

“A quem cabe a escolha?” Sobre a importância de distinguir os métodos alternativos de interpretação jurídica

Fábio Perin Shecaira*

1. Introdução: regras e propósitos

Na parede de um restaurante, há um cartaz onde se lê: “É proibido fumar”. Um freguês lê o cartaz, pondera e decide acender um incenso depois de terminar a refeição. O gerente do restaurante se aproxima do freguês e pede que apague o incenso. Perplexo (ou fingindo perplexidade), o freguês responde: “Não vou apagar. Seu cartaz não proíbe incensos!”. Surpreso com a resposta, o gerente se cala. Depois de alguns minutos, os demais fregueses do restaurante começam a se incomodar com o cheiro forte do incenso e exigem que o gerente tome alguma atitude. A impressão original de que o freguês tinha-lhe apresentado um argumento definitivo contra a proibição do incenso é dissipada e o gerente retorna para dizer: “O cartaz só fala em fumar, mas o seu incenso incomoda os fregueses da mesma maneira. Apague-o, por favor,”. O freguês, cujo incenso a essa altura já estava quase no fim, sente que não vale a pena discutir, paga a conta e deixa o restaurante.

A teoria contemporânea do direito oferece uma maneira esclarecedora de explicar a história que acaba de ser narrada. As regras - isto é, as prescrições que são formalizadas em instrumentos como constituições, códigos, atos administrativos, decisões judiciais e até mesmo em cartazes como aquele do nosso restaurante hipotético – são concretizações de propósitos

* Candidato ao título de Doutorado em Filosofia pela McMaster University. Agradeço a Mateus Almeida, Fernando Rodrigues e Noel Struchiner a ajuda na revisão do artigo. E-mail: fabioshecaira@hotmail.com

mais profundos e abstratos¹. No nosso exemplo particular, é possível argumentar que a regra que proíbe fumar é uma concretização do propósito mais profundo de impedir que os fregueses do restaurante sejam incomodados pelo cheiro e pela fumaça produzidos por objetos como cigarros, charutos etc. A questão é que a linguagem usada para concretizar tal propósito é necessariamente menos flexível do que o próprio propósito que ela pretende concretizar. Essa disparidade entre regra e propósito gera um fenômeno interessante.

O caso do restaurante é um caso de regra "subinclusiva". A linguagem do cartaz não inclui incensos, mas não é implausível supor que esses objetos (considerado o propósito da regra) deveriam ser incluídos na classe de objetos proibidos: incensos têm o mesmo potencial para incomodar os não fumantes que os cigarros têm. Por outro lado, a regra em questão também é potencialmente "sobreinclusiva". Suponha que um dos fregueses do restaurante use em seu cachimbo uma erva que, quando queimada, produz uma fumaça incolor e inodora. Esse fumante em nada incomodaria os demais fregueses, mas a linguagem do cartaz o proíbe de fumar mesmo assim: nesse caso, inclui-se entre os objetos proibidos um objeto que não deveria ser incluído de acordo com o propósito do cartaz.

Toda regra é potencialmente sub e sobreinclusiva. Esse é um fenômeno que decorre do fato inevitável de que a linguagem e as categorias de que ela se serve são rígidas demais para dar conta da complexidade e da fluidez da experiência. Numa série de casos, o resultado decorrente da aplicação da linguagem da regra será divergente do resultado que decorreria da aplicação do propósito que a regra pretende especificar. Incensos incomodam? Sim. Mas acender um incenso é uma instância do ato de "fumar"? Não.

É claro que o gerente do restaurante poderia substituir o cartaz por um outro cuja linguagem seja mais apropriada para descrever aquilo que ele acredita ser o propósito da regra que proíbe o fumo. Um bom candidato seria: "É proibido queimar qualquer substância que produza fumaça visível ou cheiro forte". A nova regra passaria a incluir o incenso entre os objetos proibidos e, ao mesmo tempo, deixaria de incluir ervas inofensivas como aquela do fumante de cachimbo. Mas o mais importante é notar que os benefícios decorrentes da reformulação seriam limitados. A nova regra, pode-se argumentar, também tem um propósito subjacente: ela pretende

1 As bases dessa concepção de regra estão em SCHAUER, 1991, *passim*.

evitar a manipulação de qualquer objeto que (por qualquer meio) gere incômodo aos fregueses. O fato de que a linguagem da nova regra é também uma especificação de um propósito mais profundo resultará, inevitavelmente, em novos casos de sub e sobreinclusão. Por exemplo, a nova regra não proíbe os fregueses de trazerem rádios ao restaurante, nem de ouvi-los em alto volume; mas o ato de ouvir um rádio em alto volume parece, sim, ser proibido por aquilo que identificamos como o propósito da nova regra. Rádios não produzem fumaça, nem cheiro forte, mas podem incomodar quem deseja comer num ambiente silencioso.

O que pretendo mostrar com esses exemplos é que a disparidade entre o resultado da aplicação da linguagem da regra e o resultado de se recorrer ao propósito que a linguagem da regra quer concretizar não é uma disparidade acidental, que resulta da inabilidade eventual do criador da regra em especificar os seus propósitos adequadamente. Na verdade, a divergência entre regra e propósito é uma decorrência necessária do fato de que a linguagem é mais rígida do que o propósito que lhe serve de base. E esse problema não é eliminado com a escolha de regras formuladas em termos mais abstratos ou porosos; até mesmo essas formulações podem ser compreendidas como tentativas de especificar propósitos ainda mais fundamentais.

A tensão eventual entre regra e propósito é, portanto, um fato com que a teoria do direito tem de lidar. Teorias diferentes da interpretação jurídica lidam com essa tensão de maneiras diferentes. A seguir, passo a examinar que maneiras são essas.

2. Duas formas de interpretação

A divergência entre o freguês e o gerente é uma instância de um debate mais amplo a respeito de como interpretar regras. É possível distinguir as teorias contemporâneas da interpretação em dois grandes grupos, que chamo de “formalista” e “não formalista”. No nosso exemplo, o freguês parece realizar uma interpretação de tipo formalista. Ele acredita que a linguagem da regra deve ser aplicada mesmo quando ela parece divergir do seu propósito subjacente. O gerente, por outro lado, acha que há algo de errado em manter-se insensível em relação ao propósito da regra: quando há uma tensão entre regra e propósito, o segundo deve prevalecer.

Na teoria contemporânea do direito, as divergências entre os defensores do formalismo e do não formalismo normalmente se expressam de

três maneiras diferentes. Às vezes, os autores debatem sobre qual método é mais apropriadamente classificado como um método de interpretação. Esse é um debate de tipo conceitual acerca das condições que um ato deve satisfazer para que ele caia sob a extensão do conceito de *interpretação*. Outras vezes, os autores debatem sobre qual método de interpretação (se é que ambos se encaixam nessa categoria) é melhor do ponto de vista da moralidade política. Esse não é um debate conceitual, mas normativo. Um terceiro tipo de debate não é nem conceitual, nem normativo, mas descritivo. Ele pretende descobrir como é que os juizes e o demais agentes políticos de sistemas jurídicos reais efetivamente tratam as regras que lhes cabe interpretar.

O debate que tem atraído maior atenção, dentro e fora do Brasil, é, certamente, o debate normativo. Ao longo do artigo, farei uma série de comentários acerca desse debate, mas o meu principal objetivo não será oferecer uma defesa incisiva dos méritos normativos de qualquer um dos dois métodos de interpretação. Mais importante do que escolher o melhor método é ter clareza sobre o que está envolvido na aplicação de cada um deles. Um dos maiores problemas que sistemas jurídicos como o nosso enfrentam hoje *não* é o de ter que optar entre formalismo e não formalismo. Na verdade, é muito provável que os dois métodos de interpretação possam coexistir e combinar-se de forma saudável para produzir sistemas jurídicos eficientes e justos. O mais urgente é que sejamos capazes de identificar quando é que cada um dos métodos está sendo empregado e o que "está em jogo" quando de fato se emprega um em vez de outro. (A metáfora que está entre aspas será esclarecida mais adiante).

3. Tipos de formalismo e não formalismo

A melhor maneira de esclarecer a diferença entre o formalismo e o não formalismo é descrever as diferenças entre as teorias mais específicas que compõem cada um dos dois grandes grupos. Não pretendo fornecer uma taxonomia exaustiva dos métodos de interpretação; na verdade, os manuais brasileiros de introdução ao direito contêm listas muito mais amplas de métodos possíveis de interpretação do que aquela que será oferecida nesta seção. No entanto, há boas razões para crer que alguns dos métodos que os autores brasileiros costumam descrever como estratégias autônomas de interpretação são, na verdade, procedimentos auxiliares àquelas estraté-

gias que eu vejo como sendo efetivamente independentes. O que alguns autores chamam de *interpretação sistemática*, por exemplo, parece ser um procedimento que tem por fim produzir as evidências de que as estratégias autônomas de interpretação eventualmente precisam para que sejam bem sucedidas na realização dos seus objetivos².

Primeiro, divido o formalismo em duas teorias diferentes: o *intencionalismo* e o *textualismo*. De forma breve, os intencionalistas veem as regras jurídicas como comandos criados por certa classe de indivíduos e dirigidos a outra classe de indivíduos. As classes que ocupam tipicamente os polos dessa relação são os legisladores, de um lado, e todos os indivíduos submetidos à legislação, de outro. De acordo com esse quadro, as regras funcionam como instrumentos de comunicação e o que é comunicado são prescrições acerca de como os indivíduos devem agir. Para saber como agir, portanto, os indivíduos que desejam se submeter às regras devem descobrir qual era a intenção dos seus criadores, isto é, que tipo de conduta os criadores das regras *queriam* prescrever quando as editaram³.

Essa teoria não é implausível. É, de fato, muito comum pensarmos em regras como produtos de um corpo seletivo de agentes políticos cuja função é, precisamente, criar normas de conduta para os cidadãos. E, se esse corpo de agentes foi escolhido especialmente para exercer essa função, então faz sentido supor que cumprir as normas que eles criam exige saber o que eles querem que seja feito. Não é o momento de tratar de possíveis críticas políticas a essa maneira de enxergar o papel das regras e a relação entre legisladores e cidadãos. Antes disso, o intencionalismo é alvo de críticas mais fundamentais.

Os textualistas não veem a interpretação de regras como uma questão de se descobrirem as intenções dos criadores das regras. Para eles, o significado literal do texto legal é o que determina o que as regras prescrevem.

2 Este não é um ponto central do artigo, mas vale a pena oferecer pelo menos um exemplo do que tenho em mente. Imagine que um intérprete tem de lidar com um dispositivo da forma: “X é ilícito”, sendo X uma categoria legal cuja extensão não é muito clara. Num outro dispositivo pertencente ao mesmo corpo de normas do primeiro, o intérprete encontra a afirmação de que X é uma subespécie de Y, esta sim uma categoria cujos limites estão bem demarcados. Este é um caso de interpretação sistemática: o significado do primeiro dispositivo depende de alguma maneira do significado do segundo. Mas veja que o objetivo final do intérprete é simplesmente desvendar o significado literal de X. O exame conjunto dos dispositivos é apenas um meio para a realização desse objetivo.

3 Para uma defesa bastante recente e sólida do intencionalismo, ver: ALEXANDER e SHERWIN, 2008, pp. 131e segs.

São várias as suspeitas que os textualistas mantêm em relação à própria possibilidade do método intencionalista de interpretação, mas aquela que me parece mais grave diz respeito ao fato de que o modelo comunicativo pressuposto pelo intencionalismo ignora a complexidade do processo de criação legislativa tal como ele se desenvolve nos parlamentos modernos.⁴ Parlamentares, muitas vezes, divergem profundamente acerca daquilo que a lei sobre a qual deliberam deveria prescrever. Quando uma lei é promulgada num contexto de divergência profunda, a reunião de um número suficiente de votos para a promulgação só é garantida pela escolha de um texto específico. Noutras palavras, às vezes os parlamentares não conseguem concordar acerca de nada a não ser acerca das palavras específicas que devem ser usadas para compor a lei.

A crítica textualista é forte, mas duvido que ela seja conclusiva. Um argumento definitivo contra a possibilidade do intencionalismo exigiria a demonstração de que casos de divergência profunda entre parlamentares são mais do que apenas excepcionais. Não há dúvida de que sempre há alguma medida de divergência no processo legislativo, pelo menos entre os grupos de parlamentares que votam a favor da lei e aqueles que votam contra; mas, entre os parlamentares que compõem a maioria vencedora, não me parece que a disparidade de intenções seja sempre significativa. Além disso, o recurso à intenção do legislador continua sendo um instrumento útil - e comum nos sistemas jurídicos modernos - como forma de resolver problemas como a ambiguidade dos textos legais ou casos de erro evidente na sua redação⁵.

Seja como for, a resolução da disputa entre textualistas e intencionalistas não é necessária para os propósitos deste artigo. Com muita frequência, aliás, os textualistas e os intencionalistas convergem na forma como interpretam regras jurídicas específicas. Isso é explicado pelo fato de que os métodos que os intencionalistas empregam para descobrir as intenções dos criadores das regras são métodos bastante familiares. Se considerarmos

4 Ver: WALDRON, 2004, pp. 502 e segs.

5 Não são raros os casos em que, por exemplo, os responsáveis pela redação do texto legal inserem um "e" onde deveria haver um "ou", ou posicionam mal uma vírgula, e com isso interferem no significado do texto de uma forma que não pretendiam. (Ver, por exemplo: STJ - HC 58926/SP) O textualismo puro seria incapaz de lidar com esse tipo de problema. Talvez uma estratégia mista de interpretação - em parte textualista, em parte intencionalista - resolva o impasse. Não ofereço aqui argumentos em defesa de um formalismo misto, mas o leitor interessado poderá encontrar uma apresentação convincente dessa posição em SINNOTT-ARMSTRONG, 2005.

que os legisladores são pessoas que falam a mesma língua que nós, que eles são falantes competentes dessa língua e que eles têm o interesse de se fazer entender, então não há por que supor que há um meio melhor para se ter acesso às suas intenções do que a consideração do sentido literal das palavras que eles empregaram. Quando a linguagem não é clara o suficiente, outros meios podem ser empregados, como, por exemplo, a análise do contexto histórico em que o texto foi promulgado. Mas como são pouco frequentes as ocasiões em que se faz necessário o recurso ao contexto histórico, é seguro dizer que textualistas e intencionalistas, na maior parte do tempo, fazem a mesma coisa, a saber, eles se orientam pela linguagem das regras.

Entre os não formalistas, por outro lado, há três teorias que devem ser destacadas. Todas elas criticam a proposta formalista de se tratar a linguagem das regras como sendo “opaca” em relação aos seus propósitos subjacentes. Mas elas divergem quanto ao que é o propósito da regra e, sobretudo, quanto aos métodos que devem ser utilizados para conhecê-lo.

Quando o gerente do nosso restaurante hipotético fez referência ao propósito do cartaz, ele não explicitou qual procedimento empregou para chegar àquele propósito. Há, pelo menos, três possibilidades. Em primeiro lugar, é possível que ele tenha inferido o propósito a partir da linguagem do cartaz. Um cartaz que proíbe o fumo tem como propósito evitar os efeitos típicos do fumo - a fumaça e o cheiro forte -, que, aliás, são efeitos produzidos não só pelo cigarro, mas também por outros objetos - charutos, cachimbos, incensos etc.

Mas também é possível que o raciocínio do gerente tenha seguido uma sequência distinta: em vez de começar a pensar a partir da linguagem do cartaz, ele pode ter recorrido a ela apenas ao final de um processo baseado em outras premissas. Vendo que o freguês acendia um incenso, ele pode ter simplesmente tomado um tempo para julgar se o freguês agia bem ou mal (do ponto de vista da moral ou da etiqueta). Para justificar o seu julgamento, o gerente pode ter formulado um princípio acerca de como os fregueses devem se comportar no restaurante, a saber: eles não devem manipular qualquer objeto que produza fumaça ou cheiro forte. Formulado o princípio, o gerente pode ter considerado se ele era compatível com a linguagem do cartaz que proibia o fumo. Se princípio e cartaz não fossem compatíveis, ele poderia ter reformulado o princípio de maneira a garantir o ajuste desejado. No nosso exemplo específico, nenhuma reformulação

seria necessária, pois o primeiro princípio já estava em harmonia com a proibição de fumar.

Por fim, se é o caso que o gerente conhece o responsável pela criação da regra explicitada no cartaz (o dono do restaurante, talvez) e sabe muito bem da sua intolerância em relação à fumaça e ao cheiro forte de objetos como cigarros, charutos etc., então é razoável supor que o propósito que o gerente atribuiu ao cartaz é equivalente ao propósito real do seu criador⁶.

Nessa última hipótese, o gerente (i) não inferiu um propósito a partir da linguagem da regra, (ii) nem construiu um princípio a partir de considerações gerais a respeito de como os fregueses devem se comportar (submetendo esse princípio a um teste de ajuste em relação à regra), mas (iii) recorreu ao propósito real do autor da regra. Esses três procedimentos alternativos são exemplos de aplicações das três teorias que se encaixam na categoria de teorias não-formalistas da interpretação. O primeiro procedimento parece ser aquele que autores como Lon Fuller têm em mente quando defendem a idéia de que o significado de uma regra não pode ser determinado independentemente da apreciação do seu propósito.⁷ O segundo procedimento foi descrito com a intenção de acomodar a teoria da interpretação de Ronald Dworkin, segundo quem interpretar regras jurídicas é uma questão de aplicar os princípios que melhor as justificam e explicam.⁸ Ao falar do terceiro procedimento, não tenho autores específicos em mente; em algumas ocasiões essa concepção parece ser pressuposta

6 É crucial distinguir entre *intenção* e *propósito* (real) do criador da regra. A forma como emprego esses termos é, na verdade, um pouco arbitrária, pois na linguagem comum eles são muitas vezes usados como sinônimos. Para os nossos propósitos, porém, o mais importante é reconhecer que se trata de fenômenos distintos e, portanto, merecedores de nomes distintos. Quando um formalista recorre à *intenção* do autor da regra, ele procura um estado mental cujo conteúdo é bem específico; no caso do cartaz, ele procura saber quais objetos o autor pretendia realmente incluir na categoria "fumar": cigarros, charuto, cachimbos etc. O não-formalista, por outro lado, entende por *propósito* (real) um estado mental cujo conteúdo é mais abstrato e diz respeito à forma como o autor da regra justifica a escolha dos objetos que tem em mente. A relação entre propósito e intenção é análoga, portanto, à relação entre propósito e texto literal da regra. Ver, a respeito: ALEXANDER e SHERWIN, 2008, pp. 141 – 145.

7 FULLER, 1958, p. 664. Há autores que, sem endossar a tese semântica de Fuller, também recorrem à noção de propósito e ao método de inferi-lo a partir do texto. Ver: RÓDENAS, 2001, p. 73.

8 DWORKIN, 1986, p. 99. Omito aqui um aspecto essencial da teoria de Dworkin, sob risco consciente de distorcê-la. A sua teoria é, fundamentalmente, uma teoria sobre a interpretação de *sistemas* de regras, e não de regras isoladas (como aquela do cartaz). O ajuste que Dworkin persegue ocorre na verdade entre um princípio e o universo de regras jurídicas pertinentes. Esse é um ponto fundamental para Dworkin, pois é o que o permite dizer que o juiz que descarta uma regra não afronta o direito, desde que sua decisão se baseie num princípio capaz de justificar uma porção significativa das demais regras pertencentes ao mesmo universo temático da regra que foi descartada.

pelo discurso elusivo dos acadêmicos e magistrados que recorrem à idéia de propósito.

4. “O que está em jogo”: a possibilidade de escolha⁹

Agora estamos preparados para discutir os motivos pelos quais é tão importante distinguir formalismo e não formalismo. A linguagem do cartaz no restaurante é clara: ela proíbe que se fumem cigarros, charutos, cachimbos, narguilés etc. Se, de acordo com o formalismo, a interpretação do cartaz é uma questão de fazer valer a sua linguagem, então a capacidade de escolha do gerente é significativamente limitada: os atos que caem sob a categoria “fumar” estão proibidos; os atos que não caem sob essa categoria estão permitidos.¹⁰ Mas se, de acordo com o não formalismo, a linguagem do cartaz deve ser transparente em relação ao seu propósito subjacente, pode-se esperar do gerente um raciocínio interpretativo muito menos mecânico.

O raciocínio envolvido na interpretação não formalista é menos mecânico por dois motivos. Em primeiro lugar, não há por que supor que seja sempre possível associar apenas um propósito a uma dada regra. O gerente chegou à conclusão de que o propósito do cartaz era impedir a produção de fumaça e cheiro forte, duas coisas que costumam gerar desconforto para os frequentadores de um ambiente fechado. Mas o que permite supor que o gerente não poderia ter chegado à conclusão alternativa de que o propósito da regra era impedir a manipulação de qualquer objeto cujos efeitos pudessem ser prejudiciais à saúde dos demais fregueses? Perceba que se esse fosse o propósito preferido pelo gerente, então a fumaça da erva exótica, por exemplo, apesar de incolor e inodora, poderia ser considerada proibida caso houvesse evidências de que a sua inalação é tão prejudicial à saúde quanto a inalação da fumaça incômoda convencional.

É claro que o gerente também poderia escolher conjugar ambas as preocupações – i.e. garantir de uma só vez um ambiente agradável e saudável

9 A minha compreensão do que “está em jogo” baseia-se em SCHAUER, 1988, pp. 520 e segs.

10 Não quero que a minha confiança na determinação de conceitos empíricos ordinários como o conceito de “fumar” passe por um otimismo semântico ingênuo. É possível imaginar casos em que a aplicação de “fumar” é duvidosa (pense e.g. num cachimbo que se “fume” pelo nariz) e casos em que ela é simplesmente indeterminada (imagine que alguém usa em seu cachimbo uma substância que pode se inalada sem combustão). A vagueza é um fenômeno semântico inescapável, mas o importante é notar que seus efeitos - no caso de conceitos como “fumar” - são excepcionais.

para os fregueses – naquilo que ele pretende que seja o propósito da regra. Mas, ainda assim, não parece haver nada - seja na linguagem da regra, ou nas possíveis considerações acerca de como os fregueses devem se comportar - que constanja o gerente a escolher o primeiro propósito, o segundo ou a conjunção de ambos. Na verdade, a liberdade que o gerente tem para escolher o propósito da regra só existe de fato quando o procedimento que ele aplica é semelhante a algum dos dois primeiros procedimentos que eu associei ao não formalismo. Pois se o gerente entende por propósito da regra o propósito real do seu criador, então é eliminada, a princípio, a possibilidade de escolha que os outros dois procedimentos oferecem (embora ainda haja motivo para desconfiar da capacidade do gerente em reconhecer com precisão os propósitos reais do dono do restaurante, a menos, é claro, que o dono os tenha expressado abertamente e com clareza).

Mas se o primeiro motivo pelo qual o não formalismo abre possibilidades de escolha ao intérprete só se aplica sem ressalvas aos dois primeiros tipos de não formalismo, o segundo motivo aplica-se indistintamente aos três. Os exemplos que foram considerados até aqui indicam que os possíveis propósitos de uma regra são, normalmente (se não sempre), formulados em termos mais abstratos do que aqueles que figuram na linguagem da própria regra. E além do maior nível de abstração da linguagem do propósito, também é comum que nela ocorram termos de valor que não estão presentes na linguagem da regra. "É proibido fumar" é substituído por "É proibido manipular objetos que sejam *prejudiciais* [...]", ou por "É proibido manipular objetos que gerem *incômodo*...". Os termos em destaque costumam ter significados e extensões mais controvertidos do que as categorias valorativamente neutras usadas nas regras que encontramos tipicamente: "Proibido entrar com alimentos e bebidas na biblioteca", "Recolha as fezes do seu cão", "Proibido alimentar os animais", "Proibido estacionar das 6 às 22 horas", "Proibido virar à esquerda" etc. Isso mostra que além da escolha que cabe ao gerente no momento de formular o propósito de uma regra, pode lhe caber uma escolha também no momento de aplicar as categorias menos determinadas que figuram no propósito formulado.

Quero ilustrar a diferença entre procedimentos não formalistas e procedimentos formalistas de interpretação através de um exemplo menos trivial do que o exemplo do restaurante. Procuro um exemplo que represente melhor os tipos de raciocínio que juízes e advogados empregam no exercício regular das suas profissões.

Considere, pois, que um sistema jurídico hipotético possui a seguinte regra, R: “Deve-se aplicar multa ao motorista que dirigir após ter ingerido álcool”. Imagine, ainda, que R faz parte de uma lei nova, acerca da qual não existe nenhum precedente judicial. Essa informação serve para deixar claro que R é o único material jurídico que um juiz (ou um agente de trânsito) terá à sua disposição quando se lhe apresentar algum caso a que R é aplicável.

Considere, agora, como R seria aplicada por um juiz formalista. O motorista dirigiu depois de beber meia garrafa de uísque? Ele deve ser multado. O motorista dirigiu depois de beber uma lata de cerveja? Ele deve ser multado. O motorista dirigiu depois de fumar uma pedra de *crack*? Ele *não* deve ser multado. Em síntese, o juiz formalista se restringe a observar se a conduta relevante em cada caso se encaixa na categoria rígida de “dirigir após ter ingerido álcool”. Isso facilita o seu trabalho e o torna mais previsível, mas (pode-se argumentar) dá margem a resultados individualmente insatisfatórios e a injustiças, quando considerado o histórico completo de decisões (ou alguém negaria que há algo de injusto em absolver o fumante de *crack* e condenar o homem que bebeu uma cerveja com base naquela mesma regra de trânsito?).

Suponha, por outro lado, que um juiz não formalista deve aplicar a regra R. É muito provável que ele vá decidir os casos do *crack* e da cerveja de maneira diferente daquela como o juiz formalista os decidiu. Mas, para isso, ele terá de explicitar o propósito que está por trás de R. Há mais de um candidato. R pode ter sido criada para pressionar os motoristas a evitar comportamentos que afetem a sua habilidade para dirigir com segurança. Alternativamente, R pode servir ao propósito de coibir as brigas de trânsito, que são mais comuns quando os motoristas dirigem sob a influência do álcool. E é claro que o propósito de R também pode incorporar os dois objetivos simultaneamente.

Perceba que não há nenhum material jurídico que constranja o juiz a preferir um propósito aos outros. Todos estão em harmonia com a linguagem de R e todos parecem constituir princípios satisfatórios acerca de como os motoristas devem se comportar. A menos que o juiz seja um não formalista do terceiro tipo e tenha acesso aos propósitos reais dos legisladores que criaram R, é dele o poder de escolher o melhor propósito. É claro que a sua escolha pode ser criticada em bases morais ou factuais (pode ser absurdo, por exemplo, preferir o propósito de evitar brigas ao propósito de

garantir a condução segura dos veículos quando o julgador vive numa comunidade onde há pouquíssimos registros de briga de trânsito envolvendo motoristas embriagados, mas um extenso histórico de acidentes relacionados ao consumo de álcool). Mas a sua escolha não pode ser criticada em bases jurídicas. O juiz não descumpra qualquer dever *jurídico* ao preferir o propósito (supostamente) menos justificável do ponto de vista moral ou sociológico¹¹.

Feita a escolha do propósito, o juiz terá substituído uma categoria precisa como "ter ingerido álcool" por algo como "agir de forma a diminuir sua habilidade na direção", ou "agir de forma a tornar-se propenso ao comportamento agressivo". Perceba que a aplicação dessas últimas categorias aos casos particulares é muito mais controvertida do que a aplicação da primeira categoria. Quem bebe uma lata de cerveja corre o risco de tornar-se agressivo ou de perder o controle da direção? Isso certamente depende de fatores como o teor alcoólico da cerveja que foi ingerida, a suscetibilidade do motorista à embriaguez, a forma como o motorista se comporta no estado de embriaguez (se fica agressivo, eufórico, depressivo, sonolento etc.).

Tudo isso é para mostrar o campo de possibilidades que se abre diante do juiz não formalista. Cabe-lhe (i) associar um propósito (dentre as alternativas possíveis) à regra em questão e cabe-lhe também (ii) julgar a aplicabilidade dos termos porosos em que propósito está formulado aos casos variados que se apresentam. Nessas duas etapas do seu raciocínio, o juiz não formalista terá de se envolver em considerações de natureza normativa e factual que são muito mais complexas e controvertidas do que aquelas empregadas no procedimento formalista.

11 Alguém poderia objetar: "Mas e se o sistema jurídico em questão contiver a seguinte regra de segunda ordem: *em casos de indeterminação, os juízes devem tomar a decisão que seja moralmente mais justificável*? Nesse caso, uma decisão moralmente insatisfatória deveria também ser considerada juridicamente inválida." Em primeiro lugar, esse tipo de regra me parece muito artificial. Não é plausível supor que os sistemas jurídicos reais de fato incorporem normas desse tipo. Em segundo lugar, considere a diferença prática que uma tal norma seria capaz de produzir, se de fato existisse. O que adianta criar uma norma indeterminada para governar a atuação de julgadores que têm que lidar com casos de indeterminação? A indeterminação da norma de segunda ordem decorre, na minha opinião, do fato de que ela incorpora um conceito moral fino ("moralmente justificável"). Conceitos morais finos são pouco informativos e sua aplicação é amplamente controvertida. (Essa constatação ocupa posição central nos debates contemporâneos entre positivistas inclusivos e positivistas exclusivos. Os positivistas exclusivos (como eu) pensam que a inclusão de conceitos morais nas normas jurídicas é, em regra, um fator de indeterminação. Para um bom resumo desses debates, ver: GREEN, 2003.

Escolhi o exemplo da regra de trânsito justamente porque ele não é dos mais dramáticos. Se até mesmo uma regra de trânsito pode suscitar soluções diversas quando apreciada sob a ótica não formalista, imagine o que deve ocorrer quando cabe ao juiz não formalista deliberar sobre temas realmente dramáticos. Imagine, por exemplo, o espaço para deliberação que se abre através da tentativa de explicitar o propósito por trás da regra que define o casamento como “união entre homem e mulher”. Apenas um propósito pode ser inferido a partir da linguagem dessa regra? Qual é o princípio moral que melhor se ajusta à regra e ao mesmo tempo a justifica mais adequadamente? Há consenso sobre qual era o propósito real do criador da regra? As duas primeiras perguntas são naturalmente muito difíceis de responder: pessoas que se comprometem com teorias morais diferentes terão visões diferentes sobre o que é que justifica (ou se é mesmo possível justificar) uma regra de casamento cuja linguagem exclui uniões homossexuais.

A pergunta sobre o propósito real do criador da regra também é complicada, mas por motivos diferentes. Quem será capaz de identificar o propósito que o legislador de fato queria realizar através da regra? Mais importante do que isso: considerando-se que nas democracias modernas as regras são produzidas tipicamente por corpos coletivos, será que sequer existe um propósito único compartilhado por todos os criadores da regra? Aqui, o tipo de crítica que os textualistas dirigiam aos intencionalistas ressurge com força ainda maior. É razoável supor que os criadores da regra do casamento (pelo menos aqueles que compuseram a maioria vencedora) tinham uma intenção comum, a saber: reconhecer como casamento apenas a união entre homem e mulher. Mas é possível dizer o mesmo acerca dos propósitos subjacentes às suas intenções? Definir o casamento como a união entre homem e mulher pode ter sido uma forma de honrar qualquer um dos seguintes propósitos: promover a doutrina da Igreja Católica; preservar uma tradição secular; garantir a canalização de recursos para uniões afetivas que possam contribuir para o aumento da população etc. No final das contas, parece que o intérprete não formalista não conseguirá evitar a responsabilidade de fazer uma escolha.

Se o exemplo do casamento ainda não foi suficiente para mostrar a gravidade da indeterminação que se cria com o uso da interpretação não formalista, imagine então a complexidade de possíveis debates acerca de regras que tratam de temas como os seguintes: fidelidade partidária, dura-

ção do mandato presidencial, isenção tributária a entidades filantrópicas, regulação do mercado financeiro, proibição do jogo de azar, anistia de crimes políticos, ação afirmativa, demarcação de reservas indígenas, monopólio estatal sobre a exploração de atividade econômica, violência doméstica, maioria penal, proibição da maconha, proibição do aborto, pesquisas com células-tronco¹².

5. Debates conceitual, descritivo e normativo

Foi dito, na seção 2, que a disputa entre formalismo e não formalismo tem três dimensões diferentes: conceitual, descritiva e normativa. Farei apenas alguns comentários breves (e por isso mesmo não inteiramente justificados) sobre cada uma dessas dimensões.

No plano conceitual, não há nenhum argumento convincente para mostrar que apenas uma das duas maneiras alternativas de lidar com regras jurídicas constitui um método genuíno de interpretação. É possível dizer, sem distorcer os sentidos mais comuns dos termos "interpretação" e "interpretação jurídica", que tanto o juiz formalista quanto o juiz não formalista realizam, cada um à sua maneira, um tipo de interpretação jurídica. Qualquer proposta de reservar o uso desses termos para descrever apenas uma das duas teorias é arbitrária e pouco útil¹³.

No campo descritivo, por outro lado, é necessário proceder com mais cautela. Não conheço nenhum estudo empírico sistemático que mostre qual é o método de interpretação que os juizes brasileiros (por exemplo) usam quando interpretam regras jurídicas. O trabalho das cortes brasileiras é público e os teóricos do direito costumam acompanhá-lo com atenção, mas a afirmação de que no Brasil prevalece um ou outro método de interpretação depende de um tipo de pesquisa ainda inédita. Seja como for, um palpite inteligente é aquele que se inspira na análise de Frederick Schauer sobre o sistema jurídico norte-americano. Para Schauer, é provável que os juizes norte-americanos sigam o modelo do "positivismo (ou formalismo)

12 Todos esses temas têm sido objeto de controvérsia jurídica no Brasil; e é muito comum que as controvérsias se manifestem precisamente como divergências acerca do propósito, ou valor, que está por trás de certas regras e instituições. Um exemplo bastante recente é a lei de anistia: discute-se se o seu propósito é evitar o tipo de controvérsia que geraria uma instabilidade prejudicial à nossa jovem democracia, ou se ela tem algum propósito menos pragmático, como o de proteger de perseguição política aqueles que cometeram atos violentos em defesa de ideais genuínos.

13 Uma proposta desse tipo encontra-se em FISH, 2008.

presumido”.¹⁴ De acordo com esse modelo, os juízes costumam tratar a linguagem da regra jurídica como sendo opaca em relação ao seu propósito subjacente. É apenas em situações nas quais a linguagem aponta para resultados particularmente insatisfatórios que os juízes sentem a necessidade de recorrer ao propósito da regra. O caso do motorista que dirige depois de fumar *crack* é um possível exemplo de situação que levaria os juízes a abandonar o formalismo. Não é implausível imaginar que as cortes brasileiras também sejam “formalistas presumidas”, mas essa é uma suposição que ainda carece de evidência empírica adequada.

Os debates normativos são ainda mais complexos do que os debates conceitual e descritivo e, portanto, exigem um cuidado ainda maior. Devemos nos manter suspeitos em relação a qualquer tentativa de demonstrar que um método de interpretação é, de modo geral, melhor ou mais justificável do que o outro. Digo isso por duas razões. Em primeiro lugar, há motivos para crer que nenhum sistema jurídico real pode desenvolver-se adequadamente com o emprego de apenas um dos dois métodos alternativos. É possível que certos subsistemas do sistema jurídico exijam um método, enquanto outros subsistemas exigem o outro. O formalismo costuma ser recomendado, por exemplo, para o tratamento de regras penais, mas nem tanto para o tratamento de regras de direito do trabalho ou regras de direito administrativo. E, na verdade, mesmo no interior de um dado subsistema pode ser que os dois métodos de interpretação devam coexistir. Schauer, aliás, não diz apenas que o formalismo presumido (uma espécie de formalismo temperado por elementos não formalistas) descreve bem as práticas judiciais norte-americanas, mas também o defende como teoria normativa¹⁵.

Em segundo lugar, cada método tem vantagens (e desvantagens) que se manifestam de maneira diferente em função de fatores empíricos variados. As vantagens típicas do formalismo são previsibilidade, coordenação e simplificação do processo decisório. As vantagens típicas do não formalismo são sua capacidade de evitar resultados individualmente insatisfatórios e iniquidades derivadas da aplicação da mesma categoria linguística rígida a eventos significativamente diferentes. Mas há fatores relacionados às características contingentes de um dado sistema jurídico que fazem com

14 SCHAUER, 1991, pp. 196 e segs.

15 SCHAUER, 1988, p. 547.

que as virtudes típicas de um dos dois métodos sejam circunstancialmente mais prementes para esse sistema. É possível que o Brasil da década de 80, por exemplo, fornecesse um contexto político em que cortes inovadoras atrapalhariam o processo gradual de redemocratização; hoje, por outro lado, estabelecida a democracia, a previsibilidade e a coordenação parecem ser elementos menos valiosos.

Um outro fator importante é o grau de confiança que se pode atribuir aos agentes responsáveis pela aplicação de regras jurídicas num dado sistema. Nos Estados Unidos o cargo de juiz é ocupado por pessoas que se submeteram a processo eleitoral ou foram indicadas pelo poder executivo. Já no Brasil, o acesso à magistratura se faz, normalmente, por meio de concurso público. Essas diferenças na forma de escolher os juízes explicam por que nos Estados Unidos os juízes tendem a ser mais velhos e a ter um perfil mais político do que os juízes brasileiros. Essas informações são fundamentais quando o que está em questão é saber qual método de interpretação do direito é mais adequado: se aquele que dá mais poder de escolha aos juízes ou se aquele que lhes impõe maiores limites. A opção por um dos métodos não deve ser feita sem consideração da capacidade real dos agentes políticos para lidar com a liberdade de escolha¹⁶.

6. Conclusão

A ideia, em síntese, é a seguinte. Quando se permite ao julgador olhar através da linguagem da regra para discernir o seu propósito e aplicá-lo, abrem-se para o julgador alternativas que seriam excluídas caso a linguagem da regra fosse seguida de maneira inflexível. O propósito do artigo não é sugerir que a existência dessas alternativas seja algo necessariamente negativo. O propósito do artigo é mostrar simplesmente que, sob o modelo não formalista, essas alternativas existem; e que a escolha de uma das alternativas disponíveis não pode ser feita sem a realização de considerações factuais e morais de natureza controvertida.

Como foi dito no contexto da discussão sobre o aspecto conceitual do debate entre formalismo e não formalismo, não há boas razões para dizer que apenas um desses métodos constitui uma forma genuína de *interpretação* de regras jurídicas. Mas há ótimas razões para insistir que eles devem

16 Ver: STRUCHINER, 2008, *passim*.

ser distinguidos como formas muito diferentes de interpretação. Cada modelo reflete uma noção distinta do papel político exercido pelo intérprete das regras jurídicas. A teoria política clássica dividia as competências das instituições políticas de tal modo que ao poder judiciário cabia um papel muito menos criativo do que aquele que cabia ao legislativo. Aqui, pouco importa considerar se o esquema institucional proposto pela teoria clássica era justificado ou não. O importante é notar que ela não dissimulava a opção por limitar a liberdade de escolha das cortes judiciais. Hoje, o esquema clássico já é alvo de vários tipos de críticas e suspeitas; e, *no entanto*, ele continua exercendo pressão significativa sobre o imaginário político contemporâneo. Os juízes que procedem de maneira não formalista e se envolvem na tarefa controvertida de discernir o propósito das regras jurídicas insistem em dissimular a criatividade do seu trabalho.

Por motivos que não são fáceis de definir, a proposição de que o juiz deve aplicar a lei sem inovação continua a ser um ideal que os próprios juízes hesitam em desafiar. E essa hesitação resulta numa conduta (esta sim!) politicamente negativa. Se realizar escolhas não é um problema, esconder o fato de que escolhas estão sendo feitas é, sem dúvida, um grande problema. O jargão dos juízes brasileiros, com a sua referência a categorias obscuras como *mens legis* (categoria cuja obscuridade, nesse caso particular, é agravada pelo fato de se tratar de uma expressão latina),¹⁷ não está preparado para lidar com a distinção entre formalismo e não formalismo. E, portanto, não está preparado para lidar com o fato de que os juízes têm à sua disposição duas formas diferentes de interpretar regras jurídicas, cada uma das quais implica assumir um papel político peculiar.

Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. *Demystifying legal reasoning*. CUP: New York, 2008.

17 *Mens legis* é um conceito que aparece com frequência no discurso judicial, mas é usado com sentidos muito diferentes, às vezes até mesmo contraditórios. (Compare, a propósito: RE-AgR 421616/SP, p. 329 - em que o Min. Lewandowski parece usar *mens legis* no sentido de “finalidade da lei”, noção que sugere uma posição não-formalista -; e AI-AgR 401337-1/PE, p.482ss - em que o Min. Celso de Mello associa *mens legis* ao significado do texto legal.) O uso de *mens legis* como uma espécie de termo “coringa” é uma boa evidência de que os juízes brasileiros falham em distinguir entre formalismo e não formalismo. Afinal, o sinal mais claro de que uma comunidade de falantes é capaz de distinguir fenômenos diferentes é o fato de que ela reserva nomes diferentes para cada um deles.

- GREEN, Leslie. Legal positivism. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 20 de novembro de 2008 (Publicado em 2003).
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: HUP, 1986.
- FISH, Stanley. Intention is all there is: a critical analysis of Aharon Barak's purposive interpretation in law. *Cardoso Law Review*, 29, 2008, pp. 1109 – 1146.
- FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law – a reply to professor Hart. *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 630 – 672.
- RÓDENAS, Ángeles. En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas. *Doxa*, 24, 2001, pp. 63 – 83.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *The Yale Law Journal*, 97, n. 4, 1988, pp. 509 – 548.
- _____. *Playing by the rules*. OUP: Oxford, 1991.
- SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. Word meaning in legal interpretation. *San Diego Law Review* 42, n. 2, 2005, pp. 465 - 492.
- STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional. A dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO D. (Org.), *Teorias Contemporâneas de Direito Constitucional*, pp. 463 – 482. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei (Org.). *Direito e interpretação*, pp. 495 – 536. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Recebido em agosto/2009

Aprovado em novembro/2009