

O problema da superinterpretação no Direito brasileiro

The Problem of Overinterpretation in Brazilian Law

André Karam Trindade¹

Faculdade de Guanambi (UNIFG/Brail)
andrekaratrindade@gmail.com

Resumo

Trata-se de ensaio que apresenta os resultados parciais do projeto de pesquisa desenvolvido no âmbito do SerTão – Núcleo Baiano de Direito e Literatura, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFG. Com base nos pressupostos teóricos e metodológicos da tradição dos estudos em Direito e Literatura – mais especificamente em Direito *como* Literatura –, aliados aos aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, discute-se o problema da “superinterpretação” no Direito brasileiro. Para tanto, resgata-se o conceito formulado, originalmente, por Umberto Eco para enfrentar a questão dos limites da interpretação dos textos. Observa-se, com isso, que a maneira como a relação autor-leitor-texto desenvolve na teoria literária não se distingue da maneira como essa mesma relação se coloca na teoria do direito. À guisa de conclusão, a partir de alguns exemplos, sustenta que toda superinterpretação é um ato solipsista e, portanto, conduz a uma prática ativista. Na parte final, adverte-se para o risco que a superinterpretação dos textos jurídicos – especialmente as normas constitucionais – representa no campo do Direito, sobretudo quando praticadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: superinterpretação, interpretação, limites, textos, normas

Abstract

This essay presents the partial results of the research project developed in the SerTão – Núcleo Baiano de Direito e Literatura, in association with the

¹ Doutor em Teoria e Filosofia do Direito (Uniroma3/Itália). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFG/BA. Faculdade de Guanambi. Av. Pedro Felipe Duarte, 4911. CEP 46.430-000. Guanambi, BA, Brasil.

Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFG. Based on the theoretical assumptions of the tradition of studies in Law and Literature – more specifically in Law as Literature –, allied to the contributions of the Hermeneutic Criticism of Law, we discuss the problem of “overinterpretation” in Brazilian Law. To this end, the concept originally formulated by Umberto Eco is rescued to address the question of the limits of text interpretation. Thus, it can be observed that the way in which the author-reader-text relationship develops in literary theory does not differ from the way in which this same relation is placed in the theory of law. By way of conclusion, from some examples, it holds that all overinterpretation is a solipsistic act and therefore leads to an activist practice. In the final part, we warn against the risk that the overinterpretation of legal texts – especially constitutional norms – represents in the field of law, especially when practiced by the Supreme Court.

Keywords: overinterpretation, interpretation, limits, texts, norms.

Introdução

Harold Bloom, um dos mais importantes críticos literários da atualidade no âmbito mundial, publicou *O cânone ocidental*, em 1994. Nesse importante livro, ele critica o fenômeno que denominou *balcanização dos estudos literários*, entendido como o movimento resultante de diversas correntes em ascensão – como o feminismo, o neo-historicismo, o pós-colonialismo, o afrocentrismo, entre outros – que rejeitam a existência de cânones literários como forma de implementar seus programas de mudança social.

Na verdade, com a publicação desse livro, Bloom está reagindo à chamada *escola do ressentimento*, que havia se tornado a moda nas faculdades estadunidenses e propugnava a necessidade de se abandonarem a tradição estética e os padrões intelectuais, sob o alibi da harmonia social e da remediação à injustiça histórica. Com isso, um poema não poderia mais ser lido simplesmente *como um poema*, porque ele seria, antes, um documento social ou, talvez, um texto filosófico. Contra esse tipo de abordagem ressentida, Bloom resiste bravamente. Para ele, é preciso preservar a poesia em sua forma mais pura possível.

Pois, no campo jurídico, ao menos no Brasil, verificamos um fenômeno bastante semelhante àquele denunciado por Bloom: a destruição do cânone – no caso, o texto constitucional – e, com ela, a perda de autonomia do Direito.

Na teoria do direito, assim como no direito constitucional brasileiro, por exemplo, há algumas tendências que pretendem alçar o Poder Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, à posição de *vanguarda iluminista* da sociedade. Uma dessas tendências é, precisamente, o *neoconstitucionalismo*, que também vem fortemente marcado pela ideia de ressentimento.

Tal qual denunciado por Bloom, para concretização dos direitos fundamentais, o que importa seriam os *valores* que o intérprete-juiz deve privilegiar em detrimento do *cânone*. É esse caminho que, no direito brasileiro, vem sendo assumido pela dogmática constitucional, quando se trata da interpretação da Constituição de 1988.

Eis o cenário em que exsurtem e, atualmente, intensificam-se as denominadas *superinterpretações* no Direito.

Os limites da interpretação a partir da teoria literária de Umberto Eco

Umberto Eco – importante semioticista italiano, falecido em 2016, reconhecido mundialmente pela publicação do romance *O nome da rosa* (1980), obra traduzida para mais de quarenta idiomas e adaptada para o cinema – dedicou-se, no campo da teoria literária, aos problemas da interpretação, lecionando na prestigiada Universidade de Bolonha.

Em *Opera aperta*, publicada nos anos 1960, Eco sustentava o papel ativo do leitor na interpretação de textos dotados de valor estético. A questão de fundo, à época, era a dialética entre os *direitos dos textos* e os *direitos de seus intérpretes*. Nos trabalhos sucessivos que produziu, ele buscou os fundamentos semióticos dessa experiência de *abertura* a cujas regras não havia se dedicado inicialmente.

No entanto, três décadas mais tarde, em *Interpretazione e Sovrainterpretazione* (1995), preocupado com a licença delegada por alguns dos principais setores do pensamento crítico contemporâneo, em especial de certos desconstrucionistas – que teriam promovido uma *apropriação perversa* da noção de *semiótica ilimitada* –, para que o leitor produza um fluxo ilimitado e incontrolável de “leituras”, o mesmo Eco insurge-se contra os exageros muitas vezes cometidos pelos intérpretes.

Nesse importante livro, estão reunidas as três conferências proferidas por Eco em suas *Tanner Lectures*, na Universidade de Cambridge, em 1990, junto aos membros da Clare Hall, seguidas dos debates com Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brooke-Rose, em que o pensador italiano explora as maneiras de se limitar o alcance das interpretações possíveis e, conseqüentemente, de identificar as denominadas *superinterpretações*.

Desde o início, Eco chama atenção para um aspecto importante, que certamente também se aplica ao Direito: é possível reconhecermos a superinterpretação de um texto sem que precisemos indicar qual é a interpretação correta, ou sequer acreditar que deva existir uma interpretação correta.

O principal exemplo utilizado por ele para ilustrar o fenômeno das superinterpretações é a leitura rosa-cruzeana proposta por Gabriele Rossetti a respeito de *A divina comédia*, de Dante Alighieri. Para Rossetti, a narrativa dantesca contém uma série de símbolos e práticas litúrgicas típicas da tradição da rosa-cruz, apesar de documentos históricos confiáveis indicarem que a ascensão dessa fraternidade ocorreu somente no século XVII.

Eco traz ainda outros exemplos para ilustrar e reforçar sua tese. Um deles, reconhecidamente radical, envolve *Jack, o estripador*, o célebre *serial killer* inglês do final do século XIX. Eco alega que, se alguém alegasse que Jack praticava seus crimes baseado na interpretação que fazia do Evangelho segundo São Lucas, então muitos dos *adeptos do protagonismo do leitor* teriam de concordar que Jack havia lido o apóstolo de uma maneira despropositada, enquanto os *críticos* afirmariam que Jack estava completamente louco.

Eco retoma toda essa crítica num livro chamado *I limiti dell'interpretazione* (1990), também dedicado ao resgate do valor do texto e, portanto, da *intentio operis*. Nesse livro, ele admite que, nos anos 60, preocupava-se com a tensão entre a *fidelidade* e a *liberdade* do intérprete em relação ao texto. Entretanto, passados trinta anos, Eco reconhece que a balança pendeu excessivamente para o lado da liberdade concedida ao intérprete, conferindo-lhe um lugar privilegiado.

Todavia, a questão que se coloca não é pender, agora, a balança para o lado oposto. A controvérsia não está na possibilidade de um texto comportar diversas interpretações. Isso já está superado. Que a linguagem é plurívoca, não há dúvida. O ponto é que o fato de um texto

admitir diferentes interpretações não significa, de maneira nenhuma, que desse texto se possa fazer qualquer interpretação.

Algumas interpretações são manifestamente equivocadas, não podendo prevalecer por violarem a materialidade do próprio texto, ou seja, sua própria textualidade. A respeito dos limites da interpretação, Eco afirma:

Prima che un testo venga prodotto, potrebbe essere inventata ogni sorta di testo. Dopo che un testo è stato prodotto, è possibile fargli dire molte cose – in certi casi un numero potenzialmente infinito di cose – ma è impossibile – o almeno criticamente illegittimo – fargli dire ciò che non disse. Spesso i testi dicono più di quello che i loro autori intendevano dire, ma meno di quello che molti lettori incontinenti vorrebbero che dicessero (ECO, 1990, p. 107).

É preciso, portanto, respeitar o texto. Há critérios para limitar – e, portanto, controlar – a interpretação, seja ela literária ou jurídica. É possível fazer coisas com palavras? Sim, é possível, como já demonstrou John Austin (1990). Mas não é possível fazer qualquer coisa. E, aqui, reside a importância da Crítica Hermenêutica do Direito, que Lenio Streck (2014) vem desenvolvendo faz alguns anos, segundo a qual *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* (Trindade e Tomaz de Oliveira, 2017).

No campo jurídico, especialmente quando se discute o modo de produção das decisões judiciais, sempre que o interesse do leitor/intérprete puder se sobrepor ao texto deveria acender um sinal amarelo, indicando o risco de se incorrer em interpretações voluntaristas. Afinal, o ato interpretativo pressupõe a pretensão de compreender certa textualidade, e não de participar de um jogo de imaginação ou adivinhação.

Como alerta Eco, existe um sentido dos textos, ou melhor, podem existir muitos, mas não se pode dizer que não exista nenhum ou, ainda, que todos sejam igualmente bons. Por isso, quando falamos dos limites da interpretação, o que se busca é estabelecer um *modus*, uma *medida*, um *parâmetro*, que sirva para identificarmos o excesso.

Em síntese: se, num primeiro momento, Eco privilegiou a autoridade do leitor — e, aqui, ele cita a maliciosa metáfora de Tzvetan Todorov (1987): *um texto não passa de um piquenique em que o autor traz as palavras e os leitores o sentido* (que, na verdade, é uma frase de Georg Lichtenberg em alusão aos trabalhos de Jakob Böhme) —, contribuindo para certa arrogância do leitor, que assumiu um papel ativo demais na livre atribuição de sentidos; num segundo momento, Eco se preocupa, então, com os limites que o texto impõe à atividade interpretativa. Ora, para que uma interpretação seja exitosa, parece recomendável que ela possa ser verificável, tendo por base o próprio objeto interpretado, no caso o texto.

A conclusão é de que, entre a inacessível intenção do autor (*intentio auctoris*), muito difícil de se descobrir, além de irrelevante para a compreensão, e a discutível intenção do leitor (*intentio lectoris*), que desbasta o texto até atingir uma forma que sirva a seu propósito, existe a intenção do texto (*intentio operis*), que refuta interpretações insustentáveis.

Superados os paradigmas da objetividade e da subjetividade, o que temos é um processo dialógico e intersubjetivo de cooperação entre o leitor, o autor e o (con)texto, que ocupa a centralidade dessa interação dialética. Isso porque o leitor sempre se encontra com o texto por meio de sua manifestação linear. Sua interpretação, entretanto, sempre dependerá do horizonte de sentido e de expectativas do leitor. Ocorre que, para além disso, há uma enciclopédia cultural que abarca não apenas a língua e seu funcionamento, mas também o registro de todas as interpretações anteriores desse mesmo texto, isto é, a tradição conformada por determinada comunidade de leitores, uma vez que um texto sempre remeterá

a outro texto, que remeterá a outro texto, e assim por diante. E isso não pode, jamais, ser ignorado, ao menos quando se busca uma interpretação adequada.

Assim, a superinterpretação – sempre mais polêmica porque exagerada – seria uma leitura insustentável, inapropriada, inconcebível do texto. Ela caracteriza-se pela imposição da vontade do leitor, que desrespeita a intenção do texto, ao violar a sua coerência ou, então, por usurpar seus limites semânticos, apoderando-se de seu sentido.

Superinterpretação: uma figuração em Machado de Assis

Muito antes de Umberto Eco, o problema referente aos limites da interpretação já havia sido magistralmente explorado por Machado de Assis, no famoso conto *A Sereníssima República* (1997), publicado originalmente em *Papeis avulsos*, no ano de 1882.

A narrativa consiste na transcrição da conferência proferida pelo cônego Viana para comunicar sua grande descoberta: a existência da república das aranhas. Ele relata os resultados de seu extenso e aprofundado estudo de uma espécie de artrópode. Tendo observado que as aranhas possuíam uma “língua rica e variada, com sua estrutura sintática, os seus verbos, conjugações, declinações, casos latinos e formas onomatopeicas”, o cônego percebe que elas eram capazes de formar uma sociedade organizada. Decide, assim, testar as aptidões políticas das aranhas e as conduz a adotarem o modelo de sorteio da antiga República de Veneza, em virtude da simplicidade de seu sistema eleitoral, que, no caso, seria utilizado para o provimento de todos os cargos: as bolas recebem os nomes dos candidatos e, no dia da eleição, são colocadas no saco e retiradas até se ter o número dos eleitos necessários. A princípio tudo corria bem, mas começaram a ocorrer irregularidades: primeiro, entraram no saco duas bolas com o nome do mesmo candidato e, para evitar que isso voltasse a ocorrer, diminui-se o tamanho do saco visando a reduzir o espaço à fraude; depois, um candidato não teve seu nome escrito na bola e o saco voltou ao tamanho inicial para evitar exclusões; a seguir, no nome de dois dos três candidatos faltava uma letra e ficou decidido que o tecido do saco deveria permitir a visualização dos nomes escritos nas bolas; então, um candidato pode fraudar a eleição sinalizando para o oficial encarregado da extração, com o qual entrara em conluio, a bola que continha seu nome e a solução foi restaurar o tecido mais espesso e decretar a validação das bolas cujos nomes não estivessem grafados corretamente, desde que cinco pessoas jurassem que o nome inscrito era o próprio nome do candidato. O novo estatuto não resolveu o problema: na eleição seguinte, entre os candidatos estavam um que se chamava Caneca e outro cujo nome era Nebraska; na bola extraída estava escrito Nebrask; diante do erro de grafia, cinco pessoas juraram – nos termos da lei – que se tratava mesmo do próprio e único Nebraska da República; tudo estaria resolvido não fosse o fato de Caneca ter requerido provar que a bola trazia o seu nome, e não o de Nebraska. Um grande filólogo veio testemunhar e declarou que:

- a ausência da última letra (um simples *a*) não era fortuita, já que não resultava da fadiga, do amor à brevidade ou da falta de espaço, mas, sim, intencional;
- a intenção não podia ser outra senão a de chamar a atenção do leitor para a última letra do nome, a letra *k*;
- a letra *k*, por um efeito mental, é reproduzida no cérebro tanto por sua forma gráfica (*k*) quanto por sua forma fônica (*ca*);
- logo, ao chamar a atenção para a letra final, o efeito produzido pela falha na escrita é incrustar imediatamente no cérebro a sílaba *ca*;

- a seguir, como movimento natural do espírito é ler o nome todo, o espírito se volta para a primeira sílaba da palavra Nebrask (*ne*), do que resulta *Cané* = *ca* + *né*.

Por fim, disse o filólogo, faltava apenas explicar o processo de redução da sílaba do meio (*bras*) para a sílaba *ca*, que finalizaria a composição do nome *Caneca*. Tal redução poderia ser facilmente demonstrável, porém isso exigiria o “entendimento da significação espiritual ou filosófica da sílaba, suas origens e efeitos, fases, modificações, conseqüências lógicas e sintáticas, dedutivas ou indutivas, simbólicas e outras”. Assim, a simples existência da suposta demonstração bastaria para comprovar, de modo evidente e claro, sua afirmação de que *ca* era a terceira sílaba e, ao ser acrescentada às anteriores (*Cane*), resultava no nome *Caneca*.

A relação autor-leitor-texto: da Literatura ao Direito

O exercício desta aproximação hermenêutica ao fenômeno da superinterpretação no Direito insere-se no campo das pesquisas em Direito e Literatura (Trindade e Gubert, 2008), mais especificamente da matriz denominada Direito *como* Literatura – ainda pouco explorada no Brasil (Trindade e Bernsts, 2017) –, que se dedica aos estudos a respeito da extensão dos métodos de análise e de interpretação desenvolvidos no âmbito da crítica literária à análise dos textos e discursos jurídicos (Aguiar e Silva, 2011), abordando um conjunto de questões teóricas relacionadas à própria noção de narrativa aplicada ao Direito (Calvo González, 1996, 2013).

O problema relativo às superinterpretações praticadas nos tribunais é um reflexo da discussão a respeito dos limites da interpretação. Aliás, é curioso como a evolução dos modelos interpretativos, na área do direito, segue um percurso semelhante àquele observado, anteriormente, na teoria literária: (1) a crença na intenção do autor, (2) a aposta na intenção do leitor; (3) o resgate da intenção do texto.

Isso fica muito claro no pensamento de Ronald Dworkin, para aproveitarmos um teórico que desenvolveu a metáfora do *romance em cadeia* (*novel chain*), demonstrando a maneira como o direito se assemelha à literatura.

Em *A Matter of Principle* (1985), ele aponta as limitações do *intencionalismo* (de E. D. Hirsch, por exemplo), que privilegia o significado de uma obra literária a partir do ponto de vista de seu autor – o que, no plano do direito, corresponderia à vontade do legislador –, colocando-o como protagonista da interpretação.

Mas ele também se opõe à *estética da recepção* (de Hans-Robert Jauss e Wolfgang Iser, por exemplo), que deixa os significados à disposição do leitor, na medida em que a ele cabe atribuir os sentidos – o que, no plano do direito, implicaria aceitar que a interpretação dependeria da criatividade dos juízes –, deslocando-o para o centro do processo hermenêutico.

Como observa Marí (1998), apesar de negar qualquer vinculação ao *New Criticism* (de I. A. Richards) – que resiste às contribuições da filosofia europeia continental, especialmente aos aportes da fenomenologia e da hermenêutica, ao contrário do que ocorre com os formalistas russos –, Dworkin aponta, com base na formulação da *hipótese estética*, que a interpretação literária deve buscar a valorização substancial da obra literária e seu contexto político-social, observando os traços formais de identidade, coerência e integridade.

E isso também vale para o Direito, embora nesse caso a preocupação não seja particularmente em relação à propriedade estética do texto (Llanos, 2017). Afinal, se a

interpretação não é uma atividade inventada pelos teóricos da literatura, o mesmo se aplica aos juristas, que dela não detêm nenhum monopólio ou exclusividade.

Como se sabe, em certo momento da história, no século XIX, o positivismo legalista nos levou a acreditar que interpretar era descobrir a vontade do legislador (*mens legis*); depois, ao longo do século XX, o positivismo normativista passou a sustentar que interpretar é um ato de vontade e que os juízes possuem discricionariedade para decidir os casos difíceis. Ou seja, da vontade do legislador (*intentio auctoris*) saltamos para a vontade do juiz (*intentio lectoris*), como aponta Lenio Streck (2016). E, ao longo desse percurso, perdemos o cânone de vista, comprometendo a autonomia do Direito.

As superinterpretações no Supremo Tribunal Federal

O fenômeno das superinterpretações também assola o Direito. Com a agravante de que, no Direito, seus efeitos revelam-se muito mais nocivos e perigosos.

Se, na literatura, a superinterpretação de um romance, por exemplo, pode levar a incontáveis discussões e debates teóricos, com a realização de dezenas de seminários e congressos, além da produção de artigos, teses e livros, o que se verifica no campo do direito é muito diferente.

Isso porque a força das decisões judiciais pressupõe o exercício legítimo da violência por parte do Estado. Isso significa dizer que uma superinterpretação das normas jurídicas pode resultar, por exemplo, na restrição da liberdade, no confisco de bens, no afastamento do lar, na interdição de um estabelecimento etc.

Não é objetivo deste ensaio oferecer um catálogo das superinterpretações no direito brasileiro, ou ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal – embora esse seja um desdobramento natural cujos primeiros passos já foram dados. De todo modo, parece importante materializar o argumento desde o início sustentado.

E, para tanto, nenhum exemplo poderia ser mais ilustrativo do que o polêmico julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki, por meio do qual, em 17 de fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, procedeu a um *overruling*, uma virada jurisprudencial, ao relativizar a garantia constitucional da presunção de inocência, revogando, assim, o precedente que vedava a execução antecipada da pena.

Como isso foi possível, considerando as disposições contidas na Constituição e no Código de Processo Penal? Para responder, é preciso atentarmos para o que diz textualmente a Constituição:

- “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CR), ocasião em que se iniciará o efetivo cumprimento da pena; e
- “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (art. 5º, LXI, CR), hipóteses relativas às modalidades de prisão provisória.

O Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente,

em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (art. 283, CP).

Acrescente-se que esse dispositivo legal foi incluído pelo legislador, em 2011, precisamente, para compatibilizar a legislação infraconstitucional à interpretação conferida ao texto constitucional pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em 2009, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG, de relatoria do ministro Eros Grau.

Ocorre que a modificação do entendimento da Corte observou outros parâmetros. A posição majoritária apresentou uma série de fundamentos pragmáticos – de nítido viés metajurídico –, como, por exemplo, a legítima demanda da sociedade, estatísticas sobre a reversibilidade das decisões em grau de recurso, maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça, a redução da seletividade e o fim da impunidade.

Também se utilizou do equivocado argumento – já invocado no HC nº 85.886/RJ, de relatoria da ministra Ellen Gracie – de que “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”, esquecendo-se de dizer que a Constituição de nenhum desses países traz a concepção de presunção de inocência em termos sequer semelhante à brasileira. A Constituição de 1988 é, ao menos formalmente, mais garantista e garantidora do que as europeias. E isso jamais poderia ser suscitado como um defeito.

Como se não fosse o suficiente, a decisão silenciou sobre o disposto no artigo 283 do Código de Processo Penal. Tudo indica que, ao denegarem o *writ*, os ministros se esqueceram de que a lei processual também garantia a presunção de inocência nos mesmos moldes da Constituição. Isso ensejou o ajuizamento de três ações declaratórias de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, todas relatadas pelo ministro Marco Aurélio (ADCs nº 43, 44 e 54).

Na ADC nº 44, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a denúncia da superinterpretação praticada pelo tribunal constitui uma das bases de toda a fundamentação técnica para o enfrentamento à mutilação do texto constitucional, sendo um dos pilares estruturantes da própria ação.

Na petição inicial, por exemplo, sustentou-se que, caso os ministros quisessem manter seu novo entendimento, eles teriam de declarar a inconstitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, cuja redação foi alterada por meio da Lei nº 12.403/11 justamente para espelhar os dispositivos constitucionais, o que impediria, inclusive do ponto de vista lógico, eventual interpretação conforme a Constituição.

Essa seria uma verdadeira *sinuca de bico* em que, paradoxalmente, teria se colocado, a Suprema Corte, uma vez que, no Brasil, sempre se rejeitou – tanto na doutrina quanto na jurisprudência – a polêmica tese de Otto Bachof, acerca das *normas constitucionais inconstitucionais*, de 1951.

Além disso, chamou-se atenção para um aspecto trivial: há uma dimensão substantiva que não está à livre disposição dos intérpretes, não podendo ser simplesmente convencionalizada pelas maiorias de ocasião, nem mesmo dentro dos tribunais. Se nós temos uma Constituição – e essa é seguramente a melhor que já tivemos –, gostemos dela ou não, é preciso respeitá-la.

Todavia, ao julgar a medida cautelar nas ADCs nºs 43 e 44, de relatoria do ministro Marco Aurélio, o Tribunal entendeu – de novo, por maioria – pela “declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”. Paradoxal? A resposta é negativa, ao menos quando se

entende que é possível atribuir sentidos livremente e, portanto, afirmar qualquer coisa sobre determinado fato ou texto.

Na verdade, para autorizar a denominada *execução antecipada da pena* – com base na relativização da presunção de inocência –, o Supremo Tribunal Federal enveredou pelo caminho teórico da mutação constitucional, seguindo a mesma trilha já percorrida pela Suprema Corte, alguns anos antes.

Em 2007, ao analisar a Reclamação nº 4.335/AC – sobre o instituto da progressão de regime –, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau propuseram interpretação que transformava radicalmente o sistema de controle difuso de constitucionalidade, subvertendo o papel do Senado Federal, sob o fundamento de mutação constitucional. No entanto, o julgamento foi concluído somente em 2014, após a superveniência da Súmula Vinculante nº 26, restando superada a discussão acerca da mutação.

O fato é que o alerta de Flávio Pedron (2012) revela-se cada vez mais acertado, confirmando o argumento proposto neste ensaio: *quando um ministro pretende dizer que sua interpretação é revolucionária, ele diz que está fazendo uma mutação constitucional*. Ou seja, para fundamentar uma superinterpretação e, com ela, mutilar o texto constitucional se recorre, paradoxalmente, ao argumento de autoridade da mutação constitucional, cujas raízes remetem ao final do século XIX.

E a maior prova disso é a posição assumida pelo ministro Roberto Barroso, no julgamento do HC nº 126.292/SP, em total desacordo com a posição por ele sustentada em seus livros de doutrina, em especial no *Curso de direito constitucional contemporâneo* (2011) onde afirmava, categoricamente, que a mutação constitucional tem limites e que, se ultrapassados esses limites, incorrer-se-ia em violação ao poder constituinte e, em última análise, à soberania popular.

Segundo lecionava, a aplicação do instituto da mutação constitucional possui dois freios: (a) as possibilidades semânticas do relato da norma, ou seja, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e (b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. E concluía assinalando que as mutações que contrariassem a Constituição, num cenário de normalidade, deveriam ser rejeitadas pelos poderes e pela sociedade, sob pena de se criar uma situação anômala, com a sobreposição dos fatos às normas, cuja persistência poderia apontar para o enfraquecimento da Constituição, a usurpação do poder ou, ainda, um quadro revolucionário (Barroso, 2011, p. 128-129).

Em síntese: o Supremo Tribunal Federal, ao relativizar a presunção de inocência, no julgamento do HC nº 126.292/SP, incorreu em manifesta superinterpretação da Constituição, na medida em que, ao ressignificar a expressão “trânsito em julgado”, subverteu seu sentido de tal forma que o resultado da interpretação passou a apontar na direção diametralmente oposta àquela construída ao longo da última década. Ou melhor: converteu-se trânsito-em-julgado em não-trânsito-em-julgado.

Ocorre que, ao proceder desse modo e aniquilar uma garantia fundamental sob o álibi retórico do clamor das ruas, a Suprema Corte revelou todo seu matiz realista. Isso porque, na comunidade jurídica, ninguém tinha dúvida acerca do que significa a expressão “sentença condenatória transitada em julgado”.

Trata-se, com efeito, de mais um sintoma do *positivismo jurisprudencialista* que vem ganhando espaço no direito brasileiro, por meio do qual ocorre a substituição da lei (e da Constituição) pela jurisprudência, institucionalizando-se, assim, uma espécie de *realismo tardio*, ou *realismo à brasileira*.

Outro caso que não poderia deixar de ser aqui lembrado – ainda que não haja espaço para sua análise – é a famosa Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4/DF, de relatoria do

ministro Sydney Sanches, julgada em 7 de março de 1991, na qual o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria – vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Paulo Brossard –, que não haveria limitação à taxa de juros, enquanto não houvesse lei complementar, apesar do texto constitucional estabelecer que “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar” (art. 192, § 3º, CR, posteriormente revogado pela EC nº 40/03).

O mais curioso de tudo isso é que, ainda antes do advento da Constituição de 1988, quando do julgamento da Representação nº 1.471, o ministro Moreira Alves alertava para o fato de que é imprescindível que a *interpretação conforme* deve ter limitações, para evitar que o intérprete se transforme em legislador positivo: se há um sentido claro e inequívoco, uma interpretação desviante pode vir a distorcer o sentido do texto a tal ponto que haverá não mais “aquele texto”, mas, sim, “um novo texto”.

Isso nos obriga a reconhecer que, em pleno constitucionalismo democrático, ainda convivemos com o fantasma da arbitrariedade, inclusive quando se trata do exame judicial de direitos e garantias fundamentais.

Evitar as *superinterpretações* no direito – aqui entendidas como leituras absolutamente inadequadas, caracterizadas pela ultrapassagem dos limites semânticos do texto, em que prevalece a imposição da vontade do leitor, que se apodera dos sentidos – continua sendo o desafio dos juristas, em especial daqueles cujo papel e o compromisso são, precisamente, o de guardar a Constituição (Trindade e Karam, 2018).

A superinterpretação e o solipsismo do intérprete

Toda superinterpretação é um ato solipsista e, portanto, ativista. Por quê? Porque ela se funda em elementos extratextuais, cuja origem remete, inevitavelmente, à vontade do intérprete. A superinterpretação funda-se sobre elementos exógenos ao texto, porém endógenos quanto à consciência do sujeito. E aqui é onde reside o perigo. Toda superinterpretação implica determinado grau de privatização da linguagem.

Em seu *Dicionário de Hermenêutica* (2017, p. 273-277), Lenio Streck define o solipsismo – expressão de origem latina: *solus* (sozinho) + *ipse* (mesmo) – como a concepção filosófica segundo qual o mundo e o conhecimento estariam submetidos à consciência do sujeito. Esse sujeito conforma o mundo unicamente a partir de sua subjetividade. Em suma: ele assujeita o mundo, que nunca poderá transcender a representação de sua consciência. Isso já está muito claro em Wittgenstein (2008).

Trata-se, epistemologicamente, do coroamento do individualismo moderno, em sua máxima potência. Eis a chamada *filosofia da consciência*, ou paradigma da subjetividade, em cuja origem está o *cogito* (Descartes), passando pelo *eu transcendental* (Kant) até chegar à *vontade de poder* (Nietzsche). É por isso que o termo solipsista serve para designar aquele sujeito egoísta que se basta, ou melhor, aquele sujeito que é viciado em si mesmo.

Lenio Streck (2017) invoca o conto *Ideias de canário*, de Machado de Assis, publicado originalmente na Gazeta de Notícias, em 1895, para ilustrar, alegoricamente, o problema do solipsismo. Há, contudo, outro exemplo menos alegórico e ainda mais interessante, esse da literatura universal e que chegou ao cinema, de maneira sublime.

Caspar Hauser (1908) é um romance de Jakob Wassermann – ele também é o autor de *O processo Maurizius* (1928) –, que foi adaptado para o cinema, em 1974, por Werner Herzog. Esse, aliás, é um de seus trabalhos mais celebrados, inclusive foi premiado no Festival de Cannes, em 1975. Está disponível no Youtube.

Em português, o filme se chama *O enigma de Caspar Hauser*, embora o título original, traduzido do alemão (*Jeder für sich und Gott gegen alle*), devesse ser *Cada um por si e Deus contra todos*. O filme é fantástico; a história, surpreendente.

Kaspar Hauser é uma criança que teria sido abandonada, por conta de um mistério envolvendo a sucessão da família real de Baden, no século XIX. Ele foi mantido encarcerado até os dezesseis anos de idade, sem qualquer contato humano, sendo apenas alimentado por um homem, que deixava sua comida à noite, enquanto ele dormia. Durante todos esses anos, o único objeto de que dispunha era um brinquedo de madeira, um cavalinho. Ele só sabia pronunciar uma palavra: *cavalo*.

Na noite anterior ao domingo de pentecostes, o homem misterioso retira Kaspar Hauser do calabouço e o deixa no centro da cidade de Nuremberg, em 1828, com uma carta destinada ao capitão da cavalaria. Até então, Kaspar Hauser ignorava o mundo exterior e a própria existência de outros seres humanos. Ele não sabia falar, nem caminhar. Diante de tal criatura, os moradores ficam perplexos. Após a leitura da carta apócrifa que conta sua procedência, o caso é levado às autoridades, que abrem um expediente, porém não sabem o que fazer com ele e decidem mantê-lo preso em uma torre. Com o tempo, ele aprende a falar. No entanto, ele se torna oneroso para as finanças do município. Então, é acolhido pelo gentil senhor Daumer, em cuja casa passa a viver. Lá, ele aprende a ler e a escrever. À medida que amplia seu vocabulário, o seu mundo também aumenta. Afinal, o alcance do sujeito está adstrito à sua linguagem. Apesar de seu progresso após dois anos, a maior dificuldade de Kaspar Hauser está em compreender as convenções da época, seja no que diz respeito à ciência, à sociedade ou, ainda, à religião.

E, aqui, a passagem que mais interessa para os fins deste ensaio. Muitas são as pessoas que querem visitar e entrevistar Kaspar Hauser. O primeiro deles, um reverendo, pergunta-lhe: No cativeiro, onde vivia privado de qualquer conta com o mundo exterior, você tinha alguma noção de Deus ou de algo que elevasse seu espírito? Kaspar responde: *Eu não entendo essa pergunta. No cativeiro, eu não pensava em nada e não consigo imaginar que Deus, do nada, criou tudo, como vocês me disseram*.

Kaspar nunca havia precisado usar sua capacidade cognitiva para se colocar para além de si. Por dezesseis anos, ele nunca necessitou transcender para compreender e explicar o mundo exterior. O mundo era o cativeiro e nele nada havia para ser entendido, explorado ou contemplado. Com isso, Kaspar se bastava. Qualquer imaginação era impossível para ele. Por isso, nunca havia sonhado. Ele era tão inteiro, autossuficiente e totalizante que nada poderia existir para além de si. A realidade se reduzia àquela fabricada por ele (Blikstein, 2003).

Retomando o argumento central: no direito, toda superinterpretação pressupõe um ato solipsista, um ato de vontade – e, portanto, de escolha –, que conduz a uma prática ativista, porque resulta de um sentido arbitrariamente atribuído pelo intérprete, a partir de sua consciência.

A usurpação do texto conduz, mais cedo ou mais tarde, a *interpretações objetivamente insustentáveis* porque fundadas sobre *arbitrariedades semânticas*, para usar uma nomenclatura empregada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso das cercas de ciprestes (*Zypressenhecken-Beschluß, BVerfGE 70,13*), quando enfrenta o problema dos limites do texto na aplicação das normas jurídicas. Os atos de fala que ignoram completamente as normas semânticas e as relações inferenciais negam o contexto do discurso racional, como diz

Matthias Klatt (2017). Esse seria o limite semântico da disposição intersubjetiva para toda e qualquer compreensão. E, por isso, com esse limite não se pode transigir.

É preciso ter sempre em conta que a decisão judicial não é o produto de um método ou técnica e, tampouco, o resultado de um ato de vontade do juiz. Decidir não equivale a escolher. Existem diferenças importantes. A maior delas diz respeito à (im)personalidade. Por isso, o combate à discricionariedade positivista.

No âmbito da Crítica Hermenêutica do Direito, existe uma diferença fundamental – porque estruturante – entre as ações de *escolher* e *decidir* (Streck, 2017). Enquanto a primeira depende da subjetividade, isto é, das preferências do sujeito; a segunda se dá na intersubjetividade – e, portanto, independe da simples vontade do intérprete –, uma vez que toda decisão é antecipada por algo, que é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói e estabelece como direito (Trindade, 2012).

De um lado, a *escolha* implica a vontade do intérprete. Em sua etimologia, *excolligere* expressa basicamente ação de natureza sobretudo pessoal e subjetiva, uma vez que se concentra em avaliar a pluralidade de valores de que o sujeito dispõe em seu arsenal de conhecimento. De outro, contudo, a *decisão* caracteriza-se pela sua imparcialidade. Em sua etimologia, *decisio* consiste em uma solução *cum fundamento in re*, o que significa que o intérprete submete a própria vontade não só aos ditames exteriores e objetivos da ordem legal, como aos ritos em cujo contexto essa ordem se funda, instaura e domina.

Por isso, uma decisão legítima e democrática jamais poderia ser construída, de forma solipsista, a partir de uma superinterpretação dos textos jurídicos. E, aqui, sempre vale recordar a clássica lição de Hans-Georg Gadamer (2002, 2003), corifeu da hermenêutica filosófica: *se queres dizer algo sobre um texto, antes deves deixar que o texto te diga algo*.

Na verdade, como bem lembrado por H. G. Flickinger, há uma formulação de Schopenhauer – portanto anterior a essa de Gadamer – que contém a mesma ideia: *sempre que vamos interpretar uma obra de arte, nós devemos nos comportar como se fôssemos enfrentar o rei; ou seja, ele tem sempre a primeira palavra*. O mesmo se aplica aos textos jurídicos. O mesmo se aplica à Constituição.

Epílogo

Alberto Caeiro, em seus *poemas inconjuntos*, recoloca a questão aqui enfrentada de uma maneira que somente a poesia é capaz:

O único mistério do Universo é o mais e não o menos.
Percebemos demais as coisas — eis o erro e a dúvida.
O que existe transcende para baixo o que julgamos que existe.
A Realidade é apenas real e não pensada.
O Universo não é uma ideia minha.
A minha ideia do Universo é que é uma ideia minha.
A noite não anoitece pelos meus olhos.
A minha ideia da noite é que anoitece por meus olhos.
Fora de eu pensar e de haver quaisquer pensamentos.
A noite anoitece concretamente.
E o fulgor das estrelas existe como se tivesse peso. (Pessoa, 1972, p. 238)

O direito, a constituição, a lei, não são uma ideia minha. A minha ideia de direito, de constituição e de lei é que são uma ideia minha. Nada mais. Há uma dimensão pública da

linguagem que deveria constranger os juristas, impedindo-os de atribuir sentido arbitrariamente aos textos jurídicos. Dar-se conta dos limites da interpretação, nos tempos atuais, parece algo imprescindível. E comportar-se de acordo com esse entendimento, combatendo o fenômeno das superinterpretações, é um ato de responsabilidade política que se revela fundamental para a produção de um direito mais democrático.

Adendo

O presente ensaio foi escrito e submetido à revista enquanto tramitavam, no Supremo Tribunal Federal, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Todavia, no dia 7 de novembro de 2019, conclui-se o julgamento das ações. Nessa ocasião, pela diferença de apenas um voto, a Suprema Corte restabeleceu o entendimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal espelha a garantia da presunção de inocência, assegurada no inciso VII do artigo 5º da Constituição de 1988, vedando, portanto, a execução antecipada da pena.

É importante registrar, neste julgamento histórico, a relevância da contribuição da ministra Rosa Weber, em cujo voto revela sua preocupação com as superinterpretações no campo do Direito, ao invocar nominalmente Umberto Eco para recordar à comunidade jurídica de que “o intérprete não pode se impor como um *Übermensch* que realmente entende a verdade [...] que o autor não sabia”.

Como se vê, a posição assumida pela ministra converge com o argumento aqui sustentado desde o início e igualmente desenvolvido na ADC nº 44. Isso também fica evidente, por exemplo, quando manifesta: “Gostemos ou não, esta a escolha político-civilizatória manifestada pelo Poder Constituinte [em favor da presunção de inocência], e não reconhecê-la importa reescrever a Constituição para que ela espelhe o que gostaríamos que dissesse, em vez de a observarmos”. Ou, ainda, em sua conclusão: “O Supremo Tribunal Federal é o guardião do texto constitucional, não o seu autor”.

Referências Bibliográficas

- AGUIAR E SILVA, J. 2011. *Para uma teoria hermenêutica da justiça*. Coimbra, Almedina, 454 p.
- ASSIS, M. de. 1997. A Sereníssima República. In: M. de Assis. *Obras completas*. Rio de Janeiro, Nova Aguilar, v. 2, p. 340-345.
- AUSTIN, J. L. 1990. *Quando dizer é fazer. Palavras e ação*. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre, Artes Médicas, 136 p.
- BARROSO, L. R. 2011. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 505 p.
- BLIKSTEIN, I. 2003. *Kaspar Hauser ou a fabricação de realidade*. 9 ed. São Paulo, Cultrix, 98 p.
- BLOOM, H. 1995. *O cânone ocidental*. São Paulo, Objetiva, 552 p.
- CALVO GONZÁLEZ, J. 1996. *Derecho y narración: materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*. Barcelona, Ariel, 160 p.
- _____. 2013. *O direito curvo*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 78 p.
- DWORKIN, R. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge, Harvard University Press.
- ECO, U. 1962. *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporane*. Milano, Bompiani, 329 p.

- _____. 1980. *Il nome della rosa*. Milano, Bompiani, 503 p.
- _____. 1990. *I limiti dell'interpretazione*. Milano, Bompiani, 369 p.
- _____. 1995. *Interpretazione e sovrainterpretazione. Un dibattito con Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brokke-Rose*. Milano, Bompiani, 220 p.
- GADAMER, H.-G. 2003. *Verdad y método I*. 10 ed. Salamanca, Sígueme, 704 p.
- _____. 2002. *Verdad y método II*. 5 ed. Salamanca, Sígueme, 432 p.
- KLATT, M. 2017. *Hacer el derecho explícito: normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 384 p.
- LLANOS, L. S. 2017. Literatura del derecho: entre la ciencia jurídica y la crítica literaria. *ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3(2):349-386.
- MARI, E. 1998. Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21:251-287.
- PESSOA, F. 1972. *Obra poética*. Rio de Janeiro, José Aguilar, 782 p.
- PEDRON, F. Q. 2012. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte, Arraes, 259 p.
- STRECK, L. L. 2014. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 456 p.
- _____. 2016. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 6 ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 136 p.
- _____. 2017. *Dicionário de hermenêutica*. Belo Horizonte, Letramento, 320 p.
- _____; TRINDADE, A. K. 2019. *Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura*. São Paulo, Atlas, 264 p.
- TODOROV, T. 1987. *Literature and Its Theorists: A Personal View of Twentieth-Century Criticism*. Ithaca, Cornell University Press, 203 p.
- TRINDADE, A. K.; GUBERT, R. M. 2008. Direito e Literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: A. K. Trindade (Org.). *Direito & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 11-66.
- _____. 2012. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: L. Ferrajoli, L. Streck, A. K. Trindade (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 231-253.
- _____; TOMAZ DE OLIVEIRA, R. 2017. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 9(3):311-326.
- _____; BERNST, L. G. 2017. O estudo do “direito e literatura” no Brasil: surgimento, evolução e expansão. *ANAMORPHOSIS-Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3(1):225-257.
- _____; KARAM, H. (Eds.). 2018. *Por dentro da lei: direito, narrativa e ficção*. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 150 p.
- WARAT, L. A. 1994. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre, Safe, 3 v.
- WASSERMANN, J. 1908. *Caspar Hauser oder Die Trägheit des Herzens*. Stuttgart, Deutsche Verlags-Anstalt, 558 p.
- WITTGENSTEIN, L. 2008. *Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas*. 4 ed. Lisboa, Gulbenkian, 611 p.

Submetido: 27/09/2019

Aceito: 18/02/2020