

## Interpretação jurídica e subjetividade: somos todos uma idiossincrasia com patas

Atahualpa Fernandez - [atahualpaf@yahoo.es](mailto:atahualpaf@yahoo.es)

O Direito é, sob qualquer ponto de vista, um fenômeno essencialmente humano, cujo problema relativo a sua interpretação e aplicação levanta a iniludível questão da dimensão subjetivo-individual do jurista-intérprete. De fato, não resulta difícil inferir que a subjetividade do intérprete joga um papel de fundamental importância no processo de realização do direito, uma vez que se o fator último de individualização da resposta ou conclusão do raciocínio jurídico não procede exclusivamente do sistema jurídico (ainda que deva resultar compatível com ele), parece óbvio que deve proceder também das convicções pessoais do operador do direito. Tal circunstância implica, entre outras coisas, que se deve tomar com a devida atenção e seriedade o problema das funções mentais que se põe em marcha nas operações efetivas levadas a cabo na tarefa de interpretar e aplicar o Direito ( Troper, 2003).

Pois bem, nesse particular sentido, temos todas as razões para crer que o fenômeno da interpretação surge da atividade eletroquímica de redes-neuronais no cérebro. A experiência de escolher a solução satisfatória não é uma ficção, mas uma conseqüência causada pela atividade fisiológica de um cérebro moldado geneticamente ao longo da história evolutiva de nossa espécie e aparelhado para pensar de certa maneira.

Isto significa dizer que, para poder ler e interpretar uma informação, o cérebro tem que chegar a uma coalisão de grandes conjuntos de neuronas cuja ativação e interação representa a melhor interpretação de um determinado fenômeno, com frequência em competição com outras interpretações possíveis mas menos prováveis. Depois, não parece definitivamente razoável supor que a tarefa interpretativa seja concebida como extracranial, enquanto a cognição e a emoção (produtoras da subjetividade) não o são. São produtos de nossa maquinária cerebral, tanto como são produtos de nosso entorno cultural. Dito de modo mais simples e citando a advertência de Philip Tobias (1997) relativa a linguagem, *se interpreta com o cérebro*.

Assim que as interpretações jurídicas, tal como as conhecemos, são produtos de cérebros humanos, de seres humanos com suas próprias necessidades, crenças, visões do mundo, opiniões, amores, ódios, desejos, preferências, circunstâncias, problemas..., que, de uma forma ou outra, incidem e condicionam o resultado de suas interpretações, destinadas a transmitir suas mensagens a um público específico em uma época e um lugar determinados. Cada um dos intérpretes do Direito é um ser humano, cada um deles tem algo diferente a comunicar, cada um intenta transmitir a sua visão de mundo (que há herdado ou adquirido) em suas próprias palavras. Cada um deles, de certo modo, muda, altera ou tranforma os textos que interpreta.

Quem, por alguma razão, não entenda desse modo o processo de interpretação e aplicação do Direito acaba por não permitir que cada intérprete diga o que quer dizer; quem faz isso não lê o que cada autor escreve com o propósito de entender sua mensagem. De fato, quem faz isso não somente se nega a admitir que cada um dos intérpretes é diferente senão que também se recusa a entender que não é adequado pensar que todos pretendem dizer o mesmo. Pensar tal coisa é tão injusto como supor que o que eu quero dizer neste artigo sobre a interpretação jurídica há de ser o mesmo que diz qualquer outro autor que se ocupa deste tema, pois é muito provável que nossa intenção seja dizer coisas distintas. É isso pela simples razão de que ninguém pode viver sua realidade (nem, por certo, interpretá-la) sem o concurso irrenunciável de sua atividade mental: detrás de dois cérebros distintos podem esconder-se mundos e formas de conceber e de sentir a realidade abismalmente diferentes.

Dito de outro modo : porque não há dois cérebros que sejam iguais (nem sequer os de gêmeos idênticos), porque cada cérebro contrói o mundo de maneira ligeiramente distinta dos demais cérebros, não há uma interpretação definitiva acerca do que expressa uma norma, senão simplesmente uma interpretação dentro de nossas cabeças (uma construção pessoal), interpretação que se desencadeia através dos elementos externos que melhor estamos preparados para registrar. O problema que tem que afrontar o cérebro aqui é que os sinais procedentes do mundo (em nosso caso, da norma) não costumam representar uma mensagem codificada, senão que são

potencialmente ambíguos, são dependentes do contexto e não vem necessariamente acompanhados de juízos prévios sobre seu significado (Edelman, 1987).

Assim que parece razoável admitir que ler um texto necessariamente implica interpretá-lo. Sem embargo, supomos que muitos ainda fomentem uma concepção muito pouco elaborada acerca do processo de realização do direito, a saber, que o objetivo de interpretar um texto é, simplesmente, deixar que este “fale por si mesmo” para descobrir o significado inerente a suas palavras. A verdade, contudo, é que o significado não é inerente e que os textos não falam por si mesmos. As normas jurídicas não possuem representação de valor. As normas possuem somente palavras. Quais os valores e significados que devem ser ligados a estas palavras são problemas vinculados à tarefa dos intérpretes. E ele estabelecerá sempre aquilo em que ele mesmo crê (Dieter Simon, 2006). Se os textos pudessem falar por si mesmos, todos os que lessem e interpretassem com honestidade e abertura um determinado texto estariam de acordo sobre o que “diz”.

Mas as interpretações diferentes de um mesmo texto jurídico abundam, e as pessoas em realidade não estão sempre de acordo sobre o que os textos “dizem”. Aplicado aos textos normativos ou legais, esta é uma verdade óbvia: basta com passar uma vista às inúmeras formas diferentes com que se há interpretado ( e se interpreta), por exemplo, o problema da justiça. Em todas encontramos gente inteligente e bem intencionada que fundamenta nas mais diversas fontes suas opiniões sobre como há de funcionar e organizar uma sociedade ética, sendo que a leitura dessas fontes há levado a conclusões radicalmente diferentes das dos demais ( pensemos , a título meramente ilustrativo, a extravagante quantidade de teorias já elaboradas sobre a justiça).

Recorde a última vez que se encontrou envolvido em um acalorado debate em que se invocou a justiça e alguém ofereceu uma interpretação de uma passagem das Escrituras, de Kelsen ou de Rawls que lhe deixou desconcertado, perguntando-se como ele (ou ela) havia chegado a semelhante conclusão. Isto é algo que ocorre com demasiada frequência quando se discute sobre a homossexualidade, o aborto, as células-tronco, o divórcio e, inclusive, os direitos humanos, com ambos os bandos citando as mesmas obras, e em ocasiões inclusive as mesmas passagens de determinadas obras, para respaldar seus argumentos.

Se deve isso simplesmente a que certas pessoas são mais obstinadas ou menos inteligentes que outras e, portanto, incapazes de compreender o que um texto diz “com tanta clareza”? Seguro que não. A razão de que ocorra isto é que os textos utilizados não são somente coleções de palavras cujo significado resulta óbvio para qualquer leitor. Não há dúvida de que para compreender um texto é necessário interpretá-lo e não simplesmente lê-lo. E isto, é evidente, não somente é certo no caso de obras doutrinárias, senão que também de textos jurídico-normativos em geral. De outro modo, como se explica que haja interpretações tão diferentes da Constituição, do Código Civil, do Código Penal, etc. ? Não podemos pensar que os textos simplesmente revelam seu significado ao leitor honesto. Os textos se interpretam e quem os interpretam (assim como quem os escrevem) são seres humanos de carne e osso, que somente podem compreendê-los à luz de outros conhecimentos, que é o que fazem ao intentar desentranhar seus significados colocando suas palavras “em outras palavras”. Como recorda Rose (2006), nossas mentes funcionam com – e reagem aos – significados , e não somente com informações.

E toda vez que o intérprete-leitor põe o texto em outras palavras, altera as palavras originais que o configuravam. Isto não é algo opcional no processo de leitura/ interpretação; não é algo que possamos eleger não fazer quando examinamos séria e cuidadosamente um texto. O único modo de entender um texto é lendo-o, e o único modo de lê-lo é interpretando-o, a saber, pondo suas palavras em outras palavras, e o único modo em que é possível fazer tal coisa é tendo outras palavras que colocar em lugar da originais, e único modo de ter essas outras palavras é havendo vivido, quer dizer, tendo desejos, necessidades, aspirações, crenças, perspectivas, visões do mundo, opiniões, preferências, aversões e todos os demais traços que fazem seres humanos aos seres humanos. E temos, assim, que ler e interpretar um texto é, necessariamente, alterá-lo: sempre buscamos entender o que seus autores dizem ao mesmo tempo que nos esforçamos por conhecer o significado que esses textos tem para nós, como podem ajudar-nos a compreender nossa própria situação e dar sentido aos próprios ideais e valores que conformam nossas vidas.

Por conseguinte, todo intento de separar, nomeadamente nas ciências compreensivas, a racionalidade da personalidade que compreende está fatal e tragicamente condenada ao fracasso: a

imagem do intérprete inteiramente neutral, imparcial, por completo objetivo, despersonalizado, passa por alto da realidade; todas as interpretações e decisões sobre o Direito se inspiram no ponto de vista de alguém, na perspectiva de um ser humano único cuja recompilação de experiências passadas lhe serve como contexto, lente e trajetória para valorar sua experiência presente e, dessa forma, alterar o texto interpretado. Pese a muito que se possa desejar, não existe um ponto de vista “neutral”, e a mera possibilidade de que se possa “recuperar” (ou “institucionalizar”) a neutralidade é tão remota que resulta deprimente e tremendamente contrária a nossa marcada disposição para projetar a própria subjetividade no mundo: somos, definitivamente, uma idiosincrasia com patas.

Essa, em realidade, parece ser a razão pela qual Häberle afirma que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada e que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo e contextualizá-lo no espaço, enfim, de integrá-lo no mundo da vida vivida. Enfim, de que concebido o Direito como prática social de tipo interpretativo e argumentativo, é o operador jurídico que produz a realidade do direito e a edifica enunciando o que este mesmo é. Há Direito onde sujeitos diferentes discutem, modificam e desenvolvem, submergindo-se na práxis, proposições e enunciados normativos pertencentes a essa prática interpretativa que, sobre a base de sua unidade de sentido, chamamos de fenômeno jurídico.

Depois, não somente os textos jurídicos são alterados no decurso de toda interpretação como os intérpretes, no processo de realização do direito, não deixam de ser homens imbuídos de toda a preocupação ética, de certos valores, preferências e intuições morais, o que faz com que não pareça legítimo nem razoável interpor, na aplicação do direito, uma barreira insuperável entre a desejada objetividade e a subjetividade do intérprete. O processo de realização do direito por parte do intérprete implica, em última instância, uma tarefa que pode considerar-se propriamente construtiva e emocional, pessoal e criativa em certo sentido, embora não como absolutamente livre ou desprovida de vínculos para o operador do direito (portanto, tendencialmente racional).

E é essa constatação a que faz com que não somente a noção de racionalidade habitual em ciência jurídica esteja sendo objeto de revisões drásticas, senão que a idéia mesma de que a ciência jurídica está fundada na objetividade, neutralidade e racionalidade do operador do direito venha sendo assaltada e posta em dúvida nos últimos lustros desde as mais variadas direções. Desde logo, a partir de algumas tendências da filosofia e da filosofia do direito mesmo, mas também, e acaso mais incisiva e contundente, por parte dos cientistas cognitivos, dos filósofos da mente e dos avanços provenientes da neurociência cognitiva. E com o resultado de que, embora quando alguma noção de racionalidade no processo de realização do direito parece iniludível (tratar de prescindir da idéia de agentes intencionais é tarefa condenada de antemão ao fracasso), o processo de derivação de valores não é de natureza estritamente neutra, objetiva, racional e cujo significado é inerente às palavras do texto.

Se é certo que a interpretação jurídica não pode existir sem a razão (preferências individuais e razão instrumental), não menos certo é a “intuição” de que é a gama caracteristicamente humana de emoções que produz os propósitos, metas e objetivos buscados pelo intérprete. Formulamos juízos de valor sobre o justo e injusto não somente por sermos capazes de razão (como expressam a teoria dos jogos e a teoria da interpretação jurídica) mas, ademais, por estarmos dotados de certas intuições morais e de determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e que permitem que nos conectemos potencialmente com todos os outros seres humanos.

Nossos desejos e nossas emoções intervêm sempre em maior ou menor medida em todo o processo de interpretação e de tomada de decisão em concreto, ou, para ser mais preciso, a articulação co-constitutiva da afetividade e da razão intervêm em toda a interpretação (compreensão), justificação e aplicação de uma vontade alheia, sobretudo naqueles domínios em que o “caso concreto”, o “caso da vida real”, surge ao intérprete com uma variedade e uma multiplicidade desconcertantes.

Nesses domínios em que o acento recai na peculiaridade, na especificidade do caso concreto, deve o operador do direito convencer-se de quanto seria nefasta a eventual pretensão do legislador de regular ele próprio tudo, prendendo o intérprete de pés e mãos, fazendo dele uma pura máquina subsuntiva ou “descobridor de significados inerentes”, ao cabo de cujo funcionamento se estaria em face de uma interpretação ou solução que a todas as luzes mal quadraria ao caso considerado – isso apenas para dizer o mínimo. A assunção responsável de que o intérprete goza

de de certa margem de autonomia é, pois, no nosso caso (no caso da interpretação/aplicação jurídica), uma atitude necessária e uma solução por demais fecunda. Em verdade, é no autônomo processo de interpretação dos códigos morais e jurídicos da sociedade que a conduta do intérprete, sempre produtiva e constitutiva, garantirá a condição de cidadania plena, ou seja, a sua devida prioridade frente a qualquer outro fenômeno sócio-cultural e existencial.

Assim que a interpretação não pode prescindir da insubstituível atividade e iniciativa do sujeito. A interpretação é, em efeito, um espaço de jogo entre vínculo e liberdade, entre rigidez e flexibilidade, entre lógica do provável e do razoável por um lado, e lógica do necessário e do constrictivo por outro, quer dizer, um espaço dentro do qual é certamente possível uma pluralidade de soluções alternativas, ainda que isso não signifique em absoluto que todas as interpretações sejam igualmente legítimas: e dado que não existe certezas demonstrativas nem verdades empíricas, somente a argumentação, entre as distintas hipóteses interpretativas possíveis, pode orientar no sentido de uma interpretação satisfatória e razoável, no sentido de eleições prudentes e responsáveis, guiadas por “boas razões”, que sirvam às nossas intuições e emoções morais e à justiça e não as traicionem.

Depois, um intérprete que crê que recebe seus critérios de interpretação somente do texto, do significado inerente às palavras da norma, sucumbe a um equívoco fatal, pois (inconscientemente) permanece dependente de sua própria irracionalidade. Dito de outro modo, um intérprete que crê que a relação direito/norma é tudo esquece que a medida do direito, a própria idéia e essência do direito, é o humano, cuja natureza resulta não somente de uma mescla complicadíssima de genes e de neurônios senão também de experiências, valores, aprendizagens, e influências procedentes de nossa igualmente embaraçada vida sócio-cultural.

Em todo caso, contudo – e posto que a empresa do direito deve certamente ser uma empresa racional –, o problema com que tem que enfrentar-se o operador do direito de qualquer condição é, em termos gerais, sempre o mesmo: como utilizar um instrumento cada vez mais complexo – o Direito – para alcançar certos propósitos que, por se considerarem valiosos (isto é, justos), vão mais além do próprio direito: uma certa paz, uma certa segurança, uma certa liberdade, uma certa igualdade, uma certa fraternidade. Como, em última análise, trabalhar, sob a perspectiva da racionalidade, processos (interpretativos e de tomada de decisão) que não são racionais ou não o são exclusivamente.

Dizendo de outro modo: como haveremos de responder à pergunta central da metodologia normativa da interpretação jurídica, a de como deve proceder o intérprete para que os frutos de sua interpretação, embora não se possam dizer rigorosa e objetivamente corretos, sejam não obstante razoáveis, satisfatórios e que gozem de uma certa aceitabilidade racional, ou, ao menos, para que não possam reputar-se de perfeitamente subjetivos e caprichosos, o qual, em direito, não o olvidemos, se assemelha a uma perigosíssima arbitrariedade que põe em questão nossa segurança enquanto cidadãos sob o império da lei.

Será que então se deve prescindir por inteiro da formulação de cânones, regras e princípios interpretativos? Será que então – na matéria que estamos considerando – da só idéia de que ao intérprete cabe forçosamente muito, se deve concluir que lhe há de, mesmo, caber tudo? Será, enfim, que tudo o que nesta matéria é possível fazer é apelar para o sentimento e convicção do intérprete para que ele, alterando inexoravelmente o texto normativo, solucione da forma mais ajustada às hipóteses consideradas?

De toda a evidência que não. Contra o que os juristas alemães denominaram de interpretação ilimitada da norma têm-se produzido sérias e decisivas objeções. Logo no puro plano do valor justiça – certamente não o único, mas porventura o que hoje em dia sobreleva a todos os demais –, logo nesse plano não se pode dizer que a via mais capaz de realizá-lo seja conferir ao operador do direito uma latitude de poderes que faça entrar a sua discricionariedade naquele “reino confuso do arbítrio, do palpite, do sentimento anárquico e da intuição irrefletida” (Manuel de Andrade, 1987).

E pelo que respeita ao valor segurança, é então patente a todas as luzes que a denominada “interpretação ilimitada da norma” o compromete numa medida inoportuna. Se a isto juntarmos que o construtivismo social, reduzindo a interpretação, a justificação e a aplicação da norma a puras

operações subjetivas e relativistas, mais ou menos irrefletidas e arbitrárias, faz de todo o modo perder ao direito o caráter de ciência (ou até mesmo de arte) que pelo menos comumente lhe é atribuído; e se a tudo isto juntarmos esta última consideração, parece termos alinhado razões suficientes para que seja repudiada a tese que levamos em referência.

E não se trata, depois de tudo, de um intento ilícito ou desafortunado, porquanto parece intuitiva a necessidade de que os discursos jurídicos (com validade intersubjetiva e potencial capacidade de consenso) estejam racionalmente justificados e coerentes com o sistema jurídico global, quer dizer, que em favor dos mesmos se aporem argumentos que façam com que, sendo produto de uma (limitada) racionalidade plasmada no diálogo de reconhecimento e compreensão recíproca, possam ser discutidos e controlados, e, em igual medida, tratem de impedir um perfil de operador jurídico (nomeadamente do juiz) proclive a um desvairado e irracional subjetivismo.

Assim que uma interpretação que não se submeta a regras e não se preocupe por estabelecer uma coerência respeito a modelos de decisão estabilizados e já argumentativamente ponderados corre sempre o risco, precisamente por ser infundada, de precipitar-se em uma violência e em um arbítrio visceralmente insensatos. A tal ponto que a atividade do jurista-intérprete acabaria despojada de toda objetividade e assumiria sorrateira e definitivamente a iniludível irracionalidade do jogo interpretativo.

Sem embargo, se se pondera atentamente sobre as condições do ato do compreender, não resulta difícil descobrir que – se bem valiosos os fins da racionalidade do proceder interpretativo – os vínculos constituídos pelas regras, os métodos de interpretação dos textos normativos, a dogmática jurídica, a comunidade dos intérpretes e dos juristas, e a própria dimensão da comunidade ética e da textualidade, são sempre limites de natureza relativa: quer dizer, não podem jamais eliminar totalmente a natureza do jogo interpretativo (isto é, de discricionariedade e dos espaços de liberdade do intérprete), senão que somente contribuem, com sua função normativo-prescritiva, a estruturá-los e a contê-los. Em todo caso, se o objetivo é a racionalidade do interpretar, são sempre preferíveis vínculos e limites parciais e imperfeitos, expressão de culturas jurídicas e sociedades históricas específicas, antes que nenhum vínculo ou limite. Dito de modo mais simples, a insuficiência do vínculo não implica, em definitivo, a supressão dos limites por ele desenhados.

Depois, talvez seja útil recordar que no processo de realização do direito se apresenta ainda ao operador do direito um importante problema de responsabilidade ao garantir ou, melhor dito, ao estabelecer, a coerência intrínseca do sistema jurídico. Ao jurista-intérprete se lhe confia a tarefa específica de combater ou ao menos minimizar a contraditoriedade intrínseca do sistema jurídico, particularmente a de reconstruir e contextualizar a hierarquia dos valores e princípios constitucionais, que não se pode considerar como dada e adquirida de uma vez por todas. O sentido de uma norma jurídica se converte, por meio do sujeito-intérprete – e ainda que a modifique no percurso do processo interpretativo –, em expressão de relações mantidas com a prática, de uma capacidade de relação com os dados extralinguísticos e com o contexto de experiência, que em cada novo caso tem que ser renovada e dinamicamente reconstruída, mas sempre com o fim de compor em um todo coerente normas, princípios e valores diferentes e, portanto, de detectar, de forma prudente e responsável, na pluralidade de hipóteses interpretativas e soluções alternativas possíveis, a solução legítima, mais satisfatória e com maior capacidade de consenso.

Afinal, uma vez que o operador do direito é, antes de tudo e em sua tarefa sócio-institucional, responsável perante o meio social e frente ao que há de assegurar-se acerca da plausibilidade de suas interpretações, ele deve procurar que suas valorações cambiantes do texto normativo estejam sempre em consonância com nossas intuições e emoções morais, com a coerência do sistema jurídico e com os valores historicamente aceitos e compartilhados por uma determinada comunidade ética.

**Atahualpa Fernandez**  
[atahualpaf@yahoo.es](mailto:atahualpaf@yahoo.es)