

A prudência e o abismo jurídico hermenêutico-gnosiológico

Waldir Araújo Carvalho ¹

Resumo:

O presente artigo discute a relação entre aplicação da norma jurídica e interpretação da norma jurídica, através de um estudo crítico do positivismo jurídico e do conceito clássico de “prudência” aplicado ao direito.

Palavras-chave: Abismo jurídico hermenêutico-gnosiológico; Interpretação; Aplicação; Prudência

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Realiza pesquisa na área de Filosofia do Direito pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq/UFOP). Pesquisador-extensionista do Programa de Extensão Núcleo de Direitos Humanos (NDH)-UFOP.

Abstract:

The present article discusses the relationship between law enforcement and interpretation of law, through by a critical study of the legal positivism and the classical concept of “prudence” applied to Right.

Keywords: Precipice-legal hermeneutical-gnosiologic; Interpretation; Application; Prudence.

1 Introdução

O artigo a seguir terá o seguinte roteiro: (a) primeiramente será feita uma sintética contextualização e ilustração histórica acerca das ficções e dos mitos construídos na história da filosofia do direito sobre a aplicação das normas jurídicas; em seguida (b) a expressão que intitula esse artigo (abismo hermenêutico-gnosiológico) será desenvolvida pelo autor e relacionada com questões próprias da hermenêutica e da jusfilosofia; e antes das devidas conclusões (c) outro termo que aparece no título será estudado, trata-se da “prudência” – que é de importância elementar na tese defendida pelo autor.

É fundamental, nessa nota introdutória, tornar-se consciente da importância histórica do direito natural clássico, das obras clássicas que vão de Aristóteles a Santo Tomás de Aquino (apesar do artigo não aprofundar minuciosamente na obra dos autores). O objetivo basilar desse trabalho desenvolvido é construir uma crítica fundamentada acerca do desafio jurídico ontológico-hermenêutico de se aplicar-interpretar as regras, ou seja, o desafio da concretização das normas de direito e todas as implicações que advêm desse desafio.

2 Desmistificando a aplicação-interpretação do Direito: o mito do fundacionalismo intelectualista e as ficções juspositivistas

Noberto Bobbio (1995, p.67) narra um momento que ilustra bem o contexto jurídico-iluminista do século XVIII: Siéyès dizia que quando a codificação começasse a vigorar, o procedimento judiciário não passaria de mero “juízo de fato”, seria dispensada a interpretação e as leis seriam aplicadas mecanicamente pelo juiz. Beccaria no seu clássico *Dos delitos e das Penas* tinha influências da mesma concepção: “Os juizes dos crimes não podem ter o direito de interpretar as leis penais, pela razão mesma de que não são legisladores (...) o juiz deve fazer um silogismo perfeito, (...) com leis penais executadas à letra [...] Quanto mais pronta for a aplicação da pena e mais perto seguir o direito, tanto mais justa e útil ela será” (2011, p.29-30, p.73).

O fundacionalismo intelectualista é justamente essa pretensão de um procedimento judiciário de mero processo lógico-dedutivo – dispensando assim a necessidade de se interpretar as leis. Um verdadeiro “behaviorismo jurídico-legislativo”: a lei estimula e o juiz apenas reage, aplicando mecanicamente as normas. Os juristas do século XVIII acreditavam que bastaria assegurar que fossem verificados os fatos previstos pela lei, visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria qualquer dificuldade. Imaginavam que com a codificação, as leis, além de regular a conduta do cidadão, seriam capazes de regular a sua própria aplicação.

Entretanto, o fato é que esse processo é uma ficção, nunca será alcançado. Por mais bem descritas e por mais situações prescritas possíveis nas leis, mesmo assim, a interpretação nunca poderá ser dispensada, pois é a interpretação do direito que permite que esse seja aplicado. Como bem nota Gadamer (2010), interpretação e aplicação do direito é um processo sobreposto² - existe uma impossibilidade jurídico-ontológica de separar a aplicação da interpretação.

Abrindo um parêntese, é interessante anotar que a mentalidade do homem comum vê o direito como uma “gramática”: as leis são como regras gramaticais que dizem o “certo” e o “errado”, o que “pode” e o que “não pode” – ou seja, vêem o direito como um conjunto de regras instituídas. Sobretudo, como um conjunto de regras instituídas que são capazes de responder a todas as questões jurídicas, como se existisse “uma lei” específica para cada situação específica – típica concepção que se herdou das ficções do positivismo jurídico clássico. Na crítica a esse senso comum jurídico, Michel Villey afirma que o direito não é extraído das regras, pelo contrário, as regras é que devem ser extraídas do direito³. Logo, regras e direito não são sinônimos, o direito é algo mais do que as leis, os códigos e os sistema de regras (estes são parte do direito) – entretanto, vamos nos restringir a essa anotação relevante, pois a discussão sobre a definição de direito além de exaustiva, não é a nossa pretensão.

Retomando então essa impossibilidade jurídico-ontológica de separar a aplicação da interpretação, um sistema de regras é incapaz de prever todas as situações contingentes e de controlar normativamente sua própria aplicação/interpretação - ao contrário do que pensa Dworkin (2002, p. 40), ao afirmar que: “pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”. Entretanto, é impossível o texto legal prever *a priori* toda uma infinidade de situações e conflitos jurídicos e ele é incapaz de prescrever no seu próprio corpo de normas, em todos os casos, como “se deve interpretar” ou como “se deve aplicar” determinada lei (por mais “intelectuais” que essas leis sejam).

Essa incapacidade de auto-aplicação legislativa pode ser explicada de um lado pelas questões histórico-culturais (que mudam contextos, alteram o pano de fundo) e de outro pelo próprio pluralismo semântico das palavras (os significados são mutáveis, o vocabulário num contexto é reinterpretado noutra contexto), e também pelas lacunas, que sempre existirão em todo ordenamento jurídico. É dedutível então que não existe uma “interpretação certa” e previamente certa na aplicação da norma em um determinado momento de decisão (julgamento). Como bem destaca Grau (2002, p. 39):

² Ver GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. São Paulo: Editora Vozes, 2010.

³ Ver VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008

Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o interprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hercules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. (...) inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky].

É nesse sentido, que nas palavras de Oliveira (2009, p. 22-23):

Não existe um ‘pé de letra’ da regra, bem como não existe uma correta compreensão do contrato que possa ser extraído do contrato mesmo, uma vez que a maneira correta de seguir uma regra não pode ser extraída da regra mesma. O que existe são interpretações que se sustentam sobre panos de fundo, às vezes inarticulados, mas sempre presentes.

Não existe interpretação “simples” de “mera aplicação”, toda lei demanda um movimento de inteligência, de raciocínio vinculado a realidade, sustentado por um pano de fundo, para poder ser aplicada (interpretada). Na mesma concepção de panos de fundo, nos adverte Taylor (2000, p.183):

Compreendemos sempre contra panos de fundo daquilo que é tido por certo, em que simplesmente nos apoiamos. Sempre pode aparecer alguém que não disponha desse pano de fundo, razão porque a mais simples coisa pode ser entendida erroneamente.

Não existe, evidentemente, nenhuma “essência normativa”, não existe uma verdade dentro da norma que permaneça inalterável em todos os contextos – a idéia de essência da norma (vulgo, a “intenção do legislador”) não passa de mais uma ficção, que no fundo é apenas a tentativa frustrada de se construir uma “metafísica juspositivista”. Pois as regras são finitas, as exceções infinitas – há casos em que simplesmente o legislador não tinha nenhuma intenção, pois simplesmente tais fatos nunca haviam sido imaginados por ele.

3 O abismo hermenêutico-gnosiológico na interpretação-aplicação da norma jurídica

Partindo dessa compreensão, existe entre a regra e sua aplicação-interpretação um obstáculo ontológico vinculado a própria essência das normas, esse obstáculo consiste em um “abismo”, que não consegue ser ultrapassado por nenhuma inteligência aprioris-

tica, que sempre existirá e que as leis (ou o legislador) não são capazes de transpor por si mesmas – abismo que não apenas tem relação com a semântica jurídica, mas que também está intrínseco, subentendido no mundo das realidades existentes. Abismo que recebe, em geral, a nomenclatura de hermenêutico-gnosiológico (para alguns, apenas hermenêutico, ou hermenêutico-ontológico).

O abismo hermenêutico-gnosiológico consiste na elementar dificuldade de se “julgar a norma” - que está intimamente ligada a problemas próprios da interpretação do texto legal para sua aplicabilidade (hermenêutica jurídica) e do próprio sujeito cognoscente e a validade do seu conhecimento (gnosiologia). O sujeito não é capaz de prever intelectualmente todas as variações normativas em termos de caso concreto (exceções) e em termos hermenêuticos (não é capaz de escrever um texto com uma única possibilidade de entendimento). Em resumo, o abismo hermenêutico-gnosiológico é a impossibilidade de se desvincular a interpretação do direito da aplicação do direito.

Atente-se para o fato de que interpretar o direito não é uma atividade descritiva de mera compreensão do “significado” das normas jurídicas. Quando se fala em interpretar o direito não se trata de “traduzir” a linguagem jurídica ou de “entender” o que está “escrito na lei”⁴, muito menos é uma atividade declaratória de “dizer o que a lei diz”. Para além disso, interpretamos para aplicar o direito no caso histórico-concreto. Interpretação jurídica é aplicação do direito. E também ao aplicarmos o direito, interpretamos a realidade, fazemos uma “leitura da realidade” - interpretar o direito implica em compreender a situação, compreender o caso jurídico. Mas sempre existirá um grau de relatividade nessa interpretação da realidade, inerente a própria concretização do direito. Logo, a interpretação do direito tem um caráter constitutivo ou construtivo, se constrói durante a aplicação. Como inexistem soluções jurídicas previamente estruturadas, essa é a função da interpretação, que será específica para cada situação específica – cada aplicação.

É interessante analisar um elemento componente da nossa jurisprudência, as chamadas súmulas vinculantes. As súmulas trazem em si a pretensão de dizer antecipadamente como se deve interpretar determinada situação-problema do direito, visando buscar uma uniformização jurisprudencial (que na prática é impossível). Na crítica de Streck (2010, p. 71):

[a súmula vinculante] trata-se da construção de enunciados assertórios que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. São respostas a priori, “oferecidas” antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos). (...) No fundo trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica.

⁴ Essa concepção é típica da Escola da Exegese (séc. XIX), que identificava o direito com o código.

O fato é que se pode criar infinitas sùmulas de como se deve interpretar determinado situaçãoproblema do direito, mesmo assim, elas nunca serão suficientes para prescrever todas as, mais infinitas ainda, possibilidades do contingente.

Interessante também é analisar as características do direito romano, por exemplo: na jurisprudência romana a hermenêutica e a prática jurídica se desenvolveram mutuamente. Pretores e juristas diziam o direito para cada situação jurídica concretamente analisada – existia ali um vínculo indissociável entre aplicar e interpretar. Porém, a prática jurisprudencial romana, de dizer o direito *a posteriori* no caso presente (concreto-definido), foi distorcida pela mentalidade de “segurança jurídica” do juspositivismo, para a qual era necessário que já estivessem prescritas em lei as “respostas jurídicas certas”. Como se existisse a resposta certa e previamente certa. Os juspositivistas pregavam que era necessário haver um “princípio da certeza” no direito, isso implica que já deveríamos saber, antes mesmo da interpretação/aplicação, qual seria (aproximadamente) a solução no julgamento de determinado fato – ignoravam a impossibilidade hermenêutico-gnosiológica de tal procedimento.

Aprofundando mais a extensão do nosso estudo, é possível se extrair uma crítica basililar a pretensão positivista do direito de se “eliminar” ou mitigar a relação aplicação- interpretação da norma jurídica, a partir de uma leitura atenta da clássica obra *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen. De acordo com o mestre de Viena:

A idéia, subjacente á teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação. (KELSEN; 1998, p.392-393).

Kelsen (1999, p. 248) vai ainda além, segundo ele:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” - desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Ainda dentro da jusfilosofia kelseniana, a aplicação do direito, enquanto ato cognitivo é também produto de um ato volitivo (ato de vontade), para ele a interpretação autêntica (realizada pelo órgão competente) cria o direito, isso também implica que a

interpretação pode ir além da “moldura” da norma. No último capítulo da Teoria Pura do Direito, Kelsen (1998) escreve:

De resto, uma interpretação estritamente científica de uma lei que, baseada na análise crítica, revele todas as significações possíveis, mesmo aquelas que são politicamente indesejáveis, pode ter um efeito prático que supere de longe a vantagem política da ficção do sentido único: É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica (p. 396-397).

Isso implica em dizer que criar leis inequívocas, com sentido único, pré-interpretadas e auto-aplicadas é uma ficção legislativa. O que temos é uma relativa (in) segurança jurídica. Logo, a pré-limitação perfeita de todos os sentidos de uma norma é inalcançável e a univocidade de significados que produziriam o maior grau possível de segurança jurídica é uma ficção. Nesse ponto da teoria jusfilosófica kelseniana, Oliveira (2009, p.26) é incisivo:

Mas, ao fim do resultado de seu trabalho, o que resta é uma moldura que não se fecha. O que resta é um direito que não se aplica senão por meio de uma vontade que nem o direito nem a ciência são capazes de controlar. O que resta é uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, que é a maneira kelseniana de dizer que o que resta é incerteza, é o poder, é o olhar esbugalhado da Górgona.

O “olhar esbugalhado da Górgona”⁵ kelseniano, ao qual Oliveira faz referência, é uma metáfora do nosso abismo jurídico hermenêutico-gnosiológico: diante o desafio da aplicação-interpretação normativa o que nos resta é um precipício, que não se pode enxergar o fundo (incerto e inseguro), e que não pode ser ultrapassado por nenhum conhecimento jurídico-metodológico positivo preexistente.

⁵ Essa metáfora aparece no prefácio do livro de Hans Kelsen “O problema da justiça” (referência recomendada: KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3 ed. Tradução João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998).

4 A Prudência do Direito Natural Clássico

Mas isso não implica que os juristas estejam diante um fato inexorável, sem solução ou alternativa. Implica apenas que o silogismo jurídico-platônico, de se deduzir todas as “respostas jurídicas” dos casos em espécie a partir de um sistema “metafísico-transcendental” de regras, não é possível.

Na contramão dessa herança jurídica da filosofia platônica-positivista (e para ilustrar o porque dessa expressão), Pierre Aubenque, em um trecho, nos lembra de um sábio ensinamento da filosofia aristotélica – a impossibilidade de se deduzir, no mundo real, o particular do universal:

Enquanto Platão não parece ter posto em dúvida que um sabe suficientemente transcendente poderia abranger a totalidade dos casos particulares, Aristóteles nunca espera poder deduzir o particular do universal: a falta, nos diz ele, não está na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa, [...]. Onde Platão via uma fraqueza psicológica devido à ignorância dos homens, Aristóteles reconhece, como faz habitualmente, um obstáculo ontológico, um hiato que afeta a própria realidade e que nenhuma ciência poderá superar. A aplicação das regras é antes de tudo uma questão de prudência (*phronesis*) (AUBENQUE, 2003, p. 75)

Esse “hiato aristotélico” que Aubenque cita, é o que Charles Taylor intitula de “hiato fronético”⁶. Esse hiato ontológico, nada mais é do que o abismo jurídico hermenêutico-gnosiológico. E Taylor o chama de “fronético” justamente para fazer referência a um conceito do direito natural clássico, o conceito de “prudência” – e é no conceito de prudência, diga-se, na interpretação/aplicação prudente, que o Direito encontra a ferramenta necessária para concretizar as normas jurídicas (e, por que não, concretizar a justiça).

Leia-se prudência no seu significado clássico (aristotélico-tomista), pois existe uma grande ignorância em torno da concepção do léxico “prudência”⁷, que na mentalidade do homem comum significa “cautela”, indecisão (o homem prudente é aquele que fica”em cima do muro”). Essa ignorância também afeta o entendimento dos juristas sobre o “direito natural” – que por ser uma expressão que abarca diversos momentos

⁶ “Fronético” da palavra grega *phronesis*: prudência, sabedoria prática.

⁷ MacIntyre afirma que houve uma “perca de contextos” do debate moral na passagem para a idade moderna, uma “ruptura aristotélica”, segundo ele: “Na transição da diversidade de contextos dos quais se originaram até nossa cultura contemporânea, ‘virtude’, ‘justiça’, ‘piedade’, ‘obrigação’ e até ‘dever’ tornaram-se diferentes do que eram. (...) ao presumir que a linguagem da moralidade passou de um estado de ordem para um estado de desordem, essa passagem certamente refletirá justamente nessa mudança de significado. (...) isso tem sido o tratamento anti-histórico persistente que os filósofos contemporâneos vêm aplicando à filosofia moral, tanto ao escrever sobre o assunto quanto ao ensiná-lo (...) tratando Platão, Hume e Mill como contemporâneos nossos e uns dos outros. Isso leva a abstrair esses filósofos do meio social e cultural no qual viveram e pensaram.” (MACINTYRE; 2001, p. 28-29)

históricos acaba criando vários significado mal-compreendidos. Como bem nota Villey (2005, p.54):

Realista e nem um pouco idealista, [Aristóteles] pratica um método de observação: à maneira de um botânico, colhe as experiências dos impérios e das polis de seu tempo. Prenuncia o direito comparado e a sociologia do direito. O direito natural é um método experimental.

Javier Hervada, por sua vez, sustenta que a teoria de direito natural aristotélico-tomista “enquadra-se no realismo jurídico clássico, pois se refere às coisas naturalmente adequadas ao homem (...) o direito natural é o justo ou adequado à natureza humana pela natureza das coisas” (2008; p.347).

Ao contrário dos estereótipos e das idéias de obscurismo e dogmatismo (e de discricionariedade, do ponto de vista jurídico) normalmente atribuídos ao Direito Natural, na prática ele opera com base em conceitos concretos, decorrente da realidade observada, caracteriza-se pela práxis e não pelo mito da razão especulativa (nada é deduzido a priori) – o direito natural não se caracteriza por abstrações e idealismos; essas características são típicas da concepção moderna de direito natural (jusnaturalismo/jusracionalismo) e das escolas kantianas. O direito natural clássico lida com questões contingentes e com ações que se aplicam a contextos particulares, concretos. Quando fala em justiça, não faz referência a idéias vagas ou idealistas, justiça não é algo a ser buscado, distante, utópica – a justiça não é onírica. O justo é uma coisa concreta e determinada – vale anotar que na concepção aristotélica, prudência e justiça estão intimamente articuladas.

Partindo dessa tomada de consciência, dentro do direito natural clássico, em Tomás de Aquino a *prudentia* é a arte de decidir-se corretamente com base na realidade, é um conhecimento não-acadêmico, um saber contingente da vida diária, que pode ser praticado inclusive por analfabetos⁸. Por isso, a interpretação-aplicação das normas, antes de ser uma ciência é uma prudência – pois ela é a inteligência do concreto que não decide por base em conceitos abstratos mas sobre casos concretos. É partindo desse marco-teórico que o professor Jean Lauand faz a seguinte advertência:

Uma das mais perigosas formas de renúncia a enfrentar a realidade (ou seja, renúncia à *prudentia*) é trocar essa fina sensibilidade de discernir o que, naquela situação concreta, a realidade exige por critérios operacionais rígidos, como um ‘Manual do Escoteiro Ético’ ou, no campo do direito, num estreito legalismo à margem da verdadeira justiça⁹.

⁸ Ver AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Tradução de Aldo Vanuchi et al. São Paulo: Loyola, 2003

⁹ LAUAND, L. J. *Prudentia, virtude intelectual: “lições de vida”*. Notandum, n 12. Disponível em: < <http://www.hottopos.com/notand12/jean.htm> > Acesso em 22 de mar. 2011.

Renunciar a enfrentar a realidade, é ignorar o desafio jurídico-ontológico de se aplicar-interpretar a norma, é criar discursos jurídicos atolados em paroxismos legalistas e proselitismos – discurso que simula um direito justo com uma excessiva produção de leis (supostamente) “justas”. E por mais atormentador, por mais insegurança que isso pareça proporcionar, o fato é que a única justiça que existe é a justiça da decisão realizada pelo homem, pelo intérprete-aplicador do direito.

Haja vista a observação de Aubenque (2003; p.73-74): “Na *Ética a Nicomaquéia*, o julgamento ético não será mais comparado ao saber do geômetra mas ao engenho do carpinteiro, e a exatidão matemática lhe será expressamente recusada em proveito da aproximação, sem dúvida escandalosa para um platônico, com a retórica”. A ciência do direito não é uma ciência matemática, e sim uma ciência retórica, prudente, quase-artística. Direito é mais interpretação do que qualquer outra coisa possível.

Nessa perspectiva, quando tratamos de aplicar-interpretar o direito, quando estamos a tratar das nossas rotinas jurídicas, tem-se a óbvia constatação de Villey (2005, p. 63):

Portanto, o juiz estará autorizado a tomar, por vezes, liberdades em relação ao texto de lei; a adaptá-lo às circunstâncias, a levar em conta condições próprias a cada causa particular, por exemplo, em matéria penal, a idade do acusado, sua situação social, seu passado, suas intenções, etc. A equidade é, portanto, comparável ao metro que se usa em Lebos, régua de chumbo flexível, que se casa com as formas do objeto.

Tome-se equidade, simplificada, como a interpretação justa da norma em um determinado julgamento. Vê-se assim, na metáfora da régua de Lebos, que o direito tem que ser mais mudança do que permanência, mais adaptação do que consistência – e é justamente a interpretação/aplicação prudente que permite que o direito seja mutante e adaptador, pois a prudência é a inteligência prática e a lei é a inteligência “legalista-transcendental” (fictícia). A prudência é, sobretudo, uma disposição prática que concerne a regra de escolha, ou mesmo, aprofundando no discurso, “a prudência é nomotética, ou dicástica – legisladora e judiciária; é por isso que os romanos falarão da jurisprudência” (VILLEY; 2005, p.59).

Isso não implica que os textos legais não tenham nenhuma importância, ou nenhum significado, mas sim que os textos legais tem função acessória, que são imperfeitos e inconclusos por sua própria natureza – apenas a interpretação prudente, que é aquela que atua empiricamente sobre o núcleo semântico das regras, é capaz de “completar” as normas na sua aplicação concreta.

O intérprete/aplicador do direito prudente é aquele que se vê diante o abismo hermenêutico-gnosiológico e não cria “pontes fictícias”, não engana a realidade, não dis-

simula construindo métodos jurídico-burocráticos. O intérprete do direito prudente tem plena consciência da existência desse abismo, ele também tem consciência das suas limitações – o prudente não é nenhum Hércules dworkiniano confiante e infalível (o prudente não é um semi-deus), muito menos um Rei-Filósofo platônico de sabedoria infinita e que tudo conhece. O prudente é apenas o interprete que enfrenta a realidade com sapiência e discernimento, que aprende e ensina com a experiência concreta do direito. O prudente é aquele que sabe trabalhar com a inexistência de respostas pré-moldadas, que mesmo sem critérios pré-definidos e consciente da insuficiência desses mesmos critérios tem o conhecimento necessário para atuar no caso-concreto.

5 Conclusões transitórias

A indeterminação da aplicação-interpretação da norma, não é um problema apenas da filosofia do direito, ou um problema de ordem prática – mas é um problema ontológico do próprio Direito em si. Não existe uma conclusão absoluta para uma correta aplicação da norma jurídica, pois aquela que é a correta forma de aplicar (a forma prudente) não pressupõe um “manual”, não vem pronta antes mesmo do caso a ser aplicado. A interpretação-aplicação prudente do direito é construída no momento da própria interpretação-aplicação.

Nesse sentido, devemos pensar as normas em função de situações específicas, pensá-las a partir dos seus problemas práticos (da sua aplicação). Interpretar o direito compreender a nossa própria realidade – a realidade existente, não as normas “preexistentes”. Aplicação-interpretação da lei não é mera relação causa-efeito, não é uma operação de subsunção formalista, pois sempre existirá um obstáculo hermenêutico-ontológico.

O que alcançamos aqui são apenas conclusões transitórias, noções que direcionam, perspectivas relevantes, que não acaba aqui, pelo contrário: se inicia. As discussões não são resolvidas, porque não há uma resolução correta em absoluto para elas, o que há são aproximações neo-relativas de verdades tocáveis. O professor Villey (2005, p. 55) diz que: “O direito é o objeto de uma investigação jamais concluída, que se realiza pela dialética e com base em observações da realidade. O estudo jamais chega a outra coisa senão resultados provisórios”. O que há são caminhos que precisam ser construídos e redirecionados. São pequenas correções que precisam ser feitas no discurso jusfilosófico atual – afinal, como ensina o mesmo Villey¹⁰: de nada serve uma filosofia que apenas confirme nossas rotinas jurídicas.

Isso não significa que a argumentação aqui desenvolvida tenha sido inútil, pois ela propôs algo fundamental: abertura. Abertura que incide sobre nossas verdades, sobre

¹⁰ Ver VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008

nossa “segurança jurídica”. Abertura para o diálogo crítico com nossas concepções sobre aplicação do direito, muitas vezes, fundadas sobre ficções de alguma forma de positivismo jurídico que subtrai a existência do abismo jurídico hermenêutico-gnosiológico e elabora um mecanismo não-prudente e pseudo-justo de se interpretar o direito e concretizar a norma de forma equivocada com a realidade. É necessário tomar consciência da nossa própria “consciência jurídica” (nossos preconceitos e nossas referências de entendimento), sobretudo nossos entendimentos sobre da aplicação da norma que distorcem o direito em um estreito legalismo.

Estamos tão acostumados, tão moldados a pensar o direito da forma como nos é ensinado, que caímos em um “conformismo processual”. Absorvemos uma verdade como a única verdade possível, como se (entre outras coisas) aplicação e interpretação fossem elementos distantes e a justiça possível fosse apenas a justiça legal. E de repente nos vemos diante problemas essenciais do conhecimento jurídico, problemas que precisavam ser resolvidos, mas não somos capazes de agir e nem ao menos sugerir mudanças, pois nos tornamos indiferentes pelo “devido processo legislativo”. Como nos conta Otto Lara Resende em *Vistas Cansadas*¹¹: “O que nos cerca, o que nos é familiar, já não desperta curiosidade. O campo visual da nossa rotina é como um vazio. (...) Nossos olhos se gastam no dia-a-dia, opacos. É por aí que se instala no coração o monstro da indiferença”.

Ainda nos apropriando mais profundamente da literatura nacional, nas palavras do prudente jagunço (jusfilósofo) Riobaldo de Guimarães Rosa, encontramos um erudito conhecimento que ensina aos juristas a importância da prudência, a importância dessa “coisa” na superação dos abismos:

E que: para cada dia, e cada hora, só uma ação possível da gente é que consegue ser a certa. Aquilo está no encoberto: mas, fora dessa consequência, tudo o que eu fizer, o que o senhor fizer, o que o beltrano fizer, o que todo-o-mundo fizer, ou deixar de fazer, fica sendo falso, e é o errado. Ah, porque aquela outra é a lei, escondida e vivível mas não achável, do verdadeiro viver: que para cada pessoa, sua continuação, já foi projetada, como o que se põe, em teatro, para cada representador - sua parte, que antes já foi inventada, num papel(...) (ROSA; 2001, p.338).

Portanto, a prudência jurídica não é um conceito romântico ou erudito que enfeita os trabalhos acadêmicos. Prudência é ver a realidade e decidir-se corretamente com base na própria realidade, sem um “como agir” pressuposto, com nenhum comportamento pré-definido; ela é uma prática *sui generis* essencial a aplicação e interpretação do direito.

¹¹ Texto publicado no jornal “Folha de S. Paulo”, edição de 23 de fevereiro de 1992.

Referências Bibliográficas

- AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Tradução de Aldo Vanuchi et al. São Paulo: Loyola, 2003.
- AUBENQUE, Pierre. *A prudência em Aristóteles*. Tradução de Marisa Lopes. São Paulo: Discurso Editorial, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. São Paulo: Editora Vozes, 2010.
- GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.
- HERVADA, Javier. *Lições Propedênticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 347.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.
- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. *Sistema de regras? Uma crítica à concepção positivista do Direito como sistema de regras*. Revista de Informação Legislativa, v. 181, p. 17-28, 2009.
- ROSA, Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução de Udaíl Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.