

# A RELAÇÃO “TEXTO E NORMA” E A ALOGRAFIA DO DIREITO

*THE RELATIONSHIP BETWEEN “TEXT AND NORM” AND THE ALLOGRAPHY OF LAW*

*LA RELACIÓN “TEXTO Y NORMA” Y LA ALOGRAFÍA DEL DERECHO*

**Lenio Luiz Streck<sup>1</sup>**

**Resumo:** O direito sofre uma crise paradigmática, marcada pela tomada do sentido do que é interpretar por um senso comum teórico (Warat) ocultador. As viragens realizadas pela filosofia nos últimos séculos não podem ficar de fora do modo como observamos o direito, tornando obrigatória uma nova leitura sobre a relação entre texto e norma. Se para a dogmática jurídica ambos os termos estão “colados”, a partir da recepção da filosofia de Gadamer por Friedrich Müller, mostramos que ambos são na verdade duas faces de um fenômeno, como Heidegger mostrou, na filosofia, a diferença entre ser e ente. Somente assim é que entendemos possível a superação do exegetismo e do voluntarismo na dogmática jurídica atual, refém de uma falta de filosofia que mantém a teoria do direito presa entre estes dois paradigmas.

**Palavras chave:** Filosofia. Friedrich Müller. Pós-positivismo. Positivismo jurídico.

---

1 Professor titular da UNISINOS e UNESA; Doutor e Pós-Doutor em Direito; Procurador de Justiça-RS.

**Abstract:** Law is suffering a crisis of paradigms, as interpretation has had its meaning stolen by what we call a theoretical common sense (Warat). The turns of philosophy in recent centuries cannot be disconnected from the way we understand the law, necessitating a new reading of the relationship between text and norm. While for the legal dogma, both terms have the same meaning, since Friedrich Müller's reception of Gadamer's philosophy, one may argue that both are different sides of the same phenomenon, as Heidegger showed, in philosophy, the difference between being and entity. Only in this way is it possible to understand as possible the overcoming of exegetism or voluntarism in the current legal dogma, which is prisoner to a lack of philosophy that keeps law stuck between these paradigms.

**Keywords:** Philosophy. Freidrich Müller. Legal positivism. Post-positivism.

**Resumen:** El Derecho sufre una crisis paradigmática, marcada por la toma de sentido de lo que es interpretar a través de un sentido común teórico (Warat) ocultador. Los cambios de dirección realizados por la filosofía en los últimos siglos no pueden ser excluidos del modo en que observamos el Derecho, volviendo obligatoria una nueva lectura sobre la relación entre texto y norma. Si para la dogmática jurídica ambos términos están "pegados", a partir de la recepción de la filosofía de Gadamer por Friedrich Müller mostramos que ambos son en verdad dos facetas de un mismo fenómeno, como Heidegger mostró en la filosofía la diferencia entre ser y ente. Solo así entendemos como posible la superación del exegetismo y del voluntarismo en la dogmática jurídica actual, prisionera de una falta de filosofía que mantiene a la teoría del Derecho presa entre estos dos paradigmas.

**Palabras clave:** Filosofía. Friedrich Müller. Pospositivismo. Positivismo jurídico.

# 1. DIREITO E LEI: A COMPLEXIDADE DESSA RELAÇÃO E POR QUE O DIREITO NECESSITA DE UM *MEDIUM INTERPRETANDUM*

Como superar a crise paradigmática que atravessa o Direito? De que maneira podemos superar os resquícios do senso comum teórico?<sup>1</sup> A que devemos debitar esse processo de “coagulação dos sentidos jurídicos”? Essas perguntas deveriam estar na ordem do dia escritas na lousa das salas de aula dos cursos jurídicos de *terrae brasilis*.

De há muito tenho buscado a explicação para essa crise. Nas idas e vindas de minhas investigações, há um ponto que pode ser considerado como o de “estofo”, em que confluem os diversos caudais doutrinário-jurisprudenciais: trata-se do modo como a teoria do direito tem compreendido a viragem do fenômeno do positivismo exegético para as novas formas de ir-além-do-velho-formalismo, que dominou as práticas jusfilosóficas desde o século XIX.

As respostas a tais questionamentos são tarefa da teoria do direito. Este é ponto central da reflexão jurídica: a necessidade de uma teorização, que decorre do caráter alográfico do direito, como diz Eros Roberto Grau.<sup>2</sup> Isto quer dizer que o direito necessita de um *medium interpretandi*. Para ser mais claro: sem teoria, não há direito. Não é qualquer pessoa que pode ou que sabe interpretar a lei. Mesmo que um dispositivo legal esteja formulado na mais simples linguagem ordinária,<sup>3</sup> ainda assim a sua interpretação não pode ser feita afastada daquilo

1 Senso comum teórico é utilizado no sentido desenvolvido por Luis Alberto Warat.

2 Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.

3 Aqui é necessário remeter o leitor à discussão acerca do surgimento do neopositivismo lógico, no início do século XX. Os filósofos – e só depois essa questão chegou no direito – estavam preocupados com a linguagem da ciência. Para eles, a linguagem ordinária era insuficiente para traduzir o que a ciência queria. A ambiguidade e a vagueza (vejam como tardiamente os juristas “descobriram” isso) poderiam obstaculizar os enunciados científicos. Consequentemente, propuseram a construção de uma linguagem técnica, lógica. A partir da sintaxe e da semântica – excluindo, portanto, a pragmática –, nasceu o neopositivismo lógico ou empirismo contemporâneo. Mas, para isso, sugiro a leitura de Streck, L.L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise* (11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011), assim

que podemos chamar de campo jurídico.<sup>4</sup>

As palavras da lei somente adquirem significado a partir de uma teorização, que já sempre ocorre em face de um mundo concreto. Do mesmo modo, as palavras no nosso cotidiano também só têm sentido a partir de um contexto e de uma tradição (ou, para usar a terminologia hermenêutica, de um a prior compartilhado). Ou seja, é a teoria que é a condição de possibilidade desse “dar sentido”. Esse sentido “exsurge” de uma fusão de horizontes (*Horizontverschmelzung*).<sup>5</sup> Não há um “sentido evidente” (ou imanente). As palavras da lei não contêm um “sentido em si”. Os sofistas foram os primeiros a perceber que entre palavras e coisas não há uma imanência. Isso pode ser visto no primeiro grande livro sobre filosofia da linguagem, *Crátilo*, de Platão. O poder da cisão entre palavras e coisas, entre palavras e o sentido “em si”, pode ser visto na influência que os sofistas tiveram nas tragédias gregas, valendo citar *As Troianas*, de Eurípedes. Ali, o sentido da (palavra) guerra se altera profundamente. A guerra não é mais algo épico, heroico. A guerra, nas *Troianas*, é vista pelo olhar feminino. O extremo sofrimento. As mulheres troianas (vencidas) feitas prisioneiras-escravas. Veja-se a eloquência com que Eurípedes relata a tragédia das mulheres na guerra. A rainha Hécuba, lamentando a morte de seu neto Antiânax, filho de Heitor, atirado do alto de um edifício para morrer espatifado. A criança é a ela entregue sobre o escudo de Heitor: “Pousai no chão o escudo de meu filho, guardas! Ah! Como seus adornos são agora tristes E sem encantos para os meus olhos! Hécuba (lamento ao receber o corpo do neto)”. Hécuba (na cena final, em meio ao incêndio de Tróia): “Membros meus muito frágeis! Levai-me, conduzi-me na marcha forçada. Começemos a triste jornada até nosso cruel cativo”. Definitivamente, o sentido da palavra guerra mudara...!

Um exemplo de Paulo Barros de Carvalho ajuda a compreender melhor essa questão: se uma lei diz que três pessoas disputarão uma cadeira no senado da República, nem de longe se pode pensar que três pessoas disputarão o móvel

---

como a literatura ali citada, como os textos de Luis Alberto Warat e Leonel Severo Rocha.

4 Campo jurídico pode também ser entendido como “imaginário” dos juristas. É o modo como os jogadores do jogo jurídico se localizam e pensam o jogo a partir do próprio jogo, cujas regras estão pré-fixadas, assim como o seu modo de interpretação. Remeto assim à introdução de *Hermenêutica Jurídica em Crise*, op. cit.

5 Nesse sentido, ver Streck, **Hermenêutica Jurídica**, op.cit.

(cadeira) do Senado. Não fosse assim e o marceneiro poderia ser jurista, muito embora a recíproca possa ser verdadeira...!

Procurando ser mais claro: se a interpretação/aplicação – porque interpretar é aplicar (*applicatio*) – fosse uma “questão de sintaxe” (análise sintática), um bom linguista ou professor de português seria o melhor jurista. Seria o império dos “conceitos” sem coisas. Só que as coisas (fatos, textos, fenômenos em geral) não existem sem conceitos (ou nomes).

Diante disso, Eros Grau vai dizer que:

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e a aplicação; não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a ia só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superpondo-se.<sup>6</sup>

Aliás, se não se compreender o direito a partir de uma adequada teoria, pode-se sempre cair em armadilhas, tanto ligadas a uma perspectiva objetivista como a uma perspectiva subjetivista (no sentido filosófico dessas palavras). Há um equívoco nas duas posições, como venho insistindo em dizer há tantos anos. Vejamos o exemplo do conceito de contrato. A tradição especifica que “o contrato é um acordo estabelecido por duas ou mais pessoas com capacidade jurídica para praticar os atos da vida civil, com forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável”. Isso quer dizer que um menino de dez anos não pode comprar um saco de pipoca? Claro que pode e isto porque o conceito não abarca todas as hipóteses de aplicação. Isso acontece com o conjunto das palavras que compõe o universo da legislação. Elas não esgotam a realidade. Na palavra “Nilo” não está a água do Rio Nilo e nem na palavra “rosa” está o seu perfume...! A palavra “borboleta” não tem asas (permito-me fazer esta ironia). A palavra água não molha... e não pinga!

Do mesmo modo, o tipo penal “subtrair coisa alheia móvel” não contém a “essência” do significado do furto. Há milhões de hipóteses de furto. A “regra” “subtrair” não consegue “dar conta” da complexidade do ato de subtrair. No

6 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

enunciado “constranger mulher a praticar sexo” não está contida a “essência da estuprez”. Tampouco o enunciado “não compete ao STF conhecer de ‘habeas corpus’ impetrado contra decisão do relator que, em ‘habeas corpus’ requerido a tribunal superior, indefere a liminar” (Súmula 691) contém todas as hipóteses aplicativas, bastando, para tanto, ver como o próprio Supremo Tribunal Federal confessa isso ao suplantar o nível meramente sintático-semântico do referido enunciado sumular, ao conceder liberdade a Paulo Maluf e seu filho.

Outro exemplo pode melhorar o nosso entendimento. Trata-se do clássico exemplo de Recaséns Siches, que vou aqui tornar mais complexo. Se há uma lei que proíbe que levemos cães na plataforma do trem, a pergunta que se põe é: seria possível levar um urso? Afinal, apenas os cães estão proibidos... O que não é proibido está permitido... Ocorre que a palavra “cães” não esgota o sentido da regra. Neste caso, a partir da reconstrução da história institucional do direito pelo “método hermenêutico”,<sup>7</sup> chegamos à conclusão de que, onde está escrito cães, devemos ler “animais perigosos”, isto é, os animais que podem colocar em risco os passageiros. Ainda, assim, a reconstrução institucional deve continuar. Afinal, que tipo de animal está proibido? O que seria um animal perigoso? Quem define essas “coisas” (animais) que devem se compatibilizar com o conceito de “perigosos”? É o juiz? É ele quem escolhe, de forma discricionária (arbitrária)? Ou ele consultará um dicionário? Há uma listagem de animais perigosos à disposição na literatura jurídica (ou não jurídica)? E, se houvesse tal lexicografia, o conceito de “animal perigoso” estaria condizente com o contexto de aplicação (caso concreto), isto é, “a plataforma de um trem”? Afinal, um conceito “abstrato” de “animais perigosos” pode ser aplicado à selva ou ao interior de uma escola, mas não a uma plataforma de trem, pois não?

E, atenção: nem mesmo a palavra “cães” segura o “seu próprio sentido”, uma vez que não poderíamos aplicar a proibição a um cego levando o seu cão guia (o que parece óbvio). E assim por diante. Se a *holding* está assentada em “animais perigosos”, todo tipo de cão não perigoso não estaríamos fora da proibição da regra? Vejamos, desde já – problemática que voltarei mais adiante –, a questão

<sup>7</sup> O que é o método hermenêutico? Para isso, remeto o leitor, mais uma vez, ao meu **Her-  
menêutica Jurídica e(m) crise** (Livraria do Advogado, 2011) na Introdução, onde explico essa “metodologia”.

da relação “texto-norma”. Mais do que isso, estamos diante da necessidade de uma teoria da decisão. Como se decidem os casos, eis a questão que procuro responder em *Verdade e Consenso*.<sup>8</sup>

Na especificidade do exemplo de Siches, se a resposta fosse simplesmente “sim, pode levar um urso”, estaríamos em face de uma decisão “raso-positivista-exegética” (positivismo primitivo). Já se a resposta fosse “não”, porque onde está escrito cães, leríamos “animais perigosos”, em tese estaríamos em face de uma análise pós-positivista, isto é, uma análise que superaria o positivismo exegético. Entretanto, o final da história, isto é, a resposta acerca de como poderia ser classificada a segunda resposta advirá do tipo de decisão. Se for discricionária a resposta, sem uma reconstrução da história institucional do direito, poderemos estar em face de uma resposta positivista do tipo pós-exegético-voluntarista.

Isso quer dizer que a interpretação da lei não pode se limitar à lei (à súmula ou ao “verbete”). Mas atenção: ao ir “além” da lei, cresce o grau de complexidade. É neste ponto que muitos juristas pensam que, pelo simples fato de superarem o positivismo exegético (*lato sensu*, as posturas formalistas do direito), já se encontram em território pós-positivista. Ledo engano, uma vez que o positivismo tem várias faces.

## 2. AS LIMITAÇÕES DA SINTÁTICA E DA SEMÂNTICA

Antígona já sabia que o seu direito não cabia na lei de Creonte.<sup>9</sup> O ponto mais simples é a constatação – elementar – de que a lei não contém a resposta em si

8 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

9 Dois dos filhos de Édipo, Polinices e Etéocles, acordaram por reinarem em forma de revezamento no trono de Tebas. O primeiro a assumir, Etéocles, ao fim do seu período, não cedeu o trono a seu irmão, que reuniu um exército e invadiu a cidade. Durante a batalha, ambos os irmãos vieram a falecer e Creonte, tio de ambos, foi nomeado rei. Este, por decreto, ordenou que Polinices não recebesse honras fúnebres, por ter traído a cidade. Antígona, irmã de ambos, irresignada com a injustiça e a irrazoabilidade da lei, decidiu realizar o funeral de seu irmão, ainda que a pena para quem o fizesse fosse a morte. Foi presa em uma caverna onde se suicidou, e seu noivo, Haemon, filho de Creonte, ao encontrar o corpo de Antígona, fez o mesmo. Creonte, alertado pelos seus conselheiros, resolveu libertar Antígona, mas ao chegar no local viu seu filho junto a Antígona, e logo depois tem notícia do suicídio de sua esposa. A obra relata duas grandes disputas teóricas no direito, como a superada (nos termos em que foi posta) dicotomia positivismo vs. jusnaturalismo e a discussão acerca da aplicabilidade de uma pena por traição a Polinices, sendo que, na verdade, o trono era legítimo deste e não de Etéocles.

mesma. Essa é a constatação primeira que deve ser feita. Óbvia desde *Antígona* até *As Aventuras de Gulliver*,<sup>10</sup> passando por *Medida por Medida* (Shakespeare). Todavia, embora a obviedade disso, não é difícil perceber a forma como os juristas se apegam às discussões (meramente) sintáticas. Trata-se de uma tentação na qual os juristas caem cotidianamente, bastando para tanto ver o modo como discutimos o que quer dizer uma súmula vinculante, como se fosse possível fazer uma “antecipação dos sentidos da complexidade da multiplicidade de casos concretos”. A ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, chegou a dizer que a súmula vinculante não era algo passível de interpretação, pois deveria ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação. Uma frase que caberia muito bem no século XIX...

Vejam: por vezes, firmamos posição acerca da “literalidade” da lei ou do enunciado sumular (ou de algum verbete jurisprudencial). Nestas hipóteses, acreditamos que os conceitos são isomórficos, como se a palavra representasse a própria coisa (ainda que não soubéssemos de que “coisa” se trate). Já na sequência, dependendo da subjetividade do intérprete, (podemos chamar a isso de “vontade de poder”), a “literalidade” perde o valor e importância, inclusive com citações doutrinárias do tipo “é óbvio que a letra da lei não contém o direito” ou “já não se pode falar do adágio *in claris cessat interpretatio*”, etc.

Nesses casos, por razões de baixa densidade hermenêutica, os intérpretes (tribunais, etc.) lançam mão de ampla discricionariedade,<sup>11</sup> do livre convencimento

10 Em **As Aventuras de Gulliver** ((Jonathan Swift)) há passagens magníficas acerca da interpretação da lei, valendo lembrar a questão principiológica envolvendo o salvamento da imperatriz levada a cabo por Gulliver. O palácio estava em chamas e a imperatriz encurralada. Não havia água próxima. Os bombeiros fracassaram. Gulliver, em última *ratio*, urinou sobre o palácio e em menos de três minutos apagou o incêndio. Tempos depois, Gulliver foi acusado por crime de lesa majestade, por ter infringido a lei que proíbe “verter água” nas proximidades do palácio real. Gulliver, condenado à morte por inanição (fornecimento de alimentos reduzido dia a dia), além de pena auxiliar de ter seus olhos cegados, resolve deixar o país. Qual é a diferença entre a “cega” aplicação da regra (lei) pelo *establishment* de Liliput e a condenação de um camponês por estar portando, sem autorização, uma espingarda em seu sítio? Qual é a diferença entre a condenação de Gulliver e a condenação, pelo crime de apropriação indébita, do cidadão que não devolveu três DVD’s em uma locadora de vídeo de São Paulo? Recordo, aqui, uma antiga frase de Paulo Bonavides: regras vigem, princípios valem! Como insisto em dizer em **Verdade e Consenso**, princípios são a enunciação da regra; princípios são o mundo prático que penetra nas fissuras das regras.

11 Discricionariedade: refere-se à ideia do poder de *escolha* que possui o intérprete no julgamento de um caso. Considero a discricionariedade a principal característica do positivismo pós-exegético (especialmente, as propostas de Kelsen e Hart). Neste sentido, faço uso da

e de outros adágios do senso comum teórico. Como os tribunais não estão acostumados a julgar por princípios e, sim, por política(s), acaba predominando um “jogo interpretativo *ad hoc*”, que pode ser assim resumido: quando lhes interessa, vale a palavra da lei, a sua sintaxe, o verbo nuclear, etc.; e quando não lhes interessa, as palavras são fugidias, líquidas, amorfas... Aí então buscamos a vontade da norma,<sup>12</sup> a vontade do legislador,<sup>13</sup> a ponderação de valores,<sup>14</sup> enfim, os mais diversos álibis teóricos que visam confortar a decisão.

### 3. COMO DESCOBRIMOS QUE A LEI NÃO CARREGA O DIREITO?

Nesta altura, antes de criticar esse “jogo *ad hoc*” descrito acima, cabe insistir na “crítica primeva” que move o presente texto: efetivamente, a lei não “carrega” o direito. E como descobrimos isso, de forma definitiva? A resposta é indubitosa: a partir da superação dos paradigmas essencialista-clássicos e da filosofia da consciência (ou de suas vulgatas voluntaristas). Isto é, a partir da viragem ontológico-linguística, a linguagem é alçada à condição de condição

---

noção de *discricionariedade em sentido forte*, trabalhada por Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério*, na crítica ao positivismo de Herbert Hart. Em *terrae brasiliis*, existe um infindável terreno onde o poder discricionário dos juízes é aplicado, mormente sob a perspectiva de defesa de maiores poderes ao juiz, objetivando superar o modelo de direito formal-exegético; ou como uma aposta no protagonismo judicial, em que o juiz julga com base em critérios não jurídicos, a partir de um ato de vontade, sendo a discricionariedade compreendida, portanto, como poder imanente à tarefa jurisdicional, diante das vaguezas e ambiguidades dos textos normativos. A partir de uma teoria da decisão – fundada na exigência de respostas corretas no direito – refuto integralmente o poder discricionário dos juízes. Cf. STRECK, **Verdade e Consenso**, op. cit., p. 39.

- 12 Já tenho escrito muito sobre a “vontade da lei ou vontade da norma”. Trata-se de um artifício que pode ser chamado de objetivismo interpretativo (objetivismo, é claro, no sentido filosófico da palavra, isto é, realismo filosófico). Ora, norma só tem vontade quando for uma senhora que aceite um determinado convite...
- 13 Um aluno me perguntou: o que é que o legislador quis dizer aqui? Dei-lhe uma moeda, sugeri que fosse a um telefone público (na época em que ocorreu o episódio, não havia celulares) e ligasse para o legislador. Se, por acaso essa figura mítica chamada “o legislador” já tivesse morrido, a solução é “invocar o seu espírito” (*sic*)... Ora, são inúmeros os artifícios retóricos para justificar soluções de caráter subjetivista. Basta escolher um...!
- 14 Observe-se como o Google não é confiável, demonstrando a farsa que é a “pós-modernidade” (palavra dotada de anemia significativa, para usar uma expressão de Luis Alberto Warat). Coloquei “princípio da ponderação” e apareceram quase 43.700 incidências; já a “regra da ponderação” gerou 6.540 eventos. A maioria vence? Ledo engano. Não acredite na Internet. A ponderação – essa “pedra filosofal da hermenêutica” *fake* –, na sua versão alemã (Alexy), é uma “regra” produzida depois de um procedimento. Portanto, não bastassem os problemas acarretados pelo uso indiscriminado dessa “fórmula mágica”, ainda nos deparamos com o fenômeno da multiplicação equivocada do conceito via redes sociais.

de possibilidade. Eu não possuo a linguagem. É ela que me tem. Heidegger dizia: a linguagem é a casa do ser; nessa casa mora o homem; os poetas e os pensadores são os vigilantes (os curadores) dessa casa. E, acrescento: tudo o que sei é graças às palavras que sei. E tudo o que (ainda) não sei é em face das palavras que desconheço. As coisas que não sei estão “cobertas” pela linguagem, a qual ainda não tenho acesso, porque não a descobri. Por isso, o ser se vela e se desvela. Palavra é como uma “*pá-que-lavra*”. Ela é abertura (*Erschlossenheit*), descobrimento (*Entdeckenheit*) e desvelamento (*Unverborgenheit*).

A lei é construída por palavras, circunstância que aparece como evidente. Ocorre que uma palavra não consegue abranger de antemão as diferentes possibilidades de sentido. A frase “você é um cão” pode ser afetuosa, dando ênfase à fidelidade do amigo ou extremamente ofensiva. Warat usava o seguinte exemplo para demonstrar esse viés pragmático que a filosofia da linguagem ordinária trouxe ao direito: “é proibido fazer (ou usar) *topless* na praia” pode ter um sentido diametralmente oposto se o enunciado se referir à praia de Ipanema ou de nudismo. Wittgenstein, em sua segunda fase (*Investigações Filosóficas*), demonstrou que é o contexto de uso que dá sentido às palavras. E isso foi muito útil, embora não suficiente,<sup>15</sup> para a construção de uma crítica à teoria tradicional do direito.

A tentativa de colocar no “interior” do texto – como se a lei tivesse um lugar “oco” para “carregar” coisas – as futuras possibilidades de aplicação tem sua origem tanto nas perspectivas objetivistas quanto nas posturas subjetivistas (insisto: no sentido filosófico das palavras “objetivismo” e “subjetivismo”). Ou seja, historicamente os juristas aposta(ra)m no mito do dado, no sentido de que, feita/posta a lei, bastaria “acoplar” o caso. É o fenômeno da subsunção (vejam como isso ainda é corrente, hoje). Explicando isso melhor: mesmo nas correntes que busca(ra)m superar essa perspectiva objetivista, também nelas há essa aposta metafísica, na medida em que constroem um sentido arbitrário, que, em um segundo momento, passa a ser aplicado, pelos próprios adeptos do subjetivismo, de forma subsuntiva (as súmulas são um bom exemplo disso). Nada mais positivista do que isso: o positivismo

<sup>15</sup> Por que não foi suficiente? Pelo fato de que o deslocamento do “fator de sentido” em direção ao contexto de uso pode obnubilar os limites sintático-semânticos do texto. Isso ocorreu, por exemplo, com o positivismo fático, representado pelas correntes do realismo americano e escandinavo.

discricionarista constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Por isso é possível ver abordagens – sincréticas – nas quais o intérprete (operacionalidade do direito *lato sensu*) por vezes é subjetivista ou adepto de alguma corrente realista e, em segundo momento, transforma-se em um objetivista, para defender o conceito que ele mesmo produziu (ou que a doutrina produziu).

Assim, quando afirmo que é o caso concreto que definirá o sentido de uma determinada lei e que, no direito, não pode existir “conceito sem coisa”, quero apenas insistir na tese de que não há essências ou conceitos universais. Mas, se os sentidos se dão a partir da concretude, enfim, das situações de aplicação (*applicatio*), isto não significa que não haja algo antes do caso concreto.

Tentando ser bem específico, para evitar mal-entendidos: não basta dizer que a lei não contém o direito. Não basta “descolar” a norma do texto ou a palavra da coisa. Por sinal, isso não é novo. Os sofistas sofreram uma crítica contundente de Sócrates, no diálogo *Crátilo*, escrito por Platão. Se o simples convencionalismo (a não imanência entre palavras e coisas, entre significantes e significados) bastasse, os bravos sofistas já teriam resolvido esse problema mais de cinco séculos antes de Cristo.

Mas, o que sobra disso? Simples: quando o intérprete dá o sentido que mais lhe convém, estamos diante de uma “neosofismização”. Na verdade, já – então - não há(verá) direito; há(verá), apenas, o direito dito pelo intérprete. Por isso, o direito não pode ser aquilo que os juízes e os tribunais dizem que é, enunciado tão caro aos realistas. Essa concepção, além de cética e sofística (vejamos, neste caso, a crítica de um positivista como Herbert Hart à concepção cética), mostra-se antidemocrática. Os realistas norte-americanos e os realistas psicologistas escandinavos é que defendiam (e muitos ainda defendem, como, por razões de análise econômica do direito, Richard Posner) a tese de que o direito é *aquilo que os juízes dizem que é*. Isso fica evidente no texto *The Path of the Law*. E, ritmando com aqueles que contemporaneamente sustentam que a interpretação é um ato de vontade e que sentença vem de *sentire*, Holmes diz o que entende por direito: “*I am much of his mind. The prophecies of the what courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”.<sup>16</sup> Aliás, Posner

16 HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. In: BURTON, Steven J. (Editor). **The Path of the Law and its influence**. The legacy of Oliver Wendell Holmes Jr. Cambridge: Cam-

filia-se à doutrina realista de Oliver Wendell Holmes, sob o fundamento de que a atuação judicial baseada no instinto do intérprete transcende a uma análise teórica do caso. Utilizando de argumentos *de fato* (que considera, por exemplo, na discussão sobre a constitucionalidade do aborto, a situação de que ele já vem sendo praticado pelas mulheres com maiores poderes aquisitivos), Richard Posner afirma que sua proposta é menos arriscada do que a teoria totalizante de Ronald Dworkin (centrada na preocupação de que o direito não mude conforme se altere a composição da Corte). Isso porque, segundo Posner, poucos juízes estão habilitados a compreender ou criar teorias políticas, ao passo que sempre poderão se guiar por seus instintos.<sup>17</sup>

Ora, é possível contestar as teses voluntaristas-pragmaticistas de Posner de vários modos. Aqui me contento em dizer que uma decisão não pode ser fruto da “vontade” ou da “intuição” (essa crítica não se aplica apenas a Posner, é claro). Para além disso, não há grau zero de sentido. Ou, como diz Gadamer, não existe a primeira palavra. O direito necessita de certa “dogmática”, um modo de compreender os institutos jurídicos, cujos elementos são construídos naquilo que podemos chamar de campo jurídico. Já vemos, aqui, que, embora a lei não contenha o direito, isso não quer dizer que “não haja algo antes do exurgimento do direito na sua concretude”.

Assim, o grande salto para uma teoria do direito (pós-positivista) é a recepção correta (adequada) dos pressupostos teóricos advindos da fenomenologia hermenêutica. Minimamente, todos nós sabemos o que é “legítima defesa”. Todavia, não podemos imaginar as múltiplas possibilidades em que se dá a legítima defesa. Ou seja, concluímos disso que o legislador não trata das legítimas defesas, mas, sim, de um conteúdo “dogmático” de legítima defesa, que busca servir de bússola para as hipóteses aplicativas. É fundamental que entendamos isso. Do texto exurgem normas, pois. Afinal, a norma é sempre o resultado da aplicação do texto. No fundo, é aquilo que Gadamer chama de *Sinngebung* (dar sentido).

Dizendo de outro modo: a palavra “giz” não traduz as diversas barras de giz  
bridge University Press, 2007, p. 336.

17 Cf. POSNER, Richard A. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. **The university of Chicago Law Review**, Chicago, v. 59, n. 1, pp. 433-450, winter. 1992, pp. 446-448.

existentes no mundo. Na verdade, como bem aponta Heidegger, o que determina o significado que atribuímos à palavra giz são as diversas formas de nos relacionarmos com seu significado. Trata-se de uma determinação que descobrimos no ser-um-com-o-outro, plasmado no modo como nos comportamos com relação ao ente significado. No exemplo do filósofo: o enunciado “o giz é branco” funda sua significação em nosso ser junto a esse ente por si subsistente. Ainda que tomemos apenas duas pessoas entre nós, esse giz nunca será igual. Há um modo de se relacionar específico que emerge em cada uma dessas circunstâncias fáticas.<sup>18</sup>

Desse modo, o que podemos dizer a respeito do conceito de legítima defesa é que ele é o mesmo conceito (*mesmidade*) que esgrimimos nas diversas situações possíveis existentes no mundo da vida; todavia essa sua utilização, o comportar-se diante desse conceito nunca se exprime numa relação de igualdade. Uma legítima defesa “só é” em uma dada situação concreto-aplicativa. O conceito de legítima defesa é poroso. Insuficiente. Anêmico. É a concretude que lhe dará (preencherá) o sentido.

Pois é exatamente a partir da hermenêutica jurídica – em especial, a que advém da Crítica Hermenêutica do Direito<sup>19</sup> –, que podemos dizer que as regras são compreendidas como porosas, abertas, pela simples razão de que o seu sentido depende da *applicatio*.<sup>20</sup> Quando o legislador estabelece a regra do furto, parece simples compreendê-la. Afinal, trata-se do ato de subtrair coisa alheia móvel. Ocorre que – e isso deveria ser evidente – o legislador não está pretendendo “cuidar” dos milhares de modos em que um furto pode ocorrer (imaginemos, só para começar, o problema do valor da coisa subtraída). A porosidade da regra

18 HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 90 e segs.

19 Cf. STRECK, L.L. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, op.cit e Verdade e Consenso, op. cit.

20 A partir de Gadamer, não há cisão entre interpretar e aplicar. Quando interpreto – porque antes compreendo – estou já sempre aplicando. Não interpreto *in abstracto*. De uns tempos para cá, tornou-se lugar comum repetir essa máxima de Gadamer: interpretar é aplicar. Só que parcela considerável dos juristas que assim procedem continuam incorrendo no dualismo que Gadamer superou. Quando ele faz a crítica as três *subtilitates* (*subtilitas intelligendi, explicandi e applicandi*, mostrando que nós sempre estamos na *applicatio*), ele está afirmando que quando interpreto, já está comigo o caso. Não há conceito e caso. Não há essa separação. Portanto, não adianta dizer que interpretar é aplicar se cai no dualismo, como se pode perceber em parcela da dogmática jurídica (até mesmo na crítica do direito isso aparece). No livro **Hermenêutica Jurídica** procuro explicar isso, no *pós-posfácio*.

do furto será preenchida pelos princípios. São os princípios que preenchem as faltas, os silêncios, as lacunas e as demasias da “letra da regra” (ou do preceito em geral). A porosidade da regra convoca a densidade dos princípios. Trata-se, aqui, do fenômeno da transcendência do ôntico ao ontológico, como explícito em *Verdade e Consenso*. Por isso, não há regra sem princípio; e não há possibilidade de aplicação de um princípio sem uma regra. Ou seja, não há texto sem norma; assim como não há norma sem texto.

Vejam como sempre voltamos ao problema fundante, inaugural da teoria do direito: o positivismo exegético é que tinha a intenção de firmar a tese de que o direito já está contido na lei. Ali, o texto continha a norma. É a partir dos anos 60 do século XX que começamos a explicitar melhor essa diferença entre o texto (legal) e a norma (o sentido da lei). Foi Friedrich Müller<sup>21</sup> quem melhor desenvolveu essa tese. Para o pai do pós-positivismo, a norma (sentido do texto) é sempre parcialmente preexistente (no texto, no enunciado). Ao interpretar esse texto, o intérprete já estará aplicando. E atribuindo sentido. E isso sempre a partir de um dado caso, quando será produzida a norma individual.

Müller mostrou o modo pelo qual deveria ser superado o positivismo exegético (o velho positivismo formalista). Ele deixou claro que texto e norma não poderiam ser a mesma coisa. Eis a grande superação do velho positivismo.

Quando das pesquisas para o livro *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise*, descobri que a relação texto-norma constante em Friedrich Müller, e depois retrabalhada por Eros Grau em *terrae brasilis*, poderia ser compreendida também a partir de um dos teoremas fundamentais da hermenêutica: a diferença ontológica (a outra é o círculo hermenêutico).<sup>22</sup> Isto porque, para Heidegger, o ser é sempre um ser do ente (nada há com o ser, dizia Heidegger). Eis o enigma. Os fenômenos se manifestam. Exurgem. Põem-se à mão, por intermédio linguagem. Daí os dois teoremas: a diferença ontológica (*ontologische Differenz*) e o círculo hermenêutico

21 Em especial **Strukturierende Rechtslehre**. Berlim: Ducker und Humblot, 1994 e **Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts**. Berlim: Ducker und Humblot, 1997

22 Muitos autores, a partir de um indevido sincretismo, buscam colocar o círculo hermenêutico para explicar os diversos modos de interpretar. Há juristas que defendem, de forma rasa, o esquema sujeito-objeto (ou seja, sem se darem conta) e “não abrem mão” do círculo hermenêutico. Despiciendo fazer críticas a esse tipo de sincretismo.

(*hermeneutische Zirkel*). O ser é sempre o ser do ente (atenção: não é ser “doente”). O ente só é no seu ser. Por isso não há cisão entre ser e ente. E não há cisão-cesura entre palavra e coisa; entre fato e direito.<sup>23</sup>

Daí a construção que fiz, colocando a relação texto-norma no contexto da diferença ontológica. Como diz Heidegger, o ser não pode ser visto; ele serve para dar sentido aos entes. Portanto, o ser não é um ente. E como temos dialogado – Friedrich Müller e eu – *kein Text ohne Norm; keine Norm ohne text*.

#### 4. CONCLUINDO: O PROBLEMA DO EMBATE “OBJETIVISMO-SUBJETIVISMO” E A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO

A literatura pode nos ajudar a entender os grandes dilemas contemporâneos sobre a interpretação da lei e do direito. Vejamos que, em pleno século XXI, ainda não conseguimos superar o embate “objetivismo-subjetivismo” (no sentido filosófico, é claro), razão e vontade, como decidir, etc.

Shakespeare, no início do século XVII, antecipou a discussão hermenêutica que será o centro das preocupações dos juristas do século XIX até os nossos dias. Entre as várias peças, há uma em especial, escrita por volta de 1604, chamada *Medida por Medida*<sup>24</sup>. Nela, o protagonista Ângelo, que assume o comando da cidade em lugar do Duque, vai do extremo objetivismo ao completo subjetivismo. Qual é o pior dos Ângelos? O I ou o II? Ou seja, duzentos anos antes das críticas de Ihering à juíza Pórcia de *O Mercador de Veneza* – outro exemplo de juiz solipsista shakespeariano – essa discussão já estava posta pelo bardo. Tenho usado muito essa peça shakespeariana nas aulas. Já há várias dissertações por mim orientadas que tratam de *Medida por Medida*. Todas elas buscam desvendar esse mistério entre o mito do dado e o voluntarismo, entre concepções objetivistas e subjetivistas e, fundamentalmente, buscando construir respostas para esse dilema entre Ângelo I e II. Sim, a teoria do direito tem respostas para isso.

23 Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**, op.cit., *passim*.

24 Aos interessados, já realizamos um Direito & Literatura sobre a obra, que pode ser encontrado em <<http://unisinus.br/direitoeliteratura>>.

Insisto: Direito e filosofia, crítica e direito, *não* são coisas que anda(ra)m juntas desde o Império brasileiro. No início do século XIX, Tobias Barreto censurava duramente os *acomodados juristas* da época, que, no dizer dele, ocupavam-se em pensar simplesmente sobre “questiúnculas forenses”, desconsiderando a importância que certos ramos do saber, como a Filosofia, possuíam no direito: “Um médico filósofo parece coisa mais tolerável aos olhos da gente *sensata* do que um bacharel em direito. Parece que este só deve se ocupar do que diz respeito ao *Corpus Iuris*. Se ousa um instante olhar por cima dos muros destas velhas e hediondas prisões, chamadas Côrrea Telles, Lobão, Gouveia Pinto etc., ai dele, que vai ser punido por tamanho desatino!”

Vejamos a atualidade das críticas de Tobias Barreto:

Como quer que seja, a verdade é que o pobre bacharel limitado aos seus chamados conhecimentos jurídicos sabe menos das necessidades e tendências do mundo moderno, sente menos a infinitude dos progressos humanos, do que pode ver de céu azul um preso através das grades do calabouço.

Esses dois séculos foram forjando esses processos de calcificação do raciocínio dos juristas. Sentido comum teórico: esse é o imaginário no qual se sustenta o pensamento médio dos juristas de *terrae brasilis*. No âmbito do sentido comum teórico, ocorre a ficcionalização do mundo jurídico-social.

Há uma tese antiga que foi desenvolvida nos anos 80-90 do século XX por José Eduardo Faria, que apontava para uma crise paradigmática no direito, pela qual os juristas, preparados para o enfrentamento de conflitos interindividuais, não estavam preparados para a superveniência de conflitos sociais de índole transindividual. Não descerei a fundo em tais questões neste pequeno espaço. Basta apenas que demos uma olhada na produção *standard*, no ensino jurídico e na qualidade das decisões judiciais, pareceres, petições, etc. E basta olharmos também as estatísticas que mostram a crise *stricto sensu*: no direito penal, as prisões estão lotadas de pobres. Por quê? Porque cometeram delitos de cariz interindividual. E aqueles que cometeram crimes de cariz transindividual, como colarinho branco, etc... Onde estão? Estava certo Faria, pois.

Hoje, ninguém quer assumir posições que não sejam “críticas”. Todos querem “manejar princípios”. Até mesmo a subsunção parece estar “derrotada”, uma vez que alguns adeptos do neoconstitucionalismo principialista reservam-na para os casos fáceis (como se a própria distinção casos fáceis-casos difíceis já não fosse um “caso difícil”). A questão é tão complexa que, quando dizemos que o juiz boca da lei (esse, da subsunção e da dedução) está superado, temos que dar uma “parada reflexiva” para não tropeçar na teoria do direito.

Explico: é perigoso (para não dizer, precipitado) pensar que a subsunção “acabou” ou que o exegetismo (formalismo jurídico) não mais vigora... Ora, todos os dias somos brindados com decisões “subsuntivas”. Observemos que, mesmo aqueles juristas/doutrinadores que dizem que “o positivismo exegético morreu”, ao mesmo tempo defendem a subsunção para os “casos simples” (ou fáceis). Trata-se de uma contradição insolúvel. Quem sustenta a subsunção é, efetivamente, um positivista exegético (ou um “meio-positivista”,<sup>25</sup> se fosse possível fazer esse corte epistemocaricatural). Quem se recusa a aplicar a jurisdição constitucional para resolver, por exemplo, casos envolvendo a aplicação de princípios como da insignificância (casos de furto, apropriação indébita, estelionato), da presunção da inocência (crimes de porte ilegal de arma desmuniada ou em lugar ermo), não escapa da velha questão positivista da equiparação (lei=direito) entre texto e norma.

Mas o pior de tudo é que os positivistas desse jaez só o são em alguns casos. Sim, porque, em outros, quando o pragmati(ci)smo assim exigir, transformam-se em positivistas-voluntaristas, com filiações implícitas na velha jurisprudência dos interesses ou na jurisprudência dos valores (quero dizer que os modelos teóricos que apostam no subjetivismo judicial – onde se esconde a discricionariedade – são também positivistas; não são mais positivistas primitivo-exegéticos, é verdade; entretanto, são, agora positivistas de “nova cepa”, porque apostam no

<sup>25</sup> Acreditar na distinção (ou cisão) *easy-hard cases* e que os primeiros possam ser solucionados por subsunção é, efetivamente, a confissão da crença de que existem “conceitos gerais que abarcam a realidade”. Ou seja, quem acredita que os casos fáceis são solvidos por subsunção pensa que existem “casos com conceitos em si”. Isto quer dizer que, se o legislador se “esforçasse mais” para elaborar leis mais “completas” e que abarcassem as diversas hipóteses fáticas, o direito teria mais casos fáceis? Ou seja, a problemática do direito se resumiria à sintática e à semântica? Poderia a linguagem abarcar a realidade? Ora, essa era a pretensão da tese da “filosofia como espelho da natureza”. Por isso, o surgimento do “mito do dado”. Por tais razões, a hermenêutica dá um salto para além da dicotomia *easy-hard cases*. E também por isso a hermenêutica não acredita na existência de subsunções.

poder discricionário, isto é, houve um deslocamento do poder discricionário na passagem de modelos).<sup>26</sup> Um singelo exemplo confirma essa minha advertência: para não aplicar a pena abaixo do mínimo, o STJ apega-se à “letra da lei”; já no caso da aplicação do art. 212 do CPP, a “letra da lei” nada vale.<sup>27</sup> Entretanto, vejamos o *Habeas Corpus* 102.472, do STF, em que está assentada a literalidade do art. 112 da LEP. Já no julgamento do ACO 1295 AgR-segundo/SP, ficou acertado que “a literalidade do art. 102, I, “f”, da Constituição não indica os municípios no rol de entes federativos aptos a desencadear o exercício da jurisdição originária deste Tribunal. Entretanto, para decidir sobre a união estável homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal ignora os limites semânticos das palavras “homem” e “mulher”.

Tudo “muito interessante”, mormente se lembrarmos de que o art. 111 do Código Tributário Nacional, pelo qual “*Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre... (...)*.” Novamente um problema: há decisões que o aplicam “literalmente” (perdoem a superposição); há outras que não. Por que a literalidade se aplicaria (apenas) nestes casos? Quem decide essa “discricionariedade” acerca do que deve ser “literal”? E o que dizer da não menos bizarra previsão do art. 108, que estabelece que, na ausência de disposição expressa, *a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:*” I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade”.

Tudo isso em pleno paradigma constitucional. De que princípios gerais estamos tratando? O que a teoria do direito tem a dizer a respeito? São, enfim, sintomas dos tempos de sincretismo teórico que vivemos. Nada a estranhar. Afinal, Savigny escreveu sua metodologia para o direito privado não codificado no século XIX. Passados mais de 150 anos, ainda é possível ver a invocação daqueles métodos, considerados como “*a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas...*” (REsp 192531). O que o Tribunal quer dizer com “moderna metodologia”? Pode ser “moderna” no sentido do que representa a “modernidade” (com Descartes surge a modernidade...), mas, com certeza, não é contemporânea. Mas, o que fazer?

No fundo, a doutrina e a jurisprudência (parcelas expressivas delas) ainda se

<sup>26</sup> Esta complexidade explico em **Verdade e Consenso**, op.cit., *passim*.

<sup>27</sup> Para tanto, ver meu **Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?** Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>.

movimentam no entremeio das concepções objetivistas e subjetivistas (no sentido filosófico das expressões). Saltamos da “razão” para a “vontade” (de poder), sem que consigamos construir condições para o controle dessa vontade. Ao contrário: para muitos – e cito por todos o Min. Marco Aurélio (STF) –, a interpretação é um ato de vontade, questão que nos remete de volta ao 8º Capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. O que seria esse “ato de vontade”? A resposta parece simples: vontade de poder, a velha *Wille zur Macht*. Ela não tem limites. E esse é o perigo. Aliás, Kelsen, com seu pessimismo moral, também achava isso. Por isso é que cunhamos a expressão “decisionismo kelseniano”. Pensemos nisso.

Numa palavra: em *Medida por Medida*, Ângelo I e Ângelo II representam metaforicamente dois modelos de decisão. Nenhum dos dois nos serve. No direito contemporâneo, nossa tarefa é encontrar um caminho intermediário. Esse *tercius genus* pode estar na construção de uma teoria da decisão. Por isso, corro atrás das palavras que possam me mostrar esse caminho. Todos os dias.

## REFERÊNCIAS

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação**: aplicação do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts**. Berlim: Ducker und Humblot, 1997.

\_\_\_\_\_. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlim: Ducker und Humblot, 1994.

POSNER, Richard A. Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 59, n. 1, pp. 433-450, 1992.

SÓFOCLES. **Antígona**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011.