

O problema da institucionalização de significados dos textos da Lei

João Maurício Adeodato

Sumário: 1. O papel do texto no conhecimento. 2. Conceito de institucionalização. 3. Duas atitudes no conhecimento do direito. 4. Institucionalização contra opinativismo.

A Escola Retórica do Recife pode sugerir uma nova visão filosófica sobre os textos da lei e assim fornecer uma base para compreender e, principalmente, fazer funcionar a atual reforma tributária brasileira.

1. O papel do texto no conhecimento

Texto é uma forma de linguagem, expressão linguística. A lei é um texto. A constituição é uma lei. Então, temos que compreender o papel da linguagem, daí o papel do texto, daí da lei e daí da Constituição. Lógico, não é?

Vocês têm visto essas lutas entre os poderes executivo (aí incluídas instituições contidas nele como a polícia federal), legislativo, judiciário e ministério público. E têm visto como a Constituição, que tem a função de servir de baliza nessa luta pelo poder, fica sujeita a tantos entendimentos diferentes. O cidadão fica perplexo. Se você estudioso do direito quer entender esse fenômeno cientificamente, para além da **ideologização do opinativismo**, esta minha fala pode ser útil, inclusive para avaliar as palestras que virão ainda neste congresso.

Vamos começar com alguns dados triviais: o texto, como nenhuma outra forma de linguagem, não é portador de um significado correto. Tampouco o acontecimento, evento ou fato não é portador de um significado correto. O conhecimento é a adequação entre a linguagem e os acontecimentos e por isso é sempre aproximativo. É a tentativa de reduzir os abismos entre linguagem significativa (palavras, gestos, textos) e os acontecimentos do mundo, sempre únicos e que nunca se repetem exatamente. O conhecimento é o resultado temporariamente dominante dessa redução.

Para lidar com esse problema no direito atual, a dogmática jurídica desenvolveu o procedimento, que não é uma invenção de algum autor criativo, mas sim uma instituição social. Muito simplificada, ele se baseia no privilégio da validade formal. Lembrem da informação que consta de todo manual: a invalidade pode ser formal e material. A formal se divide em duas vias: incompetência da autoridade que elaborou e defeito insanável no rito de elaboração. A inconstitucionalidade material é um conceito vazio, embora os constitucionalistas insistam nele. Vazio porque sempre é necessário haver uma autoridade e um rito que decidam se há "inconstitucionalidade material".

Pois bem: autoridade competente e rito de elaboração constituem o procedimento. O **quem** decide e o **como** se decide. Claro que todo direito precisa dizer **o que** se decide, por exemplo, se a pena de morte é constitucional ou não. Mas o que interessa é o procedimento, **o conteúdo material é um resultado circunstancial do quem e do como**. E o que se decidiu poderá ser depois modificado, também pelo procedimento.

Porém não podemos esquecer de que, dentro do rito de elaboração, o texto é parte integrante do procedimento. Sua importância no procedimento depende de sua maior ou menor institucionalização. Institucionalizar o texto implica institucionalizar a literalidade do texto, a história das palavras naquele momento.

Mas de nada adianta a perspectiva antiquada de que o texto tem uma única interpretação correta, nem a pregação missionária de que o texto deve ter uma única interpretação correta e claro que esta é a que o pregador defende. O Brasil atual é uma prova de que a interpretação dominante de um texto ou de um fato juridicamente relevante pode ser qualquer uma. Se quiserem, acrescento: infelizmente. Assim é a linguagem da Torre de Babel, assim é o fluxo eterno do rio de Heráclito.

2. Conceito de institucionalização

Se é preciso institucionalizar os textos e daí a Constituição, precisamos entender agora o que é uma instituição. Meu conceito deriva daquele do positivismo sociológico de Émile Durkheim, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Georges Rénard, passando por Santi Romano e Arnold Gehlen. No Brasil as teorias

institucionalistas tiveram importância na pedagogia institucional e na psicoterapia institucional, via Felix Guattari. Mas no direito quase nada.

Vou adotar a linha antropológica de Arnold Gehlen, dentre outros.

Para distinguir o humano dos outros animais, uma tradição tão antiga quanto a própria civilização ocidental criou os conceitos de espírito ou alma, que seriam exclusivos dos seres humanos, apesar do sentido original de alma abranger todos os animais, o nome vem daí. Esse dualismo de corpo e alma fez com que tudo fosse interpretado em termos de espírito. Plotino e muitos outros filósofos antigos usam a expressão *nous*, que não prosperou. Mesmo nos filósofos não religiosos, por exemplo Hegel, essa forma de pensar permanece, essa pré-compreensão é tomada como assente. Mas o "espírito", a "alma", o *nous* não são algo sobre o que podemos construir uma ciência, eles são criações do pensamento, invenções com data de nascimento.

Por isso precisamos da antropologia. Procurar descrever o ser humano em sua interação com o meio-ambiente, ou seja, descrever empiricamente seu comportamento e não seu "espírito". O comportamento dos animais é um objeto observável, não é uma ideia ou conceito criado. É o que Hobbes faz na primeira parte do *Leviatã*, *Do Homem*, antes mesmo do surgimento da disciplina de antropologia.

Exatamente porque a linguagem humana e os fatos percebidos pelos humanos não trazem um significado próprio, o comportamento humano é tão errático. Há pessoas nos mais diversos ambientes da Terra e todas vivem de formas muito diversas. Na linguagem, em um mesmo ambiente social as pessoas divergem sobre o significado das palavras (textos da lei, por exemplo) e dos fatos (isto foi homicídio ou legítima defesa?).

Para lidar com isso, a linguagem tem palavras vazias, ocas, que o auditório entende como quiser, palavras que nada significam, mas trazem uma carga de simpatia ou antipatia. Schopenhauer já fala nisso em seu *Dialética Erística*. Se eu digo que queremos mais igualdade na sociedade brasileira, todos concordam, pois isso não quer dizer nada. Mas se eu especifico o discurso e digo que para atingir a igualdade é preciso taxar as empresas de automóveis, ou os hospitais

ou os caminhoneiros, o desacordo aumenta progressivamente. É impressionante como o discurso vazio tem efeito: o auditório entende como quer e assim pensa que há acordo.

A solução, considerando antropologicamente, é institucionalizar significados. Instituições são padrões de significado e de comportamento obrigatórios para todos os membros do grupo, cuja transgressão é sujeita a sanções. As instituições são indispensáveis para reduzir a hipercomplexidade, elas descarregam as pessoas da pressão de ter que decidir a toda hora, já indicam a direção para tratamento do conflito, reduzem a insegurança das expectativas. Pois insegurança traz medo.

Quando as instituições são frágeis a subjetividade é sobrecarregada. E o ser humano não tem instintos fortes o suficiente para reduzir os conflitos. O que nos parece criatividade é pobreza de instintos, um problema diante dos estímulos do mundo.

Uma das instituições mais importantes para isso, em nossa época, é a jurisprudência, aí incluída a jurisdição constitucional, claro. O problema é que não temos uma jurisprudência consistente, desrespeitada pelo próprio judiciário. Por outro lado, a constituição é lei e a lei é uma instituição. Mas sua eficiência no trato dos conflitos depende de também ser institucionalizado o respeito ao texto, não basta a lei. Precisa ser também institucionalizada a jurisprudência, que é um desdobramento do texto. Como a jurisprudência parte de um caso concreto, seu texto deve ser menos ambíguo e vago do que os textos prévios da lei, oriundos de generalizações ideais dos legisladores.

3. Duas atitudes no conhecimento do direito

Antes de tentar soluções, porém, é preciso decidir que atitude se espera daquele que busca e transmite o conhecimento. Basicamente trata-se da questão de se o observador deve se amoldar à realidade ou moldá-la. Esse problema metodológico é importante e dá origem a muita controvérsia, principalmente no setor das humanidades ou ciências sociais.

Podem-se tipificar dois tipos de atitude metodológicas nesses debates, quanto às maneiras de abordar o ambiente social, a estratégica e a analítica, ou a prescritiva e a descritiva. A retórica estratégica é normativa, dirige-se ao tempo futuro, pretende aconselhar no presente para melhorar o porvir: quer influenciar, dirigir a conduta das pessoas, segundo os objetivos idealistas em que o orador acredita e que lhe parecem desejáveis para o mundo.

A perspectiva analítica se norteia pelas ciências ditas da natureza em um ponto crucial: o pesquisador precisa tentar ser o mais indiferente possível a suas observações, abster-se de juízos de valor e restringir-se ao que já aconteceu, mesmo se seu foco de pesquisa for normativo, como no caso do direito. Enquanto a perspectiva normativa toma como resolvido o problema de como o mundo é, e a partir daí faz prescrições e previsões para o futuro, a perspectiva analítica tem o mundo como objeto de investigação. Uma teoria normativa objetiva exatamente fornecer um norte para o futuro e assim modificar “para melhor” o objeto de sua atenção: ela diz o que deve ser.

A antiga objeção de que não é possível um conhecimento neutro continua com as mesmas respostas triviais, pois todos concordam com a impossibilidade dessa pretensão. As atitudes supostamente científicas diante da pandemia do Corona vírus nos mostraram como a ciência se contamina de interesses. Mas é possível tentar distanciar-se e não vem à toa o *topos* “o tempo é o senhor da razão”, pois contemporâneos não avaliam devidamente seu meio. A atitude analítica diante do conhecimento nada mais é do que, cito Russell, “o hábito de basear nossas crenças em observações e inferências tão impessoais e tão afastadas de inclinações locais e de temperamento quanto é possível para seres humanos.”

4. Institucionalização contra opinativismo

Ambas as atitudes de conhecimento são legítimas. O problema está na confusão entre a metalinguagem prescritiva da retórica estratégica e a descritiva da retórica analítica. Por um lado, pode fazer com que o observador pense enxergar, no mundo empírico que quer descrever, supostas provas de suas convicções normativas e ideológicas. Por isso Aristóteles afirmou que as órbitas dos corpos celestes seguiam circunferências perfeitas e Tomás de Aquino e René Descartes descobriram provas da existência de Deus. Por outro lado, fazer

opiniões prescritivas parecerem análises científicas descritivas é um tipo de atitude sofisticada muito eficaz diante de plateias incautas.

A pergunta que você deve se fazer é metodológica e tem grande repercussão prática, sobretudo nas chamadas ciências humanas e sociais: um professor, um grupo de pesquisa, um programa de pós-graduação deve primordialmente investigar como o direito efetivamente funciona ou deve criticá-lo e sugerir estratégias para melhorá-lo? Em termos etnometodológicos, ou seja, cotidianos, o que V. esperaria do ambiente acadêmico em que vai matricular seu jovem filho? Usando a minha dicotomia, a atitude do conhecimento deve ser analítica ou normativa?

A tese aqui é que as perspectivas precisam ser claramente separadas. Vejam o exemplo, a partir da expressão popular: antes precisamos concordar com o dado empírico de que estamos com o pé na lama para depois discutirmos sobre o que devemos fazer, se tirar de lá ou se manter o pé na lama. O conhecimento não é compatível com a atitude de um suposto observador que explica a realidade a partir de uma história pessoal ou de um ideal de vida, pois o *ethos* da isenção, ainda que tentativamente, é essencial para compreender e explicar o mundo. Não se pode levar a sério um suposto jurista que pretende ganhar vantagens ou dinheiro se sua tese prosperar nesse ou naquele tribunal, como a defesa da inconstitucionalidade da prisão em segunda instância por tantos que advogam para presos condenados nessa condição. Ou porque o suposto jurista quer agradar um partido para ser indicado candidato a deputado federal. Esse é um debate estratégico, constituído de interesses e opiniões, perfeitamente legítimo, mas nada epistemológico.

A busca desse distanciamento ajuda a diminuir o filtro das emoções e interesses que são tão dominantes no ser humano, pois a esfera do *pathos* tende a obscurecer o campo do *logos*, que é o ambiente postulado pela atitude científica. O *logos* pode ser cultivado e crescer, tanto no indivíduo como no ambiente, mas isso não é tarefa simples e antropologicamente o *pathos* tende a predominar.

O estudo do direito deve ser tão empírico e problematizante quanto possível. O ponto de partida é a opção metodológica de que a função social do pesquisador não é externar posições políticas, para o que existem partidos, agremiações e votos em uma sociedade democrática. O ambiente de pesquisa não deve

fornecer palanques para pontificar ideologias, somente analisá-las, sobretudo diante de jovens ainda ignorantes, que são, por definição, inexperientes e manipuláveis. O pesquisador não pode ser um político sem voto, a universidade não é bastião de ideologias.

No caso do direito, o membro do ministério público ou a advogada que defende uma causa, assim como juízas e procuradores, não podem constituir parâmetro para pretensões científicas; o conhecimento não admite ações estratégicas, as quais precisamente caracterizam o trabalho desse tipo de profissional do direito. Todos eles procuram vantagens para sua parte segundo as regras do jogo processual, utilizando o espaço razoavelmente indefinido que a dogmática lhes propicia para defender seus interesses, ainda que se expressem como se perseguissem uma “busca desinteressada pela justiça” e até creiam ingenuamente nesse discurso. Porque o discurso analítico tem força em certos ambientes. Esconder um discurso estratégico sob aparência analítica é um sofisma. Em muitos ambientes, porém, fingir isenção funciona.