



FUGA DOS EXTREMOS: A BUSCA POR UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA NÃO POSITIVISTA À LUZ DA LINGUAGEM EM LENIO STRECK

Gabriel Lins Procópio de Moura¹

REFERÊNCIA DA OBRA EM ANÁLISE

STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos — Eletrônica**, [s. l.], v. 19, n. 1, p. 2–20, jan.–abr. 2014. DOI: 10.14210/nej.v19n1.p2-20. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540>. Acesso em: 25 abr. 2021.

1 APRESENTAÇÃO DO AUTOR

Lenio Luiz Streck nasceu em 21 de novembro de 1955 em Agudo, município do interior do Rio Grande do Sul.² Para que se compreenda a forma de pensar de Streck, faz-se necessário saber de sua formação e caminhada no meio jurídico, bem como de seus interesses pessoais, que moldaram sua visão do Direito enquanto fenômeno linguístico-social.

Streck entrou na Faculdade de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) em 1976, especializando-se, posteriormente, em quatro cursos diferentes, dentre os quais destacam-se História, Política e Sociologia da América Latina (Universidade Federal do Rio

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e diretor de mídias da ação integrada Grupo de Estudos em Direito Desportivo da UFRN.

² STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. Equipe. **Streck & Trindade Advogados Associados**, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <http://www.streckadvogados.com.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Grande do Sul) e Metodologia e Teoria Geral do Direito (UNISC).³ Já em 1981, Streck tornou-se docente da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da UNISC.⁴ Pode-se perceber que, desde o início de sua vida acadêmica como discente, o autor tem-se envolvido no estudo e na pesquisa do Direito, da Linguagem e da Filosofia.

Em 1986, ingressou no Ministério Público, órgão no qual passou a maior parte de sua carreira. Tendo sido promotor de Justiça, tornou-se procurador de Justiça em 1996, passando a atuar no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Paralelamente à carreira no Judiciário, Streck acumulou, pela Universidade Federal de Santa Catarina, os títulos de mestre e doutor em Direito, além de ter concluído, em 2001, um pós-doutorado pela Universidade de Lisboa, sob a orientação do importante constitucionalista português Professor Jorge Miranda, participante da elaboração das constituições de diversos países lusófonos.⁵

Em 2014, Streck se aposentou da carreira no Ministério Público e fundou um escritório de advocacia, onde trabalha hoje.⁶

Streck, professor de instituições universitárias, é autor de diversos textos e obras na área jurídica, com ênfase em questões constitucionais e na relação entre os fenômenos linguísticos e o Direito, sobretudo no campo da Hermenêutica Jurídica.⁷ Atualmente, Streck é, além de escritor e professor, integrante da Academia Brasileira de Direito Constitucional, fundador do Instituto de Hermenêutica Jurídica e componente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outros institutos de pesquisa jurídica pelo país.⁸

Conhecido por suas posições críticas, os escritos de Streck se destacam por discutirem o Direito enquanto são profundamente permeados pela Filosofia da Linguagem, por meio da qual Streck explora diversos horizontes pouco lembrados pelos juristas. Buscando um rompimento com a teoria tradicional do Direito, Streck possui a intenção de ampliar e aperfeiçoar a Teoria do Direito, considerada por ele falha e incompleta. Por essa razão, ele

³ STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. Equipe. **Streck & Trindade Advogados Associados**, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <http://www.streckadvogados.com.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. Equipe. **Streck & Trindade Advogados Associados**, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <http://www.streckadvogados.com.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁵ CONFERENCISTA defende reforma do Artigo 5º da Constituição Brasileira. **Ordem dos Advogados do Brasil — Pará**, Belém, 10 set. 2014. Disponível em: <http://www.oabpa.org.br/index.php/noticias/4124-conferencista-defende-reforma-do-artigo-5o-da-constituicao-brasileira>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁶ RODAS, Sérgio. Depois de 25 anos, Lenio Streck abre escritório. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 9 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-09/depois-25-anos-mp-lenio-streck-abre-escritorio>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Currículo do Sistema de Currículos Lattes. **Currículo Lattes**, [s. l.], 24 mar. 2021. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0806893389732831>. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. Equipe. **Streck & Trindade Advogados Associados**, Porto Alegre, 2021. Disponível em: <http://www.streckadvogados.com.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

utiliza-se do estudo filosófico e linguístico como base para observar, de outro ângulo, o Direito e compreendê-lo, sempre com uma forte ligação às áreas mencionadas. No artigo de Streck aqui analisado, pode-se perceber com clareza a relevância que ele atribui ao debate linguístico no contexto jurídico e as implicações disso para a Ciência do Direito como um todo.

2 PERSPECTIVA TEÓRICA E BREVE SÍNTESE DA OBRA

Desde meados do século XX, muitos juristas têm questionado a velha e popular asserção do positivismo exegético de que o texto da lei é igual às normas jurídicas. Em reação, surgiu o positivismo voluntarista, de face distinta do exegetismo, mas de essência semelhante, como Lenio Luiz Streck demonstra em seu artigo aqui discutido. Para o autor, é importante que se compreenda o porquê de texto e norma serem distintos, sem que se caia, entretanto, em erros ideológicos.

No decorrer do artigo — dividido em 4 seções por quase 20 páginas —, Streck trata, com profundidade, da relação entre norma e lei para além do antigo positivismo oitocentista, indo desde análises filosóficas e linguísticas a exemplos práticos. Ademais, o texto é permeado por um ponto principal que muito será explorado aqui: a necessidade de haver, no mundo jurídico, uma dogmática do Direito afastada dos extremos interpretativos objetivista e subjetivista e capaz de chegar a uma resposta para a questão da crise paradigmática pela qual o Direito passa, e como resolvê-la à luz de uma hermenêutica crítica e não pragmaticista, como será visto daqui em diante.

Inicialmente, Streck faz alguns questionamentos, que nortearão todo o seu artigo: “Como superar a crise paradigmática que atravessa o Direito? De que maneira podemos superar os resquícios do senso comum teórico? A que devemos debitar esse processo de ‘coagulação dos sentidos jurídicos’?” (2014, p. 4). O autor considera, primordialmente, que a referida crise pela qual o Direito passa tem, em certo grau, origem na mudança do positivismo exegético para novos meios interpretativos do Direito igualmente nocivos.

Dizendo ser responsabilidade da Teoria do Direito dar solução às problemáticas, o autor levanta o relevante — e, por vezes, esquecido — ponto da alografia do Direito. Como explica em artigo o ex-Ministro do STF Roberto Eros Grau, o Direito é comparável à música e

ao teatro, também expressões humanas alográficas, ou seja, necessitantes de um intérprete que as reproduza para que façam sentido no plano prático.⁹

Grau deixa evidente que, assim como uma partitura nada diz a quem não é músico e como um roteiro de peça teatral não possui vida sem atores, o texto da lei, por si só, não tem significado, sendo imprescindível que haja um mediador para interpretá-la em um contexto, de modo a lhe atribuir, efetivamente, significado em um caso concreto.

Nesse contexto alográfico, Streck deixa claro que sem teoria não há Direito e que este, para que se possa aplicar, tem de ter um intérprete. Argumenta o autor que a teorização, que sempre ocorre em face da realidade, é requisito de possibilidade para que se dê sentido ao Direito. Citando *Crátilo*, diálogo de Platão, Streck demonstra que mesmo os antigos (nesse caso, os sofistas), séculos antes de Cristo, já sabiam da não imanência entre palavra e coisa, ou seja, do fato de que as palavras não contêm um significado inerente, mas apenas o possuem dentro de um determinado contexto linguístico, com o qual as pessoas se acostumam pela convivência com a língua. Nesse sentido, afirma o autor — tomando, mais uma vez, Eros Grau como base — que interpretar e aplicar são a mesma ação, pois, quando um operador do Direito interpreta uma lei, ele está, efetivamente, aplicando-a, dando-lhe sentido. Não à toa, Grau (2009, p. 27) leciona: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo”.¹⁰

Alertando contra chamadas *armadilhas* objetivistas e subjetivistas, Streck dá alguns exemplos para demonstrar que a linguagem é limitada, de sorte que nem mesmo textos normativos são capazes de, com suas palavras, prever todas as possibilidades de sua aplicação, razão pela qual reafirma-se a importância de um intérprete ao Direito. Vale destacar, como exemplo, o seguinte trecho do texto de Streck:

Trata-se do clássico exemplo de Recaséns Siches, que vou aqui tornar mais complexo. Se há uma lei que proíbe que levemos cães na plataforma do trem, a pergunta que se põe é: seria possível levar um urso? Afinal, apenas os cães estão proibidos... [...] *Ocorre que a palavra “cães” não esgota o sentido da regra.* (2014, p. 7, grifo nosso.)

⁹ GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito. **O Globo**, Rio de Janeiro, 13 maio 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/ErosGrau/ArtigosJornais/1001188.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Na sequência da passagem anterior, o autor segue e traz ainda mais problemáticas relativas à questão, afirmando que a regra proibiria, em verdade, animais perigosos, mas questionando quem definiria quais animais se enquadram nessa categoria e se isso implicaria na permissão de serem levados cães dóceis à plataforma do trem. Esse intrigante exemplo de Streck evidencia não apenas os grandes problemas hermenêuticos decorrentes de uma leitura extremamente objetivista do Direito, mas também a limitação inerente à linguagem, o que se traduz na falta de precisão no uso das palavras, mesmo em um contexto normativo.

O autor faz uma importante observação: se a resposta à questão do exemplo fosse “não, não pode levar um urso”, haveria, *à primeira vista*, uma aproximação de uma desejada solução pós-positivista. Em uma segunda análise, porém, tal afirmação dependerá do modo como a resolução é dada, pois, se o operador do Direito decidir discricionariamente e sem uma sólida base dogmática, haverá, segundo Streck, “uma resposta positivista do tipo pós-exegético-voluntarista” (2014, p. 8). Dessa forma, o que o autor quer (e consegue) expor é que o positivismo possui várias facetas, de sorte que muitos juristas, por superarem a velha postura positivista exegética, pensam, equivocadamente, que já estão, como diz Streck, “em território pós-positivista”, sem perceberem que continuam sendo positivistas, mas de aparência nova.

Na curta segunda seção do artigo, o autor utiliza-se de referências literárias, desde *Antígona* (Sófocles) até *Medida por Medida* (Shakespeare), para expor seu ponto — o principal de todo o artigo — de que a lei não carrega o Direito. Antes de explorar com mais profundidade essa questão, Streck faz uma dura crítica à maneira dos operadores do Direito decidirem no Brasil e aponta para a atitude hipócrita de, num primeiro momento, decidir a partir da “palavra da lei, a sua sintaxe, o verbo nuclear, etc.” e, noutra ocasião, recorrer à “vontade do legislador”, por exemplo, para justificar uma decisão que desconsidera a tal palavra da lei.¹¹

Nesse contexto, Streck destaca esse vício dos magistrados caracterizado pela conveniência, que, a depender da situação, torna-os ora objetivistas extremos, ora subjetivistas completos. Já na seção seguinte do artigo, o autor busca responder como se pode descobrir que, de fato, a lei não carrega o Direito. Streck faz uma análise heideggeriana da linguagem, clarificando a importância desta:

¹¹ Nesse ponto, Streck faz explícita menção a algumas decisões judiciais brasileiras que demonstram essa inconsistência interpretativa. Sem entrar no mérito dos julgados, vejam-se, por exemplo, o Habeas Corpus n.º 84.078/2009 e o HC n.º 126.292/2016, ambos do STF. O primeiro considerou a prisão em segunda instância inconstitucional, o que foi revertido pela decisão seguinte. Posteriormente, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43, 44 e 54, em 2019, o entendimento da Excelsa Corte foi mais uma vez alterado, adotando-se a posição que fora tomada em 2009.

Eu não possuo a linguagem. É ela que me tem. [...] E, acrescento: tudo o que sei é graças às palavras que sei. E tudo o que (ainda) não sei é em face das palavras que desconheço. As coisas que não sei estão “cobertas” pela linguagem, à qual ainda não tenho acesso, porque não a descobri. Por isso, o ser se vela e se desvela. Palavra é como uma “*pá-que-lavra*”. Ela é abertura (*Erschlossenheit*), descobrimento (*Entdeckenheit*) e desvelamento (*Unverborgenheit*). (2014, p. 11.)

Na sequência disso, Streck fala de como as palavras não conseguem, com antecedência, prever todas as suas diferentes possibilidades de sentido, inclusive no texto da lei. Exemplificando: se uma pessoa chama outra de “esperta”, a princípio, isso se trata de um elogio. Dentro de um contexto distinto, porém, a mesma palavra pode ser usada de forma irônica e pejorativa, com significado totalmente oposto e com intenção de ofender o interlocutor. Quanto a isso, Streck (2014, p. 11) cita Wittgenstein, que demonstrou, em sua obra filosófica, que é o contexto que dá sentido às palavras. Outrossim, assim como há polissemia linguística, também podem ser retiradas de um texto normativo diferentes interpretações, conforme o contexto.

Nessa linha argumentativa, Streck aponta para o erro cometido tanto por objetivistas quanto por subjetivistas: achar que o texto da lei é oco e carrega todos os seus significados possíveis, caracterizando o fenômeno da subsunção. Streck critica aqueles que, na tentativa de superar o positivismo exegético, inventam um sentido arbitrário a ser aplicado de forma subsuntiva: “Nada mais positivista do que isso: o positivismo discricionarista constrói o seu próprio objeto de conhecimento”, razão pela qual ele afirma ser “possível ver abordagens [...] nas quais o intérprete [...] por vezes é subjetivista [...] e, em segundo momento, transforma-se em um objetivista, para defender o conceito que ele mesmo produziu” (2014, p. 12). Comungando do pensamento de Streck, Rocha¹² defende que tanto o objetivismo absoluto como o subjetivismo extremo são nocivos à hermenêutica jurídica, pois “se por um lado não é promissor defender a ortodoxia jurídica, por outro não se pode cair em um relativismo puro e ilimitado”.

Deve ser dada atenção ao apontamento feito por Streck: não basta apenas separar a norma do texto; se assim não fosse, os sofistas descritos em *Crátilo* já teriam dado resposta à questão. Nesse sentido, o autor defende que, quando um juiz dá à lei o sentido que lhe convém, há um processo de “neosofismização”.

¹² ROCHA, José Manuel de Sacadura. Objetivismo e Subjetivismo Jurídico na Pós-Modernidade. **GEN Jurídico**, [s. l.], 5 fev. 2020. Texto originalmente de 25 fev. 2011. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/02/05/subjetivismo-juridico-pos-modernidade/>. Acesso em: 28 abr. 2021.

A partir desse ponto, Streck faz uma crítica aos realistas norte-americanos e escandinavos, para quem “o direito é aquilo que os juízes dizem que é” (2014, p. 12). Streck entende que, pela própria necessidade de o Direito possuir uma dogmática — pela qual os institutos jurídicos seriam compreendidos —, pode-se concluir que uma decisão não pode, puramente, ser resultado da vontade (ou intuição) do magistrado.

A filosofia de Heidegger, na sequência, faz mais uma aparição no texto de Streck, que traz a distinção entre ser e ente feita pelo pensador alemão. Para tanto, ele explica como, por exemplo, a lei não descreve todas as possibilidades de legítima defesa e, mesmo assim, todos possuem uma certa noção do que é a legítima defesa.

Desse modo, a lei apenas orienta, de sorte que o magistrado usará isso para fazer exsurgir da lei uma norma, “afinal, a norma é sempre resultado da aplicação do texto” (2014, p. 13), ecoando a igualdade entre interpretação e aplicação tratada anteriormente. Assim como, na perspectiva heideggeriana, o ente pode ser descrito como uma manifestação do ser, o que dará sentido à ideia de legítima defesa será a concretude, pois, como Streck coloca, “uma legítima defesa ‘só é’ em uma dada situação concreto-aplicativa” (2014, p. 14).

O fenômeno da transcendência do ôntico ao ontológico (do ente ao ser), nesse contexto, é indispensável ao intérprete do Direito, que deve, a partir do texto, extrair-lhe a norma. Nessa linha, Streck comenta que, já nos anos 1960, Friedrich Müller defendia que a norma é parcialmente preexistente ao texto, sendo o intérprete responsável por aplicar e “produzir” a norma individual de um caso determinado.

Apesar de importante a distinção entre ser e ente, Streck destaca que não há *cisã* entre os dois, assim como não há entre norma e texto, pois, “como diz Heidegger, o ser não pode ser visto; ele serve para dar sentido aos entes” (2014, p. 16).

Já caminhando para a conclusão do artigo, Streck critica o senso comum teórico que foi desenvolvido na mentalidade dos juristas brasileiros ao longo do tempo e em cujo âmbito ocorre “a ficcionalização do mundo jurídico-social” (2014, p. 17), preparando-os para conflitos interindividuais, mas não transindividuais. O autor cita, nesse aspecto, o pensamento de Tobias Barreto, que, já no século XIX, criticava aqueles que defendiam que juristas não deveriam dedicar tempo ao estudo da filosofia, pois isso seria perda de tempo para quem só precisava “aplicar a lei”.

É interessante que se note que, de fato, a formação educacional no Brasil, mesmo a jurídica, é, tradicionalmente, muito tecnicista e voltada para a memorização de conteúdo, em

detrimento do desenvolvimento humanístico do estudante, o que tem mudado a curtos passos no país.¹³

Streck utiliza-se do término do texto para lembrar o leitor de que devem ser evitados os extremos objetivista e subjetivista, duas faces da mesma moeda e igualmente prejudiciais ao bom funcionamento do sistema judicial.

3 PRINCIPAIS TESES DESENVOLVIDAS E REFLEXÃO CRÍTICA

O artigo de Lenio Streck é de suma importância para o debate acerca da atual crise paradigmática do Direito, reconhecida pelo próprio autor. Tratando de questões hermenêuticas e filosóficas, Streck apresenta uma firme posição de oposição ao positivismo, nas suas faces clássica (exegetismo/objetivismo) e hodierna (voluntarismo/subjetivismo), consideradas por ele como igualmente maléficas à teoria do Direito.

Nesse sentido, o autor, a todo momento, reforça a necessidade de uma dogmática do Direito capaz de explicar os institutos jurídicos e de direcionar os magistrados quando da tomada de decisões, uma vez que as posições previamente criticadas ainda se mantêm por culpa, em grande parte, da falta de uma dogmática jurídica consistente, além do domínio, entre os juristas, de um pensamento que Streck define como um “sincretismo teórico” (2014, p. 19).

Muito relevante é evidenciar a associação entre o Direito e a linguagem feita pelo autor ao longo do texto. Essa relação permeia todo o artigo e é a base deste, de sorte que se podem destacar algumas questões.

Em primeira análise, há a limitação inerente à linguagem. Como apontado por Streck, os antigos já percebiam a não imanência entre palavra e coisa. Demonstrando isso de uma maneira aparentemente óbvia: a palavra “ventilador” não joga vento. Igualmente, um vocábulo da língua portuguesa proferido a um alemão sem conhecimento do português nada lhe dirá. Esses exemplos, que parecem pequenos e sem importância, deixam evidente que as palavras, por si só, não possuem significado inerente. Elas apenas têm sentido dentro de um contexto linguístico, como Streck, baseado em Wittgenstein, escreve (2014, p. 11).

¹³ PEREIRA, Carlos Henrique Camargo. Breves considerações sobre a formação humanística dos operadores do Direito. *Jus Navigandi*, [s. l.], maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24445/breves-consideracoes-sobre-a-formacao-humanistica-dos-operadores-do-direito>. Acesso em: 14 maio 2021.

Como a linguagem se faz presente em todas as relações humanas, os efeitos da sua limitação natural se refletem no âmbito do Direito também. Acerca disso, são interessantes as palavras de Eliezer Pereira Martins:¹⁴

Sucedem, entretanto, que a linguagem que veicula o conhecimento jurídico contém limitação inerente à própria dificuldade natural de conhecimento pontual e acabado de objetos investigados.

É dizer, a linguagem não dá conta de apreender a totalidade do objeto de conhecimento. Ela apenas revela e comunica parcialmente o substrato valorativo da norma jurídica, a partir de uma perspectiva de linguagem.

[...]

Importa dizer, aliás, que a condição de possibilidade de existência da ciência jurídica reside na linguagem. (2017, p. de internet, grifos nossos.)

Nesse sentido, os textos normativos carecem de significado completo, sendo necessário, como apontado por Streck reiteradas vezes no artigo, que haja um intérprete que aplique a norma ao caso. Esse ponto feito pelo autor resulta em diversas ramificações de ordem filosófica. Como exemplo, tome-se — similarmente ao que Streck faz — o tipo penal estelionato.

O Código Penal não descreve todas as possibilidades de ocorrência de estelionato, mas lhe dá elementos que permitem sua caracterização e subsequente reconhecimento por parte do magistrado em um caso concreto.¹⁵ Dessa forma, pode-se perceber dois dos vários fenômenos linguísticos comentados por Streck: a já discutida limitação da linguagem; e o processo de transcendência do ôntico ao ontológico que o juiz deve fazer.

No tangente ao último ponto, coube bem a filosofia heideggeriana no contexto de esclarecimento da ordem jurídica. Valendo-se da explicação que Streck faz do pensamento de Heidegger, imagine-se o seguinte: todos, exceto os bebês, sabem o que é uma cadeira. Não obstante isso, existem diversas e distintas configurações possíveis para uma cadeira, que pode ser giratória ou não, pode ser reclinável ou não, pode ter uma quantidade variável de pernas etc. O importante é que, apesar das diferentes formas que uma cadeira pode assumir, todas elas são cadeiras. Por mais que não seja tarefa fácil explicar o que as faz cadeiras — e o que as diferencia de um sofá, por exemplo —, sabe-se que elas *são* cadeiras. Dessa forma, o que se pode perceber

¹⁴ MARTINS, Eliezer Pereira. O Direito como produção da linguagem. **Migalhas**, [s. l.], 2 fev. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/252898/o-direito-como-producao-da-linguagem>. Acesso em: 28 abr. 2021.

¹⁵ Veja-se o artigo 171 do Decreto-Lei n.º 2.848.

é que não se explica com precisão o ser, mas é possível se relacionar com o ente, que é a manifestação do ser no mundo, e, por meio desse ente, pode-se ter uma ideia do que seja o ser, mesmo que isso não possa ser descrito de forma exata e precisa pela limitada linguagem.

Assim, o ser pode se assumir por meio de diferentes entes, sem que deixe de ser o que é. Igualmente, uma vez que o texto da lei não esgota todas as possibilidades de sua aplicação — tampouco as descreve em sua totalidade —, torna-se imprescindível que o magistrado tenha a capacidade de compreender esse fato e interprete o texto normativo de modo que a norma dele extraída não apenas seja coerente com o escrito, mas também que faça sentido para com as peculiaridades do caso julgado. Deve o juiz pegar o texto normativo (ente) e dele retirar a norma individual do caso (ser), decidindo se o caso concreto é ou não uma manifestação do que a legislação previu.

Com uma linguagem aristotélica, Eros Grau (2009, p. 32) defende o mesmo ao ensinar que a norma se encontra em forma de potência no texto da lei, devendo o intérprete se utilizar de elementos do texto (mundo do dever ser) e da realidade (mundo do ser) para produzi-la (ou “encontrá-la”).¹⁶ Fazendo-se uma comparação, se for pedido a dois irmãos que cada um desenhe sua mãe, os desenhos serão diferentes entre si, possuindo distintos traços e nuances, porém ambos serão representações válidas da mesma mãe. Similarmente, de um mesmo texto, diferentes normas podem exsurgir, de acordo com a interpretação feita pelo magistrado.

O que se pode perceber, tanto com Grau quanto com Streck, é que o intérprete do Direito necessariamente deve fazer uma abstração, de modo a tirar, do texto normativo, uma norma condizente com a situação fática, dando-lhe concretude e fazendo, portanto, sua aplicação.

A posição de Eros Grau e Lenio Streck dialoga com a de Mauro Cappelletti,¹⁷ que considerava essencial a criatividade judicial, mas sem que seja dada total liberdade ao juiz:

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar sérios equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade — ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha — não deve ser confundido com a afirmação de *total liberdade* do intérprete. Discricionariedade não quer dizer

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 23–24.

necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*. (1993, p. 23–24.)

Outra crítica importante levantada por Streck em seu artigo foi aquela relacionada à necessidade de se sair da dicotomia entre o extremo objetivismo e o exagerado subjetivismo nas decisões judiciais. Quanto a isso, vale fazer, aqui, em consonância com as referências de Streck ao teatro grego antigo, um paralelo entre esse tema e *As Vespas*, obra escrita por Aristófanes, ainda no século de Péricles.¹⁸

Nessa clássica comédia, o sistema judicial de Atenas é satirizado, e os juízes, que eram escolhidos dentre o povo e ganhavam altíssimos salários, são comparados a vespas, que possuem um agulhão com o qual castigam os condenados pela Justiça. Um dos juízes é Filócleon, homem velho viciado em condenar mesmo antes de julgar e que se aproveita da situação de corrupção sistêmica para ter ganhos financeiros, ao passo que Bdelícleon, seu filho, tenta retirar esse vício do pai e vê o tribunal de Atenas como um fantoche da política.

A comparação com tal obra se dá pelo ponto que Aristófanes faz: o sistema não agradava, pois os juízes eram corruptos, e muitos deles já iam aos julgamentos com a intenção de condenar por razões políticas. Guardadas as devidas proporções, pode-se associar isso aos operadores do Direito hodiernos que não têm coerência nem padrão e se revezam entre objetivismo e subjetivismo, o que se encaixa na crítica feita por Streck. Para objetivistas, basta subsumir, sem intermediação, a situação à lei, como se o Direito fosse autográfico, valendo-se até da semântica e do significado literal das palavras para defenderem um ponto. Para subjetivistas, basta, como Streck o diz, que seja construído um sentido arbitrário por meio do qual a lei se aplique ao caso que eles queiram e o qual será utilizado por eles de forma subsuntiva, o que o autor denomina sabiamente de positivismo discricionarista.

Essa inconsistência judicial causa, além da insegurança jurídica, críticas de toda a sociedade ao Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao denominado “ativismo judicial”. Para Neves e Pessoa¹⁹, o ativismo judicial relaciona-se ao fenômeno da judicialização

¹⁸ ARISTÓFANES. *As Vespas*. Tradução: Carlos Alberto Martins de Jesus. 2. ed. Coimbra: FESTEIA — Temas Clássicos, 2009. *E-book*. Disponível em: https://www.academia.edu/16370910/Arist%C3%B3fanos_Vespas_2a_ed_Tradu%C3%A7%C3%A3o_introdu%C3%A7%C3%A3o_e_notas_Coimbra_FESTEIA_2009.

¹⁹ NEVES, Isadora Ferreira. PESSOA, Frederico. Ativismo judicial e judicialização da política: conceitos e contextos. *Consultor Jurídico*, [s. l.], 2 jan. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-02/diario-classe-ativismo-judicial-judicializacao-politica-conceitos-contextos>. Acesso em: 15 maio 2021.

da política, sendo fruto direto do Estado Social de caráter dirigista adotado no Brasil redemocratizado pós-ditadura militar, motivo pelo qual muitos operadores do Direito optam por ser judicialmente subjetivistas — no sentido usado por Streck —, de modo a garantir, ao máximo, os direitos constitucionais. Neves e Pessoa descrevem a situação do ativismo judicial da seguinte maneira:

O ativismo judicial, por sua vez, surge enquanto problemática da teoria do direito e/ou de hermenêutica jurídica, em certa contraposição histórica à doutrina de *judicial restraint*. Eis, portanto, que o ativismo judicial representa fenômeno intrínseco ao sistema jurídico, consistindo em uma conduta própria dos magistrados e dos tribunais no exercício de suas funções institucionais.

Ademais, um último ponto de reflexão a partir do artigo de Streck concerne o que ele chama de senso comum teórico. Amadeus²⁰ diz que o senso comum teórico “acredita que os sentidos das normas jurídicas já estão prontos pelo ‘legislador racional’, esperando, apenas, para serem ‘subsumidos’ ao caso concreto”.²¹ A discussão acerca do senso comum teórico relaciona-se ao embate entre objetivismo e subjetivismo, os quais Streck volta a criticar ao final do texto ao chamar os subjetivistas de ocasião de positivistas-voluntaristas, iguais em práxis aos objetivistas, mas de face nova.

Em suma, o artigo de Streck traz à tona, profunda e reflexivamente, a não imanência entre o texto da lei e a norma, fazendo uma análise que vai desde o campo teórico da Filosofia e da alografia do Direito até o campo prático dos exemplos, além de enfatizar a indispensabilidade do contexto e de demonstrar a necessidade de uma dogmática do Direito — o grande ponto do texto — que o compreenda e explique todas as questões discutidas, de modo a achar uma solução para a crise paradigmática pela qual o Direito passa. Nunca é velha a constatação de que o Direito é fato, valor e norma, não apenas norma (REALE, 2004, p. 64–65).²²

Ademais, o relevante aviso para se combater os extremos do positivismo exegético (objetivismo) e do voluntarismo (subjetivismo) da hermenêutica jurídica fortalece esse coeso

²⁰ AMADEUS, Djefferson. O senso comum teórico dos Juristas e o Direito “Facilitado”. *Justificando*, [s. l.], 3 out. 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/03/o-senso-comum-teorico-dos-juristas-e-o-direito-facilitado/>. Acesso em: 14 maio 2021.

²¹ AMADEUS, Djefferson. O senso comum teórico dos Juristas e o Direito “Facilitado”. *Justificando*, [s. l.], 3 out. 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/03/o-senso-comum-teorico-dos-juristas-e-o-direito-facilitado/>. Acesso em: 14 maio 2021.

²² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

texto de Streck como uma importante contribuição para o debate da relação entre o texto e a norma jurídica. As necessárias reflexões de Streck mostram que a lei não carrega o Direito e que isso não pode ser usado como justificativa para um positivismo discricionarista e arbitrário regido pelo relativismo jurídico.

Faz-se necessário buscar um caminho intermediário, solução que Streck não se propôs a dar, mas as reflexões e provocações feitas por ele ao longo do texto podem ajudar os hermenutas a, pelo menos, terem um norte teórico para que mantenham esse rico e complexo debate e encontrem um terreno comum. O Direito precisa ter uma dogmática firme e consistente que seja capaz de resolver a crise paradigmática do ordenamento jurídico e que apresente um método interpretativo justo e preciso, sem que se caia nos extremos objetivista e subjetivista. Dessa forma, esta lição de Cappelletti²³ serve como ótimo término:

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise linguística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. (1993, p. 33.)

REFERÊNCIAS

ARISTÓFANES. **As Vespas**. 2. ed. Coimbra: FESTEIA — Temas Clássicos, 2009.

Disponível em:

https://www.academia.edu/16370910/Arist%C3%B3fanes_Vespas_2a_ed_Tradu%C3%A7%C3%A3o_introdu%C3%A7%C3%A3o_e_notas_Coimbra_FESTEIA_2009. Acesso em:

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

²³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.