



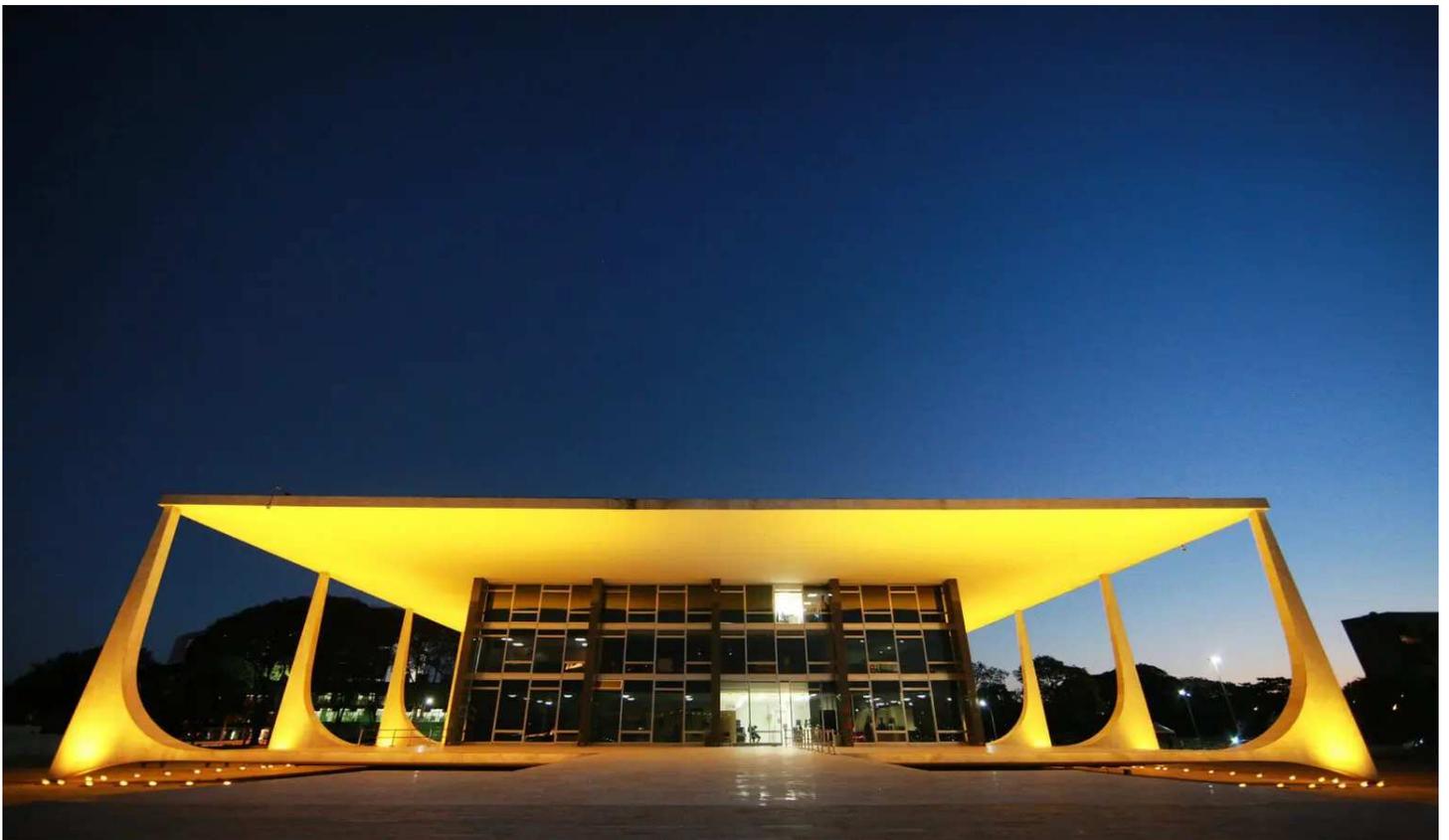
ESTADO DE DIREITO

Hermenêutica jurídica e mudanças legais em tempos sombrios

Discutir questões básicas também é uma forma de defender a ordem constitucional, o STF e democracia

JOSÉ EDUARDO FARIA

24/01/2022 10:13



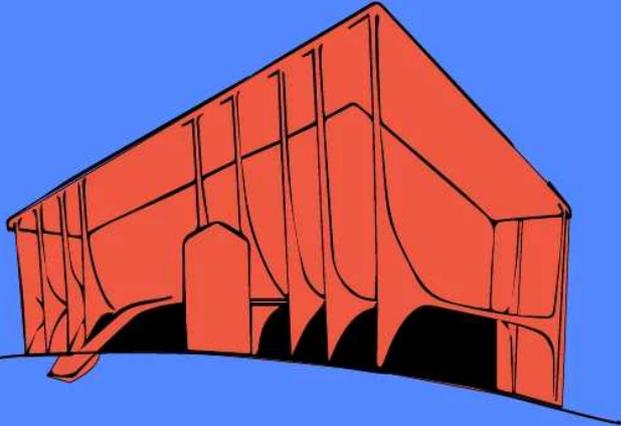
Fachada do STF. Crédito: Nelson Jr./SCO/STF

Na vida do Direito contemporâneo, as novas leis são construídas sobre aquelas que foram ultrapassadas pelos fatos e se tornaram ineficazes. Contudo, nas sociedades onde há comportamentos enraizados, rotinas e expectativas comuns de justiça, dificilmente as novas leis se tornam tão numerosas, possibilitando um novo começo – dizem os historiadores e sociólogos do direito.

Já nas sociedades profundamente marcadas por desigualdades, mudanças aceleradas e crises contínuas, as novas leis que entram em vigor num mesmo período não primam apenas pelo seu alto número. Também exigem dos tribunais

uma interpretação ampla e sistêmica, para que a nova ordem legal não contenha incoerências que a tornem ineficaz.

O problema é que esse não é um processo simples, em termos qualitativos. Afinal, a interpretação de uma norma nova não é uma atividade mecânica, já que um sistema jurídico não pode ser derivado — como a matemática — de um conjunto de axiomas. Pelo contrário, a apreciação dos fatos e a atribuição de sentido a um texto legal sempre implicam algum grau de subjetividade, como já afirmavam no final do século 19 os precursores do realismo jurídico americano. Segundo eles, a eficácia da Suprema Corte, enquanto guardião da Constituição e das leis, depende da disposição de seus ministros de reinterpretá-las com base no contexto socioeconômico e político.



Antecipe os impactos da crise que definirá a eleição de 2022

O JOTA PRO Poder te ajuda a enfrentar a instabilidade política brasileira com análises dos nossos especialistas, relatórios e alertas por WhatsApp.

Solicite uma demonstração

Por isso, todas as vezes em que há um número expressivo de mudanças legais numa dada sociedade em determinados momentos da história, a nova jurisprudência firmada pelos tribunais reflete os novos valores éticos, morais e políticos da sociedade, por um lado, e a configuração do corpo de ministros, por outro. Essa configuração pode ser heterogênea se cada um deles foi indicado por diferentes presidentes da República. Ou, então, pode ser homogênea, se a maioria foi escolhida por um único presidente.

Nesse sentido, o caso brasileiro é ilustrativo. Atualmente, tramitam no Legislativo, entre outros, projetos de reforma dos Códigos Comercial, Penal, de Processo Penal, de Defesa do Consumidor e das legislações ambiental, tributária e administrativa.

Quantitativamente, o número é expressivo. Já do ponto de vista qualitativo, como os 11 ministros do Supremo Tribunal Federal (**STF**) foram indicados por diferentes presidentes da República e cada ministro tem seus valores, sua visão de mundo, suas preferências doutrinárias e suas idiossincrasias, o STF, apesar de ser um órgão colegiado, na prática age como uma corte fragmentada, constituída por “11 ilhas”.

Além disso, há outro problema não menos importante. Numa sociedade complexa e desigual como a brasileira, o Congresso — desde a Assembleia Constituinte — cada vez mais recorre a estratégias legislativas que abrem o direito a novos temas e exigem técnicas hermenêuticas mais sofisticadas, ao mesmo tempo que tornam a Constituição uma espécie de obra aberta. Uma dessas estratégias foi abrandar o rigor lógico-formal na elaboração de uma emenda constitucional ou mesmo de uma lei, mesclando-o com certo pragmatismo em sua redação.

Essa estratégia legislativa alterou profundamente a arquitetura da ordem constitucional. Ela deixou de ser um sistema normativo fechado e orientado com base em determinados valores e passou a ser um sistema normativo mais aberto e em contínuo progresso, por via hermenêutica, o que acabou ampliando o campo de atuação do Judiciário num país redemocratizado e provocando, com isso, mudanças estruturais nas relações entre os Três Poderes.

Dito de outro modo: em vez de valorizar só regras jurídicas com “textura cerrada”, ou seja, com conceitos objetivos e precisos, o Congresso, em suas diferentes

legislaturas, tem optado por combiná-las com normas principiológicas. Voltadas aos casos considerados mais difíceis, nos quais há tensões entre valores éticos e morais subjacentes ao ordenamento legal, essas normas se expressam por meio de conceitos de “textura aberta”. Como esses conceitos são retoricamente vagos e indeterminados, as normas principiológicas acabam tendo um alcance e uma dimensão de importância que as regras jurídicas não têm.

Evidentemente, tanto nas regras jurídicas quanto nas normas principiológicas sempre há margem para a subjetividade na sua interpretação pela magistratura. Mas nas normas principiológicas essa subjetividade tem um peso bem maior do que nas regras jurídicas. Nas diferentes instâncias do Judiciário, os modos de interpretação das regras jurídicas e das normas principiológicas correm paralelos, mas quase sempre com ritmos distintos e com lógicas específicas.

No caso das normas principiológicas, por exemplo, o significado dos conceitos vagos e indeterminados é dado por um juiz ou pelos membros de uma corte colegiada no momento em que elas são aplicadas em um julgamento. Se por um lado isso os converte em legisladores no caso concreto, por outro sua interpretação sempre encerra riscos de gerar incertezas jurídicas, comprometendo a previsibilidade inerente à segurança do direito. Também chamadas mandamentos de otimização, as normas principiológicas determinam que sua aplicação seja realizada na maior medida dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Como lembram importantes juristas contemporâneos, a exemplo do professor Ronald Dworkin, que ensinou em Yale e Oxford, e do alemão Robert Alexy, um dos mais importantes filósofos contemporâneos do Direito vivos, as regras jurídicas, por serem unívocas, tendem a ser aplicadas na base do tudo ou nada. Sendo a regra válida e incidindo sobre fatos que se encaixam em sua visão hipotética, é mandatório fazer tudo aquilo que exige. Ou a regra é inválida ou os fatos ocorridos estão por ela excepcionados — portanto, como não contribui para a decisão judicial, ela pode deixar de ser aplicada.

Já as normas principiológicas, por serem polissêmicas, permitem aos juízes e aos ministros enfrentar melhor o desafio de ajustar suas decisões às especificidades dos conflitos numa sociedade dividida e sempre em crise, como a nossa. Por serem mais abertas ou “plásticas”, elas possibilitam à magistratura cobrir o fosso entre o sistema legal e as condições efetivas da sociedade. Contudo, dependendo de como forem interpretadas, essas normas podem suscitar as mais variadas decisões criativas, o que aumenta os riscos de arbítrio judicial.

Essa fronteira porosa entre uma interpretação criativa e o arbítrio judicial, com suas subsequentes implicações políticas, pode ser vista, por exemplo, na aplicação do conceito de “função social da propriedade” previsto pelo inciso XXIII do artigo 5º da Constituição, especialmente nos casos de ação de reintegração de posse de áreas ocupadas por movimentos sociais.

Quando interpretam o conceito de “função social” exclusivamente pela ótica do direito de propriedade e da garantia da posse, os tribunais não apenas favorecem os proprietários como, também, acabam tratando a ocupação como um problema conjuntural, como um simples “caso de polícia”, deixando assim de oferecer uma solução mais adequada para as partes envolvidas. Já quando atribuem o sentido da “função social” ao chamado direito à moradia, tratam a ocupação como um problema estrutural, que envolve políticas de regularização fundiária, de urbanização e de habitação. Se a primeira opção é excessivamente contida em matéria de justiça substantiva, a segunda é ideologicamente explosiva. Outro exemplo está não só na expansão de alguns conceitos jurídicos, como o de direitos humanos, mas, também, em sua transformação por via interpretativa. Se no passado essa expressão se inseria na concepção burguesa de lei e de ordem, implicando a ideia de proteção a qualquer cidadão, hoje ela se converteu em sinônimo dos direitos das majorias marginalizadas e pobres.

Acidentes da história costumam ser responsáveis por muitas mudanças nas doutrinas das supremas cortes e pela emergência de novas interpretações das constituições, costuma dizer o professor Owen Fiss, da Universidade Yale, e antigo assistente de dois juízes da Suprema Corte, Thurgood Marshall e William Brennan. No Brasil, um desses acidentes foi a ascensão acidental ao poder, em 2019, de um presidente da República primário, autocrata e cercado por pessoas despreparadas.

Três anos depois, fiéis aliados seus tentaram – sem sucesso – fazer tramitar na Câmara dos Deputados um **projeto de lei** que tipifica como crime de responsabilidade a interpretação não literal da Constituição por parte dos ministros do STF. Como justificativa, alegaram que, ao deixar de fazer uma interpretação literal das normas constitucionais, os membros da corte estariam “usurpando o poder constituinte, que tem como titular único e exclusivo apenas o povo brasileiro”. Além disso, o presidente voltou a agredir moralmente alguns ministros do Supremo, acusando-os de serem eleitores de um partido de oposição.

Neste período sombrio da história brasileira contemporânea, em que as instituições do Estado de Direito estão sendo afrontadas por esse tipo de gente, nunca é demais discutir questões básicas relativas à hermenêutica jurídica. Talvez não seja um modo eficiente de alfabetizar ignaros em matéria de direito. Mas é, isto sim, uma

forma de defender a ordem constitucional, o Supremo e, por consequência, a própria democracia.

JOTA PRO Poder: soluções inteligentes para m...



Conheça o JOTA PRO Poder

JOSÉ EDUARDO FARIA – Professor titular da Faculdade de Direito da USP. Chefe do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Autor do prefácio da 4ª edição de "Os donos do poder", de Raymundo Faoro, publicada pela Companhia das Letras no 2º semestre de 2021

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.