

RACIONALIDADE DE QUEM? Por uma teoria da interpretação honesta e adequada

Bruno Stigert

Professor de Sociologia Jurídica da Universidade Federal de Juiz de Fora.
Especialista em Direito Constitucional pelo IDP/DF.
Mestrando em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

1. PONTO DE PARTIDA

“Eu tô te explicando prá te confundir
Eu tô te confundindo prá te esclarecer”
(Música *Tô* de Tom Zé)

O presente trabalho pretende problematizar uma discussão que ganhou espaço no cenário jurídico brasileiro através das críticas capitaneadas por Virgílio Afonso da Silva ao dizer que “[...] No caso dos métodos de interpretação constitucional [...] não é a irrelevância de alguns deles ou a falta de diferenciação entre eles que limita a importância da discussão. O grande problema, nesse âmbito, é o sincretismo metodológico”¹.

A proposta aqui é saber se a postura metodológica² é capaz de suprir a subjetividade do intérprete (que estaria presente no sincretismo) através de fórmulas e conceitos pré-determinados. Tal postura interpretativa acredita que esse caminho é a direção segura e racionalmente capaz de demonstrar decisões aceitáveis por todos os participantes.

Será, portanto, a interpretação do direito uma metodologia objetiva e hiper-racional ou será que ela se abre aos métodos de interpretação – qualquer que seja - em busca de uma decisão mais justa? As teorias metodológicas de interpretação são realmente capazes de fugir do subjetivismo ou será que elas possibilitam ao intérprete adotar posturas “estranhas” sob o argumento de que o método foi utilizado e a decisão que dele adveio é legítima?

Dessa forma, a exposição que se segue guiar-se-á pela “interferência do mágico no verdadeiro, do plural no singular; do imprevisto no costume; do insólito na vida

¹AFONSO DA SILVA, Virgílio, *‘Interpretação constitucional e sincretismo metodológico’*, In *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.133.

² Merecem destaque nesse cenário os seguidores de Robert Alexy: Virgílio Afonso da Silva, Humberto Ávila, Thomas Bustamante e Fernando Leal.

cronometrada; enfim, do natural aos soníferos da cultura”³, sempre em busca de uma postura interpretativa que prestigie a justiça e não o método, pois não é razoável aceitar a sobreposição deste sobre àquela.

Deve-se abolir as barreiras, as classes, o sentido dicotômico dos paradoxos, o sentido totalitário das classificações, não por “sincretismo”, mas por ignorância e receio de duas velhas divindades: a coerência lógica e a unidade. É preciso “misturar com orgulho as contradições, para ultrapassar suas próprias acomodações. Verdades menos garantidas e relações humanas mais frutíferas”⁴.

Ainda uma observação derradeira neste ponto: o presente trabalho não almeja descrever e nem desconstruir as sofisticadas teorias metodológicas. Sua pretensão reside na tentativa de problematizar e lançar um olhar crítico e questionador sobre os argumentos apresentados por pensadores que compartilham dessa estratégia. Em verdade, de tão sofisticadas que essas teorias se tornaram fica cada vez mais difícil afastá-las do debate jurídico contemporâneo. Vale dizer, o espaço e o respeito conquistados por essas teorias se deu não pela sua capacidade de persuasão, mas sim por ser um debate para poucos, inclusive para a maioria dos operadores do direito.

Essa seria então a postura a ser adotada no Brasil?

³ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. 2º ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p.21.

⁴ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. 2º ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p.21.

2. NOTA PRÉVIA: existe um único método de interpretação do direito?

Para um estudioso ou pesquisador dos fenômenos jurídicos e sociais contemporâneos, a percepção de estar sempre a “caminhar na corda estendida sobre o abismo”⁵, é algo indissociável de sua realidade.

No início deste século, a sensação que se tem é a de que não existe mais nada de realmente simples no mundo: já não é mais plausível vislumbrar as dificuldades atuais sob um único prisma, muito menos lhes oferecer respostas claras e simples, eis que na maioria das situações – e com bastante freqüência - há em jogo uma diversidade de valores e interesses conflitantes e igualmente legítimos. Nos países de regimes democráticos, predominantes nas sociedades ocidentais nos últimos cinquenta anos, essa pluralidade de valores e interesses ganharam espaço no debate jurídico e social⁶.

Nesse ambiente, surgem algumas indagações: pode o direito sobreviver num mundo que parece dominado pelas leis da economia e pela força cega da técnica? Será que depois dos esplendores da idade moderna o direito está conhecendo um eclipse dramático? Ou estaremos diante de uma daquelas descontinuidades radicais, uma daquelas crises revolucionárias depois das quais o direito renasce sob novas formas e com renovada legitimação?

⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 3ª edição, ed. Malheiros, São Paulo: 2005. p.8

⁶ SUNSTEIN, Cass. *Conflicting Values in Law*, Fordham Law Review nº62, 1994, pp. 1661 e 1662: “The first claim is that we value things in different ways; that is to say, we value things not only in terms of intensity, but in qualitatively distinct ways. It is not simply the case that some things are valued more; it is also the case that some things are valued differently from others. That is my first claim, about different modes of valuation. The second claim is that human goods are not commensurable. This is to say that there is no available metric along which we can align the various goods that are important to us. [...] It might be more accurate to say that economists and environmentalists value the environment is for human exploitation and use, and environmentalists sometimes challenging that assumption.” *Apud* BARCELLOS, Ana Paula, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro, renovar, 2005, p.8.

Portanto, aqui, é imprescindível que o operador jurídico saiba o seu lugar e a realidade concreta de seu tempo⁷. A interpretação do direito, assim, é o processo de contínua adaptação de seus textos à realidade e seus conflitos, sendo que seu significado é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.

Para Eros Grau, o direito perde sua força normativa quando este não mais corresponde aos anseios de seu tempo e lugar, podendo funcionar até como entrave para a evolução social, assim assevera:

Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade, e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais⁸

Feita essa primeira digressão, poder-se-ia concluir que essa premissa – a de que o direito deva corresponder à realidade social – solucionaria de certa forma alguns dos “problemas” que fizeram com que o direito, sobretudo na primeira metade do breve século XX⁹, perdesse um pouco de sua legitimidade. Nesta senda, ocorre a superação da crença difundida por Kelsen, na qual se pretendeu criar uma *ciência* jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais, na busca por uma objetividade científica e com ênfase na realidade observável, em outras palavras, o positivismo normativista¹⁰.

⁷GRAU. Eros Roberto, op. cit, p 55. Nesse sentido, interessante se faz colher a fina percepção do autor, para ele: “O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa a sua força, a seu fascínio, a sua beleza”.

⁸ GRAU. Eros Roberto. *Ensaio e Discurso...* p.11.

⁹ Essa expressão é empregada por Hobsbawm e é muito utilizada no Brasil pelo Professor Ricardo Lobo Torres, veja: “O Estado Social de Direito (ou Estado da Sociedade Industrial, ou Estado intervencionista) floresceu no breve século XX, para usar a expressão empregada por Hobsbawm, tendo se constituído em 1919 (Constituição de Weimar) e se desestabilizado em 1989, com a queda do muro de Berlim. (Lobo Torres, Ricardo. “A constitucionalização do Direito Financeiro”, in *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2006, Orgs: Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, p. 961 ss.

¹⁰ A obra de Kelsen que marcou época foi a *Teoria Pura do Direito*. Nesta obra o autor defende peremptoriamente o positivismo jurídico. O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de

No entanto, diante desse quadro, surge outro - e não menos importante – obstáculo para que o direito alcance suas promessas, tais como: o resgate da dignidade de todas as pessoas; o exercício da cidadania; um projeto generoso e inclusivo de sociedade, no qual se permita olhar o outro, perceber o próximo, tanto o igual quanto o diferente¹¹.

Corroborando tal desconfiança, o Professor Ricardo Lobo alerta para a confusão que se fez no Brasil ao tentar afastar o positivismo normativista com base em premissas do positivismo sociológico e historicista, que segundo o autor “domina o pensamento jurídico brasileiro desde a influência de Augusto Comte, passando por Marx e Max Weber”¹². Não é pretensão deste trabalho negar o importante papel desta corrente de pensamento e tão pouco negar a importância dos autores que a defendem. O que se pretende evidenciar é que defender o positivismo sociológico como única fonte capaz de solucionar as mazelas de nossa imaturidade social e jurídica é correr um sério risco de que em algum momento uma sociedade autoritária possa utilizar destes argumentos – os de que estariam apenas afirmando os anseios daquela sociedade – para legitimar opções autoritárias no ambiente público.

É nesse atmosfera que surge o *sentido valorativo*. Assim, como salienta o professor José Ribas, “é importante registrar o intenso debate valorativo travado nos Estados Unidos nos anos 70 e 80, com o objetivo de restabelecer uma segurança interpretativa”¹³.

O raciocínio jurídico, portanto, não é um raciocínio linear, mas sim circular, em que você parte do problema e ao problema volta, sempre em busca da melhor solução. Essa é

normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Entretanto, o fetiche da lei e o legalismo acríptico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, até sofrer dramática derrota histórica, eis que a ambição positivista de certeza jurídica custou caro a humanidade.

¹¹ Trata-se de aspirações sempre defendidas pelo Professor Luís Roberto Barroso. Em boa parte de seus textos tal manifestação está presente (citação de memória). Cabe ressaltar que não se trata de um rol taxativo de promessas/finalidades do Direito, em verdade, trata-se, a meu sentir, de algumas das mais importantes buscas do direito através dos séculos, buscas que ainda não se concretizaram, apesar de já estarem legitimadas. Nesse passo, é que BOBBIO em seu *A Era dos Direitos* já falava em realizar e efetivar os direitos fundamentais e não mais em legitimá-los, eis que eles de há muito já assim estavam.

¹² LOBO TORRES, Ricardo. op. cit. p 963. O autor cita como exemplo de juristas brasileiros que adotam tal posicionamento: Paulo Bonavides; Fabio Konder Comparato e Eros Roberto Grau.

¹³ VIEIRA, José Ribas. ‘Construindo a Teoria da Constituição no Século XXI: a Presença Norte-Americana e Aspectos Comparativos’, in *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano/Org. José Ribas Vieira*. – Rio de Janeiro: Forense, 2002. Nesta senda, salienta o autor a importante contribuição teórica de Ronald Dworkin neste debate. Outro importante nome na inclusão da idéia de princípios morais como mecanismos de interpretação e justificação dos direitos, está o Jurista Argentino morto prematuramente Carlos Santiago Nino (*Ética y Derechos Humanos. Buenos Aires: Astrea, 1989*). No Brasil um grande defensor desta concepção é o Professor Ricardo Lobo Torres.

uma característica imanente a própria estrutura do processo que é dialético, o juiz não pega a norma e aplica ao caso, ele ouve os argumentos das partes sempre retornando ao problema para dar a este a melhor solução.

O processo exegético não é um processo linear no qual você parte da norma, analisa o caso e só encontra uma resposta possível para aquele problema. A ênfase não é da norma e sim do problema. Portanto, o raciocínio jurídico por ser circular faz com que se busquem as soluções possíveis que a norma oferece e evidencia qual a solução que mais atende aos anseios do caso. Você sai do problema, testa soluções, e ao problema retorna, até que se alcance a solução ideal.

Inocência Mártires, citando Canotilho, já destaca a controvérsia em busca de um método justo e pronto para a interpretação do Direito, enfatizando que “o conjunto de métodos e de princípios, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, o que só confirma o já assinalado caráter *unitário* da atividade interpretativa”¹⁴.

Conclui-se, dessa forma, que não existe apenas um método ideal de interpretação, eis que a pluralidade de valores subjacentes em jogo no caso concreto, coloca em xeque toda e qualquer pretensão de fazer da aplicação do direito um simples procedimento de resolução do caso de acordo com o relato abstrato da norma.

Essa diversidade de repertórios, “aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, de um ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor *justiça*, em permanente configuração”¹⁵.

Nesse sentido, a variedade de métodos, apesar de sinalizar para uma confusão na interpretação/aplicação do direito, ela colabora para o conhecimento da verdade, isso desde de que utilizada racionalmente. Não obstante, o intérprete se vincula tão somente ao seu senso de justiça e à sua pré-compreensão, remetendo sempre suas posições ao “Tribunal da Razão” e aos valores subjacentes, sendo que a escolha dos métodos, ou do método utilizado para a interpretação do caso concreto, é nada mais do que o fruto de um pluralismo saudável, isto é, a liberdade do intérprete escolher, á luz dos fatos no caso concreto, o melhor método¹⁶.

¹⁴ MENDES, Gilmar; MÁRTIRES, Inocência; GONET, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.90 (itálico no original).

¹⁵ MENDES, Gilmar; MÁRTIRES, Inocência; GONET, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.91.

¹⁶ Idem, p.93.

3. DA CRENÇA NA RAZÃO ABSOLUTA AO METODOLOGISMO: uma importação perigosa dos modelos “corretos”.

Na linha dos pensadores que sustentam uma postura metodológica da interpretação do direito, não é raro encontrar o argumento da razão como sendo o pilar de suas teorias.

Nesse sentido, cabe lançar um olhar nessa ideologia e questionar se a solução justa para os conflitos jurídicos (e aqui incluo os morais) é resultado do método (e aqui o método seria um fim em si mesmo), ou seja, se é o método adotado que é capaz de dar a resposta correta, ou se a justiça é o fim a ser perseguido e o método é um mero instrumento para a obtenção desse fim.

Como nos lembra o Professor Luís Roberto Barroso “a crença iluminista no poder quase absoluto da razão tem sido intensamente revisitada e terá sofrido pelo menos dois grandes abalos”¹⁷ que nos leva a questionar a pretensão de imparcialidade e de racionalidade que as posturas metodológicas sustentam.

Para demonstrar o abalo nesta crença o mesmo Luís Roberto Barroso aponta os dois momentos em que isso ocorreu “*O primeiro, ainda no século XIX, provocado por Marx, e o segundo, já no século XX, causado por Freud*”¹⁸ Continua o autor: “*Marx, no desenvolvimento do conceito essencial à sua teoria – o materialismo histórico – assentou que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo, das relações de produção e de trabalho, na forma como estas se constituem em cada fase da história econômica*”¹⁹.

Já em Freud essa constatação aparece em três momentos:

“O segundo abalo veio com Freud. Em passagem clássica, ele identifica três momentos nos quais o homem teria sofrido duros golpes na percepção de si mesmo e do mundo à sua volta, todos desferidos pela mão da ciência. Inicialmente com Copérnico e a revelação de que a Terra não era o centro do universo, mas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico de vastidão inimaginável. O segundo com Darwin, que através da pesquisa biológica destruiu o suposto lugar privilegiado que o homem ocuparia no âmbito da criação e provou sua incontestável natureza animal. O último desses golpes –

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*.

¹⁸ Idem,

¹⁹ Idem,

que é o que aqui se deseja enfatizar – veio com o próprio Freud: a descoberta de que o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. O que ele fala e cala, o que pensa, sente e deseja é fruto de um poder invisível que controla o seu psiquismo: o **inconsciente**”

O que se pretende demonstrar é que sendo a razão o pilar que sustenta as teorias metodológicas de interpretação do Direito, deve-se ter *cum grano salis*, pois a mesma já não pode ser admitida como “razão absoluta” em um mundo repleto de sociedades complexas.

Michel Miaille, ao discorrer criticamente sobre a auto-suficiência e todos os conhecimentos a priori das teorias jurídicas, demonstra a existência de três desafios epistemológicos a serem superados pela ciência jurídica para que esta se constitua como “verdadeira”²⁰. Na linha da presente argumentação cumpre apresentar a denúncia que é realizada acerca do “idealismo profundo das explicações jurídicas”, uma vez que esse “idealismo”²¹ pode ser identificado como uma das causas da desconexão entre as relações sociais e o referente do Direito.

Sendo o idealismo uma corrente filosófica, ganharia espaço no direito de forma bem sutil, uma vez que os juristas não precisam e não costumam assumir uma posição filosófica bem definida²². O idealismo no “mundo jurídico” se apresenta na operação (racionalidade lógico formal) de considerar as noções de direito sempre apresentadas e tratadas fora de um contexto social preciso, como se a lei viesse antes dos fatos sociais, ou seja, a “ciência” jurídica subordina a realidade ao seu “sistema de pensamento”. “Estes mecanismos intelectuais conduzem a resultados desoladores: os fenômenos, por vezes os mais evidentes, perdem-se, enquanto que as idéias se tornam o fundamento da realidade”²³.

A reflexão que fica é se um método que deve ultrapassar mais de vinte etapas, como o proposto por Robert Alexy em sua teoria da argumentação jurídica²⁴, é viável e razoável na medida que exige uma dedicação quase sobre-humana do intérprete/aplicador.

²⁰ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 33-62.

²¹ Idem, p.46.

²² Idem.

²³ Idem, *ibidem*.

²⁴ Toda essa empreitada Alexyana está presente em sua obra: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

Cabe ressaltar que a teoria da argumentação jurídica de Alexy não é a única a ganhar espaço no debate jurídico brasileiro nos últimos tempos, autores como Klaus Günther²⁵, Frederick Shauer²⁶, Richard Posner²⁷ (com seu pragmatismo jurídico), Niklas Luhmann²⁸ e Ronald Dworkin²⁹ se tornaram o marco teórico das mais diversas teses e teorias acerca da interpretação do direito, fazendo com que as lentes americanas e europeias se tornassem a forma ideal de enxergar o Direito no Brasil.

A sensação que se tem, portanto, é que não temos uma cultura jurídica brasileira de interpretação e precisamos por conta disso importar modelos sofisticados que hipoteticamente seriam mais adequados. Sem querer fechar os olhos para o mundo, pois essa também não seria uma alternativa sensata, o fato é que tratamos o tema no Brasil como se Alexy não tivesse nascido na Alemanha, bem como se Shauer e Posner não partissem de uma perspectiva norte americana.

Deste modo, sem desprezar as experiências internacionais acerca da interpretação do direito, sobretudo em matéria de Direitos Humanos, é necessário começar a discutir essa questão à luz da cultura brasileira que sempre se destacou pela capacidade de saber lidar com as diferenças, *i.e.*, pela sua essência sincrética.

Cabem ainda duas honestas preocupações acerca do metodologismo jurídico: será que o “idealismo das explicações jurídicas” como apontado por Miaille, *i.e.*, será que fórmulas quase matemáticas são capazes de resolver problemas jurídicos que cada vez mais se tornam questões morais? Será que o uso dessa postura metodológica é capaz de atingir os maiores interessados nas demandas jurídicas?

²⁵ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. de Leonel Cesarino Pessoa. São Paulo, 2000. (Cadernos de Filosofia Alemã; n. 6a).

²⁶ SHAUER, Frederick. *Las Reglas en Juego*, Madrid, Marcel Pons Ediciones, 2004. No Brasil quem trabalha muito bem as propostas de Shauer é o Professor da PUC/Rio Noel Struchiner. Sobre a abordagem deste autor ver o seu: STRUCHINER, Noel. Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A Dignidade (Contingente) do Formalismo Jurídico. In: Daniel Sarmento. (Org.). Teorias Contemporâneas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

²⁷ Para melhor entender o pragmatismo de Posner, ver o seu: POSNER, Richard A. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, vol.25, nos.1/2, jan. 2004.

²⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

²⁹ Ver por todas as obras do autor *O Império do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Uma derradeira observação deve ser levada em conta: os Juizes “metodologistas” decidem para si e não para a sociedade, esquecendo por completo que são *Agentes* republicanos de uma soberania popular³⁰.

O SINCRETISMO BRASILEIRO: por um modelo honesto de interpretação do direito.

Basta lançar um olhar na cultura brasileira para perceber que a falta de uniformidade é um traço distintivo e valioso de nossa sociedade, ou seja, somos uma cultura marcadamente sincrética.

Sincretismo é uma fusão de doutrinas de diversas origens, seja na esfera das crenças religiosas, seja nas filosóficas e culturais. De fato, o sincretismo está nas raízes da sociedade brasileira e se encontra em grande escala na questão religiosa.

Roberto Motta já disse certa vez que nosso pensamento social consiste numa espécie de brasilodicéia³¹, palavra, segundo o autor, formada a partir de teodicéia, cunhada por Leibniz, em sua Teodicéia: Ensaio sobre a bondade de Deus, a liberdade do homem e a origem do mal, publicada em 1710. Trata-se de justificar a própria existência do Brasil como país que ao mesmo tempo resulta da expansão ultramarina da Europa e apresenta um desenvolvimento bastante diferente dos Estados Unidos. Ora, a forte presença africana no Brasil, tanto racial quanto cultural, representa, sem a menor dúvida, parte essencial do que faz o Brasil ser o Brasil (como diria Roberto da Matta). E a presença cultural africana se manifesta eminentemente pela sobrevivência das religiões africanas, tema prioritário de reflexão praticamente desde o momento em que se pode

³⁰ MALEM SEÑA, Jorge. *El Error Judicial y la Formación de los Jueces*. Barcelona: Gedisa, 2008, p.79 “La constitucionalización del deber que tienen los jueces de motivar las sentencias, al menos en lo que respecta a España, subrayó aún más los fines extraprocesales de las mismas. Con ese paso se dejó clara constancia de que los destinatarios de tales disposiciones jurídicas no sólo eran las partes que intervienen en los procesos y sus patrocinadores legales, sino también los ciudadanos en general, que es donde radica la soberanía popular y de donde se nutre toda la judicatura”.

³¹MOTTA, Roberto. “La sociologie au Brésil”, *Cahiers Internationaux de Sociologie* ,1985, p.p. 109-114

falar, no Brasil, de uma reflexão com caráter mais ou menos antropológico ou sociológico³².

Embora tenha sido considerado ultrapassado dentro das Ciências Sociais, o sincretismo volta ao debate e ainda está presente em algumas esferas do conhecimento, seja do ponto de vista cultural, religioso ou social e agora jurídico, já que o contexto brasileiro nunca pôde nem pode ser considerado puro e tem sido caracterizado pela riqueza de diferentes traços de todas as culturas que abriga. Nesse sentido, o sincretismo pode ser considerado uma forma de apaziguamento que ainda existe e hoje na forma de discurso retorna às discussões nos meios sociais e acadêmicos³³.

A pergunta a ser feita é: onde está escrito e definido que o sincretismo põe em risco a integridade do direito e da justiça? Por que a busca pela verdade no campo do direito é melhor a partir de um modelo fechado e metodológico e não por um modelo aberto às raízes históricas de determinada sociedade?

Lembrando novamente Eros Grau, autor considerado por muitos sincrético, “O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O Direito é um dinamismo”³⁴.

Portanto, o significado dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente, não sendo a interpretação mera dedução dele³⁵, sendo que a pretensão de adequação de teorias alienígenas à realidade brasileira pode se tornar um discurso de dominação ideológica e não de convencimento, uma vez que (como já apontado) as teorias aqui festejadas se tornaram inalcançáveis para a maioria dos operadores do direito e, sobretudo, para a maioria dos cidadãos que fazem e farão uso da máquina judiciária, ou seja, a quem realmente as teorias jurídicas devem se preocupar em atingir³⁶.

³²MOTTA, Roberto. *Etnia, Sincretismo e Desenvolvimento no Pensamento Social Brasileiro*. Disponível em: <http://www.georgezarur.com.br/pagina.php/131>. Acesso realizado em 20.05.2009, às 17:00hr.

³³CARMO, Cláudio Marcio do. *Gêneros, Relações Lexicais E Construções De Sincretismo Em Revistas Impressas Brasileiras*. Disponível em: <http://linguagem.unisul.br/paginas/ensino/pos/linguagem/cd/Port/38.pdf>

³⁴GRAU, Eros, *Ensaio e Discurso...*p.55.

³⁵Aqui não se pode negar que existem casos de mera subsunção e o intérprete deve ser deferente a expressa determinação do legislador, isso quando não restar dúvidas. Um caso simples é prazo recursal, se o enunciado normativo estipula determinado prazo para impetração de um recurso deve este ser obedecido, sob pena de se perder uma ação.

³⁶Poder-se-ia aqui argumentar que o direito precisa ser mantido em grau intelectualmente avançado, uma vez que os advogados estariam preparados para enfrentar tal empreitada. É nesse sentido que Pierre Bourdieu repudia esse argumento como sendo uma espécie de violência simbólica. O termo violência simbólica aparece como eficaz para explicar a adesão dos dominados: dominação imposta pela aceitação das regras, das sanções, a incapacidade de

Se não passarmos a levar a sério às teorias construídas em nosso contexto e continuarmos a valorizar mais o que vem de fora, incorreremos no risco já alertado por Sérgio Buarque de Holanda quando da importação acrítica do projeto positivista ao dizer que “Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe importariam”³⁷. Será que a história está se repetindo?

conhecer as regras de direito ou morais, as práticas lingüísticas e outras. Sobre o tema ver do autor: _. “A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: O poder simbólico. Lisboa: Difel, 1989.

³⁷ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. Cia. Das Letras, 26ª edição, 2008, p. 160.

4. ENTRE RAZÃO E SENTIMENTO: é possível interpretar sem sentir?

Dentre todas as pretensões apresentadas pelas teorias formalistas e metodológicas da interpretação/aplicação do direito, considero como a mais pretensiosa a de colocar o intérprete como uma espécie de “senhor da razão” e quando não seja o caso que ele fique adstrito aos limites do método para que não seja parcial.

Basta ler algumas linhas dessas teorias para que seja feita uma indagação: essas teorias trabalham com pessoas comuns? Dito de outra forma, essas teorias trabalham com Juízes que podemos denominar de “médios”³⁸, sendo que “médio” não é uma qualificação para um Juiz que exerce seu trabalho de forma razoável, mas sim leva em consideração o aspecto humano do mesmo que se depara diariamente com um volume imenso de trabalho e ainda deve conciliar tudo isso com suas aspirações morais, intelectuais e pessoais.

Além da dificuldade técnica e operacional o Juiz enfrenta um constante conflito consigo mesmo, pois como pessoa que é traz uma série de entendimentos e visões que fazem parte do seu cotidiano e saber lidar com as diferenças é um de seus grandes desafios.

Em passagem inspirada Fernando Pessoa já escreveu sobre a dificuldade que é tentar entender as complexidades humanas, assim disse:

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado . Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade³⁹.

³⁸ Sobre teorias que devem levar em consideração o Juiz médio ver: SUNSTEIN, Cass. R. e VERMEULE, Adrian. *Intepretation and institution*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em 15.05.2009, às 15:00hr.

³⁹ Este trecho é citado por Roberto DaMatta na epígrafe do seu “Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro, Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 6º edição, 2006. Cabe

Essa advertência nos leva a questionar a pretensão de imparcialidade e de racionalidade com que trabalham os metodologistas. Segundo o neurologista Antonio Damásio, considerado um especialista a nível mundial nesta matéria, as emoções são onipresentes, isto é, acontecem em todos os seres humanos de todas as idades, condições e culturas. Para ele, as emoções e sentimentos são de natureza diferente; as emoções associam-se a alterações fisiológicas, enquanto os sentimentos se associam à consciência dessas alterações, ou seja, as emoções levam ao sentimento. O sentimento é portanto, a consciência ou experiência do que está a ocorrer no organismo no momento da emoção. Os sentimentos são estados voltados para o nosso interior, são privados, as emoções são observáveis e visíveis pelos outros. Sabemos que os nossos afetos se exprimem através das emoções. Os afetos ligam-nos às pessoas e às coisas; a isto damos o nome de valor afetivo. Assim, para o Professor português, quando temos que tomar uma decisão: (i) temos que ter conhecimento da situação; (ii) temos que conhecer as diferentes opções de ação; (iii) temos que conhecer as conseqüências de cada opção no presente e no futuro⁴⁰.

Perante este cenário ficamos com a idéia que é à razão que cabe resolver toda esta situação. No entanto, Damásio mostrou ao mundo que esta situação é, não só, um caso de raciocínio, mas também um caso emocional.

Neste sentido a emoção bem dirigida parece ser o sistema de apoio sem o qual o edifício da razão não pode funcionar eficazmente. Podemos concluir que as emoções são indispensáveis nas nossas tomadas de decisão.

Sustenta o cientista que a ausência da emoção e dos sentimentos pode afetar a racionalidade, assim assevera:

[...] os níveis inferiores do edifício neural da razão são os mesmos que regulam o processamento das emoções e dos sentimentos [...]. Esses níveis inferiores mantêm relações diretas e mútuas com o corpo propriamente dito, integrando-o desse modo na cadeia de operações que permite os mais altos vãos em termos da razão e da criatividade⁴¹

ressaltar que essa passagem é uma de tantas pérolas ditas por PESSOA e que por isso não está em nenhuma de suas obras.

⁴⁰ DAMÁSIO, A. R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p.p197 – 236.

⁴¹ DAMÁSIO, A. R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano...* p. 233.

Nada obstante, o consagrado pensador Asladir MacIntyre em sua famosa obra “Depois da Virtude”, também problematiza a pretensão de racionalidade de algumas teorias - sobretudo em discussões morais - e se apóia na corrente de pensadores denominada de sentimentalistas para chegar há algumas conclusões a seguir exploradas.

Inicialmente aponta que não “é só nas discussões morais com outrem que nos reduzimos tão rapidamente a afirmações e contra-afirmações; também é nas discussões que travamos dentro de nós mesmos”⁴². Nesse sentido, não podemos afastar do debate o fato dos tomadores de decisão (no nosso caso são os Juízes) estarem sempre influenciados por sua pré-compreensão dos casos jurídicos, sobretudo quando esses envolvam aspectos morais próximos à sua realidade⁴³. Dessa forma, “[...] sempre que alguém entra no foro do debate público é provável que já tenha resolvido a questão, explícita ou implicitamente, na própria cabeça”⁴⁴.

Esses modelos – os metodológicos - se fazem passar por “argumentações racionais impessoais e, assim, costumam ser apresentadas de maneira apropriada a essa impessoalidade”⁴⁵. Tal afirmação é perigosa e não leva em consideração uma série de fatores, dentre eles os diversos ambientes de tomada de decisão.

Outro ponto não menos importante ressaltado por MacIntyre é o uso de citação de nomes, uso que pode nos levar a “subestimar a complexidade da história e da linhagem de tais argumentações; e pode levar-nos a procurar somente essa história e essa linhagem nos escritos de filósofos e teóricos”⁴⁶. Deve-se observar que a noção de pluralismo é muito

⁴² MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude: um estudo de teoria moral*. Bauru/SP: EDUSC, 2001, p.25.

⁴³ É em linha similar a posição de Martin Heidegger. Nesse sentido ver HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Vozes, 1988, I, pág. 207. “A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições. (...) Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”.

⁴⁴ MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude...*, p.25.

⁴⁵ MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude...*, p.25. Para demonstrar a relativização do significado de racionalidade e razão, busca o pensador demonstrar como esses significados podem variar de acordo com os contextos e relações em ambientes decisórios. Asladir imagina uma ordem a alguém para “fazer algo”, a pessoa a quem é dirigida à ordem responde: “Por que devo fazer isso? O autor da ordem responde: por que eu quero! Nesse caso não se dá razão alguma! Mas se for um oficial da polícia, ou se a ordem é dirigida a alguém que ame a pessoa que deu a ordem, etc. Quando se diz “por que quero”, lhe dei alguma razão, mesmo que insuficiente, demonstrando a dependência do contexto pessoal da declaração.

⁴⁶ Idem, p.28.

imprecisa, pois pode ser empregada a um diálogo ordenado de opiniões , tanto quanto em uma mistura desarmônica de fragmentos mal-organizados⁴⁷.

A abstração do meio social do qual os filósofos viveram e pensaram concedendo uma falsa independência do resto da cultura é uma ferramenta que deve ser utilizada com muita prudência, pois assim Kant deixa de fazer parte da história da Prússia, Hume já não é mais escocês, etc⁴⁸.

No terreno do *fato existente* existem critérios racionais por meio dos quais podemos chegar a um acordo, mas os juízos morais por serem expressões de atitudes e sentimentos, não são nem verdadeiros nem falsos, e não se chega a um acordo por meio de um método racional, pois não existe nenhum!⁴⁹

Então as discordâncias morais podem realmente ser resolvidas? Toda argumentação moral e valorativa é e tem sempre de ser interminável? Qual será a resposta para essas perguntas? Seria uma alternativa admitir que toda discordância moral é racionalmente interminável?

Neste trabalho optamos pela última opção, uma vez que esta reconhece o caráter sempre temporário e relativo das decisões morais, pois são as mesmas fruto não só dos sentimentos e atitudes dos individuais, mas também servem para produzir tais resultados perante outras pessoas⁵⁰.

⁴⁷ MACINTYRE, Asladir. *Depois da Virtude...*, p.28.

⁴⁸ Idem, p.29

⁴⁹ Idem, p.30.

⁵⁰ Idem, p.31.

5. NOTA FINAL: por um modelo razoável de interpretação jurídica.

Até aqui o foco deste trabalho foi o de relativizar a pretensão de racionalidade das teorias que aqui denominei de metodológicas⁵¹. Como já dito, não seria pretensão nessas breves linhas discorrer detalhadamente sobre as etapas e fórmulas defendidas por essa postura interpretativa. O objetivo perseguido desde o início foi o de lançar um olhar crítico sobre a pretensão “objetividade” e “imparcialidade” que essas teorias de propõe a sustentar.

As linhas que se seguem darão mais ênfase ao aplicador/intérprete do direito em detrimento ao método, pois partimos de uma premissa que sendo os Juízes bem intencionados e preparados para a realização da justiça, o método não importará para a tomada de decisão. Pode parecer pouco o que será proposto, mas antes sustentar uma idéia “média” e próxima das possibilidades institucionais e éticas, do que se perder no campo da contrafaticidade e esquecer que a vida é feita de gente.

O ponto de partida é o entendimento – por parte do aplicador/intérprete – da natureza e do contexto do empreendimento jurídico do qual faz parte⁵². Nessa linha, a reflexividade é imprescindível na práxis decisória, pois esta é o “processo mediante o qual a ação de perguntar se volta para aquele que pergunta ou para as convenções da tradição na qual o questionamento ocorre, em uma tentativa de tornar-se mais consciente de si mesmo”⁵³.

Em busca de uma *moralidade de aspiração* as teorias jurídicas não podem mais ser pensadas de forma simples (o que não significa a adoção de modelos sofisticados), devendo o direito ser colocado em contextos sociais próprios para ser devidamente compreendido. A busca pela transparência dos modelos a serem adotados deve expor

⁵¹ Quero deixar claro que não incluo aqui a posição de Ronald Dworkin.

⁵² Deve-se louvar a postura do Conselho Nacional de Justiça ao exigir dos candidatos em concurso para magistratura conhecimentos “externos” ao conhecimento jurídico tradicional. Não se trata de desinteresse e menosprezo pelo conhecimento jurídico tradicional, que é e deve continuar sendo o pilar dos profissionais da área, sobretudo os Juízes. Mas tal postura não fecha os olhos para uma realidade latente, isto é, que o direito em virtude da complexidade das sociedades atuais, cada vez mais apresenta “desacordos morais” perante o Judiciário, sendo que este deve estar pronto para se posicionar diante de tais desacordos. Sobre resolução do CNJ acessar: http://www.cnj.jus.br/images/resolucao_concursos.pdf

⁵³ MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad . Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.2.

nossas construções sociais para que assim possamos nos tornar plenamente conscientes de nossas opções.

De fato, a ciência social não é tão somente uma questão de descrição, sendo também interpretativa, pois a interpretação e a hermenêutica são inevitáveis.

Quando o homem se dá conta do desencanto do mundo (Weber) e de que o mesmo não tem sentido objetivo, passa a compreender que lhe compete criar uma objetividade para o sentido, bem como interligar sentido e realidade, ele passa a aceitar a ciência social como um projeto humano.

Na *era dos pluralismos* deve a interpretação e a argumentação jurídica estar em sintonia moral com as práticas sociais existentes. A interpretação/aplicação do direito encarna compromissos, convicções e integridade, devendo o intérprete sempre se orientar por meio de uma idéia de transparência e de estado de direito.

A idéia de agente jurídico sério é o mínimo que se pode exigir de um aplicador – sobretudo de uma Corte Suprema –, isto é, ele deve realmente acreditar na sua decisão, utilizando sabedoria, paciência, transparência e perspicácia.

No entanto, cumpre ressaltar que os juízes não podem exercer um poder discricionário descontrolado ao decidirem qualquer caso, mesmo quando parecer não haver regras jurídicas. Nos casos “difíceis” eles devem se pautar pela moralidade política mais ampla do sistema jurídico, protegendo, sobretudo, os Direitos Fundamentais eleitos pela sociedade (comunidade) da qual fazem parte⁵⁴.

Alguns exemplos negativos no Brasil dados no Supremo Tribunal Federal merecem ser lembrados⁵⁵. A primeira delas é de um ex-Ministro que há alguns anos atrás era conhecido e reconhecido como “líder do governo no Supremo”, que é Nelson Jobim⁵⁶. Quem não se lembra das sucessivas reuniões nas manhãs de Brasília entre este Ministro e o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, fatos amplamente divulgados pela imprensa no fim da década de noventa. O irônico é que ele se tornou figura importante no Governo Lula, sendo um dos Ministros de Estado mais próximos do Presidente.

⁵⁴ Aqui há uma nítida aproximação de minhas idéias com as de Ronald Dworkin. Deixo, porém, em aberto, quais seriam as características da sociedade brasileira. O que posso afirmar com certa tranquilidade é que não somos uma comunidade liberal!

⁵⁵ Vale lembrar que em recente relatório elaborado pela anistia internacional o Brasil mereceu destaque negativo no que diz respeito ao cotidiano da prática judicial. Palavras como corrupção no Judiciário foram utilizadas para descrever o atual momento deste Poder no Brasil. O relatório está disponível em: <http://thereport.amnesty.org/en/download>

⁵⁶ Jobim vem sendo considerado dessa forma desde o governo Fernando Henrique, ou seja, não importa quem esteja no governo, ele continua a atuar como político.

O mesmo Ministro por diversas vezes participou de retenção de autos, principalmente quando havia interesse do Executivo no retardamento da decisão. É oportuno lembrar que Jobim foi Deputado e o que fazia no Supremo era utilizar táticas parlamentares. Uma delas é sem dúvida a prática da obstrução, ou seja, quando uma decisão da Corte pode atrapalhar o Executivo, o Ministro pedia vista dos autos e depois não os devolvia, impedindo a decisão.

Um fato emblemático sobre a passagem de Jobim pelo Supremo é o caso envolvendo a questão da substituição processual, numa hipótese onde os sindicatos poderiam ir a juízo representando seus associados. Era uma questão de grande relevo social, no entanto, argumentou-se que isso não convinha ao governo, bem como aos grandes empresários, pois os operários, valendo-se dos sindicatos, teriam o atrevimento de freqüentemente ir aos tribunais para reclamarem seus direitos (uma nítida demonstração da superioridade do poder econômico sobre o direito). Esse comportamento do Ministro Jobim, e não é só nesse caso, pois ele era considerado o campeão de retenções de autos, impedia o Supremo de julgar. Isso, levado a rigor, seria considerado improbidade administrativa, no mínimo. Sem contar uma de suas últimas aparições, onde declarava com ar de tranqüilidade que o artigo da Constituição que trata da separação de Poderes (art 2º, CF), fora colocado no texto constitucional após os trabalhos da Constituinte de 88.⁵⁷

⁵⁷ Sobre o tema, veja a manifestação do respeitado jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, na qual ele pede pelo impeachment do Ministro Nelson Jobim: “No **Migalhas** de hoje volta a haver uma referência a inclusões na Constituição efetuadas sem passar pelo regular processo constituinte. É literalmente espantoso que um assunto de tal gravidade comece a dar mostras de declínio na imprensa antes mesmo de se desencadear aqueles que seriam seus naturais desdobramentos. Causa autêntico estupor que um Ministro do Supremo Tribunal Federal, cargo para o qual se requer ilibada reputação, declare que incorreu ou participou de uma fraude à Constituição. Por muito menos um senador da República teve que renunciar... E o estarecimento aumenta ao verificar que o Ministro declinou publicamente, sem o menor constrangimento - como se fora uma "travessura", uma "façanha" juvenil que se conta em roda de amigos - haver praticado ato de tal gravidade. Talvez, o mais incrível no episódio e que revela o quanto a Cidadania brasileira pode ser achincalhada sem reboços, de modo explícito, por alguém que será ou seria o próximo Presidente da mais alta Corte de Justiça do País, é que o mesmo Ministro deixou para revelar em livro outra inclusão inconstitucional na Constituição, como se o que contou fosse apenas um "trailer" ou um "comercial. Nem ao menos perceber a seriedade disto tudo é revelar insensibilidade incompatível com a importância do cargo que exerce. (...) Considero fora de dúvida que o Ministro Jobim incorreu em atitude ensejadora de "**impeachment**", por falta de decoro (art. 39, 5, da lei nº 1.079, de 10.04.50, que regula os crimes de responsabilidade). O fato de só hoje ser sabido que nela incidiu, não infirma o fato de que não preenchia o atributo constitucional de reputação ilibada quando foi indicado para o STF e este conhecimento tardio não vale como isenção do requisito, ao que se alia a circunstância de que também é falta de decoro dar, na atualidade, a espetacular declaração que deu como se estivesse a

Outro fato interessante ocorreu com o Ministro Eros Grau. O caso relativo à taxaço dos inativos, que por coincidência existia um grande interesse do Executivo no resultado, foi julgado favoravelmente por Eros meses depois dele ter se manifestado por parecer contrário à taxaço. Nada demais se o referido Ministro não exercesse influência acadêmica no meio jurídico por conta de suas importantes obras jurídicas. Nesse sentido veja o trecho de um artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, de 22 de agosto de 2004:

Desfez-se a expectativa, aqui anotada, sobre o voto do recém empossado Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, quanto ao desconto de previdência nas aposentadorias do funcionalismo. Como advogado e jurista, Eros Grau foi autor de recente parecer contrário à taxaço previdenciária dos inativos, por considera-la, inconstitucional. Como recém nomeado por Lula para o STF, aí votou pela cobrança.(grifo nosso)

Eros Grau cobrou, a uma associação de professores, R\$ 35 mil pelo parecer. Pelo seu voto governista, como ministro estará recebendo, neste mês, a metade de seu preço como parecerista. Eros Grau ficou de fato muito mais barato.

Finda uma, surgiu outra expectativa, sem promessa de solução próxima. O político-Juiz Nelson Jobim votou, claro, com o governo, sob o poderoso argumento de que derrubar a nova taxaço dos inativos causaria “extraordinário rombo” nas contas governamentais. Causar, não causaria, porque o rombo já existe. E agora se trata de saber o seguinte: Ministro do Supremo lida com contabilidade ou com Direito, Constituição e Justiça?”

Portanto, esse tipo de postura não pode e não deve ser aceita pela comunidade, seja por um Ministro de uma Suprema Corte ou por um Juiz de primeira Instância, todos eles devem respeito sociedade e não podem fazer de suas convicções “mercadorias” que entram ou saem do mercado de acordo com o jogo. Não significa dizer que o intérprete não pode mudar de idéia, mas essa mudança traz um ônus argumentativo e moral que deve ser razoavelmente aceito pelo contexto moral, social e jurídico⁵⁸.

referir coisa de somenos e que em nada deporia contra a lisura e seriedade do ato constituinte”. (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mig.aspx?cod=2865>)

⁵⁸ Vale uma observação neste ponto: nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal melhorou consideravelmente em qualidade, chegando próximo de desempenhar o papel de guardião da Constituição e de Corte Superior, papel que ainda não vinha desempenhando de forma substancial. Nesse sentido, é interessante observar a opinião de WILLIS SANTIAGO GUERRA

Pode parecer fraca essa sugestão frente às sofisticadas idéias propostas pelas teorias metodológicas. Todavia, o receio que se aspira aqui demonstrar é que uma vez utilizado o método para a tomada de decisão, poderá o aplicador, mesmo com uma decisão que não se acomode na prática política e moral de uma sociedade, apresentar sua decisão como racionalmente correta (mas substancialmente perigosa). Assim, o método acabaria sendo mais importante que o Direito!

Antes uma teoria simples, mas socialmente adequada e honesta, do que uma teoria criada por lentes européias e americanas que pouco tem a nos dizer, fazendo com que coloquemos as “idéias fora do lugar”⁵⁹.

FILHO: “em um Estado Democrático de Direito, à chamada *Corte Constitucional*, enquanto órgão diferenciado da estrutura do judiciário e plenamente independente também diante dos demais poderes estatais, integrado por membros com as melhores qualificações para exercer a atribuição, a um só tempo política e jurídica, de velar pela realização do texto constitucional. A falta de semelhante órgão judicante pode ser apontado como maior defeito de nosso sistema jurídico-político, pois o STF não corresponde minimamente a esse perfil, defeito esse que, mais do que qualquer outro, deveria sanar-se com uma reforma constitucional.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito Aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. 2º edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2002. pág 105)

⁵⁹ Quem trabalha muito bem o processo de importação descontextualizada de idéias para o Brasil é o autor Roberto Shwarz em seu *Cultura e política*, São Paulo: Paz e Terra, 2009, p.p 59 – 84.

6. Conclusões

A interpretação do direito nos últimos anos se tornou um dos principais temas da ciência jurídica. Conseqüência disso, diversas foram as teorias que surgiram com o afã de se tornarem capazes de solucionar os problemas da “incoerência” e da “subjetividade” que supostamente existe no procedimento interpretativo.

De fato, as teorias que aqui denominamos de metodológicas conquistaram as mentes de grandes pensadores brasileiros, tornando-se o ponto de partida para qualquer empreitada hermenêutica no campo do direito.

Dessa forma, passamos a “viver a vida dos outros” e nos acomodamos em pensar e criar uma teoria brasileira de interpretação jurídica⁶⁰, repetindo um vício antigo de colocar as idéias fora do lugar⁶¹.

O sincretismo é antes uma característica brasileira e não um defeito como apontado por Virgílio Afonso da Silva. A utilização dos diversos métodos existentes só tem a somar e auxiliar o intérprete na tomada de decisão.

Não precisa ir muito longe para demonstrar que a formalidade ou formalismo nunca foi um empecilho para o famoso “jeitinho na cultura jurídica brasileira”⁶², o que nos leva a concluir que a metodologia pode servir também como escamoteadora de posições ilegítimas. Assim, quando houver questionamentos sobre a substancialidade da decisão o

⁶⁰ Aqui destacamos alguns poucos que tentam pensar uma teoria atenta às necessidades brasileiras, dentre eles destaco o Professor Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos com um modelo de ponderação viável às características institucionais brasileiras e Eros Grau que consegue expor muito bem um leque variado sobre possibilidades interpretativas (embora tenha tomado uma postura, a nosso sentir, infeliz no caso aqui citado sobre a taxaço dos inativos da previdência).

⁶¹ SHWARZ, Roberto, *Cultura e política*...p.71 “Assim, posto de parte o raciocínio sobre as causas, resta na experiência aquele “desconcerto” que foi o nosso ponto de partida: a sensação que o Brasil dá de dualismo e factício – contrastes rebarbativos, desproporções, disparates, - anacronismos, contradições, conciliações e o que for – combinações que o Modernismo, o Tropicalismo e a Economia Política nos ensinaram a considerar”

⁶² ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. A obra do professor americano Keith Rosenn merece um destaque especial neste ponto. Diz o autor que “[...] A distância entre o direito escrito e a sua aplicação prática faz do “jeito” uma instituição paralegal altamente cotada, uma parte integrante da cultura jurídica brasileira, a ponto de, em muitas áreas do direito, constituir a regra” p.p 12-13.

intérprete autêntico (Kelsen) argumentará dizendo que o método foi efetivamente observado e por conta disso sua decisão é a correta (isso pode se dar com o uso da proporcionalidade por exemplo). Portanto, o subjetivismo estará sempre presente quando existir uma tomada de decisão no campo do direito e a alternativa viável é exigir do aplicador/intérprete uma postura transparente⁶³, fundada na moralidade crítica e jurídica de seu contexto social, coerente com suas posições anteriores, clara em sentido⁶⁴ e que prestigie sempre os Direitos Fundamentais de uma sociedade, sobretudo os valores da igualdade e da liberdade.

Devemos, portanto, dar um passo para trás e repensar tudo o que vem sendo trabalhado em termos de interpretação do direito no Brasil. Não significa um retrocesso, mas tão somente uma atitude humilde de reconhecer que estamos indo longe demais nas metodologias de interpretação, tornando o campo do direito um ambiente de explicações intermináveis e inalcançáveis para boa parte dos operados do direito, embora a maioria não tenha interesse em admitir.

Termino com uma passagem de Schwars ao relatar a transformação arquitetônica pela qual o Brasil passava no Século XIX:

Sobre as paredes de terra, erguidas por escravos, pregavam-se papéis decorativos europeus ou aplicavam-se pinturas, de forma a criar a ilusão de um ambiente novo, como os interiores das residências dos países em industrialização. Em certos exemplos, o fingimento atingia o absurdo: pintavam-se motivos arquitetônicos greco-romanos – pilastras, arquivoltas, colunatas, frisas etc. – com perfeição de perspectiva e sombreamento, sugerindo uma ambientação neoclássica jamais realizável com as técnicas e materiais disponíveis na época⁶⁵

Pode parecer uma analogia incabível a que aqui farei, mas tenho uma sensação constante que sobre nossas paredes de terra (nossa interpretação), estamos pregando papéis decorativos (os modelos americano e alemão) e imitando um estilo que não é nosso e nada tem haver conosco, sugerindo uma ambientação que não é realizável diante das técnicas e das capacidades institucionais disponíveis nesta quadra da história.

⁶³ Tenho como exemplo negativo o Ministro Gilmar Mendes ao fazer diversas citações em alemão em suas decisões, o que nos parece um “escudo” e uma erudição vazia.

⁶⁴ Ver sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. *Revolução da Brevidade* Revista Jurídica Consulex, v. 279, p. 66, 2008.

⁶⁵ SHWARZ, Roberto, *Cultura e política...*p.73.

Abandonamos o Juiz que deveria somente reproduzir a letra da lei pelo Juiz espetacular e esquecemos de buscar um “meio termo”, o que definitivamente não é razoável.