

O ocaso da subsunção

Em recente e concorridíssima aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da UERJ, o Ministro Eros Roberto Grau condenou, enfaticamente, a técnica da subsunção (*A Construção do Direito: da elaboração do texto à produção da norma*, 31.3.2008). Segundo afirmou o ilustre Professor, “o Código Civil não é um conjunto de normas. É apenas um conjunto de possibilidades de normas, ele é um conjunto de textos normativos, ele é um ordenamento em potência, não é, ainda não é, norma. Só será norma depois da interpretação”. Mais ainda: “O intérprete desvencilha o texto do seu invólucro”, de tal modo que “A norma é o resultado da interpretação”, e, por consequência, “não há distinção entre interpretação e aplicação do direito”: “a interpretação do direito consiste em encontrar uma solução que só se opera na medida em que se realize a sua aplicação”.

Tais afirmações, coerentes com toda a obra doutrinária do Professor e Ministro, justificam a crítica à subsunção manifestada na jurisprudência da Suprema Corte (ADI 3689/PA, julg. 10.5.2007) e adquire especial relevo na discussão atual, em que juristas cultos e progressistas ainda insistem naquele expediente técnico silogístico, com graves riscos para a unidade axiológica a ser promovida na atividade hermenêutica.

Não se trata de questão meramente terminológica. A subsunção parte de duas premissas equivocadas: (i) a separação do mundo abstrato das normas e o mundo real dos fatos, no qual aquelas devem incidir; (ii) a separação entre o momento da interpretação da norma abstrata (premissa maior) e o momento da aplicação ao suporte fático concreto (premissa menor). Como consequência, admite-se que, em tese e de antemão (em relação ao momento da incidência da norma), haveria valorações legítimas efetuadas pelo legislador, normas de conduta às quais deve se moldar, em abstrato, a sociedade.

Com tal raciocínio: (i) reduz-se a aplicação do direito (*rectius*, a atividade do magistrado) a procedimento mecânico, especialmente se a etapa anterior – interpretação – concluir que a regra é clara, subtraindo do intérprete o poder-dever de utilização dos princípios e valores constitucionais no exame de cada preceito normativo a ser aplicado (no vetusto brocardo latino, *in claris non fit interpretatio*); (ii) a norma

infraconstitucional se torna a protagonista principal do processo interpretativo, mediadora entre os princípios – por vezes de pouca clareza analítica – e o suporte fático no qual incide. A tarefa do intérprete acaba sendo a de adequar o conteúdo principiológico extraído de determinado princípio à regra, que será considerada legítima desde que não viole, escancarada e acintosamente, o Texto constitucional, esgotadas todas as possibilidades hermenêuticas.

Reduz-se, assim, de maneira drástica, a força normativa da Constituição ao conteúdo estabelecido pelo legislador. O princípio será aquilo que o legislador infraconstitucional entender sê-lo. E como, por exigência prática, quanto mais pedestre se situar a regra na pirâmide normativa mais analítica e minuciosa será a sua dicção, os valores e princípios constitucionais, alardeados com pompa e circunstância aos quatro ventos, transformam-se em mero limite à atuação teratológica do legislador ordinário; ou, pior, espécie de ferramenta extraordinária a ser utilizada pelo intérprete quando, aleatória, autoritária e discricionariamente, decide que se trata de um *hard case*, na expressão alienígena, a justificar, ao contrário de todas as outras causas julgadas pelo mesmo magistrado, o abandono da subsunção e a adoção franca e direta dos princípios constitucionais.

Evita-se toda essa perversa trajetória, na esteira da lição do Ministro Eros Grau, superando-se a subsunção: se o ordenamento é unitário, moldado na tensão dialética da argamassa única dos fatos e das normas, cada regra deve ser interpretada e aplicada a um só tempo, refletindo o conjunto das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas na qual incide, sendo extraída do conjunto normativo em que se constitui o ordenamento como um todo. Daí a arguta advertência do Professor Perlingieri (*La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, cuja tradução foi publicada nesta RTDC, vol. 31, p. 75 e ss.), para o qual *a releitura dos institutos de direito civil à luz da Constituição não deve significar que o objeto da interpretação seja a lei ordinária conformada ou ajustada à norma constitucional, mas que o objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais conjuntamente com as normas constitucionais*.

Oxalá a cultura jurídica brasileira consiga desvencilhar-se da subsunção, para que a força normativa da Constituição, hoje já quase consensualmente admitida, possa se transformar em efetiva primazia do Texto Maior no cotidiano da atividade hermenêutica.

G.T.