

# INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: ENTRE A DESPEDIDA DO MÉTODO E O IMPROVÁVEL RETORNO DA PRUDÊNCIA

LAW'S INTERPRETATION: BETWEEN METHOD'S  
DISMISSAL AND THE IMPROBABLE RETURN OF  
PRUDENCE

INTERPRETACIÓN DEL DERECHO: ENTRE LA  
DESPEDIDA DEL METODO Y EL IMPROBABLE  
RETORNO DE LA PRUDENCIA

## SUMÁRIO:

Introdução; 1. A interpretação enquanto busca do significado da norma; 2. A crítica da Teoria Pura do Direito; 3. Interpretação do direito como prudência; 3.1. A Memória; 3.2. A docilidade; 3.3. A Sagacidade; 4. A incapacidade de deliberar do STF: Uma recusa à Prudência; Conclusão; Referências.

## RESUMO:

Este artigo desenvolve uma reflexão sobre a interpretação do direito. Ele parte da apresentação do sentido da interpretação no contexto do positivismo legalista, apresenta a crítica de Kelsen à pretensão do positivismo legalista de estabelecimento de um método científico de interpretação do Direito, desenvolve uma reflexão sobre a interpretação como prudência (phronesis), comentando brevemente três elementos da prudência para Santo Tomás de Aquino, e conclui, voltando-se para a análise da jurisdição no Brasil (especialmente do STF), com a constatação do improvável retorno da prudência.

Como citar este artigo:

Julio Aguiar DE  
OLIVEIRA.

Interpretação do  
direito: entre a  
despedida do método  
e o improvável  
retorno da prudência.

Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 25, p. 171-190

Data da submissão:  
03/10/2016

Data da aprovação:  
13/10/2016

**ABSTRACT:**

This paper develops a reflection on the subject of law's interpretation. It starts with the meaning of interpretation in the context of legalist positivism, presents Kelsen's criticism on legalist positivism of establishing a method of Law's interpretation, develops a reflection on interpretation as prudence (phronesis), presenting three elements of prudence in Thomas Aquinas, and concludes with a criticism to the lack of real deliberation at the STF.

**RESUMEN:**

En este artículo se desarrolla una reflexión sobre la interpretación del Derecho. Se inicia con la presentación del significado de la interpretación en el contexto del positivismo legalista, se presenta la crítica de Kelsen a la pretensión del positivismo legalista de establecer un método científico de interpretación de la ley, se desarrolla una reflexión sobre la interpretación como la prudencia (phrónesis), comentando brevemente sobre tres elementos de la prudencia en Santo Tomás de Aquino, y llega a la conclusión, considerando el análisis de la jurisdicción en Brasil, en especial de la del STF, de la constatación del improbable regreso de la prudencia.

**PALAVRAS-CHAVE:**

Interpretação. Prudência. Tomás de Aquino. Deliberação. STF.

**KEYWORDS:**

Interpretation. Prudence. Thomas Aquinas. Deliberation. STF.

**PALABRAS CLAVE:**

Interpretación. Prudencia. Tomás de Aquino. Deliberación. STF.

---

**INTRODUÇÃO**

Thomas Hobbes (1588-1679) e Hans Kelsen (1881-1973) marcam os dois momentos decisivos da reflexão moderna sobre a interpretação do Direito. Ao afirmar que interpretação autêntica é a interpretação realizada por um órgão competente para a interpretação e aplicação do Direito,<sup>1</sup>

Kelsen retoma, três séculos depois, a essência do que Hobbes havia pensado sobre o significado das leis e o de sua interpretação<sup>2</sup>. Isto é, a norma se define não pelo que diz, mas por quem a diz. De modo análogo, a interpretação da norma não é, em sua essência, uma questão de ciência ou de prudência, mas uma questão de autoridade.

No entanto, entre um e outro, algo de radicalmente novo acontece. Para Hobbes, a interpretação da lei projeta a vontade de um soberano até a solução do caso concreto. A interpretação da lei tem caráter declarativo. Trata-se de declarar, no caso concreto, o comando previamente estabelecido pelo soberano na lei. É dessa vinculação que a interpretação do Direito retira sua legitimidade. A legitimidade flui do poder soberano, que estabelece a lei, até as autoridades competentes para a sua interpretação e aplicação. A segurança é o resultado da convicção de que o intérprete não faz mais do que declarar, para o caso concreto, um comando encontrado pronto e acabado na lei. Um comando cuja origem encontra-se exclusivamente no legislador, e não no intérprete. Já para Kelsen, a interpretação autêntica das normas jurídicas não tem um caráter declarativo, mas sim caráter constitutivo. O intérprete autêntico, seja ele o legislador ou o juiz, é sempre, também, um criador do Direito. Neste ponto, a estratégia moderna de legitimação do Direito, própria do positivismo jurídico e de sua matriz iluminista, sofre um abalo do qual não irá mais se recuperar. Percebidas tanto a radicalidade quanto a complexidade da interpretação, praticamente invisíveis para os séculos XVII, XVIII e XIX, a vontade impenetrável (o elemento volitivo) do intérprete autêntico (no sentido kelseniano), componente indispensável de uma interpretação autêntica (que é interpretação/aplicação do direito), constitui-se em símbolo do fracasso do projeto moderno de transformação do Direito em um instrumento do Estado (poder político) sem desbordar de vez dos limites do liberalismo. No século XX, a identificação da lei com a vontade soberana ainda se conserva, mas, nesse momento, o herdeiro de Hobbes não é Kelsen, mas Carl Schmitt. É no decisionismo de Schmitt que desemboca o movimento moderno de redução do Direito à lei iniciado por Hobbes. Ao interditar a passagem da vontade do legislador da lei até a norma que dá solução ao caso concreto, seja de maneira direta seja de maneira mediatizada por um método científico de interpretação do Direito, Kelsen chama a atenção para a centralidade da interpretação (que já não se confunde mais com

uma operação de eliminação de obscuridades e muito menos com uma correia de transmissão da vontade do legislador). Uma centralidade que, mais tarde, Paolo Grossi, no contexto de uma reflexão crítica ao positivismo jurídico, afirma ser condição necessária para a superação do repugnante caráter potestativo do Direito na modernidade, na medida em que a interpretação se apresenta então como elemento interno e essencial da positividade da norma.<sup>3</sup>

Uma concepção da interpretação como elemento interno e essencial da positividade da norma, no entanto, só se desenvolve fora dos quadros da modernidade. Ao longo da modernidade, interpretar é revelar o significado da norma. Um significado tomado como encapsulado na norma desde o momento de sua criação. Um significado cuja declaração a partir da aplicação de um método de interpretação é a tarefa do intérprete.<sup>4</sup>

A superação do caráter potestativo do Direito parece apontar na direção da redescoberta da interpretação enquanto atividade própria da virtude da prudência. As referências centrais são Aristóteles e Santo Tomás de Aquino. Neste ponto, entre outras coisas, importa refletir sobre o sentido de se conceber a interpretação como atividade prudencial, enfrentando os desafios (talvez insuperáveis) da reconstrução de uma teoria prudencial de interpretação do Direito, atentando, em especial, para a realidade da jurisdição no Brasil.

Na seqüência deste artigo serão apresentadas: 1) uma síntese dos métodos de interpretação desenvolvidos no contexto do moderno positivismo legalista (métodos dogmáticos de interpretação); 2) a crítica de Hans Kelsen à concepção de interpretação enquanto atividade exclusivamente cognoscitiva destinada a descobrir o verdadeiro significado da norma; 3) uma introdução à concepção tomista de interpretação/aplicação do Direito como prudência (*phronesis*) e 4) uma reflexão sobre o caráter antiprudencial da jurisdição brasileira (com ênfase sobre o STF).

## **1. A INTERPRETAÇÃO ENQUANTO BUSCA DO SIGNIFICADO DA NORMA**

No curso do processo de monopolização do Direito pelo Estado, o Direito é reduzido à lei. O Direito, da perspectiva tipicamente moderna, é visto como a expressão da vontade do legislador (Estado) e a lei é sua fonte preeminente. Outras fontes do Direito são possíveis, desde que re-

conhecidas pela lei. Nesse contexto, aplicar o Direito é o resultado de uma operação silogística. A premissa maior é a lei, a premissa menor é uma determinada conduta e a conclusão é a decisão judicial. Essa concepção iluminista encontra-se na base do movimento de codificação. Para Siéyès, conforme observa Norberto Bobbio, uma vez vigente a codificação, o Direito se tornaria tão simples que o procedimento judiciário seria reduzido a um juízo de fato.<sup>5</sup> Aos juízes caberia apenas uma investigação dos fatos. Uma vez definidos os fatos, a *quaestio iuris* (entendida como a indagação da norma jurídica a ser aplicada ao caso) já estaria automaticamente resolvida. Para Siéyès, as questões de direito (entendido aqui como “coisa devida”, objeto da justiça), como também a própria existência de um corpo de técnicos especializados na solução dessas questões, decorriam exclusivamente da multiplicidade e da complicação irracional das leis<sup>6</sup>. Nesse contexto de entusiasmo iluminista no qual a aplicação da lei é – nos termos de Beccaria – a realização de um silogismo perfeito, os juízes não deveriam interpretar a lei. Isto porque interpretar a lei significaria, no melhor dos casos, abrir as portas para a incerteza, no pior, a realização de uma atividade de criação do Direito, incompatível com o princípio da separação dos poderes e com o respeito à segurança jurídica.<sup>7</sup>

No entanto, essa sonhada exclusão da interpretação para a aplicação do Direito não sobrevive sequer aos primeiros desafios de aplicação do próprio Código de Napoleão de 1804. A tarefa de aplicação do Código de Napoleão faz surgir a escola da exegese. No entanto, a escola da exegese é uma escola de intérpretes do Código de Napoleão, o que pressupõe, para certo desconsolo iluminista, a necessidade de se interpretar o código a fim de aplicá-lo. A questão agora é: como fazer isso? Para a escola da exegese, uma vez que o Direito encontra-se plasmado na lei e uma vez que a lei é compreendida como a manifestação da vontade do legislador (de onde ela retira sua legitimidade), a interpretação só pode significar uma busca pela vontade do legislador em face de casos nos quais, por conta de uma obscuridade ou de uma lacuna na lei, essa vontade não tenha podido se manifestar de maneira imediata. Em relação a essa concepção de interpretação, Bobbio observa:

Trata-se de uma concepção de interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência, sendo acatada até nossos dias. É perfeitamente coerente

com os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como a busca da vontade do legislador naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas – estudo dos trabalhos preparatórios, da finalidade para a qual a lei foi emitida, da linguagem legislativa, das relações lógico-sistemáticas entre uma dada disposição legislativa e as outras etc. – são empregadas para atingir tal propósito.<sup>8</sup>

De fato, trata-se da mais tipicamente moderna concepção de interpretação, perfeitamente coerente com os postulados do positivismo jurídico, profundamente comprometida com o estatualismo, com o princípio da separação dos poderes e com aquele valor que, como bem observara Hobbes já no seu *De Cive*, é o supremo valor dos tempos modernos: a segurança.<sup>9</sup> Não causa espanto, desse modo, a constatação de ser essa concepção de interpretação a concepção mais bem sucedida ao longo dos séculos XIX e XX.

Para a escola da exegese, interpretar é buscar a vontade do legislador. O que é e como se descobre essa vontade? A vontade do legislador se distingue em vontade real e vontade presumida. A vontade real é perseguida nos casos em que, embora regule efetivamente uma determinada matéria, tal regulação não se mostra clara a partir do texto da lei. Nestes casos, o intérprete deve lançar mão de todos os recursos disponíveis, em especial, de uma investigação de caráter histórico, a fim de descobrir o que o autor da lei queria dizer. A vontade presumida, por outro lado, deve ser buscada diante da ausência de regulação de uma determinada matéria pelo legislador. Nesse caso, diante de uma lacuna, o intérprete deve buscar, recorrendo à analogia e aos princípios gerais de direito, descobrir aquilo que o legislador teria determinado caso houvesse considerado regular a matéria sob análise. A vontade do legislador (real ou presumida) é o que anima a lei. A vontade do legislador é a alma da lei. A função da lei é comunicar essa vontade e a função do intérprete é transmitir essa comunicação, evitando qualquer ruído, do geral ao particular. O que se pressupõe é que o direito, reduzido à lei, já se encontra definitivamente pronto e acabado (enquanto vontade do legislador) na lei. Aplicar a lei significa fazer fluir

essa vontade da lei para a decisão jurídica que regula o caso concreto. Essa operação desenvolve-se, como já mencionado, por meio da realização de um silogismo, no qual a premissa maior é a lei, a premissa menor, o caso concreto e a conclusão, a decisão judicial. No contexto do positivismo legalista, do qual a escola da exegese é uma das mais fortes manifestações, a interpretação se orienta no sentido de tornar possível essa operação de subsunção naquelas situações em que a vontade do legislador não se revela de maneira imediata. De acordo com Lourenço Trigo de Loureiro, em sua obra clássica, “Instituições de Direito Civil brasileiro”, de 1851, primeira exposição sistemática do Direito Civil produzida no Brasil:

Interpretar é investigar o verdadeiro sentido de uma lei escura, ou ambígua, deduzindo-o simultaneamente das suas palavras, da sua razão, e espírito, e do fim, que ela teve em vista, uma vez que a sua razão e espírito, e o seu fim harmonizem e concordem com a significação óbvia e natural das suas mesmas palavras.<sup>10</sup>

Como fazer isso? Como extrair da lei a vontade do legislador que a anima?

Para Loureiro, como também para todos aqueles autores orientados pelo positivismo legalista dos últimos dois séculos, a resposta para essa pergunta encontra-se na aplicação de um método de interpretação. A descoberta do significado da norma (que equivale à descoberta da vontade do legislador ou da lei) demanda, dentro dos quadros do positivismo legalista, a aplicação de um método de interpretação. Nesse sentido, fala-se de interpretação gramatical, interpretação lógica e interpretação sistemática. A interpretação gramatical deve ser aplicada quando “a dúvida, ou dificuldade versa sobre a inteligência das palavras da lei, cujo sentido ela investiga de conformidade com a propriedade das mesmas palavras, e com o uso de falar”.<sup>11</sup> Quando se trata do enfrentamento de questões de ordem lógica, é à interpretação lógica que se deve recorrer. Tércio Sampaio Ferraz Jr., em relação à interpretação lógica, sustenta que as incompatibilidades lógicas são evitadas conforme três procedimentos retóricos: a atitude formal, a atitude prática e a atitude diplomática.

A primeira procura as condições de decidibilidade pelo estabelecimento de recomendações gerais prévias à ocorrência de conflitos, como o são o princípio da prevalência do especial sobre o geral, o princípio de que a lei não tem expressões

supéfluas, o princípio de que, se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir etc. A atitude prática corresponde a recomendações que emergem das situações conflitivas, por sua consideração material, como o procedimento das classificações e reclassificações, definições e redefinições que ora separam os termos na forma de oposições simétricas (ou é um conteúdo de direito público ou é de direito privado) ou de conjugação (caso em que os conteúdos são aproximados não forma de gêneros e espécies ou espécies de um gênero superior) etc. A atitude diplomática, por fim, exige certa inventividade do intérprete, como é a proposta de ficções: se a verificação de uma condição foi impedida, contra a boa-fé, por aquele a quem prejudica, deve-se tê-la por verificada; se, nos mesmos termos, foi provocada por aquele a quem aproveita, deve-se tê-la por não verificada.<sup>12</sup>

Tradicionalmente, por último, fala-se da interpretação sistemática. Trata-se, aqui, do enfrentamento de questões de compatibilidade entre elementos de um sistema normativo. O que se deve pressupor, como observa Ferraz Jr., é a unidade do sistema normativo jurídico. Dessa forma, “qualquer preceito isolado dever ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo”.<sup>13</sup> Loureiro, embora ainda não se utilize da expressão interpretação sistemática, observa, no contexto de suas regras especiais de hermenêutica jurídica, o seguinte:

9ª. Os textos da mesma lei devem-se entender uns pelos outros porquanto pelos antecedentes e subseqüentes patenteia-se o seu espírito; (...).

10ª. Convém também comparar a lei, cuja inteligência se busca, com aquelas que lhe forem análogas ou paralelas, porquanto por umas descobre-se o verdadeiro sentido das outras; (...).

11ª. Os diversos textos de uma só e mesma lei devem-se entender e harmonizar uns com os outros de sorte que não se contradigam reciprocamente; porquanto a contradição e incompatibilidade entre uns e outros não se podem admitir, sem se fazer injúria ao Legislador, em uma só e mesma lei, a menos que não sejam umas exceções das outras, assim como também não se podem admitir em duas ou mais lei, a menos que uma destas não seja derogatória da outra; (...).<sup>14</sup>



Nessas três regras especiais de interpretação, Loureiro trata, portanto, da interpretação sistemática, embora ainda não se fizesse uso da expressão “interpretação sistemática”. Ainda sobre esse tema, Loureiro observa:

23<sup>a</sup>. Quando se acharem duas leis contraditórias uma da outra, incumbe ao intérprete examinar escrupulosamente as diferentes espécies, em que poderá verificar-se cada uma delas. Se não as puder conciliar por esse modo, deve ainda examinar com igual escrupulo se uma delas não contém exceções à outra; e se nem assim as puder conciliar, então a regra a seguir-se é que a posterior revogou a anterior.<sup>15</sup>

Em síntese, a interpretação no contexto do positivismo legalista é a busca, metodologicamente orientada, pelo significado da norma. É presumida uma rigorosa separação entre produção e aplicação da norma jurídica. A função do intérprete, normalmente identificado na figura do juiz, é a de declarar o significado da norma de maneira a tornar possível a sua aplicação a um caso concreto. A interpretação, portanto, tem caráter simplesmente declarativo.

## 2. A CRÍTICA DA TEORIA PURA DO DIREITO

Para Kelsen, a possibilidade mesma de um método científico de interpretação e aplicação do direito é uma “auto-ilusão contraditória”.<sup>16</sup> A busca pela única interpretação correta da lei por parte do juiz faria tão pouco sentido quanto a busca pela única lei correta a partir da aplicação de uma Constituição por parte do legislador. Em ambos os casos, o elemento cognoscitivo presente na interpretação da lei ou da Constituição é insuficiente para, sozinho, sustentar a aplicação dessa mesma lei ou Constituição. A interpretação, enquanto operação exclusiva da razão, apenas pode elencar as várias possibilidades de aplicação da norma superior.

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.<sup>17</sup>

Para Kelsen, crítico da concepção própria do positivismo legalista, a

interpretação não tem caráter simplesmente declaratório. A interpretação, que se consubstancia numa aplicação do direito, e que envolve tanto um elemento cognoscitivo como um elemento volitivo, tem caráter constitutivo.

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou júris-‘dição’ (declaração do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo.<sup>18</sup>

A razão disso, segundo Kelsen, reside no fato de que inexistente “qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações possíveis de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ (...).”<sup>19</sup> A interpretação autêntica, isto é, a interpretação realizada por um órgão competente para a aplicação do Direito, tem necessariamente de se constituir numa combinação entre um ato de conhecimento e um ato de vontade.

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.<sup>20</sup>

A teoria da interpretação defendida por Kelsen se insere no contexto de uma longa discussão travada no campo da teoria do Direito de orientação positivista. A batalha do método não tem vencedor. Apesar de todos os esforços realizados especialmente ao longo do século XIX, o método científico de interpretação do Direito não se revelou. E isso, segundo Kelsen, por uma simples razão: porque não existe e não pode existir um método científico de interpretação do Direito.

### 3. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO PRUDÊNCIA

Neste ponto, considerando o trabalho de Kelsen, parece finda a expectativa moderna de estabelecer a interpretação como uma ciência. Mais uma vez, as atenções se voltam para Aristóteles. Segundo Aristóteles, a interpretação de leis não tem o caráter de uma ciência, mas sim o de prudência. A interpretação das leis é uma tarefa que demanda a virtude da prudência (*phronesis*).<sup>21</sup>

Afirmar que a interpretação do Direito é uma prudência significa que ela é uma virtude. Mais especificamente, uma virtude intelectual. Não obstante, uma virtude intelectual diferente da sabedoria, uma vez que se volta para a ação, e não para a teoria (contemplação). Uma virtude intelectual (*dianoética*) que se encontra, como observa Pierre Aubenque, no interior mesmo da própria definição de virtude ética.<sup>22</sup> De fato, se é próprio da justiça, por exemplo, enquanto virtude ética, o dar a cada um o seu direito, a descoberta do direito no caso concreto é função da prudência.

Na sequência, pretendo dedicar-me à tarefa de apresentar alguns dos elementos da prudência segundo Santo Tomás de Aquino. A questão da pertinência desses elementos no âmbito específico da atividade de interpretação do Direito, que, agora, pode ser mais bem definida como atividade de descoberta do direito, parece-me estar além de qualquer dúvida. Acredito, no entanto, que esses elementos – ou, mais especificamente, a falta deles – pode ser identificada nas práticas cotidianas da jurisdição, o que sugere a improbabilidade do retorno da prudência (tanto no nível próprio da pessoa singular quanto no nível das instituições e processos relacionados à administração da justiça).

De acordo com Josef Pieper, comentando Santo Tomás, a virtude da prudência, como reconhecimento da situação concreta para a ação concreta, demanda, como pré-requisito, a capacidade de uma silenciosa observação da realidade. Esse é um pré-requisito fundamental. Além disso, a completa realização da virtude da prudência, tanto como cognição da realidade quanto como ação na realidade, envolve um conjunto de elementos<sup>23</sup>. O percurso entre o conhecimento da realidade e a ação prudente passa pelos estágios de deliberação, julgamento e decisão. A característica cognitiva da prudência se expressa na deliberação e no julgamento (*prudencia secundum quod est cognoscitiva*). O estágio da decisão expressa o caráter imperativo da prudência (*secundum quod est praeceptiva*).<sup>24</sup>

As diferentes possibilidades de erros nesse percurso pelo qual se

opera a transformação da verdadeira cognição da realidade em decisões prudentes dão origem aos diferentes tipos de imprudência. Desse modo, é tanto imprudente quem não se dá o tempo e o esforço devidos para a deliberação e o julgamento, como também quem se furta à ação por conta de uma incapacidade de, no tempo certo, se definir a partir da deliberação e do julgamento<sup>25</sup>. No primeiro caso, é-se imprudente por precipitação. No segundo, por irresolução. Embora me pareça oportuna uma apresentação completa dos elementos da prudência segundo Santo Tomás, pretendo apresentar e comentar brevemente apenas três elementos da parte cognitiva da prudência: 1) a memória (memoria); 2) a docilidade (docilitas) e a 3) sagacidade (solertia).

### 3.1. A memória

Uma vez que a prudência significa uma determinação da ação a partir de uma cognição objetiva da realidade, o sentido da memória é o de preservar os eventos na sua realidade. A falsificação como também o recolhimento desses eventos a partir de uma indevida interferência da vontade são os piores inimigos da memória. Segundo Pieper, não há maneira mais insidiosa para o estabelecimento do erro do que pela falsificação da memória através de pequenos retoques, deslocamentos, omissões e alterações de ênfases.<sup>26</sup> A honestidade da memória, afirma Pieper, só pode ser assegurada pela retidão do ser humano como um todo, que purifica as raízes mais ocultas da vontade (vontade aqui enquanto fonte de interferência indevida na atividade da memória de recolhimento das ocorrências). Isto, por sua vez, traz à tona o quanto a prudência, que é a virtude intelectual da qual dependem todas as virtudes éticas, depende, por sua vez, das virtudes éticas e, em especial, da justiça.<sup>27</sup>

No plano institucional da administração da justiça, este elemento da prudência explicita tanto a necessidade do processo como procedimento em contraditório, enquanto espaço argumentativo de reconstrução da realidade, quanto a necessidade do compromisso com os textos normativos. Também aqui, a mais grave ameaça à honestidade da memória vem da vontade do julgador.

### 3.2. A docilidade

Na medida em que a prudência se refere às ações particulares, “não

há pessoa que se baste em tudo nas matérias referentes à prudência”.<sup>28</sup> Não há prudência perfeita, portanto, sem docilidade (docilitas)<sup>29</sup>. Sem uma mente aberta, capaz de buscar e de ouvir conselhos, apta a aprender com o outro, não pode haver prudência. A atitude de fechamento, de auto-suficiência, impõe um impedimento à prudência. Quem pensa saber tudo é, antes de tudo, imprudente. No sentido mais específico da jurisprudência, a docilidade se relaciona com a discussão argumentativa indispensável para a descoberta do direito em casos controversos. Ela é, portanto, condição necessária da deliberação. A busca em conjunto pelo melhor argumento impõe aos envolvidos na argumentação a obrigação de se conservarem abertos e atentos para os argumentos apresentados. Quem não é capaz de ouvir com atenção o argumento do outro não é capaz de deliberar.

### **3.3. A sagacidade**

A sagacidade (solertia), enquanto elemento da prudência, é a habilidade que torna possível o enfrentamento prudente de um evento súbito. Esse elemento destaca a conexão da prudência com a dimensão temporal da ação humana. Não há prudência em abstrato, não há prudência sem sujeito prudente, não há prudência se não há espaço para a contingência. Nesse sentido, mais até do que rapidez, a sagacidade remete ao tempo adequado. Ela refere-se à adequação do tempo de reação às exigências do agir prudente, trazendo à tona a verdade de que, em relação ao agir humano e às coisas humanas, às vezes a ação correta (prudente) tem de ser descoberta de repente.

A sagacidade expressa a compreensão da especificidade do sentido do tempo no plano do agir humano. *Kayros* (momento oportuno) é o termo que designa essa dimensão do tempo. No âmbito da administração da justiça, esse elemento da virtude se manifesta não enquanto compromisso abstrato com a celeridade, mas enquanto compromisso com o ritmo adequado do procedimento em contraditório direcionado para a descoberta do direito no caso concreto.<sup>30</sup>

## **4. A INCAPACIDADE DE DELIBERAR DO STF: UMA RECUSA À PRUDÊNCIA**

Tanto para Aristóteles quanto para Santo Tomás, justiça é dar a cada um o seu direito (coisa devida). Trata-se de uma virtude moral, de um há-

bito da vontade. A justiça dá o direito, mas a descoberta do direito no caso concreto não é tarefa da própria justiça. A descoberta do direito é tarefa da virtude da prudência. Descobrir o direito demanda a interpretação de textos normativos e da realidade. A constatação da impossibilidade de um método científico capaz de estabelecer regras para a interpretação redireciona a atenção da teoria do Direito para a prudência.

Se, por um lado, essa atenção deva buscar a recuperação do sentido da prudência enquanto uma virtude própria da pessoa humana, é também relevante a investigação do sentido da prudência enquanto uma virtude que possa ser atribuída à natureza do processo e de instituições (tribunais). Nesse sentido, o compromisso com a realização do processo como procedimento em contraditório e de tribunais de justiça como espaços da deliberação são manifestações complementares do compromisso básico com a virtude da prudência numa dimensão institucional.

Um aprofundamento nessas questões exige um fôlego maior do que o disponível neste artigo, porém, uma análise, ainda que breve, do nosso Supremo Tribunal Federal (STF), pode ser eficaz no sentido de revelar, num plano institucional, o significado da falta de compromisso com a prudência em um nível elementar. Essa afirmação, que à primeira vista pode parecer exagerada, não passa do resultado de uma constatação simples. Não há deliberação em sentido estrito na base das decisões do STF. Virgílio Afonso da Silva observa:

O processo de decisão [do STF] é puramente agregativo. Cada ministro escreve seu próprio voto e todos os votos são publicados. A forma da publicação é, desse modo, *seriatim*. Mesmo no caso de uma decisão unânime, todos os votos escritos são publicados. Isso significa que um voto coincidente pode, mas não tem necessariamente de alegar razões diferentes para a decisão. Estritamente falando, não há uma opinião da corte, mas apenas uma séria de onze opiniões escritas.<sup>31</sup> (tradução nossa)

A descrição é exata. A ausência da deliberação implica em decisões desprovidas de uma fundamentação argumentativa, o que significa um impedimento à realização da virtude da prudência em um nível elementar. É claro que argumentos são apresentados nos votos individuais, mas considerando a prática antideliberativa do STF, é impossível definir quais argumentos sustentam a decisão tomada pelo voto da maioria (e isso vale

ainda que a decisão tenha sido tomada de forma unânime). Essa impossibilidade fica evidente na inexistência de uma fundamentação unificada do tribunal no corpo das decisões. O processo de decisão do STF torna invisível a argumentação racional (o elemento cognitivo da interpretação autêntica do Direito nos termos de Kelsen) e escancara a vontade do órgão competente para a interpretação do Direito (o elemento volitivo da interpretação autêntica nos termos de Kelsen).

Esse quadro não se altera com a alegação eventual, por parte de ministro(s) do STF, da aplicação, em seu(s) voto(s), de uma teoria de interpretação e aplicação do Direito de cunho prudencial.<sup>32</sup> O caso mais exemplar nesse sentido é o da alegação, em decisões do STF, da aplicação da teoria da ponderação de princípios (máxima da proporcionalidade) de Robert Alexy. A inconsistência dessa alegação se deixa perceber sem maiores dificuldades. Isto porque a teoria da ponderação de princípios de Alexy pressupõe a deliberação.<sup>33</sup> Não há verdadeiramente ponderação de princípios no enfrentamento real de conflitos concretos fora da argumentação. Essa característica essencial da teoria da ponderação reflete a prática prudencial de deliberação da Tribunal Constitucional Federal Alemão. A importação da máxima da proporcionalidade sem a importação simultânea de uma prática institucional de deliberação real (em que sujeitos discutem em busca do melhor argumento) impõe-lhe uma deformação radical: o que era para ser aplicação da máxima da proporcionalidade revela-se outra coisa. Aqui, com base na análise de várias referências à máxima da proporcionalidade em decisões do STF, Silva aponta para duas possibilidades: ou essas alegadas aplicações da máxima da proporcionalidade não passam de artifícios retóricos ou devem ser compreendidas como um mero apelo à racionalidade.<sup>34</sup>

O STF decide, mas não delibera. A partir de uma investigação mais ampliada, José Rodrigo Rodriguez percebe a ausência da deliberação como uma característica não apenas do STF, mas da jurisdição brasileira em geral:

afirmo que a jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais. A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento. As

decisões colegiadas são decididas por votação sem que haja redação de uma decisão oficial da corte. Por esta razão denomino a jurisdição brasileira de justiça opinativa e afirmo que sua legitimidade está ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes.<sup>35</sup>

De volta a Hobbes: é a autoridade que faz a lei, não a sabedoria. Do mesmo modo, é a autoridade que diz o que é o direito no caso concreto, não a prudência. A diferença é que, agora, essa autoridade (Poder Judiciário) já não tem mais como legitimar suas decisões na alegação da realização da vontade do legislador, que se projetaria da lei à decisão judicial por meio de um método científico de interpretação do Direito. Ao revelar que aplicação e criação do Direito são uma coisa só, Kelsen interditou essa estratégia de legitimação da atividade do Poder Judiciário.

Quanto à hipótese de uma prática prudencial de interpretação do Direito, para além das dificuldades normais relativas ao desenvolvimento das virtudes no plano pessoal, a oposição institucional à deliberação impõe um obstáculo intransponível à sua realização. A interdição da discussão racional não ocorre como um acidente, mas como regra. A prática de decisão do Poder Judiciário brasileiro promove a institucionalização da imprudência. A razão pública, forjada na discussão argumentativa, não é tolerada. A única razão aceitável para a decisão é aquela que se afirma revelar-se no interior da consciência supostamente iluminada do julgador (“livre convencimento”). A fundamentação das decisões se apresenta, cada vez mais, como uma tarefa menor, um trabalho incômodo e de pouco valor. Algo que ainda se tem de fazer em nome de um ritualismo meio caduco. Mas, de todo modo, algo que se pode deixar para fazer após a atividade de decidir.

Sem método científico e sem prudência, sem legitimidade democrática e sem legitimidade racional, a jurisdição brasileira se sustenta sobre o gelo fino de um consenso precário em torno do funcionamento do Poder Judiciário. Uma vez esgotada a ilusão do método e interditado o retorno da prudência, o que resta é um decisionismo liberto do pudor, ou da necessidade tática, de se esconder. O Poder Judiciário hoje encontra sua sustentação no exercício de uma soberania própria de quem estabelece a exceção, e não no exercício de uma autoridade própria de quem diz o



direito. Hoje, a interpretação é só mais uma senha para o arbítrio.

## CONCLUSÃO

A redescoberta da interpretação do Direito como prudência (*phronesis*) é uma conquista significativa da filosofia do Direito contemporânea. Da filosofia do Direito, não da prática do Direito. Procurei mostrar, ao longo deste artigo, alguns momentos marcantes nesse caminho. Parece-me que, agora, importa prosseguir nessa direção, desenvolvendo as implicações da retomada da interpretação do Direito como prudência, mais especificamente, como jurisprudência. Para além da afirmação de que a interpretação do Direito é prudência, importa redescobrir o sentido de prudência na prática da jurisdição enquanto virtude dianoética, atentando para a necessidade da recuperação de um contexto teórico de matriz aristotélico-tomista que lhe confira sustentação. Nesse sentido, no âmbito de uma ética das virtudes, a atividade de interpretação da lei, de forma a descobrir o direito (enquanto objeto da justiça), exige a virtude da prudência. A virtude da prudência se desdobra em prudência em relação à pessoa do intérprete prudente e prudência em relação a instituições e processos prudentes. Uma jurisdição prudente, portanto, significa atividade de intérpretes prudentes em instituições prudentes e através de um processo prudente (necessariamente entendido enquanto procedimento em contraditório). Em relação à realidade da jurisdição no Brasil, como visto, não é possível deixar de constatar que, muito claramente em relação às instituições, a redescoberta da virtude da prudência é, na melhor das hipóteses, uma improbabilidade.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994.
- ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. 2nd. Ed. Translated, with Introduction, Notes and Glossary, by Terence Irwin, Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing, 1999.
- AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. 5. São Paulo: Loyola, 2004.
- AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HOBBS, Thomas. *De Cive: Elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Tradução Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1993.

HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um filósofo e um jurista*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. vol. I. Prefácio de Paulo Távara. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, 1a Quinzena de Dezembro de 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013

PIEPER, Josef. *Schriften sur Philosophischen Anthropologie und Ethik: Das Menschenbild der Tugendlehre*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2006.

PUENTE, Fernando Rey. *Os Sentidos do Tempo em Aristóteles*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding Without Deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, 557-584, 2013

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 23-50, 2002.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Método jurídico e interpretação do Direito: reflexões programáticas sobre a concretização dos Direitos Coletivos*. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 9, n. 2, jul-dez. 2013, p. 90-129.

## Notas

- 1 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387.
- 2 Cf. HOBBS, Thomas. *Diálogo entre um Filósofo e um Jurista*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2001, p. 13.
- 3 GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 90.
- 4 Para um quadro abrangente da teoria do método enquanto teoria da decisão judicial no contexto da jurisprudência alemão, vide: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Método jurídico e interpretação do Direito: reflexões programáticas sobre a concretização dos Direitos Coletivos*. *Revista Brasileira de Direito*. Passo Fundo, v. 9, n. 2, jul-dez. 2013, p. 90-129.
- 5 Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação Nello Morra, tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 67.
- 6 Cf. *Ibid.*, p. 67.
- 7 Cf. *Ibid.*, p. 41
- 8 Cf. *Ibid.*, p. 87
- 9 Cf. HOBBS, Thomas. *De Cive*.
- 10 LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro*. vol. I. Prefácio de Paulo Távora. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 28.
- 11 *Ibid.*, p. 29.
- 12 FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 284.
- 13 *Ibid.*, p. 285.
- 14 LOUREIRO, op. cit., p. 33.
- 15 *Ibid.*, p. 35.
- 16 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 17 *Ibid.*, p. 393.
- 18 *Ibid.*, p. 264
- 19 *Ibid.*, p. 391.
- 20 *Ibid.*, p. 394.
- 21 Cf. ARISTOTLE. *Nicomachean Ethics*. 2nd. Ed. Translated, with Introduction, Notes and Glossary, by Terence Irwin, Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing, 1999, Book VI, passim.
- 22 Cf. AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963, p. 39-41.
- 23 A relação completa desses elementos é a seguinte: memória (memoria); intelecto ou inteligência (intellectu vel intelligentia); docilidade (docilitas); sagacidade (solertia); razão (ratione); providência (providentia) circunspecção (circumspectione); precaução (cautione). (cf. *Suma Teológica*, II, II, 49)
- 24 PIEPER, Josef. *Schriften sur Philosophischen Anthropologie und Ethik: Das Menschenbild der Tugendlehre*. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2006, p. 10.
- 25 Fazendo referência a Aristóteles, Santo Tomás escreve: “ ‘a certeza não deve ser procurada do mesmo modo em todas as coisas. Mas, em cada matéria segundo o seu próprio modo.’ E, dado que a matéria da prudência consiste nos singulares contingentes,

objeto das ações humanas, a certeza da prudência não pode ser tão grande a ponto de afastar dela toda solícitude”. (Suma Teológica, II, II, 47, 9, ad. 2).

26 PIEPER, op. cit., p. 13.

27 Para um aprofundamento na questão da interdependência entre a prudência e as virtudes éticas, cf. AUBENQUE, Pierre. *La Prudence chez Aristote*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963, p. 103.

28 AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Vol. 5. São Paulo: Loyola, 2004. (II, II, 49, 3, ad. 3).

29 “Como se disse anteriormente, a prudência concerne às ações particulares, nas quais a diversidade é quase infinita. Não é possível que um só homem seja plenamente informado de tudo o que a isso se refere, nem em um curto tempo, senão em um longo tempo. Por isso, no que se refere à prudência, em grande parte, o homem tem necessidade de ser instruído por outro; e, sobretudo pelos anciãos, que chegaram a formar um juízo são a respeito do fim das operações”. (Suma Teológica, II, II, 49, 3).

30 Para um aprofundamento na questão do tempo em Aristóteles, vide: PUENTE, Fernando Rey. *Os Sentidos do Tempo em Aristóteles*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

31 SILVA, Virgílio Afonso da. *Deciding Without Deliberating*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, 557-584, 2013, p. 568.

32 Vide: MENDES, Gilmar Ferreira. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 23/94, 1a Quinzena de Dezembro de 1994, passim.

33 Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, p. 493-521.

34 Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 23-50, 2002, passim.

35 RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 62-63.