workshop de interpretação, desenvolvimento e instituições, compõem a nossa mesa o professor Oscar [Vilhena Vieira], coordenador da nossa pós-graduação *stricto sensu*; Juliano Maranhão, professor de pós-graduação da PUC; Guilherme Leite [Gonçalves], da FGV-DIREITO Rio, e o Luis Fernando Schuartz, vice-diretor da DIREITO GV. Passo imediatamente a palavra para o nosso querido professor Oscar Vilhena [Vieira].

### INTERPRETAÇÃO E POLÍTICA JUDICIAL

**Oscar Vilhena Vieira**

A premissa fundamental em qualquer discussão sobre interpretação jurídica é que a comunidade de interpretes do direito partilha do ideal de que é melhor ser governado por leis do que ser diretamente governado pela vontade *ad hoc* de um governante. Esse é o pressuposto, sem o qual qualquer discussão sobre a questão da interpretação fica sem sentido. E entendemos que é melhor ser governado pelas leis do que pelos homens, porque associamos a idéia de lei a uma série de características intrínsecas deste instrumento de ordenação social, como a generalidade, imparcialidade ou universalidade, que nos permitiriam conceber projetos de vidas autônomos, que não ficariam a mercê do arbítrio dos governantes; pois estes, contrariamente, são motivados por paixões e preferências pessoais, não permitindo que cada um possa planejar as suas ações racionalmente. Neste sentido o governo por intermédio de regras claras, prospectivas e genéricas, ser preferível aos governados. Não basta, no entanto, que existam leis com essas características; indispensável se faz que elas sejam aplicadas de forma congruente nos casos concretos, como nos lembra Lon Fuller, em seu clássico *The Morality of Law*. Aí é que surge o problema central da interpretação: como extrair sentido de normas gerais para a solução de problemas concretos? A idéia de estado de direito, portanto, demanda não só uma teoria da norma, como também uma teoria da interpretação da norma.

Começemos sobre o problema da norma, ou da idéia de lei. Diversas são as questões cercam esta noção preliminar de estado de

direito. Em primeiro lugar surge a questão de quem está autorizado a elaborar as leis. Se elas forem produzidas humanamente, qual a garantia de que não irão padecer dos mesmos defeitos que nós padecemos. Assim um caminho tradicional do passado foi buscar leis junto a fontes insuspeitas, como deus, as escrituras, a história ou a tradição.

A modernidade, no entanto, matou deus. E se não podemos mais contar com deus e a orientações por ele proferidas, por intermédio de seus enviados, precisamos encontrar outra alternativa para a elaboração de boas leis. A tradição se coloca então como uma opção, pois através da sedimentação e da experimentação da experiência, algumas alternativas jurídicas para a solução de problemas concretos iriam se demonstrar superiores, conseguindo assim se consolidar como meio legítimo de regulação social. O historicismo é assim, uma espécie de darwinismo jurídico social, pelo qual algumas instituições, dada a sua racionalidade e capacidade de adaptação, sobreviveriam em detrimento de outras que pelas suas fragilidades pereceriam. Mas a modernidade, fundada no primado da razão, ou seja, na confiança de que a melhor forma de tomar uma decisão é consultar a razão humana, afasta a tradição como meio legítimo de descobrimento do direito. Afinal a tradição nos orienta a manter e reafirmar o passado, enquanto na modernidade os projetos válidos são aqueles que nos impingem à mudança. Pensadores como Paine ou Rousseau são, sem dúvida nenhuma, exemplos marcantes dessa assunção de responsabilidade sobre os nossos destinos; de que era possível dispensarmos Deus, dispensarmos a tradição, e tomarmos a história nas nossas próprias mãos para que pudéssemos pautar e organizar a nossa sociedade por intermédio de leis por nós elaboradas. Apenas desta maneira nos tornaríamos verdadeiramente emancipados.

Evidente que Rousseau, no momento em que escreve o *Contrato Social*, é duramente criticado. Penso numa crítica em especial, que vem de Edmund Burke, quando se demonstra cético quanto à possibilidade de que a consulta a uma razão abstrata pudesse ser capaz de superar a imensa sabedoria que havia sido sedimentada pela tradição, ao longo da história. Um seu contemporâneo zombava dos franceses (racionalistas) ao dizer que eles imaginavam que fazer leis, ou fazer uma Constituição, seria tão fácil como preparar um



pudim: bastaria ter uma receita. Era uma coisa inconcebível que um grupo de indivíduos tivesse a ousadia de reorganizar toda sociedade consultando pura e simplesmente uma razão abstrata que cada um guardasse dentro de si. Este debate retornará posteriormente através da polêmica entre Savigny e Ihering, no século XIX. Trata-se da desconfiança na razão. De qualquer forma, Rousseau achou que ele tinha encontrado uma solução, nas suas palavras, para a quadradura do círculo; era necessário não apenas consultar a razão, mas sobretudo veiculá-la por intermédio de um meio próprio, que é a lei. A lei deveria ter uma forma específica que era a da sua generalidade e abstração. Dessa forma nós conseguiríamos afastar todo subjetivismo, todo o interesse privado, na linguagem do Rousseau, e teríamos normas imparciais. Com isso, ele resolve uma parte do problema. Se os homens fizerem normas deste tipo é possível que estas normas, apesar de serem feitas por homens que não são perfeitos, sejam, em si, uma imagem da perfeição. Substitui-se deus por um povo, ainda que por um povo abstrato, manifestando-se através da vontade geral, plasmada na lei.

Por outro lado, as normas seriam tão racionais, consistentes e claras que elas dispensariam qualquer forma, qualquer necessidade, de intermediação no processo de aplicação. É curioso que Rousseau foi contratado para dar consultoria para a elaboração das constituições da Córsega e da Polônia. Terminado o empreendimento salientou que estas constituições não deveriam ser objeto de interpretação, para não contaminar sua racionalidade com as paixões e interesses daqueles responsáveis pela sua implementação; postura semelhante foi a de Locke quando convidado para organizar a constituição das duas Carolinas. Este, no entanto, foi além, estipulando que as sequer poderiam ser alterada, porque ali estava a expressão mais contundente da razão.

Dentro desse esquema Rousseauiano não há espaço para a interpretação. A norma traz em si todos os elementos, seja pela sua conformação gramatical, seja pelo tipo de linguagem que ela usa, que vai permitir que qualquer ser minimamente racional seja capaz de aplicar aquele pressuposto abstrato a uma situação concreta. Isso, em alguma medida, vai redundar no século XIX na construção das grandes codificações, como as propostas por Napoleão. A confiança era que o direito codificado moderno poderia suprimir

a necessidade da interpretação, permitindo que se fizesse um salto da generalidade da norma diretamente para a sua aplicação concreta, por um simples processo de subsunção, pautado por uma lógica primária, isto é, a lei como premissa maior, os fatos como premissa menor e a decisão como uma consequência necessária.

Este modo de pensar o direito vai receber, por parte do realismo norte-americano, no início do século XX, a designação pejorativa de uma jurisprudência mecanicista. Oliver Wendell Holmes, em *Lockner v. New York* (1905), lançará a pedra fundamental do realismo ao criticar a posição da Suprema Corte Norte-americana, ao decidir que lei que criava regras trabalhistas - regulando trabalho infantil, salário mínimo, trabalho da mulher em padarias, que diz o seguinte - era inconstitucional porque feria o direito da livre contratação e do livre mercado. Holmes olha para a Constituição americana e diz: isto não está escrito na Constituição. Vocês estão construindo algo a partir de suas próprias teorias, fazendo referência às teorias econômicas de Spencer. A Corte americana estava incluindo na sua decisão uma pauta normativa que não havia sido normatizado pelo constituinte. E a partir daí os realistas, que são todos seguidores de Holmes, começam a olhar desconfiadamente para esta noção de direito, ancorada em regras abstratas, que herdamos do Iluminismo. A tarefa dos realistas é buscar deslocar nosso olhar para como as normas são efetivamente implementadas. A questão da interpretação transforma-se, então, num dos pontos fundamentais para a teoria do direito.

Você tem um conjunto de autores, vamos dizer de esquerda, que vai dizer que o que acontece é que esse processo de interpretação é dominado por uma casta social, os juristas, que defende os seus próprios interesses. Essa é uma primeira análise.

Gente mais sofisticada como Jerome Frank, no entanto, vai colocar que não é exatamente isso que acontece; que o processo é bem mais complexo, principalmente porque a mente humana funciona de um modo distinto, daquele que propunham os mecanicistas ou os marxistas. Ele escreveu um dos livros mais importantes do realismo, chamado *Law and Modern Mind*. A primeira coisa que ele detecta é que nós não tomamos decisões práticas a partir de silogismos básicos, tais como os dispostos por Descarte. Para Frank as pessoas em geral, e não havia porque ser diferente com juristas,

tomam decisões a partir de intuições. Primeiro decidimos intuitivamente o caso e depois nós construímos um processo argumentativo por trás para justificar esta decisão. E todos nós que somos advogados ou vocês que são alunos, sabem disso. Quando há uma prova de Direito Penal, assim que terminamos de ler a pergunta, já produzimos uma resposta, que depois será justificada pela apresentação de argumentos de caráter normativo. Nós não fazemos o raciocínio que Rousseau supunha que fizéssemos, partindo do geral para o abstrato. O que Frank tenta demonstrar é que os juizes são induzidos pelos seus inconscientes a tomar decisões que vão vincular a conduta de outros e depois buscar na sua caixa de ferramentas, como diziam meu querido amigo Carlos Ari [Vieira Sundfeld] qual ferramenta mais adequada para apertar aquele parafuso.

Nessa crítica dos realistas eu estou utilizando simplesmente Frank porque talvez ele tenha sido o mais ácido; ele põe em xeque toda a construção teórica sob a qual se funda a idéia de que somos efetivamente governados por direitos. O que ele estava dizendo é que o Estado de Direito é uma impossibilidade. Não adianta fazer normas gerais, elas jamais serão as responsáveis por conduzir a decisão.

Quem vai resgatar essa idéia das regras como o centro da reflexão da teoria do direito é Hart, um autor caríssimo a outro querido amigo, Ronaldo [Porto Macedo Jr.]. Hart fala: espera aí, talvez a questão não seja tão simples assim. Em primeiro lugar porque nem todas as normas têm esse grau de abstração que Frank está colocando e que os realistas estão criticando. Em segundo lugar porque os juizes não decidem num vácuo da doutrina, num vácuo de uma cultura jurídica que o compele a uma determinada decisão. Ainda mais, vindo de uma tradição que é a do *common law*, ele sabia que o juiz tinha um ônus enorme em tomar as decisões que não rompessem com a jurisprudência. O Virgílio [Afonso da Silva] já mencionou isto hoje. Hart, então nega veracidade a idéia de que nunca haja parâmetros concretos para tomar decisões no campo do direito. Na realidade, a cultura jurídica, os precedentes constroem a nossa mente a tomar decisões numa esfera um pouco mais restrita. E a lei muitas vezes é clara, não deixando ao interprete ampla liberdade de escolha. Neste sentido ainda há perspectiva de caminhar no Estado de Direito.

Agora, é evidente, e ontem também os filósofos da linguagem que aqui estavam o disseram, que Hart reconhecia que normas jurídicas que tenham a pretensão de governar ações futuras necessitavam de um alto grau de abstração. Ou seja, não era um defeito da linguagem, era uma condição da linguagem que buscava reger comunidades. Então, essa necessidade de empregar, seja formas gramaticais pouco precisas, seja termos de natureza aberta, que o Direito, e em especial certos setores do direito constitucional têm, gera o surgimento de zonas cinzentas. É daí que Dworkin vai surgir como uma antítese de Hart: essas zonas cinzentas têm problemas porque é no seu âmbito que aparecem os casos difíceis, aos quais Hart não oferece uma resposta adequada para como devam ser resolvidos. Se por um lado grande parte das decisões jurídicas são tomados dentro de uma esfera de constrangimento formada por regras, precedentes, doutrina e práticas, por outro há casos difíceis que têm que ser resolvidos *ad novo* e a partir de normas pouco claras. Isto pode significar até uma minoria de casos, porém são casos muito importantes, na maioria das vezes.

O que Hart e Kelsen propõe para estes casos difíceis? Nesses casos, na realidade, o que o legislador fez foi transferir ao interprete a responsabilidade por confeccionar a norma concreta, assim o que temos foi a transferência de competência legislativa para o aplicador do Direito. Logo Hart e Kelsen não enfrentam o problema da interpretação nos casos difíceis, mais sim na distribuição de poderes. A norma concreta que vai surgir da decisão é simplesmente uma antevisão da norma abstrata que, desconhecendo os problemas que iriam ser enfrentados no futuro, transferiu para uma outra autoridade a responsabilidade de conformá-la àquela situação concreta. Então não há problemas de Direito, não há problema de incapacidade do Estado de Direito. O que há é um Estado de Direito composto por normas gerais e por normas concretas e distintas autoridades cumprem funções separadas. Quando o Direito faz uma norma abstrata não é porque ele simplesmente não consegue ser mais preciso; é porque ele quer, ele acha que é melhor lançar para uma outra autoridade a solução de problemas futuros. A resposta de Hart e Kelsen, no entanto, não nos satisfaz completamente. Diversos foram os autores e correntes jurídicas que buscaram reagir a esta esfera de incerteza na aplicação do direito que ocorre na zona de penumbra descrita por Hart.

Uma primeira corrente, que eu chamaria de analítica, retorna às ferramentas analíticas buscando restringir ao máximo as regras de pensamento sobre a interpretação, de maneira a que o intérprete não tenha uma larga esfera de discricionariedade. Ou seja, é uma alternativa totalmente analítica, o que se quer fazer é reduzir os âmbitos de argumentação irracional. Quer-se criar padrões para que eu possa posteriormente controlar se aquela decisão que foi tomada é uma decisão aceitável para a comunidade daqueles que fazem parte do processo interpretativo. Então, o problema da interpretação é, nas palavras de Hesse, um problema de criação de métodos racionais e controláveis para a extração do sentido da norma. Então, vejamos bem, nós estamos pressupondo que há uma norma, nós estamos pressupondo que a norma tem sentido, e nós vamos criar algumas balizas para que esse processo de extração de sentido possa ser assimilado pela comunidade desde que haja um consenso sobre ela.

Uma segunda corrente, que eu denominaria político-filosófica, embora não exclua a primeira, entende que esta encontra limites muitos claros, especialmente quando nos referimos à interpretação de normas constitucionais de alta densidade política ou moral. A normatividade constitucional – isso foi tocado diversas vezes na mesa da manhã – importa conceitos que não são conceitos dogmatizados. Quer dizer, nós não estamos falando aqui o que é enfiteuse, pode ser que nós não saibamos, mas basta abrir o dicionário jurídico e lá teremos uma definição muito clara; a constituição fala em dignidade, em igualdade, ela diz liberdade. E nós não sabemos exatamente qual é o significado destes termos. Logo, ao lado de todo esse ferramental analítico de constrangimento da discricionariedade do intérprete eu tenho que ter capacidade de fazer argumentos de natureza filosófica. Eu tenho que ser capaz de conseguir conceituar afinal o que é liberdade, o que é igualdade e assim por diante para solucionar questões concretas como o aborto, a legalidade da ação afirmativa. Então, claramente, para aqueles que estão navegando em água dworkinianas, esta é a alternativa. Dworkin, expressamente nos aconselha, em *Taking Rights Seriously*, que devemos nos socorrer de filósofos como John Rawls para solucionar questões práticas de natureza constitucional; ele nos trás uma nova caixa de ferramentas que é indispensável para todos que queiram interpretar a Constituição.

Uma terceira corrente que hoje me parece muito forte é uma herdeira do realismo e, portanto, partilha de suas premissas. Vocês vão ter uma vertente que é a mais famosa de todos, que é a *Law and Economics*, mas também surgirão pensamentos realistas à esquerda, como a *análise crítica do direito* e a *advocacia de interesse público*, ou, por fim, o próprio *direito e desenvolvimento*, que têm em comum uma visão instrumental do direito.

Ou seja, é um grupo de gente instrumentalista, que vêem o direito como um mero instrumento para atendimento a fins últimos. São correntes pragmáticas que utilizam argumentos internos e externos ao direito para avançar certas causas ou ideais. Quando um advogado abre um código comentado e busca a melhor jurisprudência para avançar a sua causa, está agindo de modo meramente instrumental. Ou seja, não há interpretação, o que há realmente é um *shopping* de precedentes. Quer dizer, quais são as idéias que eu posso colocar para sustentar a idéia que eu busque atingir? E evidentemente os mais sofisticados do *Law and Economics* vão fazer isso com argumentação de maximização de eficiência, de redução de custo transacionais, mas claramente o Direito sempre tem que ser visto como meio, não como um fim em si mesmo.

E, por fim, me parece que há uma quarta corrente. Ela vai falar o seguinte: parece-me que tudo isso faz algum sentido, mas não retira, não nos retira de um atoleiro. Nós estamos num campo de discussões bizantinas a respeito de critérios analíticos, discussões ideológicas a respeito do fim último do Direito e isso não parece que pode ser solucionado pelo próprio Direito. Logo, a solução que eu tenho que dar vem do campo da política e da engenharia institucional. Eu não vou dizer como se interpreta, eu vou dizer quem tem a função de fazer o quê. E eu vou tentar também descrever qual é o *ethos* fundamental das distintas instâncias de autoridade: qual é o papel do juiz, qual é o papel do legislador, qual é o papel do executivo. Eu estou associando essa idéia a um autor pouco lido no Brasil que é John Hart Ely, que escreveu um livro fundamental chamado *Democracy and Distrust*. Ele fala: essa discussão toda que houve no último século sobre interpretação nos Estados Unidos não resolve o problema, no fundo nós vamos ter uma subjetividade, uma discricionariedade na escolha de qual é o conteúdo de cada uma das

normas. O que nós temos que ter é uma boa teoria da separação dos poderes, pois se estamos numa democracia, e confiamos nessa democracia – daí vem o nome do livro – devemos ter um Judiciário deferente, respeitoso, aquelas decisões que são oriundas do campo democrático. E o papel do juiz fundamentalmente deve ser o de manter limpos os canais da democracia e não ficar substituindo as decisões do legislador democrático pelas suas próprias, porque, afinal, que legitimidade tem o juiz para fazer isto? Ele também fala do controle para que as minorias não sejam oprimidas nesse processo democrático. Logo, decisões majoritárias contrárias aos interesses de minorias que são insulares e prejudicadas historicamente podem ser impugnadas. Talvez seja isso a legitimidade contra-majoritária da justiça sobre a qual o Virgílio [Afonso da Silva] falava hoje pela manhã.

Bom, eu queria colocar isso nos meus três minutos e meio que faltam dentro do contexto brasileiro. É evidente que quando nós olhamos pra revista Veja, para o Jornal Nacional, para qualquer meio de comunicação, não há dia em que nós não tenhamos, seja na primeira página, seja numa página especial, o Supremo Tribunal Federal decidindo se os servidores podem ou não podem fazer greve, se as mulheres podem ou não podem abortar, se as universidades podem ou não podem ter cotas, se a reforma da previdência afeta ou não afeta o direito adquirido, se o CADE pode ou não pode fazer o que quer, se o Ministério Público pode ou não pode investigar, se o presidente da república pode ou não pode retirar medidas provisórias para desobstaculizar a pauta do Congresso, se o Gabeira pode ou não pode entrar na audiência do Renan. Ou seja, o STF de repente vira não esse órgão subsidiário de observação a agressões à Constituição, mas o próprio órgão primário de tomada de decisão política sobre questões fundamentais, que o sistema político não está conseguindo arbitrar por uma série de razões. Ao meu ver isso se dá pelo menos por três motivos fundamentais:

Em primeiro lugar, a Constituição brasileira fez um compromisso maximizador. O que significa isso? O Direito Constitucional colonizou os outros campos do direito. O Direito Constitucional dirige a atuação do legislador para o futuro e, mais do que isso, o Direito Constitucional coloniza a moralidade e a economia juntando princípios dentro da Constituição, que muitas vezes são

contraditórios. Então tudo passa a ter natureza constitucional, logo não há decisão relevante nesse país que não passe pela constituição e consequentemente pelo Supremo.

Segundo problema: nós transformamos o nosso Supremo em três coisas. O nosso Supremo é Corte Constitucional, ele tem a função de legislador negativo e, no Brasil, agora com o caso da greve, ele começa a se assumir também o papel de legislador positivo, fazer leis onde não há. Ele tem a função de foro especializado, quer dizer, ele resolve em caráter imediato sobre conflitos internos dentro de outros poderes. Eu nunca vi isso, o fulano de manhã tem uma sessão do Senado, ele corre ao Supremo, pega uma liminar, volta, muda o procedimento do Senado; não existe no mundo uma Corte que seja capaz de fazer isso. Ela controla o mundo da política. Além de julgar mensaleiros ou não julgar os duzentos e cinquenta e sete parlamentares que estão aguardando julgamento nas docas do Supremo; ele é foro privilegiado e ele é foro especial, o tribunal de pequenas causas políticas. O Supremo tem ainda uma terceira função que é nada mais nada menos do que operar como Corte de última instância de um Judiciário fragmentado, o que significou nos últimos anos um milhão duzentos e setenta mil recursos extraordinários e agravos de instrumentos (evidentemente que estes números não corresponde a julgamentos efetivamente realizados pela Corte, como nos lembra Marcos Paulo Verissimo).

Então, nesse contexto, exigir qualquer forma de consistência, coerência, zelo pela interpretação é um negócio para lá de absurdo. Quer dizer, quando se fala que “a decisão tem oitenta páginas”, isso é um negócio insano. O que se tem realmente é um “recorta e cola” de algum texto, de alguma dissertação, etc., dele próprio. Eu não estou falando que se esteja plagiando. É um vasto trabalho dos assessores.

Bom, o minuto que não me falta mais, mas que eu vou usurpar dos meus colegas. Qual é, ao meu ver, a solução que nós devemos dar? como é que nós devemos enfrentar esse tipo de questão de uma maneira séria se nós quisermos retomar uma possibilidade eventual de discutir interpretação em terras brasileiras?

Em primeiro lugar, parece-me que nós temos que focar no refinamento do ferramental analítico e filosófico que está à disposição. Houve neste sentido uma verdadeira revolução no direito



constitucional brasileiro, em relação à sofisticação da teoria da interpretação. Isto, porém, não é suficiente. Entendo, no entanto, que perdemos um pouco da nossa capacidade de discutir separação de poderes. Ou seja, ter capacidade de pensar qual é o limite da atuação do juiz numa sociedade democrática, como nos sugeria Ely? Quem dá a última palavra sobre o que? Esse é o problema central.

Eu me lembro de uma passagem do ministro Paulo Brossar, quando da primeira discussão sobre a constitucionalidade da lei de crimes hediondos. Com aquela postura de aristocrata dos pampas argumenta o Ministro que não tinha muita simpatia pela lei e de fato achava que ela não teria nenhum impacto positivo sobre a redução da criminalidade, mas que entendia que quem definia a política criminal era o legislador e não o judiciário. Assim, não havendo uma flagrante violação do texto da Constituição, o Supremo deveria respeitar as escolhas do legislador. Isso significa que eu estou pregando uma postura absolutamente restritiva e omissa do Judiciário? Entendo que não. Mas vocês podem sair daqui falando que o Oscar [Vilhena Vieira] está um pouco reacionário, um pouco conservador.

O que eu estou dizendo é o seguinte: numa sociedade temos que escolher quais são os procedimentos para identificar que autoridades devem dar a última palavra sobre temas específicos. Hoje todas as fichas parecem estar depositadas no judiciário. E este é um problema pois questões essencialmente políticas precisam ser resolvidas pela comunidade que irá vivê-las e não deixadas a um corpo politicamente isolado a tomada de decisão. Assim precisamos retomar um direito constitucional que veja a questão da interpretação no contexto do regime político, no contexto da democracia. Esse é um primeiro ponto que eu acho que deve nos preocupar.

O segundo ponto que me parece relevante incluir numa agenda sobre interpretação refere-se à tensa competição de racionalidades que buscam colonizar o mundo do direito. Nós temos a racionalidade científica, temos a racionalidade econômica, temos a racionalidade de natureza pluralista, ou seja, como devemos nos relacionar com aqueles que pensam e agem distintamente do grupo dominante. Parece-me que a Constituição não é um arranjo perfeccionista do ponto de vista filosófico, ou seja, não tomou uma decisão sobre todas as outras. A Constituição é, sobretudo, um arranjo institucional imperfeito voltado a permitir

que essas racionalidades se choquem e que haja uma solução ao choque dessas racionalidades. Então, quando nós olhamos hoje para nossa estrutura de separação de poderes, você vai ter o CADE, você vai ter o Ministério Público, você vai ter a CAPES, você vai ter o setor de universidades, etc., ou seja, você tem um conjunto de entidades que defendem racionalidades que lhes são próprias. Ao meu ver, o problema do STF é lidar diferentemente com essas racionalidades e encontrar dentro desse jogo de racionalidades contrapostas qual que é aquela essencial do campo judicial. E me parece que é da província do campo judicial a defesa fundamental dos direitos. Mas isso não resolve o problema, porque os direitos são arbitrados também pelo Executivo quando ele faz uma política de distribuição de medicamentos. Quer dizer, qual que é a melhor política para a proteção de direito, a da Secretaria da Saúde, ou a do juiz? Para uma determinada corrente certamente deve-se preferir a política elaborada pelo executivo. Para outros sempre deve prevalecer a última palavra do judiciário. Creio que haja um espaço no qual o judiciário possa ser respeitoso com o executivo, mas quando houver uma clara violação de direito, possa desestabilizar estas políticas e criar parâmetros que devam ser levados em consideração na criação de novas política, gerando um certo diálogo inter-institucional, para utilizar as palavras de meu amigo Conrado Hubner.

Eu estou colocando o seguinte: a posição do Supremo não é ficar trabalhando com cálculos consequencialistas, portanto, ele não tem que estar submetido às éticas dos outros setores, mas o papel dele é garantir uma das éticas, que é uma ética principiológica basicamente voltada à proteção de direitos. E, com isso, ele pode ocupar o seu papel, porque se ele abdicasse desse papel, colocaria em risco a própria integridade da idéia de direitos, com riscos muito sérios não apenas para o liberalismo, mas também para a própria democracia. Ou seja, o Tribunal, ocupando esse papel de poder restringir os outros na medida em que eles afrontem direitos, precisa repensar qual é o tipo de restrição que ele impõe, se é uma restrição absoluta, ou se é um tipo de ponderação que adia uma decisão, mas impõe às outras agências responsáveis pelas outras racionalidades um diálogo, para adequação daquela política necessária à conformidade com os parâmetros estabelecidos para a sociedade.

Então, parece-me que há uma agenda de pesquisa que nós constitucionalistas deveríamos estar dando mais atenção, que insere a temática da interpretação no contexto da separação de poderes, bem como da luta que as diversas racionalidades contemporâneas empreendem para colonizar o direito.

Obrigado e desculpa passar o tempo.

**Eurico Marcos Diniz De Santi** (moderador)

Sobre os comentários iniciais do professor Oscar [Vilhena Vieira], eu me lembrei de um professor que dizia, Oscar [Vilhena Vieira], que uma boa palestra tem que ser inteligente, profunda e curta, mas se for curta, ela não precisa ser nem inteligente, nem profunda.

**Oscar Vilhena Vieira**

Você está dizendo, então, que a minha não atingiu nenhum dos padrões necessários?

**Eurico Marcos Diniz De Santi** (moderador)

Não me referi a sua palestra. O Ronaldo [Porto Macedo Jr.] fez uma engenharia aqui, eu acho que ele fez de propósito convidando o Oscar [Vilhena Vieira], na sequência o Juliano Maranhão que é um dos lógico mais respeitados do Brasil, então há alguma coisa de especial nessa interconexão com duas palestras. Então, com a palavra, Juliano Maranhão.

## **LÓGICA FORMAL E A LÓGICA MATERIAL DOS JURISTAS**

**Juliano Maranhão**

Primeiro, eu gostaria agradecer o convite do Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. para essa palestra e também a organização. Está todo mundo de parabéns.

Na verdade eu iria falar sobre lógica formal, modelos lógicos pra interpretação e decisão, mas resolvi mudar o tema para ter a chance de ser convidado para próxima.

Vou procurar então falar sobre diferentes modelos de decisão ou de justificação de proposições normativas, olhando, em particular para o problema da objetividade, que foi um tema levantado tanto ontem quanto hoje e foi objeto de uma polêmica bastante

interessante, a meu ver, entre o Prof. Virgílio [Afonso da Silva] e o Prof. Carlos Ari [Vieira Sundfeld].

Eu gosto de começar com um exemplo para aguçar nossas intuições e tentar eliminar as dúvidas sobre exatamente do que nós estamos falando, porque temas abstratos podem nos levar a ficar fechados em abstrações aparentemente desconectados da nossa prática. Então vamos começar com um caso simples, que é um típico conflito jurídico.

Carlos, o vendedor, vende a Paulo, o comprador, um imóvel que na verdade era de Eugênio, o legítimo proprietário. Tenho uma série de descrições acerca de fatos sobre esse caso. O comprador é negro e não sabia que o imóvel era do Eugênio. Paulo pagou cinquenta mil a Carlos, o vendedor; Eugênio, o legítimo proprietário, é pobre e a propriedade é usada pra sua subsistência; O comprador, por outro lado, é milionário, é especulador imobiliário; Carlos, o vendedor, sabia que o imóvel era de Eugênio; o vendedor sabia do que estava acontecendo.

E aqui surge a questão prática importante: o comprador deve restituir o imóvel ao proprietário? Daqui parte, usualmente, uma enorme discussão. Essa discussão inicialmente é de ordem moral, o que vai criar uma grande indeterminação para a interpretação de tudo isso que está na minha frente. De todos esses fatos, quais são relevantes para fundamentar uma conclusão prática sobre esse caso? Certamente vão aparecer controvérsias e discrepâncias profundas entre os debatedores baseadas em diferentes concepções de justiça.

Por exemplo, a questão de ser ou não o comprador negro será imediatamente descartada como irrelevante, por exemplo, dentro da nossa comunidade. Talvez o mesmo não acontecesse em outras comunidades em outras épocas.

A noção de proteção da propriedade vai aparecer. Então, o fato de o Eugênio ser o verdadeiro proprietário é, a partir desse interesse, algo relevante para a decisão da questão. De alguma forma deve-se garantir essa liberdade que a propriedade representa. E outros argumentos vão começar aparecer. Por exemplo, alguém pode levantar a relevância da segurança contratual. O contrato foi realizado e isso precisa ser de alguma forma ser protegido. Essas duas intuições acerca de liberdades fundamentais precisam ser

balanceadas. Algumas vezes, quando o contrato foi realizado em *boa-fé*, também um termo com forte carga moral, prevalece à segurança contratual.

E podem aparecer outros argumentos de justiça, por exemplo, baseados numa concepção de justo como proporcional, como a distribuição eqüitativa de bens. Aqui, aquele outro dado de que o comprador é um especulador imobiliário e o proprietário usa o imóvel para a sua subsistência passa a ser tomado como relevante. Os diferentes padrões morais ou as diferentes concepções de justiça mudam o sentido que aqueles fatos tomam como razões a favor ou contra uma solução normativa para aquela questão prática. Essa indeterminação torna tais conflitos potencialmente indecidíveis.

Para resolver esse problema a pergunta chave é: o que é relevante afinal? Essa pergunta, diz respeito ao que deve ser tomado como base para uma decisão. Em qual fato ou descrição de fato devo basear meu juízo. O caminho para a identificação dessa premissa fática relevante está no padrão normativo escolhido.

Quando fazemos essa pergunta a um jurista, imediatamente a pergunta que devolve é: qual que é a lei? Quando ele faz isso ele está já pensando num modelo de decisão. Ele pergunta qual é a lei porque o que é relevante no conjunto de descrições do caso vai depender de um padrão normativo, que já contém uma escolha prévia sobre a relevância. Naquele balanço de razões morais ou de convicções subjetivas acerca ações ou decisões justas, eu posso dar mais peso à propriedade, menos à segurança contratual, posso considerar ou não a idéia de uma distribuição eqüitativa. Entre essas razões opostas para a questão prática suscitada, alguma decisão tem que ser tomada. E essa decisão vai olhar pra essas propriedades possíveis e estabelecer aquelas propriedades que se entendem relevantes pra uma solução numa direção ou na outra.

Então quando alguém pergunta isso pra um jurista, algum operador do Direito, é razoável aparecer a pergunta qual é a lei, o que a lei diz, pois a lei vai refletir essa escolha que ameniza, ou cria condições pra decisão de um problema que parecia potencialmente indecidível pelo choque de concepções de justiça.

Vamos supor então uma regra, uma norma jurídica: *não é obrigatório restituir o imóvel se e somente se o adquirente age de boa fé e a título oneroso.*

Somente se ele paga pelo imóvel e estava de boa-fé pode retê-lo. A partir daí eu consigo identificar quais são os casos relevantes, aquela combinação de casos que tem essas duas propriedades que foram escolhidas como relevantes e que tem a ver com determinados princípios que se protege. A boa-fé e o título oneroso são compensações, são concessões que eu faço à segurança contratual com relação à propriedade. São condições ou qualificações condicionais hipotéticas que me permitem deixar aquelas intuições iniciais e tratar o problema com maior objetividade.

A partir dessas propriedades hipotéticas, identifico uma série de casos relevantes, advindos da combinação dessas propriedades: o adquirente pode estar de boa fé e o título ser oneroso; pode estar de boa fé mas o título ser gratuito; ou estar de má-fé com título oneroso; ou ainda tanto estar de má-fé quanto o título ser gratuito.

E aqui eu crio um modelo de decisão baseado nesses casos hipotéticos tomados como relevantes e as soluções que a norma propicia para cada um deles. Óbvio que a única operação lógica aqui não é simplesmente a subsunção. Para que eu passe da norma com o conectivo bi-condicional “se, e somente, se” para a solução de cada um dos casos, eu tenho que interpretar o seu significado. Um condicional é imediato: é permitido reter o imóvel “se” houver boa-fé e o título for oneroso. Isso soluciona um dos quatro casos. Mas quando eu falo “somente se”, isso significa que quando não há a condição, não há a consequência, ou há a solução normativa oposta “é obrigatório restituir”. A negação de “boa-fé e título oneroso” é a negação de uma conjunção, que é o mesmo que negar ambos os elementos disjuntivamente. Aqui já soluciono os três casos restantes, aquele em que há boa fé mas o título é gratuito e os outros dois em que não há boa fé. Se não houver boa-fé, ou o título não for oneroso é obrigatória a restituição.

Para chegar nesse conjunto de soluções para os casos relevantes, de forma montar um sistema normativo completo e consistente, a norma é logicamente trabalhada por meio de inferências. Até o momento em que basta a operação de subsunção, de se extrair para o caso particular, que tem as mesmas propriedades previstas na hipótese normativa, a mesma solução normativa.

Esse modelo subsuntivo formou-se dentro de um esforço de construção de um saber jurídico, a partir da dogmática alemã do

século XIX e se consolidou dentro do positivismo. O desafio do positivismo foi construir um conhecimento estritamente descritivo de normas jurídicas válidas e pertinentes a um sistema de normas, para o qual teria um papel fundamental à lógica, ou melhor, a lógica deôntica, que consiste no estudo de sistemas dedutivos de proposições com operadores modais deônticos (obrigatório, proibido, permitido). Uma determinada lógica deôntica me permitiria fazer referências e reconstruir a partir do significado dos termos simples e dos cognitivos lógicos empregados nas normas, qual é o sistema normativo que eu aplico.

Isso me dá um modelo de decisão que tem uma racionalidade bem construída, representada por modelos lógicos (sistemas dedutivos) capaz de lidar com o problema representado por aquela controvérsia potencialmente indecidível. Para solucionar a questão prática, devolvo ou não devolvo o imóvel, baseio-me numa escolha anterior, imparcial, cujas propriedades relevantes já estão identificadas e são, por essa razão (escolha anterior identificável empiricamente) universalizáveis. O ponto alto desse modelo subsuntivo com uma epistemologia lógico-descritiva de um sistema de normas se dá com Alchourrón e Bulygin, na década de 1970.

Olhando para o nosso exemplo, para todos os casos que se apresentarem e tiverem uma série de descrições de características, eu tenho que identificar, nessas descrições, a presença de boa-fé, a presença ou ausência de título oneroso, a partir do que justifico então minha decisão. E deve-se sempre notar que esse é um modelo de justificação da decisão e não um modelo de formação de convencimento que é a distinção que o Oscar Vilhena [Vieira] fez hoje no começo e que alguns tomam como a verdadeira essência do fenômeno jurídico. Vamos separar esses temas e evitar a polêmica. Eu estou preocupado apenas com modelos para a justificação da decisão. Não sei, pode ser que o juiz se justifique com base nessa norma “tem boa-fé e é título oneroso”, mas na verdade ele achou Eugenio muito mais simpático do que o Pablo. Isso pode de fato acontecer. Mas o que me interessa aqui é como o discurso se racionaliza e se pode ser universalizável de forma a alcançar maior objetividade, como justificativa e não como critério efetivo de escolha.

Obviamente, esse modelo subsuntivo vai enfrentar uma série de problemas decorrentes da indeterminação da linguagem natural, dado pela zona de penumbra e vagueza dos termos.

“Boa-fé” ilustra o problema de penumbra. O adquirente não sabia que o imóvel era de terceiro. Isso é boa-fé? Eu considero como boa-fé ou não? Evidentemente sim. Bom, ele não sabia, mas teria condições de descobrir se fosse ao cartório. E agora esse caso é um caso que se enquadra no conceito de boa-fé ou não?

Um problema diferente, um pouco diferente, é a vagueza. Quando algo deve ser considerado oneroso? Cem reais eu considero como um título oneroso? Dez mil? Cinqüenta mil? Quanto? E aqui é um problema de vagueza no sentido de escala, de graduação. Trata-se do paradoxo de Sorites. Eu conheço os casos paradigmáticos que efetivamente são título oneroso. Se o imóvel custou R\$ 1 milhão, certamente é um título oneroso. Também os casos paradigmáticos em que não estou diante de onerosidade: R\$ 1,00. Mas não sei como lidar com o fato de que cada pequeno incremento na escala não me diz quando eu passo de algo de fora da extensão do termo “oneroso” para dentro dele. É de 10 mil para 11 mil? Eu não sei em que momento eu passo do não enquadramento para o enquadramento no conceito. Isso é um problema de vagueza.

Outra dificuldade para o modelo subsuntivo é o problema de *incoerência* naquela escolha anterior. Ou de *incoerência* entre a escolha com relação à sua própria justificação (a razão pela qual escolhi). As próprias justificativas morais ou de concepção de justiça que resultaram naquela escolha. Se eu falo em segurança do contrato esse é um valor que está sendo perseguido naquela escolha legal que foi feita. Mas pode surgir uma questão. Se segurança do contrato é importante e ela é manifesta na boa fé, então por que eu só falei na boa-fé do adquirente e não falei da boa-fé do vendedor? Isso ficou de fora. Mas não deveria ter sido considerado?

Quando o legislador identifica aquelas propriedades relevantes que devem ser universalizadas, para abranger todos os casos futuros que tenham aquelas propriedades ele pode ser sobre-inclusivo ou sub-inclusivo. O legislador pode incluir propriedades a mais para as quais ele não estaria disposto a dar a mesma solução, ou pode excluir propriedades nas quais ele estaria disposto



a dar a solução normativa proposta. Por exemplo, a proibição: Manoel proíbe a entrada de cachorro na padaria. Nessa generalização da propriedade “entrar com cachorro” o Manoel quis evitar um mal, ou seja, incômodo aos clientes. Eu sei que essa é a *justificação* da criação daquela proibição. Agora, quando aparece um cão-guia, a regra se aplica? O cego não pode entrar? O cão-guia não causa incômodo, mas é um cão. Isso significa que o legislador Manoel foi sobre-inclusivo na sua generalização. Ele incluiu mais situações do que daquelas que deveriam ser incluídas, olhando estritamente pra sua justificação, ou seja, pras razões de justiça ou de moralidade que levaram a ele fazer aquela escolha, escolher aquela propriedade. Nem todo cachorro incomoda os clientes.

Ou essa generalização pode ser considerada sub-inclusiva. Quando o Manoel proibiu a entrada de cachorro, ele não falou na entrada de ursos, mas certamente urso está dentro de uma escolha: ursos podem entrar. Mas se o Manoel fosse fazer a escolha naquele momento, certamente urso estaria fora. Decide-se então pelo que efetivamente a regra determina ou com base naquilo que o legislador quis fazer com a regra? Escolher a segunda via pode levantar um problema de objetividade. Quem sabe exatamente o que o legislador tinha em mente?

Há ainda o problema de complexidade que pode ser criado adicionando-se uma regra ao exemplo do Manoel. Imaginem que existe uma regra que proíbe a discriminação de pessoas deficientes. Surge um conflito entre a regra, baseada no direito do Manoel em organizar seu negócio, da forma que melhor lhe convém e uma regra com forte conteúdo moral. Como decidir? E se essa regra não fosse posta, somente a proibição de entrar com cão fosse norma válida? Isso faria alguma diferença prática importante para a solução da questão. Esse argumento moral de não discriminação deveria prevalecer? Quando fazemos essa pergunta o “deveria” não é uma busca por nossa intuição moral, mas se a solução que permite ao cego entrar com o cão na padaria do Manoel deve ser descrita como norma válida do sistema, se podemos conhecê-la como tal.

Problemas como esse põem em questão a própria relevância prática daquela escolha anterior, contida na norma posta, que

constitui a base do modelo subsuntivo. Afinal essa escolha anterior é (ou deve ser) determinante das decisões, ou não?

Voltemos ao exemplo da alienação de propriedade de terceiros. A norma posta elege duas propriedades relevantes: boa fé e título oneroso. O fato do legítimo proprietário não ter como sobreviver não foi dada como relevante. Mas pode surgir um argumento com base na noção de justiça dada pela dignidade humana, o que está em voga hoje com o peso que os direitos fundamentais ganham nas constituições democráticas. Tema sobre o qual o Prof. Carlos Ari [Vieira Sundfeld] nos alertou para o risco da *“farra dos princípios”*. Pode-se argumentar que o fato do proprietário legítimo ser pobre deveria de alguma forma ser levado em consideração, porque não é justo deixá-lo sem a terra da qual necessita e entrega-la a um especulador. E esse argumento vem à tona, muito embora eu possa ter uma solução muito clara para o caso: o título foi oneroso e o adquirente estava de boa fé.

Como é que a teoria do Direito ou o conhecimento jurídico vai lidar com situações de indeterminação desse tipo?

A resposta do positivismo jurídico está na tese da discricionariedade.

As normas jurídicas apontam soluções para os casos claros. Naqueles casos de indeterminação, por vagueza, lacuna ou inconsistência, os órgãos designados para emitir normas individuais, para decidir casos concretos, têm o poder para escolher o que é relevante e qual a decisão adequada. Ou seja, nesses casos podem fazer aquela escolha que caberia ao legislador. Trata-se de um ceticismo moderado, que restringe o espaço de arbítrio das autoridades judiciais. Mas a tese da discricionariedade vai adiante.

Hart, por exemplo, fala que, em alguns casos, os juízes têm mesmo um dever moral de decidir contra a determinação de uma lei. Essa decisão pode não ser juridicamente correta ou pertinente ao sistema (falível), mas pode se tornar definitiva (caso chegue ao Supremo). Também Kelsen chega a criar a tese da cláusula alternativa implícita, segundo a qual as atribuições de competência delimitam uma moldura de possibilidades de decisão, mas também permitem que se decida fora da moldura. Kelsen é mais radical ao equiparar definitividade com infalibilidade. Mesmo quando o juiz decide fora da moldura, em última instância, a ciência do direito

deve descrevê-la não só como definitiva mas como correta. Trata-se de uma radicalização do ceticismo para uma teoria do direito ou do conhecimento jurídico.

Para o positivismo, a tese da discricionariedade implica uma escolha subjetiva daquele que tem poder para decidir. Na sua versão mais moderada, de Hart, no momento em que surge a indeterminação brota novamente o problema da justiça e a solução é que o juiz faz de novo aquela escolha entre diferentes soluções ligadas a diferentes concepções de justiça.

Mas em casos como os discutidos acima, nos quais uma solução clara sucumbe diante de considerações de ordem moral (como o cego que não pode ser discriminado ou o proprietário legítimo que não pode ficar sem meios de sobrevivência) a simples explicação da decisão *contra legem* com base na idéia de discricionariedade dá uma abertura perigosa ao ceticismo.

O Virgílio [Afonso da Silva] se indignou um pouco contra, ou o próprio Carlos Ari [Vieira Sundfeld] também, contra a idéia de que o tribunal em qualquer caso faz uma escolha entre princípios concorrentes ou interpretações concorrentes de um mesmo princípio que estaria sobre ou informaria a lei. É a “farra dos princípios”. Afinal, parece que, nesses casos, ao fazer uma escolha, juiz não tem sempre a mesma liberdade de escolha que tem o legislador.

As críticas ao positivismo começam a aparecer justamente aí. Uma das teses do movimento de *Critical Legal Studies* é justamente que não há diferença entre a escolha do legislador e do juiz. Em cada caso o juiz legisla antes de ditar a norma individual. Esse ceticismo radical é a base para que o movimento crítico proponha teses reformistas para o ordenamento jurídico, muitas vezes com uma inspiração ideológica de esquerda. Outras escolas céticas, como a Análise Econômica do Direito, vão partir para uma outra posição ideológica, falando por exemplo, que os juízes devem decidir de tal forma que se maximize riqueza. É esse o risco do ceticismo. Transformar o saber jurídico em uma argumentação prática, de moralidade política, ou de políticas públicas, no qual o direito sucumbe como disciplina autônoma.

Uma reação que ainda busca trazer fundamentação epistemológica para o fenômeno de ampliação do espaço de discricionariedade,

ou do aumento de decisões com base principiológica e não estritamente legal, é dada pela tese de *integridade* do Dworkin.

Veja o caso em que o proprietário ser ou não pobre nem foi pauta de discussão pelo legislador e que aparentemente, a idéia de justiça distributiva, nem fez parte das justificativas daquela escolha feita pelo legislador para o problema de alienação de propriedade de terceiros. Mesmo assim, essa noção de justiça pode vir à tona, notadamente nas democracias constitucionais contemporâneas, em que ganham peso aqueles princípios na constituição que falam da idéia da dignidade, *função social* da propriedade. Aqui eu aumento muito o potencial de conflito no ordenamento e a necessidade de reconstrução das normas, por meio de valores que atribuímos ao ordenamento jurídico.

Dworkin olha exatamente para esses casos, na tentativa de mostrar que essa atribuição de valores não pode se reduzir a escolhas arbitrárias. Ele tenta olhar para o comportamento dos tribunais e mostrar que os juízes estão dispostos e oferecem razões baseadas em princípios morais e de políticas públicas para fundamentar essa escolha. Esses princípios são tomados como vinculantes. Há uma ponderação racional, não se trata simplesmente de uma escolha. Não é uma farra.

É um pouco a posição do Virgílio [Afonso da Silva] com relação ao Carlos Ari [Vieira Sundfeld], falando: isso não é tão arbitrário. E o Carlos Ari [Vieira Sundfeld] estava dizendo: é sim, é bem arbitrário. Pelo menos, a posição do Carlos Ari [Vieira Sundfeld] é o relato sobre o que de fato acontece. O Virgílio [Afonso da Silva] estava pensando, talvez, em como deveria ser a fundamentação, em um outro tipo de modelo de decisão. A existência desse abismo entre o que de fato vem acontecendo e como a dogmática propõe, mostra que o ensino jurídico deve ser repensado.

Na verdade, nós estamos tratando de modelos da teoria do Direito pra explicar a racionalidade das decisões. E pensar na possibilidade de racionalidade é diferente de pensar essas teorias como dando diretrizes sobre como os juizes devem decidir.

Eu posso pensar numa teoria como dando diretrizes. O positivismo nunca esteve preocupado com isso. O tema da interpretação sempre foi colocado de lado, como consequência da tese da discricionariedade. O positivismo se limita a explicar porque uma decisão

constitui norma válida, mas não em dar critérios para que a norma seja interpretada. Jamais quis dar uma indicação sobre como os juízes devem decidir. É um equívoco confundir positivismo com legalismo.

Isso também é colocado em questão pela teoria interpretativista do Dworkin, e mesmo pelo Lon Fuller. Aponta-se o positivismo como defensor de um ideal de fidelidade à lei, o que é bastante questionável. Mas o ponto importante do Dworkin está no reconhecimento de que outros parâmetros normativos, não apenas as normas postas, passam a ter força, como razão determinante para as decisões. Portanto o conhecimento jurídico não pode se limitar à descrição de um sistema de normas ou criar modelos descritivos e “vazios”, como a subsunção, para as decisões. O saber jurídico, a dogmática e mesmo a filosofia do direito, deveria se engajar nessa mesma atividade de interpretação das normas e princípios informadores do ordenamento.

A proposta do direito como integridade é que é possível reconstruir o ordenamento com base nos princípios morais e de políticas públicas que o informam, de forma a obter a melhor interpretação possível do conjunto de decisões autoritativas (legislativas ou de precedentes judiciais) em sua evolução. Dworkin, por exemplo, acredita ser possível, dentro de cada comunidade jurídica, uma reconstrução global desses valores capaz de apontar, em cada caso, qual a solução correta.

Coloca-se então o problema da racionalidade e da objetividade. O que é essa “melhor interpretação possível”? Ou como se dá o sopesamento dos princípios? O que colocar no lugar do modelo subsuntivo?

Aparece aqui o segundo modelo de justificação de decisões que é o *modelo de ponderação*. A noção chave aqui é aquela de coerência. A idéia de “melhor interpretação possível” é dada como aquela decisão mais *coerente*, o que inclui tanto consistência quanto poder explicativo daquelas decisões autoritativas prévias. A chave portanto, passa a ser a idéia de coerência. Deixa de ser a decisão com base em um fundamento dado, do qual se deriva, para se encontrar uma decisão que aumente a coerência do ordenamento como um todo.

Um ponto importante está no papel das decisões autoritativas prévias. Elas deixam de ser razões conclusivas para a decisão e

passam a ter um papel indicativo. Aqui está uma das fraquezas do modelo de ponderação, atacado pelos neopositivistas, ou pelos chamados positivistas *hardcore*, como o Raz. As normas jurídicas não podem perder sua força como razão conclusiva. Alguma diferença prática elas devem fazer, como razões para decisão, caso contrário toda a prática de legislação deixa de ter sentido. Ou seja, as normas jurídicas tem que oferecer uma razão para decidir no sentido em que apontam, independentemente do mérito seu conteúdo, mas simplesmente pelo fato de ser conteúdo de uma norma. É a tese da diferença prática. Uma consideração interessante é feita pelo MacCormick que conta de sua experiência como membro do parlamento europeu. Lá ele testemunhou a força dos *lobbies* para definição de novas regras e concluiu que isso só pode ser um indicativo de que a sociedade vê a legislação como algo que faz diferença em suas vidas e nas decisões dos tribunais (ainda que não dê para dizer exatamente como os tribunais vão decidir).

Mas ao se exigir o reconhecimento da diferença prática, não necessariamente a razão dada na norma precisa ser conclusiva. Ela pode representar uma restrição importante na atribuição de sentido ou na consideração dos valores que justificam o ordenamento. As regras seriam transparentes com relação à sua justificação, mas a justificação reconstruída deve ser capaz de explicar porque uma norma com aquele conteúdo foi posta.

Ou seja, quando a norma diz “boa fé” do adquirente, traz como relevante para a decisão a importância da segurança contratual. Já a idéia de distribuição equitativa, aparece a partir do conteúdo de uma norma que fale em “função social da propriedade”. Ao se reconstruir a teoria de moralidade política que justifica aquele conjunto de normas para o problema da alienação da propriedade de terceiros, então o balanço encontrado pelo intérprete deve ser capaz de explicar os precedentes além daqueles casos claros e paradigmáticos em que não temos dúvida de que a propriedade deve ser retida ou deve ser restituída.

O raciocínio aqui, não é dedutivo, mas *abduativo*. Na abdução parto de uma observação e busco qual a sua causa, por intermédio de teorias que relacionem causas com conseqüências (se a calçada está molhada, então choveu, ou foi lavada). Aqui, a partir do

sentido das normas postas, parte-se para o levantamento de hipóteses sobre qual ou quais seriam suas justificações possíveis. Essas justificações passam a ser organizadas, em termos de prevalência em condições relevantes. Uma hierarquia condicionada. Em cada caso, determino qual valor prevalece. Essa reconstrução então é avaliada em termos de sua *coerência* para a identificação de qual a melhor ou quais as melhores hipóteses que justificam as normas postas e os precedentes. A melhor hipótese é a mais coerente e a melhor decisão concreta é aquela que aumenta a coerência do sistema. Isso significa que as justificações hipotéticas, reconstruídas, passam a ser testadas diante dos casos paradigmáticos das normas e dos precedentes. Na medida em que aumento o conjunto de normas ou o conjunto de precedentes restrinjo as possibilidades de justificação ou de sua hierarquização condicional. Aqui se manifesta uma forma de racionalidade. Não está tudo aberto, as hipóteses de justificação, que vão servir de base como parâmetros normativos para decisões futuras, são restringidas pelo sentido das normas e pelos precedentes. As relações entre normas e valores também não estão abertas. Algumas ligações cabem, por exemplo, proteção da boa fé, com segurança contratual; outras não, por exemplo, aumento de tarifas alfandegárias com estímulo à importação.

Todas essas restrições, ou “*constraints*”, são critérios que permitem construir uma racionalidade. Hoje existem lógicas inclusive pra tentar tratar de raciocínios abduativos ou de modelos de coerências, em termos de “*constraint satisfaction*”. Em inteligência artificial existem métodos de mensuração de coerência (em termos de consistência, poder explicativo dos dados, simplicidade) cujas aplicações trazem resultados razoáveis e próximos de escolhas intuitivas. Os trabalhos de Paul Thagad são bastante interessantes nesse sentido. Já se busca aplicar esses métodos também no campo da inteligência artificial e direito, com mensuração de coerência em reconstrução de teorias interpretativas de precedentes. Os trabalhos de Trevor Bench-Capon e Giovanni Sartor são bons exemplos.

Portanto, embora, de fato, possa haver uma farra de princípios, isso não necessariamente é assim. É possível apontar reconstruções e decisões racionais que vão em muitos casos nos dizer que uma decisão é melhor do que outra, porque mais coerente com

o ordenamento e os valores que o informam (ou que podem ser atribuídos ao ordenamento com maior razoabilidade).

Esse modelo trás também uma dificuldade, na medida em que as reconstruções partem de casos particulares. É muito difícil assumir uma tese como a de Dworkin, de integridade global, na qual seria possível uma hierarquização e ponderação completa dos valores de uma comunidade a ponto de se permitir identificar para cada caso qual a solução correta. O Alexy, por exemplo, é cético quanto a essa hierarquização de princípios. Uma ligação entre uma norma ou condição relevante de uma norma e um princípio está sujeita a controvérsias e uma hipótese de justificação, pode enfrentar uma outra hipótese, que leva a uma solução oposta, mas é igualmente coerente. Ou seja, são possíveis diferentes reconstruções do ordenamento equiparáveis em termos de coerência, mas incompatíveis entre si.

Daí o apelo a um terceiro modelo de decisão. O modelo de argumentação. Diversamente dos demais, o modelo de argumentação ou dialético, não se volta para o conteúdo. Note que os dois modelos anteriores, a racionalidade é identificada a partir de relações entre os conteúdos das proposições. Para o modelo subsuntivo essa relação é de dedução. Para o modelo de sopesamento essa relação é de coerência. Agora, o modelo dialético terá sua racionalidade identificada, não a partir do conteúdo das proposições, mas a partir da relação entre os agentes em um embate argumentativo. O foco não está na proposição comunicada mas na relação de comunicação entre os agentes. Por essa razão alguns estudiosos da argumentação, como Eemeren, procuram falar em um modelo pragma-dialético, que integra a tradição dialética aristotélica com a pragmática da comunicação.

Se a racionalidade em termos de conteúdo não é suficiente para cercar o ceticismo e se reconhecemos que o direito é uma prática interpretativa e também argumentativa em que são contrapostos argumentos para decisões mas também argumentos sobre os sentidos das normas, então se deve buscar fundamento racional para essa interação argumentativa.

O modelo de racionalidade é dado pela definição de procedimentos de interação, i.e., regras, para os agentes que argumentam, definindo em que momento e como devem ser produzidos argumentos pró



e contra uma determinada conclusão, pressupondo-se que os agentes querem cooperar sinceramente com a solução de um problema.

Esses protocolos, essencialmente visam a garantir, a ambos os participantes de uma argumentação crítica, da *oportunidade* de colocar seus argumentos, ter seus argumentos criticamente e racionalmente apreciados nessa interação.

A idéia que os norteia vem da tradição aristotélica, da noção de que a boa retórica é construída a partir de argumentos que ambos aceitam (*topoi*). Então a igualdade de oportunidade para argumentar é feita a partir de uma regra central: *eu procuro argumentar a partir daquelas premissas que você aceitou*. Estabeleço então uma crítica racional a partir dessas premissas, na tentativa de ampliar o consenso e avançar na resolução de problemas.

Dá pra pensar isso como um modelo que propicie fundamento racional para as decisões? Sem falar em conteúdo ou relações de coerência ou de dedução entre conteúdos?

Um exemplo que eu gosto de usar pra mostrar que esses protocolos de interação são racionais é a regra do “eu corto, você escolhe”. Falo protocolo, pois em essência tudo não passa de protocolos de ações: eu falo, depois o oponente fala, o proponente responde, joga o ônus da prova para cá, para lá.

O modelo “eu corto, você escolhe” dá um interessante problema matemático. É o problema de se descobrir protocolos de divisão que sejam “isentos de inveja”. E isso tem muito a ver com o problema da justiça e, portanto, é útil para pensar como podemos lidar com desacordos entre diferentes concepções de justiça que estão por detrás das interpretações de normas jurídicas diante da tomada de decisões.

Eu posso pensar no problema da justiça como justa proporção, uma questão de se identificar, numa distribuição de bens, quando eu recebo aquilo que eu considero justo, aquilo que eu deveria receber (“dar a cada um o que é seu”). Ou ainda como a satisfação de determinados direitos fundamentais: “eu tenho direito a isso”. Mas receber aquilo que se considera devido, por uma justa proporção ou pela satisfação de um direito, muitas vezes não resolve um problema de justiça. Eu posso estar satisfeito, eu recebi o que eu deveria receber, mas eu estou indignado porque aquele outro que eu conheço, recebeu mais do que eu acho que ele deveria.

O Prof. Tercio Sampaio Ferraz Júnior tenta pensar a justiça, no direito, tomando por base não a noção de proporcionalidade, mas a própria de inveja. E a inveja como esse pecado capital, esse sentimento que talvez seja o sentimento mais social de todos, porque ela é necessariamente voltada para o outro.

Bom, como eu penso num protocolo que seja ao mesmo tempo justo e isento de inveja, isto é, que me garanta aquilo que eu acho que eu devo receber (proporcional), mas que também garanta que o outro não tenha mais do que eu ache que ele deveria?

Um problema típico é o da divisão de um bolo entre dois irmãos. Dois irmãos discutem e pleiteiam ao pai o que julgam ser o melhor pedaço. Ambos querem se satisfazer, mas não querem que o outro se satisfaça mais. Imaginem que um gosta mais de cereja, o outro prefere chantilly. Como o pai vai separar o bolo sem gerar inveja?

Podemos tentar resolver a discussão com regras de conteúdo ou princípios. Aqueles que gostam mais de chantilly receberão mais chantilly, e aqueles que gostam mais de cereja ficam com mais cereja. O outro critério é criar um protocolo nesse caso. Pode surgir uma briga, um gosta de chantilly, mas também de cereja, ou gosta de chantilly desde que seja acompanhado de cereja. Ou a vagueza começa a incomodar: o que é gostar mais? E será que algum gosta mais de cereja do que o outro gosta de chantilly? Como vamos decidir o quanto de chantilly e o quanto de cereja para cada um? O modelo de regras esbarra nessas dificuldades.

O pai então dá um basta naquela briga e diz o seguinte: você corta, ele escolhe.

Quando eu falo você corta, ele escolhe, na verdade eu criei um protocolo que tem igualdade de condições ou de oportunidade de cada um manifestar o seu interesse. Se eu gosto de cereja, mas eu também gosto de chantilly, eu vou procurar cortar o bolo pegando um pouco de cereja, um pouco de chantilly, mas de certa forma que ele também não fique com mais chantilly que eu acho que ele deva. Eu corto assim, mas sei que quem escolhe primeiro é o outro. O primeiro, aquele que corta, não tem o que reclamar pois teve a oportunidade de fazer um corte, definindo duas possibilidades nas quais está satisfeito tanto com um quanto com o outro pedaço, em termos de justiça e inveja. O segundo também não tem do que reclamar, pois escolheu o que preferia. Ele vai ficar com aquela parte

do bolo que ele acha mais interessante e não vai dar pra outro aquela parte do bolo com a qual não quer que outro fique. Então isso é um protocolo e esse protocolo é racional. E é um modelo de racionalidade absolutamente independente do conteúdo, simplesmente das regras de interação entre os participantes de uma discussão.

Esse problema é bastante interessante. Existe um protocolo proporcional para três jogadores, com sete etapas, e que pode ser generalizado para  $n$  jogadores (protocolo de Steinhau). Mas esse protocolo não é isento de inveja. Há um protocolo isento de inveja para três jogadores, e mesmo para quatro jogadores, que tem se não me engano, vinte etapas e é bem complicado. Não sei se há protocolos para cinco jogadores, sem sobras. É um problema matemático. Mas isso é uma curiosidade. O importante é notar que procedimentos de interação entre agentes podem ser construções racionais.

Feito esse pequeno desvio, o que eu queria apontar é que os modelos de argumentação prática e de argumentação jurídica são essencialmente protocolos, protocolos com regras para garantir que os argumentos serão apresentados e apreciados criticamente (regras de ônus da prova) e mesmo para garantir que os agentes se comuniquem de forma cooperativa (por exemplo, a regra de sinceridade).

Esses modelos de racionalidade para justificação de decisões ou da interpretação devem se conjugar. Uma das noções que está na base dos protocolos de argumentação é a de que o argumento é dado por uma relação entre premissas e conclusão. Em lógicas de argumentação derrotável, por exemplo, essa relação é de dedução. Cada argumento é uma dedução, mas o que derivo de um conjunto de argumentos não é dado por uma relação de dedutibilidade. Também quando penso em um modelo de sopesamento, devo levar em conta que a relação entre um conjunto de normas e seus objetivos ou seu fundamento moral deve ser fundamentada. E essa racionalidade que está na fundamentação pode ser dada por um protocolo de argumentação.

Na medida em que conjugo esses modelos, posso reduzir a incerteza acerca de qual decisão deve ser tomada com base em decisões passadas (judiciais ou legislativas). Já nem falei em apontar qual a decisão correta, mas a um objetivo mais restrito de reduzir incerteza. Posso fazer isso quando adoto critérios aptos a me dizer na

quando uma decisão ou um determinado argumento está mais bem justificada do que outro. Não preciso ter uma situação em que sei quando um argumento está mais justificado do que todos os outros que se possam construir. Quando posso comparar dois ou mais, já tenho alguma coisa, tenho critério.

Assim, uma decisão que se funda em uma dedução a partir do sentido do que uma lei diz, tenho uma boa justificativa, que a primeira vista é melhor do que a decisão que é o oposto daquilo que explicitamente diz a lei. Mas isso pode falhar. Posso resolver uma série de casos claros com a subsunção, mas posso me defrontar com casos difíceis. Aqui então a subsunção pode gerar uma regra de ônus da prova em um modelo de argumentação. Se quero fundamentar uma decisão oposta ao que está na lei, é meu o ônus. Ou seja, reconhece-se que as normas constroem, muito embora possam não ser decisivas. Outro constrangimento dado pelas normas e no sentido subsumido está nas possibilidades de atribuição de valores ou de objetivos ao legislador, a partir desse sentido. Trata-se aqui do modelo de sopesamento. Entre diferentes teorias sobre “a vontade do legislador” ambas com bom grau de coerência, posso usar um modelo de argumentação para eliminar algumas possibilidades. As teorias que resistirem nesse processo podem gerar soluções por subsunção a casos novos.

Assim, quero marcar dois pontos:

Primeiro que mesmo em um modelo de sopesamento ou de argumentação as normas podem representar um importante constrangimento para a ação ou decisão, ainda que não representem razões conclusivas, como quer Raz. Entender e descrever a forma em que opera esse constrangimento de operação é algo crucial para a teoria do direito. Algo que dependerá da compreensão de sua racionalidade e, portanto, um domínio fundamental para a lógica jurídica.

Segundo que, em vez de um modelo de decisão se apresentar para suplantar o outro, a combinação deles me parece muito mais promissora. Essa combinação pode oferecer critérios capazes de eliminar possibilidades de decisão de maneira muito mais eficaz e refinada.

Para terminar, então, quero voltar àquela discussão entre o Virgílio [Afonso da Silva] e o Carlos Ari [Vieira Sundfeld]. A questão em jogo, na farra dos princípios, era objetividade. O Virgílio

[Afonso da Silva] falou: vamos pensar numa objetividade que seja possível. A gente pode pensar em diferentes sentidos de objetividade. Apareceu na palestra do professor Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], por exemplo, quando ele analisou os romanos na idade média, que objetividade tinha a ver, primeiramente, com imparcialidade. Esse é um sentido. Eu garanto objetividade na medida em que aquele que decide vai ser imparcial.

Ou posso pensar na objetividade em um sentido metafísico, a idéia de que uma decisão é objetiva na medida em que aquela decisão corresponde à decisão mais correta, mais justa, ou verdadeira e se supõe então que exista algo assim. Digo se supõe pois dificilmente os autores contemporâneos e que estão mais em moda exploram uma fundamentação metafísica de teses como essa. Dworkin, por exemplo, supõe que existe a possibilidade de uma melhor interpretação da moralidade política de uma determinada comunidade, aquela reconstrução mais coerente possível, que vai permitir identificar, para cada caso, a solução correta. Objetividade é tomada nesse sentido.

Mas eu posso pensar a objetividade não em um sentido metafísico, mas em um sentido de justificação. Eu posso não ser objetivo por acreditar não ser possível encontrar qual é a solução correta pra cada caso, mas podem existir critérios que permitam dizer que uma determinada solução está mais justificada do que a solução oposta. Isso já pode me deixar satisfeito em termos de justificação racional de uma decisão. E quanto mais casos eu puder dispor de critérios como esse, maior o grau de objetividade. É claro que pode aparecer um grupo de soluções possíveis que são incomparáveis. Eu posso pensar, bom, nesse caso essas soluções eu não tenho aquela que está mais justificada, mas são todas *defensáveis*, e isso cria um modelo de racionalidade que permite falar em objetividade. Ao reduzir o campo de possibilidades de decisão, posso reduzir significativamente a arbitrariedade.

A preocupação do Virgílio [Afonso da Silva] pelo que eu entendi foi mostrar que as decisões de base principiológica não são propriamente uma bagunça. Existem critérios de ponderação, existem determinados critérios de argumentação também.

Já tive a oportunidade de conversar com juízes que afirmam sem o menor constrangimento tomar decisões diretamente com base em

princípios ou diretamente com base no Dworkin ou no Alexy. Fico apavorado com isso e torço para que meus casos não caiam com eles. Esse é o problema, fático, da farra dos princípios que o Carlos Ari [Vieira Sundfeld] mostrou tão bem e que arrancou muitos risos.

Na verdade o problema talvez esteja na tentativa de alguns juízes aplicarem diretamente obras de teoria do direito, buscando critérios em uma discussão abstrata sobre a possibilidade da racionalidade e de construção de um saber jurídico, de base principiológica. O que a teoria do direito tem a dizer, mesmo aquelas teorias que propõem um engajamento interpretativo e argumentativo da filosofia do direito, serve para a filosofia do direito e para a ciência do direito. Isso tudo deve ser filtrado pela dogmática para que se chegue aos operadores. E mesmo a dogmática deve passar e de fato já começa a passar por uma transformação, utilizando-se de outros modelos de justificação e de interpretação. Falta, de qualquer forma, uma epistemologia com bases mais firmes. A própria filosofia do direito e a epistemologia jurídica ainda busca uma nova identidade, após a crise do modelo de subsunção.

Acredito que a saída para isso é a fundamentação desses novos modelos de racionalidade por meio de modelos lógicos. Hoje a inteligência artificial tem formas de representação lógica da justificação por sopesamento ou por protocolos de argumentação. Muito ainda há por vir.

O ponto é que a objetividade, se não no sentido metafísico, mas no sentido de justificação, é perfeitamente possível. E esse sentido pode ser útil para a dogmática jurídica, e por consequência para os operadores do direito. Para tanto, precisamos olhar com mais cuidado a forma de operação do raciocínio por ponderação e de protocolos de argumentação. Obrigado.

**Eurico Marcos Diniz De Santi (moderador):** Peço à copa que retire o café, por favor, e comecemos imediatamente com a fala do professor Luis Fernando Schuartz.

## CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E INCERTEZA JURÍDICA

**Luis Fernando Schuartz<sup>1</sup>**

Quando alguém, hoje, no Brasil, toma a palavra para falar sobre a relação entre Poder Judiciário e incerteza jurídica, a expectativa

é ouvir uma queixa sobre as intenções (compreensíveis, mas pouco ilustradas) dos juízes brasileiros de fazer justiça social via aplicação do direito, intenções que desrespeitariam contratos e assim inviabilizariam a constituição de um estado de expectativas favoráveis ao investimento e ao crescimento econômico. Nessas narrativas, a incerteza jurídica é um resultado indesejável ligado a uma suposta atitude de “consequencialismo social” de nossos juizes. Minha tese é que queixas deste tipo são racionalizáveis, mas que a racionalização adequada é diferente e, em certa medida, contrária às racionalizações habituais.

A queixa pode ser formulada de maneiras mais ou menos sofisticadas teórica e metodologicamente. No pólo inferior está o clamor indiferenciado pelo “respeito aos contratos”, endereçado aos juízes na forma de uma diretriz para decisões em casos envolvendo disputas judiciais ligadas a todo e qualquer contrato, incluindo os contratos entre empresas, de um lado, e consumidores finais, de outro lado. Esse clamor não me parece menos simplista quando se faz acompanhar do que poderíamos chamar, para usar uma expressão utilizada por Albert Hirschman em outro contexto, de “tese da perversão”, a qual afirma que a revisão judicial de contratos, baseada em critérios normativos externos à vontade das partes contratantes, necessária ou ao menos predominantemente conduziria (como grupo) aqueles que pretenderia beneficiar a um estado de coisas pior do que o estado de coisas que prevaleceria na ausência de tal revisão. O problema dessa afirmação está no seu caráter indiferenciado, i.e., no fato de não distinguir entre os casos nos quais a tese da perversão é válida e os casos em que não é (o que exige quase sempre respostas a questões empíricas difíceis) e, sobretudo, no caráter pouco operativo e normativamente indeterminado daquilo que propõe enquanto programa de decisão para o juiz.

“Respeite os contratos” é uma diretriz de questionável utilidade ao nos darmos conta dos problemas da incompletude dos contratos e da indeterminação semântica dos contratos com os quais o juiz se confronta numa disputa judicial. Contratos são incompletos no sentido de não alocarem direitos e obrigações entre as partes em toda e qualquer contingência futura, ou em todo e qualquer “estado do mundo”. Seja em razão de falta de informação ou

conhecimento sobre o futuro, seja em razão da percepção de que os custos associados à negociação de um contrato que preveja os direitos e obrigações das partes caso ocorra o estado do mundo X são maiores que os benefícios esperados daí decorrentes (por exemplo, se a probabilidade da ocorrência de X for muito pequena), as partes podem decidir racionalmente por escrever contratos incompletos. Nesse caso, se o conflito surge justamente em torno da ocorrência ou não da contingência não prevista e fracassam as eventuais tentativas de renegociação, acabando por assumir o formato de um conflito judicial, a exigência do “respeito ao contrato” é obviamente estéril, pois o problema surge precisamente do fato de o contrato não prever o que deve ser feito diante da ocorrência do estado do mundo X, sendo claro que a questão a respeito da existência ou não, no contrato, de uma solução normativa para a ocorrência de X também pode ser uma questão genuinamente controversa a ser solucionada pelo juiz.

Um problema análogo surge quando as expressões utilizadas pelas partes para a redação dos seus contratos não possuem um conteúdo semântico “univocamente determinável”, sobretudo para um terceiro, por exemplo, o juiz. Isso pode ocorrer se tais expressões possuem mais de um sentido justificável contextualmente a partir das nossas competências gramaticais compartilhadas, ou se não está claro se o significado de tais expressões deve ser buscado numa “linguagem particular” à comunidade lingüística a que pertencem às partes contratantes, em uma linguagem na qual os termos contratuais relevantes possuem sentidos diferentes daqueles expressos, por exemplo, num bom dicionário. Também nesses casos, a máxima “respeite os contratos” não é operativa de antemão, pois ela poderá funcionar como diretriz decisória somente após a interpretação do contrato pelo juiz, com base em um conjunto probatório que pode ser mais ou menos extenso a depender do *standard* legal, por exemplo um *standard* “textualista” ou “contextualista”. Somente a partir daí que o juiz terá determinado aquilo que o contrato “efetivamente diz” e requer de cada uma das partes.

A situação, evidentemente, se agrava quando nos lembramos que a legislação – e não só a brasileira, para desespero dos ideólogos de plantão – reconhece várias hipóteses de revisão judicial de contratos para além das usuais (coação, fraude, etc.), como, por exemplo,



a “onerosidade excessiva”, que, até onde eu sei, é uma espécie de *default* jurídico para contingências que tornam a prestação contratual por uma das partes mais custosa que o justificado de acordo com algum critério de alocação de riscos entre as partes contratantes. A situação se agrava pois ao problema da falta de operatividade da máxima “respeite os contratos”, se agrega o problema da relatividade da mesma máxima enquanto diretriz para a decisão do juiz: diante do conflito entre as partes contratantes, o juiz deverá não somente determinar, à luz das provas apresentadas, o que “diz” o contrato ou qual seria a “vontade das partes”, entendidas tais expressões com as ressalvas filosóficas pertinentes, mas também, ele deverá decidir se, de acordo com a lei, o contrato, tal como originalmente “pretendido” pelas partes, segundo a interpretação do juiz, deve ser respeitado.

O resultado provável de reflexões nessa linha é a percepção de uma modificação na natureza da relação entre incerteza jurídica e consequencialismo judicial do tipo social: a incerteza, entendida como “frustração da expectativa de uma parte contratante com relação ao desfecho de uma disputa acerca do adimplemento do contrato” do qual é uma parte, deixa de ser apenas e necessariamente um efeito indesejável da atitude consequencialista do julgador, e passa a ser uma condição estrutural dos processos de aplicação do direito que independe da adoção, pelo juiz, de uma atitude consequencialista de qual tipo for. Mas, se esse é de fato o caso, então o que fazer da intuição de que há algo normativamente problemático na orientação dos juízes em consequências sociais nos processos de aplicação do direito a casos concretos envolvendo disputas entre partes e de que esse algo de normativamente problemático tem algo a ver com o problema da incerteza?

Uma estratégia bastante familiar de resposta a essa questão está na substituição do “social” pelo “econômico”, mais precisamente, numa reorientação normativa da atitude consequencialista do juiz da finalidade “distributivista” da realização da justiça social para a finalidade da maximização da eficiência econômica. Esta reorientação normativa se sustenta, em primeiro lugar, numa crítica ao consequencialismo social feita nos seus próprios termos – baseada em uma versão teórica, metodológica e empiricamente esclarecida da “tese da perversão”, e, em segundo lugar, na aposta de que

o meio mais adequado para realizar a primeira finalidade não é o processo judicial, mas os instrumentos de política fiscal.

É bem interessante notar que essa é uma resposta consequencialista a um problema gerado por um determinado tipo de consequencialismo judicial, e nesse sentido é análoga à crítica estilizada no início da minha exposição como aquela que corre o mundo gritando o slogan do “respeito aos contratos” enquanto condição para a criação de um ambiente favorável ao investimento e ao crescimento econômico. Entretanto, à diferença desta, que exige do juiz, de maneira metodologicamente ingênua, uma postura de automatismo diante do contrato, aquela confia ao juiz a capacidade de fazer realizar a consequência desejada diretamente, mediante um procedimento de dedução da solução do caso concreto a partir da regra jurídica validada pelo juiz *on the spot* como a mais eficiente para a solução de problemas de decisão análogos. Nesse sentido, com raras exceções, essa linha de crítica conduz à internalização do juízo consequencialista pelo procedimento judicial. Agora não mais, pelo menos segundo a crítica, um juízo consequencialista pouco robusto do ponto de vista teórico e metodológico, mas sim, um juízo consequencialista que se apoiaria na solidez da moderna teoria econômica e nas ferramentas conceituais e analíticas por ela disponibilizadas.

Eu penso que essa posição também é problemática, e para mostrar as razões eu vou me permitir dar um passo para cima no nível de abstração e falar um pouco sobre a estrutura do juízo consequencialista entendido como juízo que de algum modo condiciona a correção de uma dada decisão a uma valoração positiva das suas consequências, ou seja, da sua aptidão para produzir a consequência desejada pelo decisor.

Um juízo consequencialista, independentemente do tipo de consequencialismo que ele expressa, é um juízo que possui uma estrutura dual. De um lado, está o componente positivo ou descritivo, que consiste na determinação das consequências ligadas a cada possível alternativa de decisão posta à disposição do decisor; de outro lado, está o componente propriamente normativo do juízo, que consiste na valoração das consequências determinadas na primeira “etapa” do juízo de acordo com algum critério de avaliação ou de “preferência”, por exemplo, o critério da eficiência

econômica ou então o critério da justiça social. Isso também é constitutivo de qualquer juízo consequencialista enquanto parte de uma decisão nele baseada, na medida em que está incorporado na regra de decisão que afirma que a decisão correta a se tomar em cada caso é aquela que maximiza a função objetivo escolhida pelo decisor, devendo-se mencionar aqui entre parênteses que, as hipóteses de decisões com múltiplos atributos, essa regra pode prever alguma “ponderação” entre os objetivos em conflito para dar conta dos *trade-offs* entre os mesmos.

Fixados os objetivos normativamente relevantes, apresentam-se tipicamente ao decisor dois modelos para pensar a parte positiva do juízo consequencialista, a saber, o modelo de decisão sob condições de certeza e o modelo de decisão sob condições de incerteza, que pode por sua vez ser pensada como incerteza objetiva ou como incerteza subjetiva (nas situações de decisão “interativa”, pode-se pensar nos modelos correspondentes de teoria dos jogos, por exemplo, no caso de incerteza, os jogos com informação incompleta). O ponto que eu gostaria de ressaltar é que, em ambos os casos, mas especialmente no caso mais realista das decisões sob condições de incerteza, o conjunto de informações que precisa estar disponível ao decisor para que a sua decisão possa credenciar-se de um ponto de vista metodológico é extremamente difícil de obter no contexto judicial. Por exemplo, supondo tratar-se de um problema de decisão sob incerteza, o julgador deverá ter acesso não apenas aos ganhos líquidos obteníveis em cada estado da natureza relevante para os fins da decisão, mas também, às probabilidades de ocorrência de cada um dos referidos estados da natureza. A situação complica-se ainda muito mais se não houver uma distribuição de probabilidade objetiva ou compartilhada intersubjetivamente para o conjunto de estados da natureza relevantes, devendo cada decisor formar uma distribuição de probabilidade subjetiva em relação a cuja validade não tenha como convencer os outros, mas que deva prestar contas perante os outros de suas decisões baseadas explícita ou implicitamente na sua distribuição.

Diante de exigências cognitivas e informacionais dessa magnitude, é altamente questionável o apelo dirigido por esse tipo de consequencialismo aos magistrados, sobretudo ao considerarmos os ganhos de conhecimento associados à denominada “virada institucional” na

teoria da decisão jurídica, que faz o valor de uma teoria depender da capacidade do agente chamado a aplicá-la de fazê-lo de modo apropriado, o que requer a manutenção da probabilidade de erro e dos custos de decisões equivocadas em limites relativamente estreitos. A suspeita é que, para um dado grau de qualidade institucional, esses custos e probabilidade de erro podem ser extremamente elevados se as decisões seguem uma orientação consequencialista do tipo direto, i.e., buscam a decisão “ótima” *on the spot*; e a aposta é que, medidas segundo os próprios critérios de adequação postos pelo valor normativo a realizar, as consequências podem ser melhores quando as decisões seguem regras simples e claras, ou seja, quando os juízes são mais formalistas. Se os entendi bem, é essa a convicção defendida em artigos recentes por autores como Adrian Vermeule e Cass Sunstein.

Na minha opinião, trata-se, como eu mencionei anteriormente, de uma aposta, pois, contrariamente a esses autores, não me parece que existam argumentos empíricos ou teóricos que efetivamente garantam que isso ocorrerá. Contudo, agir de acordo com esta aposta pode ser uma estratégia superior de um outro ponto de vista, a saber, o ponto de vista da garantia das condições para a realização do Estado de Direito, na medida em que promove o respeito às regras e a socialização dos riscos associados ao seu cumprimento generalizado, direcionando o exercício da crítica às mesmas aos destinatários mais apropriados em uma democracia liberal, quais sejam, os membros dos Poderes Executivo e Legislativo.

Muito Obrigado.

**Eurico Marcos Diniz De Santi** (moderador)

Passo a palavra agora para o nosso querido amigo e companheiro Guilherme Leite [Gonçalves].

#### **DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO:**

#### **ENTRE CONSISTÊNCIA JURÍDICA E ADEQUAÇÃO SOCIAL**

**Guilherme Leite Gonçalves<sup>2</sup>**

A apresentação buscará compreender a interpretação jurídica como mecanismo fundamental do processo de diferenciação do direito e, na parte final, observar se essa premissa é verificável no caso brasileiro.

O pressuposto é a teoria dos sistemas. Minha proposta é reconstruir, a partir dos estágios analíticos desse modelo, o papel da

interpretação jurídica no interior do processo de diferenciação do direito. O ponto de partida é a teoria dos sistemas abertos de Parsons. No interior da sociologia, as construções parsonianas são inovadoras por terem identificado a função interpretativa como elemento de distinção entre sistema jurídico e sistema político. Para Parsons, a definição de sentido dos textos legais é dependente de contextos culturais, normas e valores socialmente generalizados. Com isso, ele negou a relação de subordinação entre poder político e interpretação jurídica, mas deixou em aberto o problema da diferença entre direito e sociedade, isto é, foi incapaz de definir o caráter da normatividade exclusivamente jurídica. Na segunda parte da apresentação, demonstrarei que esse problema foi resolvido pela teoria dos sistemas auto-referenciais de Luhmann. Na conclusão, como anunciado, discutirei a validade dessa solução luhmanniana à luz da realidade periférica, particularmente, do caso brasileiro.

A presente análise será delimitada pelo debate a respeito da relação entre direito e política. Trata-se de espaço tradicionalmente privilegiado de observação do funcionamento da interpretação jurídica. Para isso, a teoria hermenêutica clássica estabeleceu uma dicotomia: aplicação/criação do direito. É possível reconstruir, a partir dessa distinção, as características adquiridas pela função interpretativa através das formas de referência elaboradas pelo sistema jurídico e político. Tais características serão levantadas à luz de uma diferença que, historicamente, permeia o desenvolvimento do pensamento jurídico: concepção formal *versus* concepção material do direito.

Da perspectiva das concepções formais do direito, entende-se por “aplicação” a eliminação da arbitrariedade e do subjetivismo decisorio do magistrado. Trata-se de idéia materializada pela figura do juiz boca da lei e teorizada pela escola exegética francesa do século XIX. Quanto ao modelo hermenêutico, essa forma de “aplicação” confunde-se com a modalidade de interpretação literal do direito. Espera-se que o magistrado não tenha nenhum tipo de discricionariedade e se limite a expressar exatamente aquilo que foi produzido pelo legislador racional. Nesse caso, há evidente subordinação do sistema jurídico ao legislador racional, isto é, ao sistema político. Baseada nos princípios da estrita legalidade e do estado de direito, o conceito de aplicação, conforme definido pelas teorias

jurídico-formais, aumenta a coerência das estruturas normativas ou, na terminologia sistêmica, a consistência jurídica. Ressalte-se, no entanto, que tal consistência é ainda pré-determinada pela política. Uma contradição explicada pelo baixo grau evolutivo do processo de diferenciação do direito que o modelo exegetico do século XIX refletia. Nessa etapa, a distinção entre o jurídico e o político limitava-se ao plano das estruturas (subordinação do soberano à lei), não alcançava o plano das operações (vinculação do juiz à lei). Nesse plano, o direito encontrava-se escancaradamente aberto, adequado e determinado pela política. Pense-se, por exemplo, na ficção da “vontade do legislador”.

A autonomia operativa do direito frente à política foi alcançada pelo reconhecimento da capacidade criativa dos órgãos judiciais. Esse postulado significou a virada conceitual no interior do formalismo jurídico e se tornou possível graças à influência do modelo kelseniano. Segundo Kelsen, toda aplicação é, na verdade, criação do direito. A incidência da norma geral sobre o fato não é automática, mas implica em redefinição de sentido, vale dizer, surgimento de nova norma. Para Kelsen, a criação de conteúdo normativo é atribuída à vontade da autoridade competente. A norma superior regula o modo de produção da norma inferior (atribui competência à autoridade) e determina apenas parte de seu conteúdo. Tal determinação nunca é completa. O argumento é clássico: a norma superior é uma moldura dentro da qual há múltiplas possibilidades de aplicação. Compete à autoridade escolher entre estas possibilidades. A escolha é parte do processo interpretativo que estabelece conteúdo normativo diverso daquele atribuído pelo legislador. Há, portanto, diferenças de sentido entre norma geral (criação do legislador) e norma individual (criação do juiz). Em outras palavras, o conteúdo estabelecido pelas operações jurídicas é distinto daquele produzido pela atividade política. A noção de criação do direito desenvolvida pelas concepções formais é fundamental para entender a idéia de discricionariedade do magistrado, qual seja, construção de conhecimento especificamente jurídico, pela via da interpretação, limitado, mas diverso daquele estabelecido pelo sistema político.

Ainda que o resultado do processo interpretativo (a norma que dele é produzida) possua natureza jurídica e, portanto, possibilite

a distinção entre direito e política, Kelsen remete o motivo da escolha a um âmbito externo ao conhecimento jurídico. Trata-se de ato de vontade irrelevante e incontrolável pelo sistema jurídico. Se o direito limita-se exclusivamente à forma da norma jurídica, pode-se afirmar que, em termos de adequação social, o sistema jurídico isola-se em relação à política. Há fechamento autista e insensibilidade em face dos eventos externos. Kelsen considerou a natureza do conteúdo das normas extra-jurídicas e, portanto, não apreensível pela ciência do direito, um problema para outros saberes.

E as concepções materiais do direito? Dessa perspectiva, por “aplicação” entende-se, ao contrário das teorias formalistas, isolamento e autismo do sistema jurídico. A técnica de subsunção da lei ao caso concreto é considerada uma forma de distanciamento do direito em relação às operações e aos valores sociais. Se não há juízos de valor ou interpretações que transcendam a literalidade, as decisões judiciais desconsideram a evolução, os anseios e as necessidades da sociedade. A impessoalidade e a neutralidade do legalismo são, para as concepções materiais do direito, processos que isolam o sistema jurídico do contexto político-econômico em que ele está inserido. Trata-se de enclausuramento do direito em relação à realidade. Assim, se, para as concepções formais, “aplicação do direito” é a abertura escancarada das operações jurídicas para o sistema político, para as concepções materiais, a lógica se inverte. O processo de aplicação do direito não passa de uma máquina de subsunção. Não é capaz de se adequar socialmente ou entender as transformações da realidade.

Conforme as concepções materiais do direito, a sensibilização do sistema jurídico aos ideais e valores políticos surge apenas com o reconhecimento de seu potencial criador. Espera-se que o magistrado transcenda a letra da lei. Sua decisão deve adequar o ordenamento legal aos interesses da coletividade e conformar a norma jurídica aos princípios democráticos. Nesse sentido, o juiz desempenha um papel político na sociedade. Diversamente das correntes formalistas, a “criação do direito” é possível somente nas condições de abertura e de adaptação das operações jurídicas à racionalidade política.

Em resumo, é possível afirmar que, no plano das operações do direito, quando as concepções formais e materiais utilizam

distinção aplicação/criação do direito, há uma inversão na relação entre abertura e fechamento do sistema jurídico para a política, entre consistência jurídica e adequação social.

Essa distinção, todavia, perde sentido quando confrontada com os pressupostos da teoria de sistemas. Isso se dá por uma razão muito simples: para tal modelo de análise, o direito não é nem apenas fechado nem exclusivamente aberto. É, segundo Luhmann, um sistema aberto-fechado. Trata-se evidentemente de um paradoxo, mas um paradoxo que produz consequências inovadoras quando confrontado às dicotomias tradicionais da teoria do direito. Da perspectiva sistêmica, é possível identificar adequação social e consistência jurídica, fechamento e abertura do direito, em ambos os lados da distinção aplicação/criação. Na verdade, eles são observados como categorias interdependentes: um dos lados é condição de existência do outro. Eles operam simultaneamente.

As premissas do paradoxo sistêmico sobre o direito foram desenvolvidas por Talcott Parsons.

Em torno das questões relacionadas à aplicação do direito, Parsons desenvolve um modelo explicativo baseado no conceito de “dupla interdependência”. Para ele, direito e política estão interligados a partir de dois mecanismos: a lei e o uso da força. Eles ativam um circuito de prestação e contraprestação entre esses dois sistemas.

A lei é notoriamente uma criação política. Ao produzi-la, no entanto, o sistema político oferece as premissas decisórias do sistema jurídico. Se tal percurso fosse um caminho de mão única, poder-se-ia falar em subordinação do direito à política, a exemplo do velho modelo de “aplicação” utilizado pelas teorias jurídico-formais. Não é o caso. Parsons afirma que, ao aplicar a lei, o juiz reconhece o poder e a autoridade política. O direito torna eficaz o mandamento político, permitindo que ele alcance e se afirme sobre seus destinatários. Há, portanto, uma contraprestação da atividade judiciária para o sistema político.

O mesmo é válido quando se pensa no uso da força. Se é verdade que ele é monopólio do sistema político, não é menos certo que confere os meios para tornar a sanção judicial efetiva. Lembre-se que, sem poder de polícia, não há execução de sentença. Esse instrumento político é necessário para fazer valer as decisões judiciais. Mas, do mesmo modo que a “lei”, não se trata de um percurso



de mão única. Há uma contraprestação, um caminho de volta. O monopólio do uso da força é um ônus que o sistema político carrega dado o alto grau de dissenso que ele produz. Ninguém aceita de bom grado uma punição. E mais: não existe pleno consenso fático sobre qual comportamento deve ou não ser proibido. Por meio do direito, o monopólio do uso da força torna-se lícito e legítimo. Isso significa que, quando sua aplicação é autorizada por procedimentos jurídicos, sua aceitação é socialmente pressuposta. O direito legitima e alivia a ação política do ônus de poder praticar violência em relação a outro.

Como se pode perceber, existem, em ambas as situações, relações de dependência em que os sistemas se aproximam. Note-se, no entanto, que essa aproximação só pode ser verificada porque cada sistema oferece uma resposta distinta a cada uma das categorias – lei e uso da força. Da interdependência surge, paradoxalmente, a autonomia: apenas elementos diferenciados podem se relacionar. Esse diagnóstico é o pressuposto para a explicação da teoria dos sistemas abertos e fechados. Para se relacionar com a política, o direito precisa reagir juridicamente. Se tal reação fosse política, não haveria necessidade de dois sistemas. Um único bastaria!

Se, do ponto de vista da “aplicação”, Parsons oferece o conceito de “dupla interdependência”, o problema da “criação” do Direito é enfrentado por meio do conceito de interpretação jurídica, que será observado a partir de um modelo funcional.

Segundo Parsons, a função interpretativa é resultado da precariedade do equilíbrio da relação de dupla interdependência entre direito e política. Por quê? Da perspectiva do sistema jurídico, o direito pode receber normas contraditórias, pouco técnicas e de difícil compreensão. Da perspectiva do sistema político, os tribunais podem produzir decisões extraleais que transcendem os limites do estado de direito. Para Parsons, a interpretação freia essas tendências desviantes e estabelece pontos de referência certos e estáveis para ação social. Essa é a sua função no interior da sociedade: “*definir a situação para aqueles que agem em relação à ordem normativa*”. Ela fixa o sentido das normas para gerar previsibilidade sobre os comportamentos e, por conseguinte, orientar as ações individuais. A interpretação do direito exerce um papel fundamental no âmbito da interação social.

Nas palavras de Parsons, *“por meio da interpretação, aqueles que agem em relação à ordem normativa conhecerão melhor quais são os seus direitos e obrigações e as conseqüências que as diversas direções da ação podem ter para si mesmos e para os outros com quem eles se relacionam”*. Trata-se de típica preocupação com o problema da dupla contingência no processo de interação social, considerado um evento altamente improvável, porque as partes não podem acessar a consciência alheia e, portanto, desconhecem a forma como o outro agirá. Para Parsons, as normas criam um elemento externo e comum às consciências que viabiliza a orientação das ações individuais. As normas prestam certeza à interação; a interpretação presta certeza às normas.

A especificação do sentido normativo é ato criativo e, como tal, é diverso da lei que fora produzida pela política. Parsons diferencia, portanto, as operações jurídicas e políticas. Em um determinado momento, afirmará que a valorização da função interpretativa como mediador da relação entre direito e política é fundamental para diferenciar seu modelo teórico da proposta weberiana. Weber privilegia o aspecto coercitivo como mecanismo de aproximação entre direito e política. Segundo Parsons, se adotasse tal posição, incorreria no mesmo erro que seu antecessor: criaria um absolutismo político sobre o jurídico.

Há problemas na descrição parsoniana? Se é verdade que a função interpretativa diferencia os sistemas jurídico e político, não é menos certo que, como qualquer ato criativo, aproxima o direito dos demais valores e expectativas sociais que estão presentes na sociedade. Diante da impossibilidade da auto-evidência das leis, o processo interpretativo utiliza-se de elementos externos ao direito para fixar o sentido das normas. O restante da sociedade informa o sistema jurídico de interesses, valores e demandas que, combinadas e compartilhadas, orientam a interpretação dos juristas. Trata-se, em outras palavras, de uma prestação da sociedade para o direito. Não há, no entanto, na descrição parsoniana indícios de contraprestação. A construção jurídica vincula-se a outras expectativas sociais, mas não reage juridicamente a essa aproximação. O risco da indiferenciação entre direito e sociedade é elevadíssimo. Lembre-se que a identificação do sistema jurídico no interior do modelo AGIL – as esferas funcionais parsonianas – é um problema clássico da sociologia sistêmica. Parsons não reconhece um âmbito exclusivamente

jurídico. Fala-se da função integrativa, mas tal função é desempenhada pela esfera “comunidade societal”, que congrega, em seu interior, todas as normas que se destinam à orientação da ação individual, vale dizer, a moral, a religião, os costumes espontâneos, a gratidão etc. O direito é apenas mais uma delas e encontra-se socialmente difuso com as demais.

No modelo parsoniano, há, portanto, um claro fechamento do direito em relação à política, mas não em relação à sociedade. As operações jurídicas encontram-se escancaradamente abertas aos demais valores da sociedade.

O modelo luhmanniano oferece uma solução ao problema não resolvido por Parsons. Quando oferece tal resposta, Luhmann cria as bases para compreender a função da interpretação como mecanismo fundamental no processo de diferenciação do direito no interior da sociedade moderna.

Para Luhmann, a diferenciação do direito depende da estabilização de expectativas normativas. Expectativas normativas são expectativas contra-fáticas, que não se adaptam e não aprendem com a desilusão. Mesmo diante de uma frustração, há elementos que asseguram a manutenção temporal daquilo que se esperava originariamente.

Estabilizar expectativas normativas significa constituir sentido exclusivamente jurídico. O principal obstáculo para a realização desse processo é a pluralidade social, a diversidade de possibilidades e os conflitos entre interesses que colidem de modo permanente. Esse estado de coisas foi chamado por Luhmann de complexidade desestruturada. Na sociedade, existem múltiplos e infinitos anseios: as consciências e expectativas comportamentais são particulares e individualizadas. Diante de tamanha complexidade, a possibilidade de ocorrer contradições, choques, colisões entre expectativas é muito elevada. O sistema jurídico é uma construção social destinada à solução desse problema.

Para orientar de forma coerente as variadas manifestações sociais, é imprescindível um ponto de referência abstrato, externo às expectativas comportamentais individualizadas, que seja capaz de englobar, em seu interior, o maior número de interesses particulares. Nas palavras de Luhmann, se faz necessária a mediação de um mundo comum externo, uma síntese de sentido das diversas

expectativas individualizadas que serve para orientá-las. Trata-se, portanto, de um processo de despsicologização das normas. Esse mundo comum são as expectativas normativas, o embrião de construção do sistema jurídico.

Em que consiste mais detalhadamente a expectativa normativa, vale dizer, essa síntese de sentido ou mundo externo comum? Condensação de diversas experiências passadas que, pelo seu caráter abstrato, está sempre aberta a receber novas possibilidades ou ser substituída por outra condensação concorrente de experiências préteritas. Trata-se, em outras palavras, da norma jurídica que agrega diversos interesses e orienta as expectativas, mesmo as divergentes. Ressalte-se, no entanto, que a expectativa divergente não é eliminada. Embora deva sujeitar-se à norma, ela permanece como fator de crítica e possibilidade de mudança.

Qual o papel que desempenha a interpretação jurídica da perspectiva luhmanniana? Sua função é definir o sentido das expectativas normativas. Dessa forma, ela atua contra as contradições, a incerteza, os choques, os conflitos entre expectativas comportamentais individualizadas. Ela permite consolidar a síntese de sentido e, em seu interior, orientar as expectativas, agora normativas. Em outras palavras: a interpretação estabelece identidade ao sentido jurídico que, por sua vez, transforma comportamentos e interesses contraditórios em expectativas normativas juridicamente orientadas.

Luhmann reconhece a existência de quatro sínteses de sentido: pessoas, papéis, programas decisórios e valores. Nesse ponto, a questão da interpretação torna-se mais interessante.

Quanto à síntese de sentido “pessoa”, Luhmann sustenta estar fundada em conteúdo excessivamente concreto e particularizado. É incapaz de abarcar um número considerável de expectativas individualizadas no seu interior. Seu baixo grau de abstração impede que ela transcenda o caso específico.

Os papéis, por sua vez, são dotados de um grau de generalidade maior do que a pessoa. Baseia-se na institucionalização de competências e funções. Não se trata de expectativas em torno de uma figura específica, mas de um papel socialmente desempenhado, o que lhe permite um maior grau de abstração. As expectativas concentram-se em torno da função.

Para Luhmann, os papéis servem mais à estabilização de expectativas normativas que as pessoas, mas não são suficientes. Os principais mecanismos para a realização desse fim são os programas decisórios. No que eles consistem? Regras de decisão, normas jurídicas. Abarcam múltiplas pessoas, papéis e expectativas individualizadas. Os programas decisórios do sistema jurídico são de tipo condicional: se “A”, então “B”. Por contemplar um grau elevado de abstração (a norma jurídica é geral e abstrata), operam em situações de risco. É possível conflitos e contradições no interior de expectativas normativas formadas por programas decisórios. “Não causar prejuízo a outrem”, por exemplo. O que um entende por “prejuízo” pode ser diferente daquilo que outro imagina. Nesse sentido, a função interpretativa tem um papel fundamental: define qual dentre as expectativas individualizadas será transformada em expectativa normativa. Estabelece, portanto, aquilo que será incluído ou excluído do direito. Em outras palavras: a função interpretativa determina o conteúdo da norma jurídica que especificará qual expectativa individual será jurisdicizada. Isso é fundamental para diferenciar o direito dos valores e expectativas sociais, justamente aquilo que Parsons não conseguira fazer. Agora há um mecanismo no interior do sistema jurídico (os programas decisórios) que, com o auxílio da função interpretativa, afirma o que é direito e o que não é direito (moral, economia, religião, ciência ou qualquer outro elemento externo do sistema jurídico).

Luhmann afirma que os valores não conseguem desempenhar tal função, pois são dotados de um grau de abstração excessivamente elevado. Por essa razão, são incapazes de diferenciar expectativas individualizadas, sociais e jurídicas. Nesse sentido, restauram o problema de indiferenciação entre direito e sociedade, presente na descrição parsoniana. Pense-se, por exemplo, no princípio da dignidade da pessoa humana. Ninguém o nega. Ele abarca todas as expectativas correntes. Os valores são altamente consensuais. Agregam todos, mas, ao mesmo tempo, são pouco operativos, pois introduzem, no interior do direito, o mesmo nível de contradição e conflito de interesses da fase pré-jurídica.

O argumento luhmanniano não é ingênuo. Luhmann é consciente que o advento do Estado social importou a positivação de valores no ordenamento jurídico. O tom de sua crítica, no entanto,

é irônico. Para ele, os valores são o cavalo de tróia do sistema jurídico contemporâneo. Presente de grego! Inclui no interior do direito elementos políticos, econômicos, morais e sociais capazes de corromper e destruir o próprio sistema.

Quando positivados, os valores não produzem apenas a indistinção entre expectativas normativas e outras expectativas sociais. Bloqueiam, ainda, o processo de diferenciação entre direito e política, pois aumentam o subjetivismo e a incerteza das escolhas sobre qual valor social é o mais adequado ou o melhor para o caso específico. Se o direito pode a qualquer momento mudar conforme o interesse do momento, sua autonomia é destruída. Há super-adequação social do direito.

Qual alternativa Luhmann oferece? Para ele, a solução não está na negação ou eliminação dos valores. Ele é consciente de sua relevância para a produção de consenso. No entanto, sustenta que seu sentido deve ser concretizado de modo a vincular minimamente o futuro. Isso seria possível desde que, em torno da interpretação dos valores nas decisões judiciais, haja redundância argumentativa. Uma vez concretizado, o sentido deve produzir abstração e orientar as escolhas futuras. Em outras palavras: linearidade e coerência entre as decisões judiciais ou, ainda, respeito ao precedente.

A criação do precedente estabelece um sentido específico a determinado valor. A decisão anterior vincula e concretiza o conteúdo dos princípios, tornando-os programas condicionais. A redundância argumentativa transforma valores em programas decisórios.

Gostaria de concluir com uma breve ponderação a respeito de como esse percurso da função interpretativa desenvolveu-se no Brasil. Trata-se do início de um projeto de pesquisa sobre a forma de estabilização da dogmática jurídica e do processo de formação dos juristas em países periféricos. Peço para considerarem tais argumentos como parte de investigação inacabada.

A solução luhmanniana será testada à luz da realidade periférica, particularmente, do caso brasileiro. Duas hipóteses são admitidas pelo respectivo modelo. Baseada na noção de “modernidade inacabada” ou “modernidade negativa”, a primeira hipótese concebe o desvio da função interpretativa como consequência da estabilização de uma sociedade desestruturada, em que a realidade periférica seria definida por formas de corrupção sistêmica. A segunda hipótese, por

sua vez, sustenta que o tipo de hermenêutica jurídica construído no Brasil não é oposto, mas parte e produto da forma de diferenciação social moderna.

Da perspectiva da “modernidade negativa”, a premissa teórico-operativa é aquela desenvolvida por Neves segundo a qual, no Brasil, o direito produz excesso de adequação social e pouca consistência jurídica. O sistema é alopoiético, pois a autonomia operativa do direito não consegue se afirmar perante os interesses e os códigos da política e da economia. Se é verdade que o modelo de Neves supera as “antropologias nacionais” e, por sua vez, compreende as dificuldades operativas do direito brasileiro como elementos “indissociáveis às relações sociais que o Estado se encontra envolvido”, não é menos certo que o conjunto de problemas da realidade periférica é por ambas as perspectivas compartilhados. O particularismo, a lógica dos privilégios e a indistinção entre público e privado são características da complexidade desestruturada que formata o caso brasileiro. Assim, independentemente das causas ou “raízes”, os conceitos que exprimem a forma de sociabilidade periférica, formulados por análises clássicas brasileiras histórico-sociológicas, não são incompatíveis com a teoria dos sistemas alopoiéticos. Ainda que Neves afirme os limites dessas análises, não desenvolveu abordagem crítica à posição central de categorias como troca de favores ou patrimonialismo. Por essa razão, pode ser entendido como um tipo de descrição atrelada às teses modernizantes. Para ele, o estado de direito não se realizou plenamente no Brasil. Qual seria a função jurídico-interpretativa à luz dessa hipótese?

Uma releitura do modelo de “dupla interdependência” parsoniano a partir da realidade brasileira pode elucidar algumas questões. Evidentemente, Parsons busca descrever o funcionamento da noção de estado de direito. Quando se pensa em Brasil, no entanto, é fácil observar que o poder político e a autorização do uso da força não dependem da lei para legitimar sua ação. Não se propagam por meio da legalidade, mas dos laços pessoais, do prestígio social e da afetividade. A lógica é aquela da cordialidade, para utilizar expressão de outra tese modernizante.

Se não há prestação e contraprestação entre direito e política, não existe necessidade de diferenciação entre esses sistemas. Se não há

tal necessidade, qual a razão para o desenvolvimento de uma função interpretativa? Que tipo de exegese dos juristas se estabilizou no direito brasileiro? Retórica! A argumentação jurídica se travesti de palavras vazias que, ao invés de concretizar sentidos normativos, ocultam as relações patrimonialistas. O código decisório lícito/ilícito sofre bloqueios permanentes por injunções externas (políticas, econômicas etc.). Há, nesse sentido, corrupção sistêmica encoberta pelo discurso elegante, pelo enciclopedismo e pelo pseudo-eruditismo dos juristas. A argumentação jurídica, na realidade, verifica-se com base em escolhas que se dão conforme o valor que será agregado ao patrimônio político do operador do direito em questão. Os professores de direito escrevem teses advocatícias para angariar clientes ou distribuir pareceres; os juizes citam os doutrinadores que exaltam suas decisões. Evidentemente, todos se encontram nas faculdades de direito. Uma vez definidos os laços político-pessoais do profissional do direito, os argumentos podem ser retoricamente adaptados: podemos utilizar a dignidade da pessoa humana ou o artigo 8º do Código Tributário, a teoria dos princípios de Alexy ou, porque não, citar Aristóteles. A hermenêutica dos juristas brasileiros não fixa sentido vinculante. Pode-se prestar ao enciclopedismo. Ela busca ocultar a essência decisória do homem cordial.

Segundo Sérgio Buarque de Holanda, na história da América do Sul, as leis são feitas para serem violadas e as Constituições, descumpridas. Nesse sentido, pode-se afirmar que, entre nós, nunca se conheceu formalismo ou dogmática, isto é, construções de sentido jurídico abstrato que resistem às tentativas de colonização provindas do ambiente e vinculam as decisões futuras do próprio direito. A retórica serve para que esse sentido não se concretize e permita a manipulação do conteúdo jurídico por operações externas ao sistema, especialmente pelos laços particulares. Parodiando Sérgio Buarque, poder-se-ia falar em “hermenêutica da cordialidade”. O Brasil não passou pela escola exegética francesa. Não houve uma superação, mas sim uma atualização da lógica jurídica da pessoalidade e da afetividade.

Na realidade periférica, a síntese de sentido (ou expectativa normativa) que se estabilizou não foi “programa decisório”, mas a “pessoa”. Pode-se afirmar que a dupla contingência foi solucionada pelas relações de confiança e de favor. São elas que geram



previsibilidade para as expectativas. Para elas, não há necessidades de técnicas interpretativas, mas estratégias de convencimento. A retórica, nesse sentido, assume um valor fundamental: oculta as estruturas de sentido construídas pela realidade periférica.

Se a *ratio decidendi* orienta-se com base na síntese de sentido “pessoa” e a retórica encobre esse processo, a decisão jurídica verifica-se com base no sentimento de simpatia e de confiança do magistrado em relação à parte. O material jurídico possui maior flexibilidade e se orienta conforme um sentimento de justiça movido pela personalidade e pelo particularismo. Nesse sentido, o código comunicativo lícito/ilícito convive com códigos paralelos como, por exemplo, simpatia/antipatia, confiança/desconfiança, boa pessoa/má pessoa.

Sem ter estabilizado o estado de direito na estrutura social, a realidade jurídica brasileira importou, a partir de 1988, o modelo dos princípios constitucionais de países que já haviam esgotado o potencial da racionalidade jurídico-formal. O resultado não surpreende: os valores e princípios são absorvidos pela lógica da retórica. Criam, no entanto, uma situação inusitada. Se, antes, conforme a definição de Holanda, a lei não era obedecida, a indeterminação e a abstração dos valores permitem que o direito seja descumprido por um princípio positivado pelo próprio direito. O paradoxo está formado: os princípios e valores constitucionais são criações do estado de direito para violar o próprio estado de direito. Isso porque, ao tornar-se complexa, a sociedade brasileira pode, através dos meios de comunicação de massa, se escandalizar contra as velhas posturas clientelistas e patrimonialistas. Nesse sentido, a teoria dos princípios constitucionais parece cumprir uma função política específica: legitimar e institucionalizar o homem cordial.

A segunda hipótese de descrição da função interpretativa em relação ao caso brasileiro sustenta que a hermenêutica da cordialidade não nega, mas é compatível com a racionalidade e a forma da diferenciação funcional. A autonomia do sistema jurídico na sociedade moderna depende do grau de abstração de sua estrutura normativa. Isso lhe permite se diferenciar dos interesses e expectativas individualizadas. Lembre-se que o direito se constrói como categoria contrafática. A abstração jurídica é mecanismo de absorção e generalização das diversas possibilidades sociais encontradas

no mundo. Cria-se uma dimensão generalizante (sistema jurídico) em oposição à multiplicidade de alternativas comportamentais presentes no restante da sociedade. De Giorgi denominou esse processo de “repressão da instância material”. A instância material é aquilo que está fora do sistema. É o ambiente, incontrolável, formado por outros sistemas que operam em situação de risco e produzem incerteza.

A dogmática jurídica desempenha função fundamental no interior desse cenário. Define, a partir da observação concreta das operações do sistema jurídico, o sentido abstrato de regras jurídicas que estipulam critérios para decisões futuras. Cria conceitos e sistematiza normas que, na forma de generalizações, podem contemplar diferentes expectativas individualizadas e características particularizadas. A técnica de abstração desenvolvida pelo direito e delimitada pela dogmática jurídica é fundamental para a complexidade da sociedade moderna, pois oferece um ponto de referência fixo e externo para a “instância material”, para os demais sistemas sociais, sem eliminar as possibilidades e a diversidade fática.

Mas se, de um lado, a instância material depende de pontos jurídicos fixos para sua orientação, de outro, por causa de seu dinamismo, variabilidade e incerteza, deve contar com a possibilidade de suspensão ou flexibilização da referência normativa. Lembre-se que os sistemas sociais operam permanentemente em situação de risco. A sociedade moderna não possui centro nem vértice. Cada sistema é autônomo entre si; não há possibilidades de pré-determinação. O problema do direito é viabilizar a interação sem determinar os comportamentos. Possibilitar relações sociais, comunicações em uma sociedade que é incerta. Essa exigência requer do sistema jurídico flexibilidade na forma de gerenciamento do risco e da incerteza. O permanente incremento da complexidade produz variações na forma original de articulação entre direito, política e economia. É, nesse momento, que, para oferecer tratamento ao risco, a função interpretativa moderna pode produzir seu oposto: a hermenêutica da cordialidade. Assim, aquilo que poderia ser considerado pré-moderno ou resquício da tradição jurídica torna-se parte operante da modernidade para resolver as tensões permanentes que surpreendem as referências normativas fixas.

Nesse sentido, é possível afirmar que, conforme o risco social, o permanente operar do direito alterna entre racionalidade jurídico-formal e hermenêutica da cordialidade.

Esse amálgama presente no direito moderno pode explicar a tendência contemporânea de suspensão do estado de direito nos países centrais, as políticas de segurança pública, de contenção ao terrorismo, de regulação da condição do imigrante e de flexibilização dos direitos constitucionais nacionais. Não são formas de corrupção sistêmicas, mas riscos sociais reproduzidos pelo direito. Uma vez que a racionalidade jurídico-formal não consegue absorvê-los, ativam a “hermenêutica da cordialidade”.

O objetivo desta apresentação é suscitar algumas questões para, em estudo posterior, desenvolver o conteúdo, as formas de manifestação e o caráter moderno da hermenêutica da cordialidade.

### **Eurico Marcos Diniz Di Santi** (moderador)

Segundo as regras objetivas e claras, agora há uma inscrição para quatro pessoas fazerem perguntas, depois eu passo para mesa, direciono a pergunta. A mesa tem cinco minutos para cada um responder, depois eu faço mais uma outra rodada.

## **DEBATE**

### **Marcos Paulo Veríssimo**

Sou professor aqui da casa. Queria fazer uma pergunta aos quatro indistintamente, que é uma tentativa de [...] talvez eu esteja repetindo alguma coisa que foi dita de manhã pelo Virgílio [Afonso da Silva]. Infelizmente eu não estava aqui de manhã. Se for o caso, me desculpem. Mas é uma tentativa de fazer uma ponte entre as colocações teóricas de matrizes muito diferentes que vocês trouxeram e alguma possibilidade de reforma institucional ou de política, porque me parece que o que nos congrega aqui é o diagnóstico de que existe um problema na realidade brasileira, ligado à interpretação do Direito e por isso se reúnem pessoas para discutir. Esses problemas tem alguma coisa a ver com a farra dos princípios, como disse o Juliano [Maranhão] e vocês apresentaram uma série de diagnósticos.

Para propor essa perspectiva de política concreta, eu queria dividir os vários problemas que vocês apontaram com o processo de

interpretação em duas categorias que eu vou chamar de problemas de legitimação ou problemas de eficiência ou de eficácia.

Os problemas de legitimação dizem respeito ao fato de se perceber que juízes tomam decisões que nós identificaríamos em princípio como decisões que não deveriam ser tomadas por juízes, um pouco da colonização do Direito pela política de que falou o Guilherme [Leite Gonçalves].

Essa é uma perspectiva que comporta uma série de possíveis soluções, inclusive no plano da argumentação. Se se diz: quando acontece a argumentação jurídica deixar de ser um silogismo, parte do problema tem a ver com a introdução do elemento moral no elemento jurídico, o seu juiz diz que troca o Dworkin pelo Código Civil. Uma coisa importante é perceber que ele não troca o Código Civil pelo Dworkin, ele troca a lei de introdução ao código civil pelo Dworkin. O Dworkin fornece a ele arsenal institucional que permite que ele transforme as suas próprias convicções morais em fonte de Direito. Ele não vai buscar no Dworkin a solução, ele procura no Dworkin o aparato institucional que permite a ele fazer isso. E aí é complicado porque o silogismo não resolve. O silogismo é uma estrutura de justificação interna do Direito, ele chega até a premissa. A premissa é o valor moral dele. Essa premissa eu não tenho mais como controlar. Aí talvez uma perspectiva de controle seja a teoria da argumentação, o uso de, enfim, talvez alguma coisa que o Virgílio [Afonso da Silva] tenha comentado. Outra perspectiva de eu controlar isso é simplesmente dizer que isso é impossível, quem tem que escolher as premissas não é o aplicador do Direito, é o parlamento ou outra esfera de decisão. Mas eu estou sempre no plano da legitimação. Porque eu devo me submeter voluntariamente à escolha feita por esse sujeito? Porque ela é boa, porque ele é especializado. Ou não devo, deveria apenas me submeter ao parlamento. Esse é um problema de legitimação.

Tem um outro problema que é o problema que eu estou chamando de eficiência, que tem a ver com incerteza. Quer dizer, um dos objetivos fundamentais do Direito é permitir a vida em sociedade. Quer dizer, garantir a possibilidade da ação planejada. Eu preciso sair de casa, isso é alguma coisa que vocês disseram, sabendo o que vai acontecer no meu dia. Eu preciso saber se eu cortar

uma samambaia eu vou ter que indenizar alguém ou eu vou ser preso. Se eu emprestar cem reais para alguém o que vai acontecer comigo? Essa é uma função, uma das, mas é uma função importante do Direito. E a farra dos princípios gera problemas no que diz respeito ao cumprimento desta função. O meu futuro se tornou muito mais incerto. Alguns diriam isso é natural. O Luis falou um pouco disso. O MacCormick tem uma figura de linguagem que eu acho interessante: a atividade parlamentar é como semear, quando eu jogo a semente na terra. Ela não é irrelevante, eu sei que alguma coisa vai acontecer, vai surgir uma plantação, mas ela não é determinante de resultado. Eu não sei se a plantação vai ser boa, se vai ser ruim, etc. Essa incerteza é normal.

O Luis, num texto que ele tem e modestamente não comentou, fala que o que nós vivemos é algo mais do que isso, é um momento de incerteza patológica provocada pela farra de princípios.

O meu ponto é o seguinte: essa incerteza não parece que decorrem do fato de alguém poder transformar eventualmente suas convicções morais em normas jurídicas. Decorre do fato de não haver instrumentos de estabilização dessa norma jurídica criada dessa maneira. Quer dizer, poderia perfeitamente conviver no plano da eficiência com esse tipo de produção do Direito desde que em algum momento a norma, se introduzida, se estabilizasse.

Como eu faço isso? E agora eu estou transformando o discurso teórico em alguma coisa mais concreta. Há muitos instrumentos que podem fazer isso. Por exemplo, eu limitar a revisão judicial da interpretação administrativa de conceitos vagos. Alguma coisa que tem muito a ver com o CADE, com agência de regulação; outro instrumento, jurisprudência vinculante, ou qualquer coisa parecida com isso. Uniformização de jurisprudência. Me parece que a nossa tradição muito concretamente considerada é avessa, a tradição jurídico-dogmática, a todos esses instrumentos.

Quando a gente olha a legislação processual, a uniformização de jurisprudência é um mecanismo sem efeito vinculante. Ou seja, a brincadeira que a gente faz quando não tem mais o que fazer no Tribunal. A súmula vinculante teve todo tipo de polêmica e saiu do jeito que saiu. Quer dizer, é um instrumento que é mais retórico do que real. No plano da divisão de ato administrativo nós cada vez mais ampliamos. Então o que eu queria na verdade é ouvir

um pouco mais de vocês sobre esse problema específico de eficiência sob essa perspectiva. Quer dizer, como nós lidamos com essas variáveis dogmático-institucionais que permitem agregar mais certeza? No Brasil nós em geral somos refratários a elas. Isso que eu queria saber. Isto é um caminho de política pública que pode resolver o nosso problema de incerteza patológica ou não?

**Participante:** Boa tarde. A minha pergunta é meio que baseada nos debates tanto da manhã quanto da tarde. Falou-se muito aqui em objetividade, em buscar objetividade ou qual objetividade, como que essa objetividade vai ser definida. E um critério, pelo que eu vi se eu não estou errado, que se adotou é de identificar a objetividade com uma certa racionalidade nas decisões, justificação, respeito a precedentes, ou a legitimação dada por qualquer condição.

A minha dúvida, a minha pergunta é a seguinte: se essa racionalidade que se está utilizando para justificar a decisão, ela mesma já não foi ultrapassada. Não sei se basicamente iluminista, moderna, quando talvez essa própria racionalidade tenha entrado em crise, por exemplo, na era da ultra maquinização do homem que leva a idéia da razão como um cálculo. Então, qual a racionalidade é que legitima a decisão? Uma racionalidade já iluminista ou essa racionalidade do cálculo e, se essa racionalidade do cálculo, que talvez desumaniza um pouco a decisão, há como superar o cálculo e trazer talvez de volta algum elemento, como é que eu posso dizer, não tão automático, não tão cibernético para decisão judicial?

**Eurico Marcos Diniz De Santi** (moderador)

Eu vou passar pela ordem de apresentação. Eu acho que dá pra trabalhar cinco minutos cada um. O Oscar [Vilhena Vieira], o Juliano [Maranhão], o Luis e o Guilherme [Leite Gonçalves]. E depois cinco minutos finais para o Ronaldo [Porto Macedo Jr.] encerrar o nosso *Workshop*.

**Oscar Vilhena Vieira**

A dúvida é se eu compreendi por completo a sua indagação. Mas vou tentar de qualquer forma enfrentar. Eu vou começar pela questão da eficiência de modo um pouco idiossincrático juntando uma coisa com que o Guilherme [Leite Gonçalves] disse e eu fico

curioso e eu concordo com a análise que ele fez, o diagnóstico que ele fez do Brasil, eu tenho uma pergunta evidentemente: por que a gente não teve todas essas escolas? Por que a nossa cultura jurídica funciona desse jeito e não funciona de outro? Ele falou que o problema é que a cultura jurídica não avança. Eu estou falando aqui exatamente na questão da análise que ele faz do Sergio Buarque. De por que a lei não é aplicada e por que nós não temos uma cultura jurídica que predomina, antes ao contrário, ela se deixa colonizar por essa cultura que antes era o coronelismo e hoje é qualquer outra que você mesmo não mencionou.

A minha percepção é que isso se dá por um problema fundamental de desigualdade. O que está na matriz do mau funcionamento do Estado de Direito no Brasil é a profunda e persistente desigualdade na sociedade brasileira. Outras sociedades foram desiguais por razões distintas em momentos distintos com mais variações. O que marca a história da sociedade brasileira é uma desigualdade persistente ao longo de 500 anos que é muito profunda, que chega a ser uma das mais radicais entre todas as desigualdades e se comparadas com países com PIB igual ela é a mais radical de todas as desigualdades.

Evidentemente que isso gera uma dificuldade do sistema jurídico que funciona com uma pauta igualitarista do ponto de vista forma, matar alguém é uma norma igualitarista, como cortar samambaias é uma norma igualitarista. No entanto, do momento em que se faz a transposição da pauta normativa iluminista igualitarista para sua aplicação há o abismo que é a preocupação da Sociologia do Direito.

Por que há o abismo? Porque evidentemente o *habeas corpus* que o Supremo Tribunal aprecia rapidamente para verificar se o Cacciolli deve ou não deixar o país, ele faz. Agora, aquele do menino da FEBEM ele não o faz. Porque ele percebe diferentemente essas pessoas. Então há um problema de descompasso que eu acho que a gente não tem que pensar muito que ele foi produzido pela cultura jurídica. Ele foi produzido pelo simples fato de que entre o direito que constrói uma pauta de legitimidade do sistema político e a sua aplicação há um hiato e, nesse hiato, as nossas percepções pessoais do mundo ocupam um espaço e desigualizam todas as situações.

Para chegar ao ponto que você coloca. Por que nós temos uma aversão a mecanismos universalizantes da jurisprudência igualizantes?

Porque nós temos uma alergia à igualdade. É evidente que se eu tenho uma norma que fala que todos são iguais e eu não assumo uma política judiciária de igualizar casos iguais eu tenho sempre a possibilidade de estar desigualizando cada um dos casos na medida em que eles se apresentam na minha frente. Por isso que a súmula vinculante é um problema. Por isso que a universalização da jurisprudência é um problema, porque eu retiro o espaço de discricionariedade onde eu reconheço aqueles que são supra legais, aquele que são infralegais, aqueles que são demonizados, e eu posso dar um tratamento a cada um conforme a sua concepção.

Eu acho que o problema da eficácia está nessa nossa estrutural e persistente desigualdade que faz do Direito um instrumento deficiente dado que a sua pauta é uma pauta, ainda que nós estejamos na pós-modernidade, ela é uma pauta moderna, quer dizer, ela trata uma certa racionalidade. Então eu acho que esse é um problema central que apaga também um pouco o problema da interpretação.

Quer dizer, quando eu olho pra Constituição de 1988 e vejo a sua pauta progressista a minha segunda pergunta é: quem se apropriou da pauta progressista? Todos os meus amigos criminalistas se apropriaram fantasticamente, porque não existe talvez Constituição mais garantista do que a brasileira. Agora, isso não significa que o Brasil não seja um país onde se tem mais tortura do mundo, onde a polícia mata indiscriminadamente. Mas é onde o banqueiro tem toda garantia processual para que a lei penal não o atinja.

Então, quer dizer, essa coisa me parece que obscurece uma discussão e, vejam, tudo que eu estou falando aqui não diz respeito, nós não temos que nos empenhar maximamente em produzir modelos mais racionais possíveis para eliminar a discricionariedade. Eu estou dizendo porque esse é um debate que fica obscurecido pela prática social brasileira que tem outra conotação.

Nesse mesmo sentido, quer dizer, quando a gente vai falar de legitimação, eu falei aqui e o Ronaldo [Porto Macedo Jr.] até brincou comigo dizendo “você estava reacionário mesmo”, porque quando você tem um olhar um pouco mais realista para minha gloriosa Constituição de 88, se olhar a legislação conseqüente à Constituição de 88, tem o Estatuto da Criança, do Idoso, do Deficiente, a Lei de Medicamentos, se se pega toda a legislação infra-constitucional, ela é profundamente progressista. Não foi o



Supremo que determinou que todo aidético pode receber medicamento gratuitamente. Quer determinou foi a legislação. A história do Brasil, o progresso social, o consequencialismo, ele é uma função do legislador, e é assim no mundo todo. Na Alemanha quem fez o *affair* não foi o judiciário, foi o legislador, foi o executivo, alguns foi Bismarck, aqui foi Getulio, ou quem quer que seja.

Então o que eu estou querendo colocar é que há uma certa tendência. Os juristas brasileiros e juristas do mundo todo de ter um encantamento com o poder judiciário que afinal é a nossa catedral e nós tratamos de cuidar de cada um dos nichos dos santos que estão dentro dessa catedral. Mas há um encantamento de ver que nos Estados Unidos, numa época muito específica, o judiciário teve um papel progressista. Agora, se nós olharmos no marco histórico mais geral e no marco histórico geral do Brasil, o judiciário nunca teve esse papel progressista, ele foi resistente em alguns momentos. Ele nunca foi quem avançou. Quem avançou foi a legislação trabalhista, quem avançou foi a Constituição de 88. Ele tem tido muito papel de desconstruir avanços. Então, quando eu falo que o judiciário tem que ser um pouco mais prudente, eu estou muito mais preocupado com o judiciário que não atrapalhe os avanços que estão sendo propostos pela legislação do que o judiciário que sai aí fazendo a revolução social. Ele não vai fazer, ele não fez e não fará em nenhum lugar do mundo. Isso é uma peculiaridade, uma situação muito específica dos Estados Unidos. Para completar a sua questão da legitimação, ao meu ver poderes distintos têm legitimidades baseadas em racionalidades distintas. A racionalidade que informa o poder executivo é da maximização do bem estar do maior número. E, portanto, ele tem uma atitude interpretativa face à construção quando ele olha para o artigo da Constituição que fala sobre a saúde pública ele tem claramente que construir uma política universal, mas igualitária, ou seja, que dê a cada um a mesma medida que é um tipo de legitimidade. É assim que vai se justificar se o ato dele foi bom ou ruim. Quando nós olhamos para o judiciário, a legitimação dele é outra, porque ele está trabalhando com um caso individual. Então, o que nós devemos é não confundir e não sub-julgar, não se deixar colonizar a lógica que deve imperar. Eu gostei muito da última frase do Luis, gostei de muitas, mas a última frase que eu gostaria de

destacar, que o Estado de Direito tem um padrão, que é o padrão de seguimento de regras. Na medida em que ele busca operar a partir de um padrão consequencialista, ele solapa o fundamento da sua própria legitimidade, e aí nós teremos vários governos distribuídos entre os diversos poderes da república, e esse é um problema porque aí o Direito desaparece.

### **Juliano Maranhão**

Eu vou responder, eu concordo com a análise do Oscar [Vilhena Vieira] que olhou para sua pergunta do ponto de vista de um determinado problema real social, para tentar explicar também a pergunta que foi por que isso acontece, por que a farra dos princípios, essa dificuldade de lidar racionalmente.

Eu vou responder de uma outra forma, eu sou um pouco avesso à realidade, eu gosto de entrar no mundo do paraíso dos conceitos. Depois eu vou responder a dele, na verdade com uma pergunta para o [Luis Fernando] Schuartz, daí você pode dar dez minutos para o [Luis Fernando] Schuartz. Mas, fundamentalmente, eu acho que o problema, no final das contas, por que a gente vive numa farra de princípios ou numa dificuldade em lidar com uma justificação racional das decisões, é essa amplitude que ganha a discricionariedade. Basicamente porque nós estamos lidando com dois modelos de justificação, por exemplo, modelo de subsunção e o modelo de ponderação ou, ainda, o modelo de argumentação. São modelos cuja forma de racionalidade, a concepção de racionalidade, é bastante distinta. E no final das contas nós temos uma comunidade que foi preparada com base no modelo de subsunção. E, de repente, se vê numa condição em que se sente exigida decidir questionando esse modelo e não se tem critérios bem definidos ou bem construídos sobre como ter uma justificação racional dentro de outra perspectiva. Como resolver isso eu não sei. Eu acredito que um primeiro ponto principal é começar a pensar mesmo nas universidades, o modelo de ensino que é todo baseado num modelo de subsunção. Até hoje, a GV está fazendo uma iniciativa diferente em relação a isso. De fato isso é uma coisa que o Virgílio [Afonso da Silva] tenta fazer também no ensino do Direito Constitucional. E aí é uma área crítica para esse tipo de mudança na concepção do ensino, porque ali

mesmo onde aparece o questionamento do modelo subsuntivo a partir dos princípios dos direitos fundamentais. E aí foi comentado bastante aqui a Eliana Calmon e é uma coisa interessante que, no final das contas, a sinceridade dela de que a gente chega a dar risada é que muitas vezes ela, nesse dilema, nesse conflito, ela talvez não esteja preparada para justificar a decisão nesse novo modelo de racionalidade, então expõe aquilo que seria a justificção da decisão, ela expõe imediatamente, sinceramente o que foi que levou, motivou a sua convicção, sem necessariamente tentar tratar aquilo como uma decisão bem justificada ou objetivamente correta ou objetivamente justificada.

E aí eu vou fazer a pergunta para o [Luis Fernando] Schuartz, que o problema que o Carlos Ari [Vieira Sundfeld] tirava sarro: “vocês estão esquecendo a lei”, e esse é justamente o problema que se coloca dentro do modelo de ponderação. Se as normas então não trazem condições suficientes, universais e invariáveis para as conclusões, elas são cláusulas, dadas essas condições normalmente ao caso, em condições normais seguem essa seqüência, essas normas passam a ser transparentes, são meros indicadores das justificações morais ou políticas que estão por trás daquelas escolhas normativas. Ou seja, a norma jurídica de que ele falou “cadê a lei”, a norma jurídica deixa de ter relevância prática. Ela deixa de ser uma razão independente para decisão, ou seja, eu olho e eu decido com relação àquela norma e não com princípio nem conflito, porque o fato de existir uma norma me dá uma razão racional e independente para eu decidir naquela direção. E aí a pergunta para o Luis Fernando, porque não ficou muito claro para mim se esse dilema que se colocou no final eu posso tomar, por exemplo, a idéia do modelo consequencialista como uma concepção de justiça consequencialista. No caso, pelo que eu entendi, você não está intermediado por uma doutrina, mas pelo menos está intermediado por uma teoria econômica que permite você escolher qual são as conseqüências mais eficientes. Ou aquela decisão com conseqüências mais eficientes.

E aí surge o problema: bem, também começa a aparecer o CADE, como aquelas regras ou condições para se saber quando uma situação é aceita, teoria da firma falida: se a firma está falida então eu posso aceitar, e você passa a aplicar aquelas regras. E

aí a pergunta: o que é melhor é seguir esse modelo de regras, volta, tenta resgatar o modelo subsuntivo ou eu parto para uma teoria da decisão consequencialista? Eu não entendi muito bem se isso simplesmente recoloca esse dilema que tem na teoria do Direito, por exemplo, a oposição dos positivistas aos antipositivistas, Dworkin, etc., que é: olha, se você for por aí, a norma vai deixar de ter relevância prática, ela vai ser simplesmente uma regra técnica; vamos decidir tais conclusões a não ser que você traga motivos melhores. Se é esse exatamente ou sua dúvida já está dentro do consequencialismo. Eu quero examinar se o seu dilema já assume o pressuposto de uma concepção de justiça consequencialista e diz: eu quero na verdade colocar dentro desse cálculo quanto de bem estar vai produzir o fato de eu seguir regras e quanto de bem estar na conta eu vou pôr em seguir decisões que levam em consideração todos os fatos. Eu só queria tirar essa dúvida.

### **Luis Fernando Schuartz**

Eu vou tirar essa dúvida primeiro. Você se pergunta qual é a melhor alternativa, qual gera a melhor consequência do ponto de vista do valor que você quer realizar. E a opção é tentar realizar esse valor em casa caso concreto ou então seguir regras que você acredita que mantêm uma relação de compatibilidade com esse valor. A preferência por este “consequencialismo de regras” se baseia na crença de que, apesar de errar em alguns casos, para um conjunto suficientemente grande de casos você consegue realizar a consequência desejada de uma maneira melhor seguindo as regras do que você conseguiria se fosse tentar realizá-la em cada caso.

O que eu disse é que eu até agora não vi um argumento teórico que me convencesse da razoabilidade dessa crença em geral. Uma análise empírica teria que ser feita. Mas esta seria uma análise empírica que dependeria de tantas variáveis que eu também não acredito que esse caminho tenha muita chance de sucesso. Eu não vejo um experimento, um teste empírico que pudesse me dizer num determinado momento histórico e social qual seria a melhor alternativa. Então, isso pra mim é uma aposta do ponto de vista de alguém que pressupõe a validade do consequencialismo. Mas existem razões adicionais para justificar a opção por regras que não são propriamente consequencialistas, ou talvez sejam

consequencialistas em um sentido ampliado, que inclui a maior facilitação da realização da idéia do Estado de Direito, uma idéia que me faz pender para o lado das regras e não para a opção que privilegiaria uma aplicação direta da teoria como programa decisório para solucionar casos concretos.

Em relação à pergunta do Marcos, eu vou me concentrar na questão da eficácia. Eu acho que uma das mais importantes questões que ainda estão abertas na teoria do Direito é quais são as implicações da falta de eficácia de uma norma jurídica, não só para a sua validade enquanto norma jurídica, mas também para a leitura do corresponde texto normativo como o texto de uma norma jurídica. Acho que uma das idéias mais brilhantes do Kelsen foi a do mínimo de eficácia como condição de validade. Essa idéia é mais importante do que a identificação que o Kelsen fazia entre validade de uma norma e sua existência. A afirmação do mínimo de eficácia como condição de validade implica que, se a eficácia verificada empiricamente for inferior ao mínimo de eficácia, o texto que foi proclamado nominalmente como norma jurídica deixou de ser uma norma jurídica, se tornou uma declaração de boas intenções, seja lá o que for, que como você disse muito bem, significa algo do ponto de vista prático. Esse é outro ponto muito importante e com isso eu aproveito para fazer uma pergunta ao Guilherme [Leite Gonçalves]: como o texto que é veiculado com pretensão de ser expressão de uma norma jurídica não é acompanhado por um índice temporal, de modo que não há como dizer, por exemplo, que se a norma permanecer ineficaz durante dois anos ela deixará de ser válida, a relação empírica entre validade e eficácia pode ficar mudando ao longo do tempo dependendo da constelação de forças que estiver envolvida nos processos de negociação do significado e de verificação das condições de sucesso daquela pretensão. Então, é possível que uma norma hoje seja ineficaz ou não exiba o mínimo de eficácia, mas que a publicação de um texto, que veicula a promessa nominal de expressar uma norma jurídica, possa servir como catalisador de mudanças sociais que venham a constituir as condições de eficácia para que aquele texto se transforme no texto de uma norma jurídica. Então a pergunta que eu fiz para o Guilherme [Leite Gonçalves] é se a proposição que ele apresentou aqui não é geral demais. Será que não existem

bolsões, mesmo no Brasil e outros países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos com as características institucionais que tem a sociedade brasileira, bolsões em que o Direito funciona como deveria funcionar e em que as expectativas normativas são estabilizadas e resistem a essa lógica do clientelismo, a lógica do apadrinhamento e assim por diante? A minha intuição é que sim, existem esses bolsões, e aí a questão é estudar o que deu certo nessas esferas. Um exemplo que eu daria, apesar de não ter conhecimento de como efetivamente funciona na prática e formar meu juízo exclusivamente como observador externo, está no Direito do Consumidor. As normas do Código de Defesa do Consumidor, até onde eu posso perceber, funcionam como normas jurídicas, elas funcionam como expectativas normativas estabilizadas e me parece que há na sua aplicação uma resistência a esses influxos personalistas que sabotam a função social do Direito. O Direito já conta com mecanismos de neutralização desse tipo de favorecimento pessoal no caso do Direito do Consumidor. Pode não ser perfeito, mas certamente é mais satisfatório do que se vê em outras áreas do Direito.

Eu apostaria um pouco mais nessa relação dialética entre texto normativo e aparecimento das condições institucionais de sua leitura como texto de uma norma jurídica. Essa é uma relação complexa e é muito difícil você dizer se as condições que viabilizam essa reinterpretação estão ou não garantidas empiricamente, entre outras razões pelo fato de que as promessas que os textos normativos veiculam não terem período determinado no tempo para deixarem de valer enquanto promessas e deixarem de contar com o aparato estatal para se fazerem cumprir. Amanhã pode surgir um aparato estatal que dê sustentação para o tratamento de textos como textos de normas jurídicas válidas, inclusive no sentido de exibirem um mínimo de eficácia, de textos que podem até então terem sido vistos como textos que veiculavam única e exclusivamente declarações de intenções bem intencionadas.

Enfim, essa é uma questão que para mim é uma das questões mais fascinantes da Teoria do Direito, a saber, a questão da relação entre eficácia, validade e existência das normas jurídicas, e como sou um grande admirador do Kelsen, eu acredito que vale a pena, a partir do Kelsen, tentar levar adiante a sua teoria da norma numa

direção que resolva melhor esses problemas que ele formulou de maneira tão lacônica.

### **Marcos Paulo Veríssimo**

Eu vou acrescentar mais um problema a você. A legislação de consumo é tradicionalmente um exemplo de campo no qual a farra dos princípios se apresenta, quer dizer, não vale a lógica do homem cordial, mas é um campo no qual se apresenta problemas de segurança jurídica, certeza jurídica, introdução de valores, resultado regressivo etc.

### **Guilherme Leite Gonçalves**

Primeiramente, gostaria de lembrar que se trata do início de uma pesquisa. Não tenho respostas, mas muitas dúvidas. Sobre o tema proposto por Marcos Paulo Veríssimo, o problema da dogmática jurídica e do surgimento de mecanismos constitutivos de maior certeza no interior do sistema jurídico, Luhmann oferece uma reflexão muito interessante. Ela se encontra em um livro de 1974, “Sistema Jurídico e Dogmática Jurídica”, no qual Luhmann descreve a função social da dogmática jurídica. A dogmática jurídica é entendida como um mecanismo produtor de incertezas possíveis, controladas. Dito de outro modo: a dogmática produz formas que participam do processo de estabilização de expectativas normativas. Não se trata, no entanto, de formas geradoras de certeza absoluta. Ao contrário, estão submetidas à variabilidade da binariedade do código do Direito. Nunca existe a plena certeza sobre a confirmação de uma expectativa normativa. E mais: isso é fundamental para as operações do sistema jurídico, faz parte da engrenagem da legitimação pelo procedimento. Do ponto de vista luhmanniano, a manutenção da incerteza decisória legitima a aplicação e a criação do direito. Como se opera essa taxa de variação entre certeza e incerteza? Há certeza quanto à expectativa normativa, mas incerteza quanto à confirmação de tal expectativa. Qual a função da dogmática jurídica? É o circuito que conecta as duas pontas: diminui, no interior do direito, a certeza da expectativa e aumenta, para o restante da sociedade, a certeza da confirmação da expectativa. Trata-se de uma instância de auto-reflexão do sistema jurídico que define novo sentido à norma jurídica (incerteza para o direito), mas permite a

previsibilidade e maior clareza em relação à licitude ou ilicitude de um comportamento (certeza para o ambiente social).

Por que entendo que essa instância não se realizou no Brasil? A institucionalização do saber científico no Brasil deve ser observada como o arremate do processo de desvalorização e superação dos saberes “retóricos”, “enciclopédicos”, “generalistas” e, em última instância, “amadores”. A primeira metade do século XX foi caracterizada pelo conflito entre “cientistas” (pautados pelos princípios da especialização do conhecimento, da metodologia investigativa e da profissionalização do estudo) e “bacharéis” (juristas e literatos, representantes da velha erudição universalista). Na verdade, trata-se da disputa por dois projetos políticos distintos acerca da construção do Brasil. Enquanto os “bacharéis” sustentavam o desenvolvimento a partir da valorização das tradições culturais nacionais, os “cientistas” defendiam a especialização intelectual como a possibilidade de introduzir o Brasil no cenário competitivo internacional. Do ponto de vista científico, tal processo, popularizado como “a luta contra o papagaísmo”, foi denominado de “Crítica à Razão Pomposa”.

O estabelecimento das Universidades, na década de 1930, a fundação de institutos de pesquisa e de fomento à ciência e o processo de departamentalização, nas décadas de 1950 e 1960, marcaram a vitória dos cientistas. Isso ocorreu em diversos países. No Brasil, entretanto, verificou-se uma particularidade. Os retóricos perderam, mas não foram eliminados: passaram a moldar o pensamento jurídico dominante. Uma das maiores evidências do resultado final desse processo foi a substituição, no transcurso do século XX, dos juristas (retóricos) pelos economistas (cientistas) como quadros decisores do Estado. Enquanto projeto político derrotado, os bacharéis procuraram manter intacta uma esfera de domínio: o Poder Judiciário, que, por suas características tipicamente jurídicas, era naturalmente o espaço mais fácil de sua preservação. Decisões judiciais retóricas demandavam pesquisa e ensino retóricos. A retórica é, assim, estabilizada como mecanismo de imunização e proteção dos juristas em relação aos saberes científicos. Isso é facilmente identificável na verborragia dos juristas e na negação aos padrões de qualidade acadêmica. No campo jurídico, trabalhos interdisciplinares transformaram-se em filosofismo ou sociologismo.



No Brasil, o nicho exclusivamente jurídico transformou-se no espaço de reprodução dos bacharéis, da retórica, da linguagem rococó etc. Nesse espaço, eles possuem o controle e exercitam o poder que lhes foi vetado (pelos cientistas, pelos economistas) nos outros âmbitos estatais.

Em outros países, não necessariamente centrais, é possível identificar a sensibilização dos padrões científicos pelo sistema jurídico. Isso permitiu a construção de critérios e mecanismos para a estabilização da incerteza controlada e possível. Parece que, no Brasil, esse processo não atenderia aos interesses do grupo que preservou sua existência no interior do Direito.

Pesquisa em Direito no Brasil não existe. Não existem critérios de rigor científico no interior das escolas jurídicas. Por quê? A manutenção da incerteza incontrolável é ótima para o “jurista cordial”. Não há critérios para contenção de seus interesses, particularismos, sentimentos e estratégias pessoais. A produção de conhecimento jurídico deve servir a esse fim. A possibilidade de manipulação do processo decisório depende da flexibilidade e da maleabilidade do conhecimento jurídico. A lógica é simples: para manter o Judiciário afastado dos “cientistas”, é preciso conservar o enciclopedismo e a retórica no ensino e na pesquisa do direito. Essa lógica parece criar uma rede de dependência entre as organizações formais no interior do sistema jurídico brasileiro. O Judiciário é utilizado como mecanismo de manutenção da posição na faculdade; a posição na faculdade é utilizada como instrumento de conservação de poder no Judiciário. O sistema fecha-se hermeticamente e preserva os atores que perderam a disputa pelo controle decisório do Estado.

Entendo, nesse sentido, ser temerário sustentar o modelo pós-moderno no caso brasileiro, como perguntou o colega. Ela está baseada na pluralidade de racionalidade e na incapacidade de estabelecimento de parâmetros de certeza. Diria que o homem cordial seria muito feliz se instaurada a lógica da incerteza absoluta. Não há parâmetros para bloquear os particularismos e subjetivismos.

Quanto à pergunta formulada por [Luis Fernando] Schuartz, concordo com seu diagnóstico, mas acrescentaria um dado: justamente porque não há relação de determinação entre Direito e ambiente social que não sou tão otimista quanto às potencialidades do Direito.

Sergio Buarque de Holanda, no final do “Raízes do Brasil”, afirma: enquanto não for feita uma revolução vertical no país, as regras jurídicas continuariam ornamentos. É preciso, em outras palavras, que se modifique a estrutura social para que o Direito possa ser eficaz.

Sempre que se atribuiu uma potencialidade exacerbada para o sistema jurídico, sedimentaram-se frustrações. Vocês citaram o caso do Direito do Consumidor. Eu contraponho à experiência do Direito Alternativo. Sua pretensão revolucionária ampliou a discricionariedade no processo decisório. Abusou dos princípios e dos valores. Em outras palavras: apesar da pretensão transformadora, abriu as portas para o fortalecimento e a legitimação jurídica das práticas da hermenêutica da cordialidade.

### **Luis Fernando Schuartz**

Eu concordo com você, pensar o Direito como um instrumento de mudança é complicado, mas o Direito, quer gostemos ou não, muda a realidade. Eu estava pensando na possibilidade de você, fazendo publicar um texto normativo qualquer, produzir um efeito na realidade social que é superior, do ponto de vista normativo, do efeito que observaríamos na ausência dessa publicação. Isso também vale para os textos cujo sentido é exprimir normas que exibirão, por força das circunstâncias, uma mera eficácia simbólica. Isso não é o mesmo que completa ausência de efeitos e pode ser extremamente positivo do ponto de vista dinâmico. Eficácia simbólica é melhor do que nada. O texto está lá e as condições sociais podem mudar de uma forma completamente independente do Direito, conferindo juridicidade àquela promessa que o texto veicula. Então, eu não sou nem otimista nem pessimista em relação à capacidade transformadora do Direito, mas eu acho que há uma possibilidade de que tentativas de mudar a realidade por meio do Direito sejam bem-sucedidas e acho que vale a pena estudar os casos em que isso aparentemente deu certo para que possamos saber como que deu certo e se há como repetirmos o resultado, assim como vale a pena determinarmos os casos em que isso deu errado e estudarmos as razões do fracasso.

### **Oscar Vilhena Vieira**

Ele sequer está fazendo a perguntas para mim, mas a minha impressão é que a gente tem que olhar o sistema jurídico como um sistema

que funciona em banda. Você, que é um *expert* em economia, sabe o que isso dignifica. Quer dizer, exige, e aí eu concordo em grande parte com que diz o O'Donnell que em sistemas, vamos pegar o sistema internacional, você quer que Burundi e Estados Unidos sejam igualmente tratados na coordenação de justiça é um pouco ilusório, da mesma forma que é ilusório que o Zé das Couves e o Cacciola seriam igualmente tratados no Supremo, ou seja, até porque um não chega lá. O que não significa que não haja dentro dessas bandas esferas onde o Direito vai funcionar bem porque ele está trabalhando com atores que se apropriam com igual potencialidade, ou ainda com desigual potencialidade o desenho institucional mecaniza para que essa desigualdade seja re-equilibrada, que é o caso da justiça do trabalho. Eu brinco que a melhor definição de ego que eu conheço é o pequeno constitucionalista que todos de nós carrega dentro de si. E nós juristas temos um desprezo profundo pela justiça do trabalho. Ainda mais os elegantes. Profundo. Isso significa o seguinte: que toda revolução de processo no Brasil se deu na área do trabalho. Toda discussão de desigualização, desenho institucional voltado a re-equilibrar e construir igualdade na sociedade desigual se deu no âmbito da justiça do trabalho. Eu estou dizendo que o alto grau de desigualdade ele confere uma dificuldade muito maior pra que o elemento normativo consiga fazer a generalização à proposta. Eu acho que é uma questão de mediação. Tem gente que está acima, o Renan, não o tempo todo em todas as circunstâncias; tem gente que está abaixo. Então você tem lá, só para fechar com chave de ouro: uma dessas mocinhas de que eu não lembro o nome, muito bonita, que saiu na Playboy tinha uma estria dela que apareceu e ela processou a Playboy e duzentos salários mínimos de indenização; um menino é queimado na FEBEM e é vinte salários mínimos de indenização. A estria dela tem mais valor. Essa é a desigualdade. É evidente que você tem âmbitos onde você consegue equiparações dependendo dos atores.

### **Luis Fernando Schuartz**

Por isso que o paraíso dos conceitos é um paraíso.

### **Ronaldo Porto Macedo Jr.**

Bom, eu acho que a gente está chegando ao nosso final. Final

curioso. A gente percebe o que acontece quando não tem uma autoridade da mesa: auto-reflexão do Direito rola solta. E eu gostaria de aproveitar esse momento, não faria sentido nenhum fazer uma espécie de resumo, muito menos aquela prática curiosa que em seminários como esse, marcado em boa medida pela diversidade, onde alguém procura encontrar no espírito de um legislador hiper racional a lógica de integração de tudo com todos. Longe disso. Mas eu gostaria de pontuar algumas questões.

Nós tivemos o painel de ontem, no qual algumas questões, ainda que com divergências importantes, foram, de alguma forma, a tônica central. Qual era a tônica central? Em que medida temas relacionados à constituição da objetividade na linguagem nos colocam diante de necessidade de levar em consideração elementos contextuais. Eu me lembro que um dos pontos finais, digamos, de um quase acordo, pelo menos uma linha de convergência entre o que dizia Tercio [Sampaio Ferraz Jr.], Luiz Henrique [Lopes dos Santos], [José Arthur] Giannotti, João Vergílio [Cuter], era que: bom, um conjunto chave nessa história toda era nós encontrarmos um conceito de relevância. Relevância enquanto aquilo que me permite encontrar o elemento comum em semelhanças de famílias de situações como um critério necessário para eu encontrar uma condição de sentido e uma condição de certeza. Ou seja, de alguma forma, parece que vivemos num mundo no qual, pelo menos a filosofia pós-analítica, essa tradição analítica chega a conclusões mais ou menos convergentes nessa direção.

De outro lado, o que nós vimos hoje, especialmente no painel da manhã, mas projetando-se também para o painel da tarde, foram duas coisas muito importantes: qual é a relevância dos contextos jurídicos, o que constituem os contextos jurídicos? O que são as instituições no interior das quais se constitui o sentido do Direito? Ou seja, se de um lado a conclusão geral e abstrata ontem era de que o conceito era importante para a constituição do sentido, a questão que se colocava e nesse complexíssimo jogo do Direito, o que constitui o contexto? Algumas falas foram extremamente ricas, didáticas, bem humoradas sobre isso. Ou seja, sobre como determinados sentidos são constituídos por interesses, por falhas de funcionamento institucional, problemas do nosso judiciário, carga de trabalho, modo de produção de sentenças, enfim, um cem número

de questões relevantes que diziam respeito às características dos nossos contextos. E parece que esse último painel, ainda que de vários outros temas também tenham sido tratados, um deles me pareceu preponderante, que é o tema da racionalidade do Direito, entendida como a racionalidade da tomada de decisão. Especialmente nas três falas aqui, o Oscar [Vilhena Vieira] acho que ressaltou um outro aspecto sobre o qual quero falar depois. Isto é, como é que se constitui, quais são os modelos de racionalidade da decisão. Decisão como um contraponto àquilo que ontem se distinguia e se chamava de aplicação e interpretação. Ainda que no painel de hoje se tenha dado o nome a isso de interpretação, mas já aqui eu quero colocar uma espécie de precaução de uso. Durante esses três períodos, essas três jornadas nós usamos, a despeito de uma certa preocupação em definir os conceitos, nós os redefinimos muitas vezes, nós não usamos de maneira unívoca, muito embora todos aqui tenham tido a preocupação de usá-los de maneira precisa. Mas o que nós vemos? Nós vemos considerações sobre como é que se monta um processo de tomada de decisão, qual é o papel da lógica nessa tomada de decisão, claramente é a preocupação do Juliano [Maranhão]; como é que nós podemos ter no caso do mote do Luis, um conflito entre uma racionalidade consequencialista do caso concreto ou uma racionalidade consequencialista das regras, ou seja, um consequencialismo das regras para usar, por exemplo, a expressão, o nome que dá isso um filósofo inglês chamado Hare, que aliás utiliza o conceito justamente numa reflexão sobre a linguagem da moral, sobre os fundamentos da moral.

E, por fim, nós vimos de maneira subtendida da fala do Luis e expressa na fala do Oscar [Vilhena Vieira], a dimensão da filosofia política, ou seja, dos objetivos políticos, dos critérios, do ideal de democracia, de fundamentos de sociedade democrática que de alguma forma norteiam também o contexto, que é condição essencial para prestar sentido aos conceitos operativos do Direito.

E nós vimos também uma visão como a do Guilherme [Leite Gonçalves], que de alguma forma descreve o modelo de fora e chega a algumas conclusões em alguns aspectos semelhantes ao passo que já o [Celso Fernandes] Campilongo tinha apontado de manhã para dimensões diferentes, que é o da dimensão da funcionalidade geral desse modelo.

E quero chamar atenção, justamente para não incorrer nessa idéia de que todos estavam falando a mesma coisa, eu quero enfatizar que todos estavam falando de assuntos conexos, mas todos falando de assuntos muitos diferentes. Por exemplo, há uma tensão clara, quero eu crer, entre o que dizia, portanto, o Guilherme [Leite Gonçalves] ao afirmar que o valor na verdade tem uma indeterminação clara, ou de que o Direito pode ser qualquer coisa e aquilo que parecia subjacente à fala do Virgílio [Afonso da Silva], à fala do Oscar [Vilhena Vieira], e à fala de muitos que falaram ontem, ou seja, esse elemento de contingência parece não ser assim tão grande. Também a questão da relação entre moral e o Direito, o argumento do Luis [Fernando Schuartz], o argumento consequencialista não é um argumento só jurídico, mas é também um argumento moral.

Em outras palavras, aonde eu quero chegar com tudo isso? Me parece que nós temos aqui uma boa amostra de um debate que da maneira como se colocou aqui, nos coloca diante de algumas perguntas. Primeiro: nos coloca no interesse ou na nova tarefa de decifrar as tensões e divergências que aqui não foram totalmente explicitadas. Em segundo lugar, e talvez esse seja um ponto importante, pelo menos eu assim fiz a leitura do seminário, a idéia de que o tema da interpretação é um tema que envolve essas diversas perspectivas, não porque qualquer assunto pode ser visto de diversas perspectivas, mas por uma exigência do próprio tema, e também é algo que nos une porque qualquer profissional que estude, trabalhe, que se envolva de qualquer forma com o Direito talvez tenha efetivamente no tema interpretação o seu ponto central de convergência. Ou seja, é absolutamente relevante se alguém trabalha com Direito Tributário, Direitos Humanos, ou com o que for. Basta pensar a idéia de Direito, basta ter interesse no Direito que de alguma forma nós recaímos e, portanto, é uma espécie de solo comum dessas nossas todas preocupações.

Pois bem, dizendo isso eu gostaria de também aproveitar a oportunidade para agradecer todos aqueles que foram decisivos para que esse nosso encontro ocorresse. Evidentemente eu começo por todos aqueles que participaram, que trouxeram as suas palestras. Mas eu gostaria de dar um destaque muito especial também ao apoio que o Diretor da faculdade deu, Ary Oswaldo Mattos Filho, à realização desse evento. A Catarina Barbieri foi absolutamente

central, mesmo que ela estivesse sentada mais atrás, foi menos lembrada que eu, mas isso é uma das maiores injustiças, quer dizer, a Catarina foi absolutamente decisiva na organização, na montagem, na elaboração intelectual de tudo isso. Também a Luciana Reis teve um papel fundamental na coordenação de tudo e a Sheila Gime-  
nez, que também foi fundamental. E aproveito para agradecer todo o *staff* que apoiou e que pôde inclusive nos garantir algum conforto estomacal, o que também dá um sabor especial a esse evento. E dizendo isso, eu agradeço muito a presença, a colaboração, a participação de todos e espero que isso seja um convite para um próximo evento que vai se realizar e que isso também seja compreendido como uma espécie de colóquio de consolidação de uma agenda sobre um tema que envolve todos nós.

## NOTAS

- 1 A pedido do palestrante, a transcrição de sua palestra foi trocada pelas suas notas de apresentação.
- 2 A pedido do palestrante, a transcrição da palestra foi substituída pelo presente texto, uma adaptação à linguagem escrita.





## PROGRAMA ORIGINAL

### **Workshop Interpretação, desenvolvimento e instituições**

*data:* 20 e 21 de Setembro de 2007

*local:* Auditório DIREITO GV – Rua Rocha, 233, Bela Vista

*organizadores:* Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Barbieri

#### **DIA 20 DE SETEMBRO**

#### **Abertura do Workshop [8:30h]**

Prof. Ary Oswaldo Mattos Filho

*(Diretor da DIREITO GV)*

#### **Painel I (manhã) [9 – 12h]**

FILOSOFIA DA LINGUAGEM E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO:

INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE

Prof. Luiz Henrique Lopes dos Santos *(Filosofia USP)*

*“SIGNIFICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO”*

Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. *(Direito USP)*

*“A HIPÓTESE DO LEGISLADOR RACIONAL E A NOÇÃO DE JUSTIÇA”*

Prof. Jose Arthur Giannotti *(Filosofia USP e CEBRAP)*

*“DEBATE SOBRE INTERPRETAÇÃO A PARTIR DE WITTGENSTEIN”*

Prof. João Vergílio Cuter *(Filosofia USP)*

*“INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE”*

Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. *(DIREITO GV e USP)*

*“UMA AGENDA PARA O DEBATE SOBRE INTERPRETAÇÃO E DIREITO”*

MODERADOR

Debates

#### **Dia 21 de setembro**

#### **Painel I (manhã) [9 – 12h]**

USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS

Prof. Celso Campilongo *(Direito USP e PUC/SP)*

*“A OBSERVAÇÃO SOCIOLÓGICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA”*

Prof. Carlos Ari Sundfeld *(DIREITO GV e PUC/SP)*

*“UMA ANÁLISE DO USO DE PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO PELO STJ”*

Prof. Virgílio Afonso da Silva *(Direito USP)*

*“PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS E OBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL”*

WORKSHOP INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES

Prof. José Reinaldo de Lima Lopes (*DIREITO GV e USP*)

*“QUEM INTERPRETA O DIREITO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL: A QUESTÃO DO SÉCULO XIX”*

Prof. Laurindo Dias Minhoto (*DIREITO GV*)

MODERADOR

Debates

**Painel II (tarde) [14 – 18h]**

INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO

Prof. Oscar Vilhena (*DIREITO GV e PUC/SP*)

*“INTERPRETAÇÃO E POLÍTICA JUDICIAL”*

Juliano Maranhão (*Direito USP*)

*“LÓGICA FORMAL E A LÓGICA MATERIAL DOS JURISTAS”*

Prof. Luiz Fernando Schuartz (*FGV/DIREITO Rio*)

*“CONSEQÜENCIALISMO JUDICIAL E INCERTEZA JURÍDICA”*

Guilherme Leite Gonçalves (*FGV/DIREITO Rio*)

*“DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: ENTRE CONSISTÊNCIA JURÍDICA E ADEQUAÇÃO SOCIAL”*

Prof. Eurico Diniz de Santi (*DIREITO GV*)

MODERADOR

Debates

## **CADERNOS DIREITO GV**

### **APONTAMENTOS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL .1**

Marcos Nobre

### **IMPACT OF THE WTO AGREEMENT ON TEXTILES & CLOTHING ON BRAZILIAN EXPORTS .2 OF TEXTILES AND CLOTHING TO THE UNITED STATES**

Guido Fernando S. Soares,  
Maria Lúcia Pádua Lima,  
Maria Carolina M. de Barros,  
Michelle Ratton Sanchez,  
Sérgio Goldbaum,  
Elaini C. Silva

### **REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DEMOCRACIA .3**

Direito GV  
e Valor Econômico

### **O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO .4**

Luciana Gross Cunha,  
Alexandre dos Santos Cunha,  
Flávia Scabin,  
Mariana Macário,  
Marcelo Issa

### **REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO .5**

Flávia Portella Püschel,  
José Rodrigo Rodriguez

### **I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL .6**

OAB-SP e Direito GV

### **PREMISSAS DO PROJETO DA DIREITO GV PARA DESENVOLVIMENTO DO MATERIAL DIDÁTICO .7 PARA O CURSO DE DIREITO; DISCIPLINA: ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Maurício P. Ribeiro

### **MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/ MODELS OF ADJUDICATION .8**

Owen Fiss

### **RELATÓRIO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO .9 E MERCADO DE CAPITAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

Viviane Muller Prado,  
Vinícius C. Buranelli

### **PODER CONCEDENTE E MARCO REGULATÓRIO NO SANEAMENTO BÁSICO .10**

Alexandre dos Santos Cunha,  
André V. Nahoum,  
Conrado H. Mendes,  
Diogo R. Coutinho,  
Fernanda M. Ferreira,  
Frederico de A. Turolla

**CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO .11**  
Luciana Gross Cunha (org)

**FOCOS – CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL .12**  
Michelle Ratton Sanchez (org),  
Cassio Luiz de França (org),  
Elaini C. G. da Silva (org)

**PROGRAMAS DE CLÍNICAS NAS ESCOLAS DE DIREITO DE UNIVERSIDADES NORTE-AMERICANAS .13**  
Ana Mara F. Machado,  
Rafael Francisco Alves

**FOCOS – FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL .14**  
Cassio Luiz de França (org),  
Michelle Ratton Sanchez (org)

**A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL NO BRASIL .15**  
Maíra Rocha Machado,  
Marco Aurélio C. Braga

**O MÉTODO DE LEITURA ESTRUTURAL .16**  
Ronaldo Porto Macedo Júnior

**PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL: COMÉRCIO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA OMC .17**  
– COMUNIDADES EUROPEIAS VS. BRASIL: O CASO DOS PNEUS  
Juana Kweitel (org),  
Michelle Ratton Sanchez (org)

**EXPERIÊNCIAS E MATERIAIS SOBRE OS MÉTODOS DE ENSINO-APRENDIZADO DA DIREITO GV .18**  
Rafael Domingos F. Vanzella (org)

**O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO: ENTREVISTA COM DAVID TRUBEK .19**  
José Rodrigo Rodriguez (coord),  
Ana Mara Machado,  
Luisa Ferreira,  
Gisela Mation,  
Rafael Andrade,  
Bruno Pereira

**A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO .20**  
**A CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE COMÉRCIO DO IMPÉRIO**  
José Reinaldo de Lima Lopes

**TRIBUTAÇÃO, RESPONSABILIDADE FISCAL E DESENVOLVIMENTO: .21**  
**DIREITO À TRANSPARÊNCIA ESTUDO SOBRE A DESTINAÇÃO DA CPMF E DA CIDE-COMBUSTÍVEIS**  
Eurico Marcos Diniz de Santi (coord)  
Tathiane dos Santos Piscitelli,  
Andréa Mascitto

**O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA .22**  
Bruno Meyerhof Salama

**LIMITES DO DIREITO PENAL .23**

PRINCÍPIOS E DESAFIOS DO NOVO PROGRAMA DE PESQUISA EM DIREITO PENAL NO INSTITUTO MAX-  
PLANCK DE DIREITO PENAL ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL  
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber, Freiburg i. Br.

**UMA ETNOGRAFIA DE CARTÓRIOS JUDICIAIS .24**

EFEITOS DA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CARTÓRIOS JUDICIAIS SOBRE  
A MOROSIDADE PROCESSUAL: ESTUDO DE CASOS EM CARTÓRIOS JUDICIAIS  
DO ESTADO DE SÃO PAULO - *LEVANTAMENTO ETNOGRÁFICO*  
Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.)

**PESQUISA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO .25**

DIREITO GV

**MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO .26**

APRESENTAÇÃO - Ary Oswaldo Mattos Filho  
AULA INAUGURAL - José Eduardo Campos de Oliveira Faria  
APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA - Oscar Vilhena Vieira, Ronaldo Porto  
Macedo Jr., Flavia Portella Püschel e Carlos Ari Vieira Sundfeld

**DRUG COUNTERFEIT AND PENAL LAW IN BRAZIL .27**

*Coordinator:* Marta Rodriguez de Assis Machado  
*Authors:* Marta Rodriguez de Assis Machado, Ana Carolina Alfinito Vieira,  
Carolina Cutrupi Ferreira, Vivian Cristina Schorscher

**UMA CONVERSA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO COMPARADO COM O PROFESSOR KLAUS HOPT .28**

Viviane Muller Prado (*coord.*), Rafael de Almeida Rosa Andrade,  
Gisela Mation, Jessica Winge, Luiza Vasconcelos

