

1 INTRODUÇÃO

O ser humano desde a antiguidade tem se perguntado pelo justo, sendo que por vezes, a lei vigente de certo local era considerada injusta. E a pergunta como interpretemos/aplicamos a lei ou o Direito é sempre retomada.

Com intuito de responder a questão de como compreendemos o fenômeno jurídico através do novo paradigma instituído pela hermenêutica filosófica inspirada nas filosofias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, na linha da Crítica Hermenêutica do Direito. Desse modo, para exemplificar a questão será utilizada um caso judicial e será debatido de como deve se dar a decisão em um paradigma de filosofia no direito.

Assim, analisará o caso do genro que assassinou seu sogro a fim de assegurar a futura herança. Diante de um caso, que não estava abarcado pela lei parcela da doutrina explicitava que esse caso somente seria resolvido com a interpretação.

Diante disso, deve ser reconstruído o papel atual da hermenêutica e como se dá a interpretação, para depois analisar a decisão judicial através dos conceitos da Crítica Hermenêutica do Direito. Por fim, será construído o Direito como um conceito interpretativo, no qual o direito é construído argumentativamente.

2 A BUSCA DE UMA JUSTA INTERPRETAÇÃO: A LITERATURA DESDE SEMPRE ANTECIPANDO OS DILEMAS JURÍDICOS

A busca pelo sentimento do Justo permeia a humanidade. Essa procura do que seria justo ocorre na realidade e na ficção. A literatura desde a Grécia antiga explana a questão do debate do que seria o justo e, da luta do justo e em confronto com a lei.

Exemplifica ente, podemos ilustrar essa questão na peça Édipo Rei, no qual é retratado a luta de Antígona contra a lei local em detrimento de alegado preexistente direito natural.

A história conta que Antígona queria enterrar de maneira digna seu irmão Polinice. Seu irmão havia lutado contra a cidade de Tebas e morreu em combate na luta pelo trono dessa cidade, matando assim, seu irmão Etéocles. Diante desse fato, o trono passa ao tio Creonte, que nega que Polinice fosse enterrado, por ter traído sua nação.

Contudo, Antígona requer que o seu irmão seja sepultado e vai contra as ordens do seu tio e enterra seu irmão, pois para ela essa vedação será injusta. No entanto, a infringência da lei local custa-lhe a vida.

Esta tragédia, representada pela primeira vez em 441 a.C., é um belíssimo texto para a compreensão do fenômeno jurídico. Por meio da oposição entre Antígona e Creonte, é possível perceber, pelas mãos de Sófocles, que o Direito não cabe inteiramente na lei. Assim, muitos séculos antes do positivismo exegético, os gregos já haviam desmistificado a “equiparação” ou “igualação” entre lei e Direito. (STRECK, 2016)¹

O embate entre o tio e sobrinho geraram várias interpretações. Podemos citar três interpretações em especial. A primeira dispõe que seria o confronto entre o direito natural (dos deuses) e o direito posto na cidade. Assim, haveria um direito anterior ao direito posto na cidade. A luta de Antígona seria contra uma lei injusta fruto de um poder despótico do tio, visto ele não poder contrariar já disposto no direito natural, sendo ter o direito de enterrar o irmão uma luta “por princípio”.

Contudo, outra interpretação coloca os dois lados extremos como visões privadas do direito e cada qual querendo impor sua visão de particular do justo. Desse modo, o tio tirânico impôs a vedação de enterrar seu sobrinho por uma questão de manutenção de poder e, Antígona não aceitou a proibição para contrariar um poder posto e impor sua visão do que seja correto.

Por fim, uma terceira interpretação coloca Antígona como uma personagem que viola a lei da sua cidade, que afirmava que traidores da pátria não teriam a honra de um funeral. Dessa maneira, Antígona tenta impor sua necessidade pessoal de enterrar o irmão em detrimento da sociedade, que respeitava a lei e possuía a legítima expectativa de que a não houve traidores em sua pátria.

As interpretações de fato literário são controvertidas, mas mostram quão complexa é essa questão do justo na literatura e no Direito. Como afirma Dworkin, o jurista pode se aproveitar da interpretação da obra de arte para melhor compreender o fenômeno jurídico.²

¹ “Desde os sofistas que sabemos que palavras e coisas não estão “coladas”. Na palavra “rosa” não está o perfume da flor. A palavra estupro não “carrega” a essência de “estuprez”. Antígona entendeu bem isso. Seu direito não cabia na lei de Creonte!”. (STRECK, 2012).

² “[...] Para ele, sempre que descrevemos empreendimentos complexos como um empreendimento artístico ou jurídico, tomamos por base conceitos que se reportam a práticas socialmente convergentes e compartilhados de reconhecimento deste mesmo empreendimento”. (MACEDO JR, 2010, p. 6-7).

3 O NOVO MODELO INTERPRETATIVO: A HERMENÊUTICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE

A questão interpretativa, pelo menos na era chamamos de moderna, sempre foi objeto e dúvida de deliberação humana. Como interpretamos determinado texto literário, religioso ou jurídico quando este não seria claro?

Na tentativa de responder essa pergunta, utilizou-se desde logo da hermenêutica, que é uma teoria da interpretação. Contudo, não é somente uma teoria, pois, sempre se refletiu acerca das possibilidades, regras e meios de interpretação para promover a *práxis*, ou, seja a aplicação (GADAMER, 1983, p. 1983, p. 57 e ss.).

A origem da hermenêutica remonta a sua origem mitológica a partir de Hermes, o semi-deus, que fazia o papel de mensageiro entre os deuses e os mortais. Os mortais nunca souberam se o que Hermes repassava a eles era realmente o que os deuses haviam repassado. E isso resultava a necessidade da confiança no mensageiro.

Contudo, somente na modernidade e com o nascimento do sujeito é que hermenêutica tida como a compreendemos hoje se desenvolve, pois fruto de outro paradigma filosófico (STRECK, 2010).³

A hermenêutica antiga era um elemento prático da atividade de compreender e de interpretar. Os livros de hermenêutica tinham um caráter pragmático-ocasional e ajudavam na compreensão dos textos difíceis. Ela se desenvolveu principalmente na teologia e hermenêutica jurídica. Na teologia, temos o exemplo de Santo Agostinho, que realizava a compreensão do antigo testamento, não sendo simplesmente uma teoria da arte, mas também uma teoria da fé.

A hermenêutica jurídica estava ligada às questões jurídicas práticas que resultavam da interpretação dos textos legais e de sua aplicação aos assuntos litigiosos, como por exemplo, alguns assuntos do direito romano que eram difíceis de interpretar, pois vinham de uma tradição que havia se tornado obsoleta.

Assim, na história moderna, tanto no plano da teologia como no do direito, a hermenêutica tem sido entendida como arte ou técnica (método), com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana. O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato de que, em ambas, sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa. Essa tensão entre o texto e o sentido a ser

³ STRECK, Lenio. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?. *Novos Estudos Jurídicos*. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em 07 de fev de 2016.

atribuído ao texto coloca a hermenêutica diante de vários caminhos, todos ligados, no entanto, às condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas. Assim: ou se demonstra que é possível colocar regras que possam guiar o hermenêuta no ato interpretativo, mediante a criação, v.g., de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensa cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são, de fato, atos separados; ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passa(ra)m de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto (STRECK, 2010).

O conceito de interpretação ganha agora um sentido mais amplo. Não somente interpretar um texto que se mostra difícil. Interpretar é ir além dos dados manifestos. Além da validade dos fenômenos da consciência e autoconsciência, mas também a validade da objetividade da ciência foi questionada pela crítica da ideologia.

Em Heidegger, cujo grande mérito foi ter criado outra concepção de Ser e ter mostrado que com o conceito de Ser antigo criou-se o conceito de consciência, sendo esta a base da filosofia moderna.

Assim, Heidegger introduziu dois conceitos fundamentais: o de hermenêutica e o de interpretação. A hermenêutica não deveria mais ser uma teoria das ciências humanas e nem uma expressão da teoria da subjetividade. Deveria, sim, tomar uma nova forma, o que o levou a introduzir o elemento que se pode chamar de antropológico, com a função de descobrir no próprio ser humano a ideia de compreensão, isto é, para construir a sua visão filosófica, Heidegger avança, primeiro, em direção à preocupação com o ser. Só que isso não poderia levar a repetir o erro e a confusão que as teorias metafísicas faziam entre ser e ente (STRECK, 2011, p. 189).

Na conferência “O que é metafísica?”, o autor afirma que o Ser não foi tratado pela metafísica tradicional, que o deixou encoberto, construindo tudo a partir do ente. Ele pergunta o que é metafísica? Pergunta relativa ao que ela realmente é e não ao que ela quer ser. Essa pergunta mostra um novo conceito de interpretação. E, conseqüentemente, uma nova hermenêutica, superação de uma teoria hermenêutica, conceito novo de compreensão e autocompreensão.

A preocupação heideggeriana será com o sentido do ser, construindo, assim, a hermenêutica como elemento de ligação com o próprio preocupar-se do homem consigo mesmo. Na medida em que se compreende, o homem compreende o ser e, assim, compreende-se a si mesmo. Mas esse compreender-a-si-mesmo implicava um explicitar-se, portanto, um interpretar-se a si mesmo e, conseqüentemente, uma espécie de hermenêutica de si mesmo (autocompreensão). Tratava-se, pois, de superar o velho problema da fundamentação (STRECK, 2011, p. 205)

O conceito de autocompreensão foi usada primeiro por Fichte, com sua teoria da ciência, que se considera a única interpretação racional e autêntica da filosofia kantiana, sendo que esse conceito de autocompreensão foi derrubado na modernidade. Gadamer se pergunta: não seria uma ambição híbrida de Fichte e Hegel, aquela segundo a qual a soma de nosso saber do mundo, nossa ciência, poderia ser alcançado pela compreensão perfeita? (GADAMER, 1983, p. 57 e ss).

Autocompreensão está sempre em trânsito, é realização até o final impossível. É assim que ela mostra a finitude humana. Todos os comportamentos humanos, toda a existência humana, social, remonta à obscura e oculta dimensão da totalidade dos impulsos inconscientes – os interesses sociais perseguem seus fins de maneira inconsciente, de modo que as representações do consciente são máscaras. As compreensões evidentes estão sujeitas a dúvidas, então a autocompreensão não pode significar autotransparência de nossa existência.

Será que a lei do movimento humano pode ser pensada com o conceito de progresso – do transformar o desconhecido em conhecido? A vida humana traz consigo uma tensão interna entre o encobrimento e a iluminação.

Temos uma dúvida fundamental na legitimidade da autoconsciência, (*significação*), ou seja, levar em conta os limites e a tarefa da autoconsciência e consequentemente da hermenêutica. Temos que pensar a palavra hermenêutica e a interpretação. Aqui interpretação não tem a pretensão de explicar completamente um fato dado, de calculá-lo. Ou de outro lado uma aproximação de um único propósito, plausível, mas não claramente fecundo.

A interpretação é algo que está sempre a caminho. *Finitude do ser humano e do conhecimento*. As experiências da interpretação contém algo que ainda não ocorria na autocompreensão anterior. Afastam-se, assim, as pretensões de outras teorias das artes ou da interpretação. Não se pode falar em texto totalmente elucidável. A hermenêutica está mais interessada nas perguntas que nas respostas. Interpreta os enunciados como respostas a perguntas que tem que compreender.

Será que há liberdade de escolha para compreender? Decisão livre? (Pois na teologia não tínhamos). Mas se a reflexão, é porque determinado texto desperta nosso interesse. Existe uma informação sobre um fato, então temos que ir atrás desse fato pra despertar nosso interesse por ele (ou para nos conscientizarmos dele). Os fatos são enunciados. E enunciados são respostas. A pergunta a respeito da qual todo enunciado é uma resposta está, por sua vez motivada. Por conseguinte, em certo sentido, toda pergunta é igualmente é uma resposta.

Sem uma tensão interna de nossa expectativa de sentido e das concepções amplamente difundidas e sem interesse crítico nas opiniões, não teríamos perguntas. Essa

pergunta em relação às perguntas motivadoras pode ser feita sem a necessidade de nenhuma habilidade especial. Precisamos compreender o sentido da pergunta.

Há a *Infinidade de nossa tarefa interpretativa*. Só teremos alguma probabilidade de compreender os enunciados que nos preocupam se reconhecemos neles nossas próprias perguntas.

O inconsciente e o implícito não são simplesmente oposição à consciência humana da existência. A tarefa da compreensão não é somente esclarecer o que motiva nossos interesses no inconsciente, mas sobretudo compreender e interpretar na direção que estão estabelecidos pelo nosso interesse hermenêutico.

O implícito é objeto do esforço hermenêutico. A tarefa de compreensão é sempre limitada, fica reduzida pela resistência que os enunciados ou os textos apresentam e termina com a recuperação do sentido comunicativo.

A compreensão, como ação, é sempre um risco, e não permite regras para entender enunciados ou textos dados, sendo a interpretação uma aventura. Permite ampliar a nossa experiência humana, nosso conhecimento e nosso horizonte do mundo.

A opinião do texto ou os fatores psicológicos não importam no verdadeiro compreender. A compreensão se baseia em seu caráter linguístico. Falamos uma linguagem geral, participamos da comunidade de nossa experiência de mundo. *De um mundo permanentemente renovado com o esforço da vida*.

É um modelo fecundo, situação-diálogo, em que, através das perguntas do intérprete, deixa falar um texto mudo. Não é um procedimento de interpretação. Descreve o que sempre sucede. Não é uma teoria da arte que indica como deveria ser a compreensão.

Compreender é, pois, aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, *não é possível separar interpretação e aplicação*. O sentido não se descola do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, “em toda leitura tem lugar uma aplicação” (Gadamer). *Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial*. Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como se poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico (STRECK, 2011).

A compreensão é algo mais que a aplicação artificial de uma capacidade. É sempre também o atingir de uma autocompreensão mais ampla e profunda. Isso significa que *a hermenêutica é filosófica, assim é prática*.

4 O CASO EM DISCUSSÃO – DE COMO O DIREITO NÃO CABE NA LEI

Trata-se de uma apelação julgada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O caso retratava o genro que assinou o sogro, com intuito de receber certo patrimônio, pois sua esposa herdaria quando da abertura da sucessão. Ocorre que virtude do crime a filha do *de cujus* requereu o divórcio.

Contudo, diante do divórcio o genro seria contemplado com parte da herança fruto da meação. Indignada a ex-exposa ingressou na Justiça para que bem fosse excluído da partilha pelo divórcio.

Requereu que fosse aplicado analogicamente o Art. 1595, inc. I do Código Civil de 1916,⁴ que dispunha sobre a causa de indignidade do herdeiro. Esse pedido se deu, visto que o artigo que trata sobre causa de exclusão na comunhão de bens não mencionar nada no caso em apreço.⁵

Em primeira instância, o juiz julgou improcedente o pedido. Em grau de recurso, o debate cindiu-se se não havendo previsão legal de exclusão do genro, este deveria ser considerado legatário legítimo, ou, se, poderia recorrer a argumentos “fora da lei” para decidir o caso, fazendo assim, a chamada justiça ao caso concreto.

O relator entendeu que a lei não contemplava a exclusão do genro da partilha, pois não havia autorização legal para tanto. Ademais, não seria o caso de aplicar analogicamente o disposto nas causas de indignidade de herdeiros, pois no caso não se tratava de herança e sim de meação.

O segundo voto e que abriu divergência, a desembargadora, mesmo concordando que não haveria hipótese legal para a exclusão do genro, ressaltou que não deveria ser deixado de lado o princípio que institui a regra que protege a herança de atos de indignidade. Ainda, haveria uma omissão do legislador nesse caso, mas quando este criou as causas de indignidade quis punir o ato criminoso não permitindo que herdasse. Seria está a intenção do legislador. Por fim, a LICC (hoje LINDB) permite no seu 4º que sejam usados os princípios gerais do direito, analogia, para que se busque a justiça, o que estaria sendo ferido se não proovesse a pretensão recursal.

⁴ I - que houverem sido autores ou cúmplices em crime de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar;

⁵ Art. 263 do Código Civil de 1916.

Confesso que fere meu senso de justiça fazer uma injustiça dessa ordem. No dia em que tomei posse como magistrada, jurei fazer justiça, não aplicar a lei de forma mecânica e casuísta. Se para isso, quem sabe, tiver que afrontar a lei, a dar ensejo talvez de ser acusada de ter me tornado adepto da nominada “justiça alternativa”, paciência. Se for esse a qualificativo que mereço, vou aceitar, mas não posso permitir é o locupletamento de alguém com a própria torpeza.⁶

O terceiro voto e que deu a maioria a pretensão da ex-exposa, entendeu ser injusta qualquer pretensão de dar a meação ao assassino. Alegou também, que o legislador não pode prever todas as hipóteses na lei. Além disso, quando a lei for omissa a interpretação deve ter em conta os aspectos éticos e morais, preservando o sentido ético das regras.

5 O DIREITO COMO UM CONCEITO INTERPRETATIVO

Devemos analisar alguns argumentos elencados e traçar a melhor argumentação a interpretação ao caso (Dworkin). Primeiramente, a questão mais enaltecida pelos julgadores, a pretensão de fechar o sistema utilizando o 4º da LICC (LINDB). O disposto no artigo, somente trata de uma abertura discricionária, permitindo ao julgador impor sua visão pessoal

A menção aos princípios gerais soa como equivocada, visto se tratar de questão tratada no passado, que são meramente um alibi para trazer como transformar aspectos que não são jurídicos em jurídicos, reivindicando a completude do ordenamento jurídico, na linha de Kelsen.⁷

A lacuna estaria na lei, mas não no ordenamento já que toda resposta a um problema normativo deveria sair do próprio direito e, mesmo que algum elemento externo fosse introduzido ao direito, passando ele pelos critérios formais de adequação ao ordenamento, ele automaticamente, seria transformado em direito (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2013, p. 293).

Ocorre que, devido o paradigma que estamos assentados, não podemos mais concordar com a imaginação que a norma jurídica é algo dado prévio e que não merece interpretação.

⁶ Voto da Desembargadora Maria Berenice Dias, no processo supracitado, p. 9.

⁷ “Já com relação ao artigo 335 do Código de Processo Civil, a inconstitucionalidade e a incompatibilidade paradigmáticas parecem ser ainda mais graves, ao se admitir a validade de dispositivo processual prevendo a aplicação de “regras de experiência comum subministradas pela observação...”, como se ao juiz fosse dado, em pleno Estado Democrático de Direito, o poder de suprir lacunas a partir de juízos solipsistas. Dizendo de outro modo, a questão, no fundo, é paradoxal: os princípios antes autorizadores do “fechamento do sistema” a partir do exercício da discricionariedade nos casos difíceis (omissão da lei, lacunas etc.), agora soçobram diante dos princípios constitucionais instituídos justamente para evitar essa “delegação” de índole kelseniana-hartiana”.(STRECK, 2013, p. 166).

Contudo, desde o giro ontológico-linguístico a explicitação de como ocorre a compreensão mudou. Não considerar-se mais a norma jurídica plenipotenciária como sendo algo dado no ordenamento e sim, como produto da interpretação. Assim, as questões da norma jurídica não devem ser buscadas no ordenamento, mas na própria interpretação.⁸

A norma jurídica será sempre objeto da interpretação do texto dado. Assim, foi trabalhado por Friedrich Müller (2007). Este lançando de um novo paradigma teórico e operacional do direito. Sua teoria consiste na aplicação do texto da norma ao caso concreto e que isso resulta na norma.

Para Müller o positivismo quer conceber as codificações como sistema fechado e ausência de contradições. Procede pela dedução lógica com ausência de lacunas e todo comportamento social humano é normatizável e antecipável. “O sistema jurídico alegadamente fechado, sem lacunas, harmônico, abstratamente coisificado, pode ser manuseado de forma auto-suficientemente formalista quando se descarta das suas premissas e funções históricas e políticas.” Lacunas devem ser preenchidas com a necessidade de leis pseudo-naturais a partir de enunciados fundamentais e princípios orientadores.

Afirma o autor que fica claro que a concepção do positivismo jurídico, concebendo o direito como um sistema sem lacunas, a decisão como uma subsunção estritamente lógica e com a supressão de todos os elementos do ordenamento social não espelhados no texto da norma, deixa-se levar por uma ficção inaceitável na prática (MÜLLER, 2007, p. 20).

Essa análise demonstra que a norma jurídica, diferente do que diziam os positivistas, não deve ser entendida como uma ordem abstrata daquilo que deve ser, nem como um juízo hipotético ou um ato de vontade carente de inteiro fundo material. O axioma segundo o qual as decisões jurídicas podem ser deduzidas, em sua totalidade, do texto da norma, isto é, de estruturas linguísticas, aplicando a lógica formal, introduz de improviso hipóteses que, em seu caráter de fontes de erro incontroláveis, precisamente porque não admitidas, põem em dúvida não somente a almejada auto-suficiência formalista do ideal positivista da aplicação jurídica, senão também a racionalidade e clareza metodológica da ciência do direito (MÜLLER, 2007, p. 20).

Assim, defende que a norma jurídica só é produzida pelo aplicador jurídico e o texto da norma sem modificações não passa de um dado prévio (dado de imput), que orienta a concretização (MÜLLER, 2007).

⁸ “E aqui, é que temos a grande novidade da hermenêutica: não se deve buscar a verdade das coisas nem numa realidade externa ao sujeito, nem na própria consciência, isolada de seu entorno, mas na clivagem que existe entre consciência e mundo, e que a experiência da retrata de um modo privilegiado”. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2013, p. 295).

A atribuição de sentido ao texto, para que seja gerada a norma. A orientação para que o jurista, aplicador do direito, chegue à norma: ele tem como orientação o texto da norma criado pelo legislador e as circunstâncias factuais do caso apresentadas ao jurista prático para fins de decisão. Partindo dos elementos dessas circunstâncias de fato, o jurista seleciona, recorrendo auxiliariamente à sua pré-compreensão treinada, hipóteses sobre o texto da norma (MÜLLER, 2007, 240).

O texto da norma é um dado de entrada (input) para a concretização da norma. A norma jurídica não preexiste nos códigos e constituições, o que existe são os textos das normas, que pela concretização serão transformados em norma jurídica. O direito normativo encontra-se nos textos dos julgamentos e não já naquilo que produz o poder legislativo. Os textos de normas são somente um ponto de partida da concretização e, por terem sido criados por um poder democrático, também um limite.

Desse modo, o método desenvolvido por Müller aposenta a ilusão de que a lei já contém a decisão para todos os litígios imagináveis, sem que o lugar dessa ilusão seja ocupado pela gratuidade da escola livre (MÜLLER, 2007, 240). Desse modo, lei e Direito não são a mesma coisa. Na verdade, a literatura através de Antígona já nos legou isso.

Mais uma vez é necessário enaltecer que diante da constatação que o Direito é mais que a simples lei, somos empurrados ao ambiente interpretativo. “[...] a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral” (DWORKIN, 2005, p. 216).

Desse modo, não é possível interpretar parte de um texto, como se fosse possível cindir a livre arbítrio o objeto de interpretação. Ademais, nessa quadra da história não é compatível com o paradigma filosófico em que estamos impregnados dispor que somente interpretamos quando o texto é difícil ou quando possui determinada obscuridade ou ambiguidade nos seus termos. Assim, sempre interpretamos.

São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto de descrição quanto de valoração, sendo diferente de ambas. Essa sugestão parecerá adequada, pelo menos à primeira vista, para muitos juristas e filósofos. Eles têm o costume de dizer que o Direito é uma questão de interpretação – mas, talvez, somente por causa do que entendam por interpretação. Quando uma lei (ou a Constituição) é obscura em algum ponto, porque algum termo crucial é impreciso ou uma sentença é ambígua, os juristas dizem que a lei deve ser interpretada, e aplicam o que chamam “técnicas de interpretação da lei”. A maior parte da literatura presume que a interpretação de um documento consiste em descobrir os que seus autores (os legisladores ou os constituintes) queriam dizer ao usar as palavras que usaram. Mas os juristas reconhecem que, em muitas questões, o autor não teve nenhuma intenção e que, em outras, é impossível conhecer sua intenção.

Alguns juristas adotam uma posição mais cética. Segundo eles, sempre que os juízes fingem estar descobrindo a intenção por trás de alguma legislação isso é apenas uma cortina de fumaça atrás da qual eles impõem sua própria visão acerca do que a lei deveria ter sido (DWORKIN, 2005, p. 219-220).

Contudo, ainda não alcançamos a resposta de qual a interpretação é válida, ou, qual a interpretação é aceita no Direito?

Continua Dworkin uma interpretação é melhor que outra quando se ajusta adequadamente aos paradigmas que nos compartilhamos sobre esse mesmo conceito e é consegue descrever essa prática de maneira mais coerente. Assim, adequação social e coerência interpretativa são peças chave. Ademais, uma determinada interpretação não é melhor que outra porque é aceita por mais pessoas ou é fruto de uma convenção dominante, mas porque é apoiada por uma melhor justificação.⁹ Entretanto, até mesmo o conceito de melhor justificação é um conceito interpretativo.

Note-se, contudo, que o próprio critério do que faz uma justificação melhor do que a outra é, ele mesmo, interpretativo, razão pelo qual jamais saímos completamente do “jogo da interpretação”(MACEDO JUNIOR, 2010, p. 8-9).

Assim, para realizar a interpretação, devemos testar argumentativamente as melhores concepções, reconstruindo conceitos (MACEDO JUNIOR, 2010, p. 10).

No caso em tela, argumentativamente temos dois caminhos distintos a seguir. O primeiro, seguir a lei e considerar que não cabe ao juiz intervir na regra jurídica utilizando de critérios éticos. O segundo, considerou que o Direito não é somente a lei, mas também contempla os princípios, para eles ainda os princípios gerais do direito, e o genro não poderia se beneficiar do seu crime, mesmo não sendo hipótese legal de exclusão da meação. Além disso, elencaram a necessidade dos padrões éticos, morais e de justiça diante do caso da analogia.

Obviamente que o caminho percorrido pela tese vencedora é tortuoso. Enaltecer o art. 4º, da LICC, em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo que não permite mais o livre arbítrio do julgador não é correto. Não podemos concordar que sejam usados álibis para a discricionariedade em pleno séc. XXI.

Contudo, o resultado desse tese é correto. O princípio que ninguém pode beneficiar de sua própria torpeza é padrão obrigatório, trazendo para o Direito exigências de justiça e

⁹ “Para Dworkin, as controvérsias que podem surgir quando interpretamos um empreendimento artístico são inevitáveis e raramente encontramos um consenso em torno de qual delas seria a melhor interpretação. Isto, contudo, não equivale a afirmar que todas possíveis interpretações são igualmente boas ou válidas” MACEDO JUNIOR, 2010, p. 6).

moralidade política. Esta exigência não é uma exigência partícula ou pessoal, mas uma exigência compartilhada pela comunidade política, que não concorda com atos desse tipo.

Veja por exemplo, o caso semelhante acontecido nos Estados Unidos e exemplificado por Dworkin (2010). Trata-se do caso *Riggs v. Palmer*. A história nos conta que Palmer figurava no testamento de seu avô, o Sr. Riggs, como beneficiário da sua herança. Contudo, com medo da possibilidade alteração do testamento, o neto envenena o avô.

A questão controvertida seria se Palmer teria ou não direito ao recebimento da herança, visto a lei não excluí-lo como herdeiro. Na decisão os juízes da Corte de Apelações de Nova York, decidiram por maioria que Palmer deveria ser excluído da herança. Na decisão foram duas apresentadas teses contrárias. A primeira dispunha que a lei não excluía o neto de receber a herança, portanto, deveria o Judiciário não poder fazê-lo. A segunda corrente, vencedora, entendeu pela aplicação do princípio que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, devido uma exigência moral da legislação.

Ali, as palavras da lei estavam evidentes. Os beneficiários seriam sucessores na propriedade do testador se os requisitos de um testamento válido estivessem preenchidos. As circunstâncias eram que o beneficiário havia assinado o testador. Havia uma dúvida genuína, que foi resolvida pelo tribunal ao dar-se importância ao princípio de que ninguém deve beneficiar-se da própria torpeza (GUEST, 2010, p. 165)

Os princípios trazem a moralidade para dentro do Direito, mas a moralidade pública de certa comunidade política, buscando “extrair o melhor sentido moral das práticas jurídicas” (MACEDO JUNIOR, 2010, p. 2). Nesse sentido, também o princípio que ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza traz a exigência de justiça.

Um “princípio” [é] um padrão que deve ser observado, não porque ele promoverá ou assegura uma situação econômica, política ou social julgada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da imparcialidade ou de alguma outra dimensão da moralidade (DWORKIN. 2010, p, 22)

Os princípios possuem certo DNA histórico e reportam a uma construção subjetivamente compartilhada. Os princípios são um dever ser. Não são meramente conselhos ou mandados de otimização. Funcionam no código lícito-ilícito. E caso assim não o fosse, seriam apenas um argumento retórico.

Princípios recebem sua carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política. Vale dizer: não é uma regra que oferece um “teste de pedigree” que confere validade jurídica a um

princípio, mas, sim, um modo específico de a comunidade política se conduzir. Trata-se de um padrão decisório que se constroi historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores (STRECK, 2012b).

Entretanto, deve-se ter em conta a busca incessante do julgador em criar princípios na justificativa de aplicar sua moralidade, ou padrão de justiça particular. Veja no Recurso Extraordinário nº 723651,¹⁰ no qual o ministro Luiz Fux referiu que primeiro buscava a solução moralmente justa para depois “dar roupagem jurídica”. Ou a afirmação do Min. Barroso afirmou que a tese vencedora o qual ele não fazia parte era difícil sustentar-se dogmaticamente, “contudo, ficava feliz com a solução construída pela Suprema Corte”.

Não há uma por óbvio uma fórmula objetiva do que seja o justo. Contudo, isso não é uma autorização para uma abertura discricionária a justiça acarretando subjetivismos de toda ordem. O justo se transformou em sentimentos pessoais da visão pessoal de algo correto.¹¹ Assim, primeiro se decide através de algum argumento teleológico para depois dar o argumento jurídico, ou seja, busca-se primeiro decidir para se fundamentar. No entanto, há impossibilidade hermenêutica em realizar a atividade interpretativa em partes.

6 CONCLUSÃO

Verificou-se que o Direito em qualquer hipótese é um conceito argumentativo. Assim, não é possível somente interpretar quando um caso seria difícil. Sempre interpretamos, pois esta é a própria condição da nossa existência. Ou seja, a hermenêutica não é mais uma terceira entre o sujeito e o objeto e sim, o próprio fundamento de possibilidade argumentativa sobre o mundo e conseqüentemente sobre o Direito.

Utilizando os conceitos de Dworkin, testou se argumentativamente a solução ao caso concreto e visualizou que o princípio que ninguém deve se beneficiar da sua própria torpeza

¹⁰ O presente recurso baseava na pretensão de um contribuinte em que não fosse cobrado o IPI no caso da importação de automóvel por pessoa física. Os ministros reviram a jurisprudência do STF e consideraram válida a incidência de IPI na importação de automóveis por pessoa física. A maior discussão foi se a tese serviria para qualquer tipo de importação realizada por pessoa física, ou somente para automóveis. A maioria dos ministros entendeu que a tese não poderia ser ampla demais, ficando restrita ao automóveis, pois poder-se-ia prejudicar alguns setores, como por exemplo, o setor médico.

¹¹ “O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juizes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda”. Dworkin, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 216.

deve ser aplicado ao caso, pois é moralmente aceito pela comunidade política que integramos. E o próprio princípio traz uma exigência de justiça que o Direito exige.

Contudo, não é a justiça pessoal que se pretende, mas a justiça compartilhada por princípio pela comunidade que pertencemos e no qual trocamos nossas experiências de mundo de forma intersubjetiva a fim de construir a melhor prática jurídica aceita coletivamente.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 165.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. In: Guest, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?. *Novos Estudos Jurídicos*. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>. Acesso em 07 de fev de 2016.

_____. *Verdade e Consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Conhecimento *fast food*, Homer Simpson e o Direito. *Consultor jurídico*. 24.05.2012a Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito> . Acesso em: 10 de fev. de 2016.

_____. Direito não pode ser corrigido por valores morais. *Consultor jurídico*. 02.04.2012b Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck> . Acesso em: 05 de fev. de 2016.

____. Direito e literatura em cinco obras. *IHU on-line*. Disponível em:
http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5509&secao=444 . Acesso em: 10 de fev. de 2016