

POR QUE TENHO MEDO DOS JUÍZES
(a interpretação e aplicação do direito e os princípios)

© EROS ROBERTO GRAU

Como *Ensaios e Discursos sobre a Interpretação e Aplicação do Direito*:
1ª edição: 04.2002; 2ª edição: 06.2003; 3ª edição: 01.2005;
4ª edição: 09.2006; 5ª edição: 01.2009; 6ª edição: 05.2013.

ISBN: 978-85-392-0196-9

Direitos reservados desta edição por
MAIHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 – São Paulo – SP
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495
URL: www.maiheiroseditores.com.br
e-mail: maiheiroseditores@terra.com.br

Composição
Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa
Criação: Vania L. Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
06.2014

Prefácio 11

INTRODUÇÃO

1. Direito, segurança e mercado	13
2. (segue)	14
3. Segurança e mercado	15
4. O Poder Judiciário, hoje	16
5. Justiça e direito	16
6. (segue)	18
7. (segue)	19
8. Legalidade e direito positivo	20
9. Os juízes e Sartre	20
10. Valores	21
11. Os princípios são regras	22
12. Ponderação entre princípios	23
13. A objetividade da lei e Franz Neumann	24
I – A INTERPRETAÇÃO	
14. Observações iniciais	25
15. A interpretação até os anos 1970 e a subsunção	27

Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arroge a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensura. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à Humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à tirania dos valores: (...) quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos.⁶

Por isso tenho medo dos juízes e dos tribunais que praticam esse inusitado controle de proporcionalidade e de razoabilidade das leis, levando-me incerteza e insegurança jurídicas...

13. A objetividade da lei e Franz Neumann

Antes de fechar esta "Introdução", retorno a Neumann:⁷ "um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas a partir dos chamados princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um escudo que oculta medidas individuais".

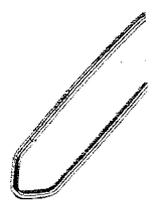
O que tínhamos, o que nos assista — o *direito moderno, a objetividade da lei* —, o Poder Judiciário aqui, hoje, coloca em risco.

Isso tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado (talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão...). Ou será a desordem, até que *novos rumos* nos acudam...⁸

6. A respeito da *tirania dos valores*, v. item 86, adiante.

7. V. item 11, acima.

8. Peço ao leitor, para que bem compreenda o sentido desta "Introdução", que — antes de prosseguir na leitura do quanto segue — passe os olhos pelas conclusões (ou preocupações; ou angústias; ou temores) que enuncio no item 105, adiante.



A INTERPRETAÇÃO

1

Una prima mia affermazione concerne un problema anche più generale: oggetto dell'interpretazione non è una "norma", ma un testo (o un comportamento); è in forza dell'interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi "passato", "storico", che si formula la "norma" (come "presente" ed anzi protettata nel "futuro"). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere "testo". [Ascarielli 1959-140]¹

14. Observações iniciais

O vocábulo "produção" é usado na expressão "produção do direito pelo juiz" em sentido diverso do veiculado pelo vocábulo "criação". O que desejo afirmar é que os juízes, intérpretes autênticos,² embora não o *creem*, *produzem* direito ao completar o trabalho do legislador (ou do autor do texto, no exercício de função regulamentar ou regimental) [cf. *Gran 2011: 239-240*].

Os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalização desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um *novo texto* (a *norma*) a partir de um *primeiro texto* (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento). Em outros termos: os juízes *produzem* direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o *texto*) em outra (a *norma*).³ Nesse sentido, o juiz *produz* direito (isto é, a *norma*).

1. Sobre a interpretação como o momento criativo do direito no pensamento de Ascarielli, v. Grossi [1998:354 e ss.].

2. Uso a expressão "intérprete autêntico" no sentido a ela atribuído por Kelsen.

3. E esta, como observa Ascarielli, logo se converte em novo texto.

Desejo, ademais, anotar desde logo que a *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do contúbio entre o *texto* e a *realidade*.

Nego, pois, a concepção tradicional, à moda de Savigny, para quem a interpretação não é mais que a *reconstrução do pensamento do legislador*.⁴

Em suma: a interpretação do direito não é atividade de *conhecimento*, mas *constitutiva*; portanto, *decisional*, embora *não discricionária*. Dizendo-o de outro modo: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a *constituição* da norma a partir do texto e da realidade. É atividade *constitutiva*, não meramente *declaratória*. Um autor infelizmente pouco frequentado, Nicolas Poulantzas [1965:225], assinalava – a seu tempo, inovadoramente – a importância da atividade desempenhada pelo juiz em termos de *objetivação* necessária à existência do direito. Daí seu papel *criador*. Mas ele *cria* (= *produz*) a norma não a partir do nada, e sim, inicialmente, dos textos.

A outro ponto devo, ainda, introdutoriamente aludir, para distinguir a interpretação desenvolvida pelos juizes (intérpretes autênticos) dos exercícios de interpretação praticados pelos demais operadores do direito⁵ e pela doutrina. Estes últimos – operadores do direito e juristas – não são dotados do poder de praticar o ato *decisional*, momento final da atividade de interpretação. O único intérprete autorizado pelo próprio direito a definir a *norma de decisão* em cada caso é o juiz. Convém, portanto, para apartá-las, afirmarmos que a atividade (= conjunto de atos) de interpretação empreendida pelos demais operadores do direito e pelos juristas cessa no momento anterior ao da definição da *norma de decisão*, ato privativo do intérprete autêntico.

A exposição que segue afasta-se do positivismo legalista, que supõe seja o direito um sistema fechado, continente de todas as soluções demandáveis tendo em vista a harmonização, ou organização, de conflitos reduzidos à sua expressão em litígios judiciais [v. Grau 2011:25-26]. Afastado do positivismo legalista, que – na crença irreal de que o universalmente do positivismo legalista, que – na crença irreal de que o universalmente domine, supere e suplante os particularismos – vê o direito como sistema que não contém nem admite exceções. Não obstante, se entendermos que o acatamento à legalidade e ao devido procedimento legal se encontra na raiz do positivismo, a exposição que segue há de ser tida como expressão de um positivismo adequado aos particularismos da realidade social.

4. Para ampliar, v. Grau [2009:nota 4].

5. Deleito a expressão, utilizando-a por razões de brevidade.

15. A interpretação até os anos 1970 e a *subsunção*

Cossio [1939:100-102] produz relato bastante fiel do estado em que permaneceu o pensamento jurídico a propósito da interpretação do direito até os anos 70 do século passado, observando que Kelsen e Merkel explicaram pela primeira vez a relação lógica que há entre o momento legislativo e o momento judicial do direito: o juiz não pode criar normas legais, mas cria direito ao criar normas individualizadas. O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se. Eis aí a interpretação. Todo o espaço da dinâmica jurídica é *aplicação* em relação às normas gerais que o fundamentam, mas *criação* em relação às normas inferiores que fundamenta. Daí que, assim como o legislador aplica a Constituição quando legisla, o juiz quando decide aplica a lei, criando, porém, dentro dela, uma norma individualizada. Eis aí o fundamento lógico da interpretação judicial.⁶ A lei é, então, concebida como orientação a ser seguida por quem deve tomar aquela decisão, ou seja, para quem encontra e forma a norma particular.

É assim – prossegue Cossio – que o juiz, por uma razão ontológica, cria direito dentro da lei, mas não pode criá-lo fora dela senão por delegação, mercê do quê, em rigor, se transforma em legislador. Resulta decisiva, então, para a compreensão de tudo isso, a distinção entre normas jurídicas gerais e normas individualizadas, que a Escola de Viena elaborou com rigorosa força demonstrativa. As sentenças, as resoluções administrativas e os negócios jurídicos são, então, compreendidos como normas, e não como fatos, conforme o ensino tradicional.⁷

A importância da *nova hermenêutica* está em que a razão mencionada por Cossio, que daria lugar à interpretação tradicional, desaparece. Outra é, agora, a razão ontológica da *criação* de direito pelo intérprete autêntico.

6. Cossio cita Capograssi – “aplicar a lei significa para o juiz, para o administrador, para o jurista prático, encontrar e formar a norma particular adequada ao caso particular, e a lei é apenas o critério dado ao juiz para regular-se melhor ao resolver a busca que o caso particular suscita”.

7. Referindo-se à extensão interpretativa no caso das lacunas jurídicas, Cossio [1939:105-106] observa que, ao contrário do paleontólogo – que constrói toda uma ossatura a partir de um só osso desenterrado –, o juiz encontra a norma jurídica, a formulada pelo legislador. Isso porque, sendo o direito uma totalidade hermenêutica, norma necessariamente está nela. O juiz unicamente explicita a norma não formulada. O juiz não cria a norma geral na qual fundamentará sua decisão, mesmo porque essa hipótese implicaria que o caso fosse julgado segundo uma norma criada depois do fato e para o fato – o que contrariaria outros pressupostos da ordem jurídica.

Por isso recuso a concepção da interpretação como mera *subsunção* [v. Engisch 1983:43 e ss.]. Pois a interpretação do direito não se reduz a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um *dever-ser*). Nesse mero exercício não há absolutamente nenhuma *criação* de direito.⁸⁻⁹

8. A subsunção implica apreciar-se como da generalidade de um *dever-ser*, de suas *implicações gerais*, são obtidas as proposições concretas desse *dever-ser*. Uti-mar essa operação é aplicar o direito; sua mecânica está fundada em um silogismo: a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos de fato e a consequência jurídica [Canosa Usera 1988:9-10].

Lembre-se o trecho clássico de Beccaria [1911:28]: "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev' essere la legge generale; la minore, l'azione conforme o no alla legge; la conseguenza: la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza". Donati [2002:27] observa que: "Alla certezza del diritto si correla, come conseguenza necessaria, la soggezione del giudice al diritto. Se il diritto è dato, il giudice non deve più elaborare la regola compositrice del conflitto intersoggettivo sottoposto alla sua cognizione, ma limitarsi a correlare il fatto al diritto, a sussumere il fatto nel diritto, e, da questa sussunzione, ricevere le conclusioni. Il diritto diviene, così, la premissa maggiore di un sillogismo apodittico. Il fatto la premissa minore, la sentenza la conclusione indotta da queste due premesse".

Ainda a negar a interpretação como mera subsunção, Pontes de Miranda [1975:288-292]: "A expressão 'erro contra iheram', ou violação da regra jurídica (ou texto) literal de lei, nenhuma referência contém a ser escrito ou não escrito o direito. (...) O direito, em sua evolução incessante, ou, pelo menos, em sua mutabilidade, porque lhe faltam os fatores de estabilidade, mais característicos da moral e da religião, constitui o que, em cada momento, é tido pelo mais justo e ao mesmo tempo *realizável*. (...) O princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de 'guia de viajantes', de itinerário, que muito serve, mas nem sempre basta. Equivalente a inserir-se nos regulamentos de uma fábrica uma lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra 'lei' substitui a que lá deverá estar, 'direito', já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. E esse é o *verdadito* conteúdo do juramento do juiz quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a *letra legal*, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas antissocial e, como a lei e a jurisdição servem à sociedade, abençoada. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só atenderia a eles, fosse a moral, fosse a ciência, fosse a religião, se *concluisse* com o papel escrito. Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo se *se fosse* a lei: não apenas pela inevitabilidade das lacunas, como porque a própria realização supõe provimento aos casos omissos e a subordinação das partes imperfeitas aos princípios do próprio direito a ser realizado. (...) A regra extralegal (no sentido de não escrita nos textos), assente com fidelidade e inequívocidade, é *direito*, ao passo que não o é

16. Interpretar/compreender

As exposições tradicionais sobre a interpretação do direito geralmente são abertas com uma alusão à *compreensão*.

Diz-se, então, em alusão à interpretação em geral, que – ainda que o verbo denote distintos significados – *interpretar é compreender*.

Deveras, *interpretar* é, em *sentido amplo*, *compreender*. Diante de determinado signo linguístico, a ele atribuímos um significado específico, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido da linguagem no bojo da qual o signo comparece. Praticamos, então, exercício de *compreensão* desse signo (= buscamos entendê-lo). *Interpretar*, em sentido amplo, é *compreender* signos linguísticos.

Em *sentido estrito*, contudo, o verbo "interpretar" assume distinta conotação. Qualquer ato de comunicação pode ensejar uma ou outra das seguintes situações: (i) as palavras e expressões da linguagem nele utilizadas são suficientemente claras, verificando-se, então, uma situação de *isomorfa* [Wróblewski 1985:23]; (ii) inexiste essa clareza, e dúvidas se manifestam quanto ao sentido preciso de tais palavras e expressões.

Demanda-se, assim, nesta segunda situação, como antecedente indispensável à plenitude da *compreensão*, a determinação do significado das palavras e expressões de que se cuida, no que se busca precisar seus sentidos. Aqui, portanto, a *interpretação (em sentido estrito)* – exerci-

a regra legal a que a interpretação fez dizer outra coisa ou o substituiu. Pouco importa, ou nada importa, que a letra seja *clara*, que a lei seja *clara*: a lei pode ser clara e obscuro o direito que, diante dela, se deve aplicar. Porque a lei é roteiro, itinerário, guia. Do que foi dito podemos tirar que o direito, a que se referem as leis processuais, não é a lei; mas aquele cercado, não muito 'fino', em que os textos são estacas, que às vezes, por serem umas ou mais, uma adiante das outras, o arame só por uma passa, porque a outra ou outras duas ou mais, uma bastante das outras, o arame só por uma passa, porque a *verbum legis* é ficram 'fora' do que bastaria ao cercado ou *seria preciso* ao cercado. O *verbum legis* é fínimo se nós lhe antepomos a *via ac potestas legis*. O conteúdo imamente da ordem jurídica obriga a que a lei mesma, que não é *prima*, sofra a ajustação ao direito fixado, que ela não teve forças para mudar. A opinião de que ao *iudicium rescribens* não vão somente as sentenças proferidas *contra direito 'escrito'* nunca deixou de ser a dos grandes juristas. O direito, e não a lei como texto, é o que se teme seja ofendido. Alguns escritores desavisados leram 'direito expresso' como se fosse 'lei escrita clara', lei escrita explícita. É grave erro. O direito de que se fala é o direito em sua *consistência de revelação*".

9. Com a *nova hermenêutica* é também irreconciliável a chamada *interpretação negativa*, que decorre da prescrição segundo a qual o intérprete deve ater-se exclusivamente à interpretação literal do texto ou remeter-se à interpretação dada ao texto pelo legislador. A *interpretação negativa* importa que se reserve ao legislador o papel de único intérprete, negando-se aos juízes o seu desempenho. Para ampliar, v. Gran [2009: Anexo III].

cio complexo, distinto da pronta coleta de um específico significado — antecede, na medida em que a viabiliza, a plenitude da *compreensão*. Interpretamos, *em sentido estrito*, para compreender. *Compreender* é *interpretar em sentido amplo*.

17. Situações de isomorfia e situações de interpretação

Raras vezes nos colocamos, no uso da linguagem jurídica, diante de *situações de isomorfia*. Em regra, nela afloram *situações de interpretação*. Ambiguidade e imprecisão das palavras e expressões da linguagem jurídica encaminham, inexoravelmente, a instalação de situações de *interpretação em sentido estrito*.¹⁰

Ademais, sempre, ainda quando se trate de situações de *isomorfia*, o exercício de determinação do sentido das palavras e expressões se impõe. Mesmo palavras e expressões unívocas na linguagem usual assumem — ou deveriam assumir — na linguagem jurídica sentidos mais precisos que os naquele primeiro nível a elas atribuídos [Larenz 1983:83]. Daí por que se há de tomar sob reserva a afirmação de que *in claris cessat interpretatio*, à qual se contrapõem as máximas de Ulpiano — “Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio” (*Digesto*, L. 25, tit. 4, frag. 1, § 11) — e de Celso — “Scire legis non hoc est, verba eorum tenere, sed vim ac potestatem” (*Digesto*, L. 1, tit. 3, frag. 17).

Note-se bem, quanto a esse ponto, que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada. Isso é de uma clareza sem par, embora poucos o percebam.¹¹

Além disso, tanto a *situação de dúvida* (*situação de interpretação*) quanto a *situação de isomorfia* dependem de atos concretos de comunica-

ção, não podendo ser consideradas *in abstracto*: o mesmo texto é claro ou não, segundo os contextos concretos do seu uso.¹² A clareza (isomorfia), *dúbia*, segundo os contextos concretos com alguns caracteres semântico-pragmáticos, comprometida com alguns caracteres semântico-pragmáticos da linguagem jurídica [Wróblewski 1985:24]. O texto claro torna-se obscuro em função da tensão dos interesses que se põem em torno dele. A luta pela produção de sentido do texto se instala em torno dessa tensão.

18. Por que se impõe a interpretação do direito?

Praticamos a interpretação do direito não — ou não apenas por isso — porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado.

O intérprete procede à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos. Este ponto desejo enfatizar: o intérprete aprende o significado dos textos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas. Daí que a realidade do momento no qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso. Isso estarei a dizer de ora por diante sempre que referir a circunstância de o intérprete proceder à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos.¹³

Mas não é só, visto que — repito-o — a interpretação do direito é *constitutiva*, não simplesmente *declaratória*. Vale dizer: não se limita — a interpretação do direito — a ser mera compreensão dos textos, da realidade e dos fatos. Vai bem além disso.¹⁴

10. V., sobre a linguagem, o *Apêndice*.

11. Diz Frosini [1991:98]: “O aforismo latino, [in *claris non fit interpretatio*] em seu significado original, tinha uma função especificar: a de fazer prevalecer a vontade do legislador sobre a do comentarista. Mas no seu uso habitual foi adquirindo o sentido irreflexivo e enganoso de que se pode prescindir da interpretação da mensagem legislativa quando esta é clara em si mesma. Em realidade, a clareza de uma lei, que nunca se encontra isolada do contexto que é o ordenamento jurídico ao qual pertence e graças ao qual torna-se operante, não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, que a reconhece e afirma como tal: como clareza e certeza” [v. também Tarullo 1980:33-35].

12. V. nota 56, abaixo.

13. Gadamer [1991:612] afirma que a tarefa da hermenêutica jurídica não é compreender as proposições jurídicas vigentes, mas encontrar direito, isto é, interpretar as leis de modo a que a ordem jurídica cubra inteiramente a realidade social.

14. Lembre-se a observação de Ascarelli [1955:763]: “a interpretação (...) é uma construção e uma reconstrução que explica, desenvolve, restringe, modifica substancialmente; reconduz-se sempre ao dado interpretado e sempre modificando-o. (...) Cada lei existe, no fim, qual interpretada; cada lei é qual a faz a interpretação que seja

Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos, da realidade e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de determinada solução para ele, consignada na norma de decisão.¹⁵

Cumpre distinguirmos, pois, de um lado, as *normas jurídicas* produzidas pelo intérprete a partir dos textos e da realidade e, de outro, a *norma de decisão* do caso, expressa na sentença judicial. Dizendo-o de outra forma: em um primeiro momento o intérprete trabalha os textos e a realidade visando a produzir *normas jurídicas* gerais; a partir dessas normas, decide — isto é, define a *norma de decisão*. As normas jurídicas gerais que conformam e informam a decisão surgem de uma primeira operação, da qual decorre a afirmação da outra, a norma de decisão.

19. Interpretação e concretização do direito

Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes — isto é, por serem desacolhida, e esta interpretação na realidade reconstrói a lei e pode fazê-la diversa da sua primeira inteligência; transforma-a com o tempo; adapta-a e modifica-a; desenvolve-a ou a reduz a nada. E nesta interpretação se fazem valer as exigências e as convicções do intérprete, assim como aquela condenação moral que, todavia, não se ergue eticamente contra a norma, negando-a, mas se concretiza interpretando-a e plasmando-a (...); res-peiando-a e assim respeitando a exigência de ordem e de certeza que esta sempre representa mas, ao mesmo tempo, transformando-a e, assim, adequando-a a um sempre mutável equilíbrio de contrastantes forças e valorações". No original: "L'interpretazione (...) è una costruzione e una ricostruzione che spiega, sviluppa, restringe, sostanzialmente modifica; sempre riconducendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo. (...) Ogni legge è alla fine quale interpretata ogni legge è quale la fa l'interprete che venga accolta e questa interpretazione in realtà ricostruisce la legge e la può fare diversa dalla sua prima intelligenza; la viene trasformando pur si fanno valere le esigenze e le convinzioni dell'interprete, si che quella condanna morale che tuttavia plasmandola (...); rispettandola e così rimanendo sensibile a quell'esigenza di ordine e certezza che questa pur sempre rappresenta, am insieme trasformandola e così adeguandola a un sempre mutevole equilibrio di contrastanti forze e valutazioni".

15. Daí por que a interpretação (= interpretação/aplicação) do direito é peculiar em relação à compreensão de outros textos. Não se volta à simples determinação do significado de textos normativos, porém à obtenção do que Castanhiera Neves [1993:84] chama de "critério prático normativo adequado" de decisão de casos concretos.

tuídos de clareza —, mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz — ainda que não se dê conta disso — supondo sua aplicação a um caso, real ou fictício.

O texto normativo — observa Friedrich Müller [1993:169] — não contém imediatamente a *norma*. A *norma é construída*, pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito; o preceito jurídico é matéria que precisa ser "trabalhada".¹⁶

Partindo do *texto normativo*, no quadro da realidade contemporânea à interpretação, alcançamos a *norma jurídica*, para então caminhar — até a *norma de decisão*, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito.

O texto normativo é uma fração da norma — aquela absorvida pela linguagem jurídica —, mas não é, ainda, a norma. Pois não se reduz à linguagem jurídica. Abrange todos os elementos e situações do mundo da vida, tal como se manifestam no momento de sua aplicação.

A concretização implica um caminhar do *texto normativo em direção à norma concreta* (a *norma jurídica*), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é afirmada a *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.¹⁷

16. Diz Müller [2000:61-62]: "Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) caren-te de interpretação porque e à medida em que ela não é 'unívoca', 'evidente', porque e à medida que ela é 'destituída de clareza' — mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer 'clara' ou mesmo 'unívoca' no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente 'destituída de clareza'. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se 'aplicá' algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas 'a' norma jurídica não está pronta nem 'substancialmente' concluída". [Note-se que a tradução deste trecho é imprecisa, mencionando "norma quando, na verdade, se trata, nele, de 'texto'"].

17. Para ampliar, v. Grau [2009:77-80, item 6]. Sobre a teoria jurídica estritamente e a concretização em Müller, v. a exposição de Neves [2003:360-362].

20. Os contextos da interpretação

A interpretação em sentido estrito desenrola-se em três distintos contextos [Wróblewski 1985:38 e ss.1].

No primeiro deles – o contexto linguístico – as situações de dúvida decorrem da circunstância de a linguagem jurídica apresentar ambiguidades e zonas de penumbra e ser potencialmente vaga e imprecisa – traços que advêm do fato de se nutrir da linguagem natural.

No segundo – o contexto sistêmico –, as dúvidas que a reclamam manifestam-se quando o significado *prima facie* de um texto normativo resulta inconsistente ou incoerente em presença de outro ou outros textos normativos do sistema jurídico no qual o primeiro se encontra inserido. A interpretação em sentido estrito, então, se impõe, seja porque (i) os textos normativos de um sistema jurídico relacionam-se substantiva e formalmente, (ii) seja não apenas porque há hierarquia entre eles, mas também porque assumem formas e modalidades diversas (normas gerais e normas especiais; normas primárias e normas secundárias; normas de conduta, normas de organização e normas-objetivo), ou, ainda, (iii) porque não se presume contradição entre eles (consistência do sistema), ademais, (iv) a harmonia entre eles é pressuposta (coerência do sistema).

No terceiro – o contexto funcional –, as situações de dúvida consistem, basicamente, na coexistência *prima facie* de múltiplas funções, conflitivas e excludentes entre si, atribuíveis a um mesmo texto normativo.

21. Compreender e reexprimir

O vocábulo “interpretação” veicula, no mínimo, dois sentidos: (i) a atividade de interpretar; (ii) o produto, resultado da atividade de interpretar. Neste segundo sentido a interpretação é a norma, ou seja, o significado que se atribui (como resultado da atividade de interpretação) às leis e outros atos normativos [Tarello 1980:102].

Daí por que interpretar, mesmo e já no momento da interpretação do texto normativo, não é apenas compreender.

A interpretação é uma relação entre duas expressões. A primeira (que porta uma significação), expressão original, é o objeto da interpretação. A segunda, designada “a interpretação”, cumpre, em relação à outra, a função de interpretar [Ortígues 1987:219]. A interpretação

aporta à primeira expressão (objeto da interpretação) uma nova forma de expressão, que não é necessariamente verbal – como ocorre no caso das artes alográficas (música e teatro). Assim, interpretar é compreender + reformular ou reexprimir sob nova forma.¹⁸

A interpretação consubstancia operação de mediação que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica.

22. Significantes e significados

Operação de caráter linguístico, a interpretação do direito há de ser descrita como processo intelectual através do qual, partindo de formas linguísticas contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo: caminhamos dos significantes (os enunciados, textos) aos significados [Zagrebelsky 1990:68].

O que pretendo sustentar é o caráter alográfico da interpretação do direito.

23. Artes autográficas e artes alográficas

Podemos distinguir dois tipos de expressão artística: as artes alográficas e as artes autográficas. Nas artes alográficas (música e teatro) a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Nas artes autográficas (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra [Ortígues 1987:221].

Em ambas (artes alográficas e artes autográficas) há interpretação, mas são distintas uma e outra.

A interpretação da pintura e do romance importa compreensão. A obra, objeto da interpretação, é completada apenas pelo seu autor. A compreensão visa à fruição de *emoção estética* independentemente da mediação de um intérprete.

18. A interpretação de qualquer linguagem verbal ou notacional consiste em mostrar algo: vai “do abstrato ao concreto, da fórmula à respectiva aplicação, à sua ‘ilustração’ ou à sua inserção na vida” [Ortígues 1987:220]. Na interpretação de fatos, ao contrário, vai-se do concreto ao abstrato, da experiência à linguagem.

A interpretação musical e teatral importa *compreensão* + *reprodução*. A obra objeto da interpretação reclama um *intérprete* para que possa ser *compreendida*, produzindo *emoção estética*. O *primeiro intérprete* compreende e reproduz, e o *segundo intérprete* compreende mediante a – através da – *compreensão/reprodução do primeiro intérprete*, ainda que nessa *segunda* compreensão se manifeste também a construção de uma *nova forma de expressão*.¹⁹

24. O texto normativo é alográfico

O texto, preceito, enunciado normativo é *alográfico*. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A *compleitude* do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete.

Mas o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, distinto do texto. É a *norma*.

Isso significa que o *texto normativo*, visando à solução de conflitos – isto é, uma *decisão normativamente fundada* para problemas práticos, em razão do quê *consustancia dever-ser* (*sollen*, e não *sein*), e não em *contemplação estética* –, reclama um *intérprete* (*primeiro intérprete*) que *compreenda e reproduza* não para que um *segundo intérprete* possa *compreender*, mas a fim de que determinado conflito seja decidido.²⁰

19. Roman Ingarden [*apud Kalinowski 1982:109 e ss.*] distinguia entre a obra de arte e a obra estética produzidas. A primeira, pelo artista; a segunda, por seu intérprete. Esta tem por fundamento aquela. Mas pode acontecer que a interpretação infiel seja esteticamente superior à interpretação fiel – o que, aliás, é particularmente visível no domínio teatral.

Maximiliano [1957:83] diz: “Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz que se imperceptíveis; e de tudo faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhosas e belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômatos; e sim árbitro de adaptação dos textos às *espécies* ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social”.

20. Ao contrário da interpretação científica e filosófica, a interpretação jurídica é uma interpretação prática [Kalinowski 1982:112 e 118].

Abrangendo textos, realidade e fatos, a interpretação do direito opera a mediação entre o *caráter geral do texto normativo* e sua *aplicação particular*. Opera sua *inserção na vida*.

25. A determinação do conteúdo normativo

A interpretação, pois, é um processo intelectualivo através do qual, partindo de *fórmulas linguísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos* (*enunciados, disposições, textos*). O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (*o texto*). Neste sentido, o intérprete produz a *norma*.

Atividade que se presta a transformar *disposições* (*textos, enunciados*) em *normas*, a interpretação é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual o intérprete desvenda as *normas* contidas nas *disposições*.

Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos em um *enunciado normativo*. O produto do ato de interpretar, portanto, é o *significado* atribuído ao *enunciado ou texto* (*preceito, disposição*) [Canotilho 1991:208].²¹

26. Texto e norma (as normas resultam da interpretação)

L'oggetto dell'interpretazione giuridica è perciò costituito da enunciati: gli enunciati normativi. [Tarello 1980:107]

Aparecem de modo bem distinto, neste ponto de minha exposição, o *texto* (*enunciado, disposição*) e a *norma*. *Texto e norma* não se identi-

21. Dizendo-o na síntese de Tarello: interpretação é a atividade “con cui un operatore qualchesia attribuisce significati a documenti che esprimono norme, al fine appunto di ricavare la norma espressa dal documento” [1980:61]. Norma significa “semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base de indizi formali esprimere una qualche direttiva d'azione” [1980:64]. “Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degli altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione” [1980:102].

ficam: o *texto* é o *signal linguístico*; a *norma* é o que se revela, designa [Canotilho 1991:225].²²

Daí poderemos sustentar — com Zagrebelsky [1990:68-69] — que o *ato normativo*, como ponto de expressão final de poder normativo, concretiza-se em uma *disposição (texto ou enunciado)*. As *disposições* são dotadas de um significado, a elas atribuído pelos que operaram no interior do procedimento legislativo,²³ significado que a elas desejaram *imprimir*. Sucede que as *disposições* devem *exprimir* um significado para aqueles aos quais são endereçadas. Daí a necessidade de bem distinguirmos os significados *atribuídos às disposições (enunciados, textos)* por quem as elabora e os significados *expressados pelas normas* (significados que apenas são revelados através e mediante a interpretação, na medida em que as *disposições* sejam transformadas em *normas*).

A interpretação, destarte, é meio de expressão dos *conteúdos normativos das disposições*, meio através do qual buscamos as *normas* contidas nas *disposições*. Do quê diremos ser — a interpretação — atividade que se presta a transformar *disposições (textos, enunciados)* em *normas*.²⁴

As *normas*, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um *conjunto de interpretações*, isto é, *conjunto de normas*. O conjunto das *disposições (textos, enunciados)* é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação*, um *conjunto de normas potenciais*. O *significado* (isto é, a *norma*) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o *significado da norma é produzido pelo intérprete*.²⁵

22. A respeito da distinção entre *texto* e *norma*, v. Guastini [1993:18 e 325 e 1995:93-96]; também MacCormick [1989:120-122] e Müller [2000:22]. Gény [1919:44], muito significativamente, menciona normas jurídicas extraídas da lei — o que supõe a distinção entre *texto* e *norma*. Para uma crítica a essa distinção, v. Italia [2000:3-9].

23. Ou regulamentar: ou regimental.

24. Bandeira de Mello [2013:710-711], ainda que não faça distinção entre *texto* e *norma*, observa que “é a interpretação que especifica o conteúdo da norma. Já houve quem dissesse, em frase admitível, que o que se aplica não é a norma, mas a interpretação que dela se faz. Talvez se pudesse dizer: o que se aplica, sim, é a própria norma. De porque o *conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação*. De resto, Kelsen já ensinara que a norma é uma ‘moldura’. Deveras, quem lhe outorga, afinal, o conteúdo específico, em cada caso, é o intérprete, (...)”.

25. Observa Troper [1978:298]: “Ce n’est donc pas la norme qui a une signification, car elle est elle-même cette signification, mais seulement la proposition ou le

As *disposições*, os *enunciados*, os *textos*, nada dizem. Passam a dizer algo apenas quando efetivamente convertidos em *normas* (isto é, quando — através e mediante a interpretação — sejam transformados em *normas*). Por isso, *as normas resultam da interpretação*, e podemos dizer que elas, *enquanto disposições*, nada dizem: elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem [Ruiz e Cárcova 1991:320].²⁶

27. A concepção de Ascarelli sobre a interpretação do direito

A passagem dos anos vem me proporcionando substanciais lições de humildade intelectual. No seu curso aprendi inexistirem verdades ainda a serem descobertas no campo das chamadas ciências sociais. Especialmente na ciência que estuda o direito tudo já terá sido dito, há séculos, por um grego ou por um romano. E, se não o disse um grego ou um romano, Ascarelli certamente o terá visualizado. Porque Ascarelli estava adiante do seu tempo — no tempo e na capacidade de apreender a realidade.

Ascarelli discerniu a distinção entre o *texto* e a *norma* anteriormente ao aporte ao pensamento jurídico das postulações instaladas pela chamada *nova hermenêutica*.²⁷ Precisamente essa distinção marca a concepção “*ascarelliana*” da interpretação do direito.²⁸

26. *Texte qui l'exprime. Ce donc lui qui est interprété, et déterminer son sens, c'est donc déterminer par un acte de volonté la norme qu'il contient. C'est, en définitive, insérer une norme dans un texte. Il en résulte une conséquence capitale: la norme constituée n'est créée par l'autorité qui l'applique, au moment où elle l'applique et par le moyen de l'interprétation*. Sobre a chamada “teoria realista da interpretação”, v. as exposições de Pfersmann [2002:279 e ss.] e Troper [2002:335 e ss.].

27. Grossi [2004:111] informa que em 1994 uma sentença da *Corte de Cassazione italiana* (Cass. Civ. Sez. Un. agosto/1994, n. 7.194, rel. Carbone) fez a distinção entre a *disposição*, “considerada parte di un testo non ancora confortato dal lavoro interpretativo” e a *norma*, entendida como “testo già sottoposto ad elaborazione interpretativa rilevante”, concluindo que as operações interpretativas “vengono a determinare la formazione di un ‘diritto vivente’ in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall’originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal legislatore”.

28. Refiro neste passo, especialmente, as exposições de Heidegger, Gadamer e Josef Esser.

29. A primícia dificuldade a superar na exposição das ideias de Tullio Ascarelli a respeito da interpretação do direito decorre da circunstância de ele jamais se ter dedicado a expô-las de modo sistemático, como observa Meroni [1989:225].

Em uma tentativa de síntese, dir-se-á que a interpretação envolve, para Ascarelli [1955:71-72 e 76 e ss.] a atribuição de significados aos textos normativos e a determinação dos conceitos tipológicos mediante os quais os preceitos normativos se referem à realidade a ser regulada; por fim, a reconstrução tipológica do caso a ser decidido, de modo a permitir a comparação da sua *fatispecie* com a considerada pela norma [Ascarelli 1955:71-72 e 76 e ss.; v. Meroni 1989:234].²⁹

Daí, na visão de Ascarelli, a amplitude da interpretação. Eu me permitiria, mesmo, dizer que ele antecipa, ainda, o entendimento de que não se interpreta somente os textos, mas também a realidade.

A leitura de dois pequenos trechos seus indica as linhas fundamentais do seu pensamento:

Una prima mia affermazione concerne un problema anche più generale: oggetto dell'interpretazione non è una "norma", ma un testo (o un comportamento); è in forza dell'interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi "passato", "storico", che si formula la "norma" (come "presente" ed anzi proiettata nel "futuro"). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere "testo" [1959:140].

Porzia sembra sorriderci per ricordarci che ogni legge è alla fine quale interpretata; ogni legge è quale la fa l'interpretazione che venga accolta e questa interpretazione in realtà ricostruisce la legge e la può fare diversa dalla sua prima intelligenza; la viene trasformando col tempo; la adatta e modifica; la sviluppa o la riduce al nulla [1956:763].

Daí por que Ascarelli afirma, em outro texto [1952b:XI,III]: que na interpretação do direito "possono finire per prevalere anche orientamenti o concezioni opposte a quelle del legislatore, perché l'ultima parola è sempre, e per definizione, quella dell'interprete".

Desde a compreensão da amplitude do pensamento ascarelliano sobre o tema, poderão ser desdobradas três oposições.

29. Sobre os conceitos tipológicos (*fatispecie*) em Ascarelli, v. item 117, abaixo.

28. Oposição entre tutela da segurança jurídica e da liberdade individual e função da interpretação no desenvolvimento do direito

Em um primeiro momento, a oposição que se põe entre a necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual e a função da interpretação no desenvolvimento do direito [v. Ascarelli 1952:88].

Dizendo-o na síntese de Paolo Grossi [1998:358-359] são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito: uma tendente à rigidez, outra à elasticidade. E duas são as exigências fundamentadas nele se manifestam: (i) a da certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e (ii) a da sua contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o *texto* vincule o intérprete; esta demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do *texto*. Essa oposição apenas poderá ser compreendida se nos dispusermos a admitir que *texto* e *norma* não se superpõem, que o processo legislativo termina no momento do *texto*. A *norma* virá depois, produzida no bojo de um outro processo, a interpretação.

29. Oposição entre dimensão legislativa e dimensão normativa do direito

Aqui a segunda oposição, agora entre a *dimensão legislativa* e a *dimensão normativa* do direito. Uma, no processo legislativo; outra, no processo normativo (= produção da norma pelo intérprete autêntico no sentido de Kelsen – o juiz).

Mas esses dois momentos – o *momento do texto* e o *momento da norma* – não são expressivos de uma cisão na dinâmica jurídica, como se ela fosse divisível, como se a pudéssemos partir em distintos pedaços. Pois é certo que o texto é desdobrado, pelo intérprete, no momento da interpretação, de modo que o processo que o direito é enquanto totalidade aí não se interrompe. Esse processo aí se completa. Diz o próprio Ascarelli [1956:765]: "Il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione della quale è continuo collaboratore l'interprete e così ogni consociato ed appunto perciò vive nella storia ed anzi con la storia".

30. Oposições e composições

O ensaio de síntese do pensamento atual sobre a interpretação do direito — pensamento desdobrado das premissas “ascarellianas”, como se vê — ensina que as duas primeiras oposições são, verdadeiramente, *composições*: Composição entre rigidez e elasticidade. Entre garantia de certeza jurídica e liberdade, de uma banda, e contínua adequação do direito ao devir social assegurada pela interpretação, do outro lado. Composição entre *texto* e *norma*. Entre a *dimensão legislativa* e a *dimensão normativa* do direito. Entre *processo legislativo* e *processo normativo* — vale dizer: *processo de produção normativa pelo intérprete*.

31. A falsa oposição entre o velho e o novo

Por isso, uma terceira oposição que poderia ser desdobrada do pensamento de Ascarelli, agora entre o *velho* — a tradição — e o *novo*, efetivamente não há.

Pois se é a interpretação que dá vida ao direito, se a interpretação enquanto produção normativa é a sequência inexorável da produção legislativa — e assim efetivamente é —, antigo (o texto) e novo (a norma) se recompõem diturnamente na realidade de cada dia. Insisto em que o direito é um dinamismo, um organismo vivo. Peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem; é contemporâneo à realidade.

Asquini [1960:998] conta, em texto que celebra o aniversário da sua morte, que o jovem Ascarelli certa ocasião observou, no curso de uma indagação que lhe fez, que o direito é um momento da história não apenas no plano da evolução legislativa, mas também, e sobretudo, no momento da interpretação.

No *Antigone* e *Porzia* Ascarelli [1956:763] afirma — é imprecindível a leitura desta sua afirmação — que: “l’interpretazione (...) è una costruzione e una ricostruzione che spiega, sviluppa, restringe, sostanzialmente modifica; sempre riconducendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo. (...) Ogni legge è alla fine quale interpretata; ogni legge è in quale la fa l’interpretazione che venga accolta e questa interpretazione in realtà ricostruisce la legge e la può fare diversa dalla sua prima intelligenza; la viene trasformando col tempo; la adatta e modifica; la sviluppa o la riduce al nulla. E in questa interpretazione pur si fanno valere le esigenze e le convinzioni dell’interprete, sì che quella condanna morale che tutta-

via non si erige eticamente contro la norma negandola, pur si fa operosa interpretandola e plasmandola (...); rispettandola e così rimanendo sensibile a quell’esigenza di ordine e certezza che questa pur sempre rappresenta, ma insieme trasformandola e così adeguandola a un sempre mutevole equilibrio di contrastanti forze e valutazioni”.

32. Separação dos Poderes, texto e norma

Aqui nada dizemos de novo, pois seguramente Ascarelli tudo já intuía. Algo, no entanto, certamente o molestaria enquanto — a expressão é de Paolo Grossi [1998:364], sem sentido crítico — jurista “borghe-se”, consciente da importância da dimensão legislativa (a legalidade) para a segurança e certeza jurídicas.

É que o pleno discernimento de que a norma é produzida pelo intérprete instala inefável transtorno na estrutura do pensamento liberal, em especial na teoria de *separação* dos Poderes. A dificuldade que os juristas enfrentam para admitir que *texto* e *norma* não se superpõem opera como recusa inconsciente da ideia de que a construção das normas possa ser mais importante que a redação dos textos, de que a hermenêutica jurídica é mais relevante que a técnica legislativa.

O fato é que os arquétipos teóricos que constituem base e ponto de partida do raciocínio dos juristas já não são mais adequados à compreensão — que dirá à explicação — da realidade. A chamada *separação dos Poderes* é assumida como dogma. Quem a conteste é tido como herege. Especialmente os administrativistas e constitucionalistas de velha cepa continuam presos a ela, como se o tempo não houvesse passado.³⁰ Como não costumam ler os clássicos no original, não se dão conta de que Montesquieu jamais cogitara de uma *separação* de Poderes, de que Montesquieu propõe a *divisão com harmonia* (autêntica *interdependência* entre eles), nada mais.

Dáí ser extremamente doloroso para esses senhores aceitar a *distinção* entre *elaboração de textos normativos* e *construção/produção de normas jurídicas*. Permanecem a escrever textos e livros sobre a inter-

30. Jamais se deitaram sobre a reflexão hegeliana, que afirma a *indivisibilidade do poder*. O *Estado político*, erigido sobre a *Constituição racional* — racional na medida em que o *Estado determina e distribui sua atividade entre vários poderes*, porém de modo que cada um deles seja, em si mesmo, a *totalidade, ou seja, um todo individual único* —, o *Estado político* é uma *totalidade*.

pretação do direito e da Constituição exercitando-se na superficialidade, repetindo o que já foi dito até a primeira metade do século passado, sem usar um passo adiante.

Cícero afirmava, no *De legibus* (III, 1) [s/d:t. IV], que o magistrado é a lei falante; a lei, o magistrado mudo. O Judiciário, no quadro da separação dos Poderes, seria apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; não é mudo, mas apenas pronuncia o que foi dito pelo legislador. Toda a sua ação se esgota na subsunção. Isso conduziu, no extremo, à proibição de interpretar. Porque a interpretação fazia parte dos poderes do Legislativo, incumbia ao juiz, em caso de dúvida, recorrer ao legislador (isto é, ao rei) — aí a solução do *référé législatif* e da Corte de Cassação [cf. **Gran 2009:Apêndice II**]. Embora pareça estranho, é ainda este modelo de pensamento que determina a visão que a maioria de nossos juristas conserva do que seria a interpretação do direito, mera subsunção. O que talvez explique o uso abusivo dos princípios, hoje — e disso adiante tratarei —, pelo Poder Judiciário.

33. O intérprete produz a norma

Retomando o fio desta exposição, desde o ponto anterior à exposição do pensamento ascarelhiano,³¹ tudo o quanto até este ponto afirmado não justifica a crença — equivocada — de que o intérprete, literalmente, *crie* a norma. O intérprete não é um criador *ex nihilo*. Produz a norma não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no de *reproduzi-la*.

O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado normativo*.³² Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina.

31. Item 27. acima.

32. Frosini [1991:12] observa que a interpretação jurídica não é a aplicação mecânica de um mandamento, mas atividade criadora, no sentido próprio do termo. E, adiante [1991:110], esclarece: “A interpretação não é um simples desenvolvimento de um texto escrito a outro, que permanece em um nível meramente discursivo; o juiz extrai a mensagem legislativa de um contexto, a reúne com outras, em um novo contexto, remodando a mensagem em uma nova modalidade expressiva”.

Os textos normativos não possuem significações inerentes, nem sentidos prévios definidos — diz Müller [1996:168 e 177]. Os textos limitam-se a estabelecer uma moldura limitadora das possibilidades legais e legítimas da correta concretização do direito. A construção da norma de decisão (isto é, a decisão) se dá dentro dessa moldura, mas decorre da realidade, porque é ela que confere sentido ao texto interpretado.

Insisto neste ponto: a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos da realidade (*mundo do ser*). Interpretas também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da *realidade* — no momento histórico no qual se opera a interpretação — em cujo contexto serão eles aplicados.

Vale dizer: a norma encontra-se (parcialmente) em estado de *potência*, involucrada no *enunciado* (texto ou *disposição*). O intérprete a desnuda. Neste sentido — isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro, no sentido de fazê-la brotar do texto, do *enunciado* — é que afirmo que o intérprete *produz a norma*. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação [Gadamer 1991:381] atualizando-o, contudo.³³

34. A metáfora da Vênus de Milo

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si encomendando-se a eles três *Vênus de Milo*. Ao final do trabalho desses três escultores teremos três *Vênus de Milo* perfeitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma a curva do ombro aparece mais acentuada, noutra as maçãs do rosto despontam; na terceira os seios estão túrgidos e os manilhos enrijecidos. Não obstante, definitivamente, três *Vênus de Milo* — nenhuma *Vitória de Samotrácia*. Esses três escultores produziram três *Vênus de Milo*. Não gozaram de liberdade para, cada um ao seu gosto e seu estilo, esculpir as figuras ou símbolos a que a inspiração de cada qual aspirava — o princípio de existência dessas três *Vênus de Milo* não está neles.

Tratando-se de três escultores experimentados — como na metáfora de que lanço mão se trata —, dirão que, em verdade, não *criaram* as três *Vênus de Milo*. Porque lhes fora determinada a *produção* de três *Vênus de Milo* (e não de três *Vitórias de Samotrácia*, ou outra imagem qualquer) e, na verdade, *cada uma dessas três Vênus de Milo já se encontra*

33. Ao tratar da norma criada pelo juiz em caso de lacuna, Cossio [1939:106] observa que ele unicamente explicita a norma não formulada (o texto não escrito — digo eu). Não cria a norma geral na qual fundamentará sua decisão, porque essa hipótese implicaria que o caso fosse julgado segundo norma criada depois do fato e para o fato — o que contrariaria outros pressupostos da ordem jurídica.

trava em cada um dos blocos de mármore, dirão que apenas desbastaram o mármore, a fim de que elas brotassem tal como se encontravam (ocultas) no seu cerne.

O que pretendo também, além de sustentar o caráter *alográfico* da interpretação do direito, é afirmar que diferentes intérpretes – qual diferentes escultores produzem distintas *Vênus de Milo* – produzem, a partir do mesmo texto, enunciado ou preceito, distintas normas jurídicas. Parfraseando Kelsen [1979:467], afirmo que *dizer que uma dessas Vênus de Milo é fundada na obra grega não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a obra grega representa. Não significa que ela seja a Vênus de Milo, mas apenas que é uma das Vênus de Milo que podem ser produzidas dentro da moldura da obra grega.*

Disse, acima, que a norma *parcialmente preexiste*, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. Devo agora explicar por que ela – a norma – preexiste apenas *parcialmente* no invólucro do texto.

É que a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (*mundo do dever-ser*), mas também a partir de elementos da *realidade* e do caso ao qual será ela aplicada (*mundo do ser*). Note-se bem que, ao interpretar os textos normativos, o intérprete toma como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. Além disso, os fatos, elementos do caso, não de ser também interpretados.

Por isso, a norma se encontra, em potência, apenas *parcialmente* contida no invólucro do texto. Assim, a metáfora dos escultores produzindo *Vênus de Milo* deve, como qualquer metáfora, ser tomada em termos não absolutos.³⁴

34. Sobre a criação do direito pelo intérprete, observa Cappelluti [1993:21-22]: “É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Schnitzler com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou político, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas”.

35. O intérprete autêntico

A esta altura, contudo, convém deixarmos perfeitamente esclarecido do que – assim como apenas um autêntico escultor terá condições de trabalhar adequadamente o mármore, discernindo seus veios e as porções da obra – o intérprete dotado de poder suficiente para *criar* as normas é o “intérprete autêntico”, no sentido conferido a essa expressão por Kelsen [1979:469 e ss.].

Aqui se coloca um grave problema, pois a norma é uma manifestação de poder. Quem produz uma norma exerce um ato de poder. E é certo, ainda, que não apenas o intérprete autêntico interpreta. Também o fazem os advogados, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma de decisão. Ora, se as normas nascem da interpretação, também esses intérpretes não se as normas produzem normas.

O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas³⁵ não arrebatava uma maçã interpreta um texto de direito – o texto que corbe o furto –, *produzindo norma*. Porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer 1991:401], o homem faminto, ao interpretar a lei desce de o seu caso concreto, *aplica-a*. Não obstante, unicamente o intérprete autêntico cria direito, no sentido de definir normas de decisão.³⁶

36. Interpretação = aplicação

Interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de determinado caso [Gadamer 1991:397]. A interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer 1991:401]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Maré 1991:236]. *Interpretação e aplicação* consubstanciam um processo unitário [Gadamer 1991:381], superpõem-se.³⁷⁻³⁸

35. Lanço não, aqui, de um exemplo de Carnelutti [1959:44].

36. Sobre o *intérprete autêntico*, v. o debate entre Plessmann [2002:279 e ss.] e Troper [2002:335 e ss.].

37. Cogitando da justiça da decisão do juiz, Derrida [1994:50-52] sustenta que ela não o será senão quando for um *jugement à non-neaux frais* (*fresh judgment*), na

A interpretação (aplicação) do texto de lei no caso do homem finito que passa por uma barraca de frutas não visa, no entanto, à decisão de um conflito — como a que seria procedida pelo intérprete autêntico —, porém introduz um conflito (se descumprida a norma) ou impede o conflito (se observada a norma). Vale dizer: esta, como a interpretação operada pelo advogado, pelo jurista, pelo administrador público, não vincula terceiros. Compõe-se no *discurso jurídico*. Apenas o intérprete autêntico pronuncia o *discurso do direito*.³⁹

A separação em duas etapas — a de *interpretação* e a de *aplicação* — decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de direção de Stanley Fish). Ainda que essa decisão deva ser conforme uma lei preexistente, sua interpretação é *ré-istantative*, *ré-inventive*. E assim é porque cada caso é um outro caso, cada decisão é diferente, e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente e codificada pode e deve garantir de modo absoluto. Embora separando o momento da interpretação do momento da aplicação, Ascarelli [1959:145] observava que a equivocidade do texto é superada somente no momento da aplicação da norma: "norma che torna a sua volta poi ad essere 'testo' per applicazioni successive". E prossegue: "La norma non è 'racchiusa' nel testo sì da poter essere ivi scoperta e l'interpretazione non è 'lo specchio' di quanto racchiuso nel testo; il testo è se mai un seme per quella sempre rinnovata e transitoria formidazione della norma che per ogni applicazione compie l'interpretare".

Hesse [1988:62], tratando da interpretação constitucional, observa que a "concretização" e a "compreensão" apenas são possíveis em face de um *problema concreto*: "não há interpretação da Constituição independentemente de problemas concretos". No que tange ao controle de constitucionalidade, deixo sublinhar que no controle difuso o juiz apura a inconstitucionalidade da *norma* (isto é, cogita do texto + fatos). Já, o STF, na ação direta de inconstitucionalidade, declara a inconstitucionalidade do *texto*, o artigo tal da lei ou da medida provisória número tal. Ele apenas *interpreta* — vale dizer, não *aplica* o direito. O juiz que faz o controle difuso, no entanto, esse *interpreta* e *aplica* o direito; por isso ele decide no âmbito da *norma*, não do *texto*. Não obstante, o STF poderá decidir afirmando que o texto é compatível com a Constituição se for interpretado de determinado modo, mas não — isto é, será *inconstitucional* — se for interpretado de outro modo (ar a "interpretação conforme a Constituição", que supõe uma outra interpretação, esta "não conforme a Constituição").

38. Poder-se-ia eventualmente sustentar, com Gaustini [2000:10], que *interpretação* e *aplicação* são atividades exercidas sobre objetos diferentes. A interpretação tem por objeto textos normativos, ao passo que a aplicação tem por objeto normas (entendidas estas como o conteúdo de sentido dos textos normativos). Logo, a aplicação não coincide com a interpretação, porque a pressupõe ou inclui como uma parte constitutiva. Mas é precisamente essa circunstância que faz com que ambos — interpretação e aplicação —, quando praticadas pelo intérprete autêntico — implicando, portanto, a concretização da lei em cada caso —, consubstanciem um processo unitário.

39. Da distinção entre estes dois discursos adiante tratarei.

subsunção. No silogismo subsuntivo⁴⁰ a premissa maior é o texto normativo; a menor, os pressupostos de fato e a consequência jurídica [Carnosa Usara 1988:9-10]. A premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não conforme à lei [Becarria 1911:28].

37. Interpretação in concreto e in abstracto

Propõe-se, então, a distinção entre interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*. A primeira respeita ao texto, à premissa maior no silogismo. A segunda, à conduta, aos fatos. Esta última é tida como *aplicação*; a primeira, como *interpretação*. Isso fica claro se considerarmos o disposto no art. 12 da lei francesa de 16-24.8.1790: "Ils [os *juges*] ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en rendre une nouvelle". Aqui se trata de interdição, aos *juízes*, de determinação da premissa maior — atribuição que caberia a quem fez a lei, ao legislador. Essa interdição conduziu à criação do Tribunal de Cassação, matéria em torno da qual Robespierre [1950:571-572] se manifestou em duas ocasiões.⁴¹⁻⁴²

40. V. item 15, acima.

41. Na primeira, antes da lei de agosto/1790, em 25 de maio do mesmo ano, Robespierre [1950:374-376], intervindo nos debates travados, na Assembleia, sobre a organização do Tribunal de Cassação, observara:

"Or, maintenant que faut-il, pour qu'il puisse remplir cet objet essentiel de son institution? Il faut évidemment qu'il soit constitué de telle manière qu'il ne puisse adopter un esprit particulier, ni se faire un intérêt opposé à celui du législateur, ou même de celui du législateur; car alors il emploieroit son pouvoir pour faire dominer sa volonté particulière; et loin de maintenir les lois, il pourroit devenir la ruine, en convivant aux entreprises des tribunaux qu'il doit réprimer; et pourroit se servir contre leurs instrumens dont les autres pouvoirs coalisés avec lui pourroient se servir pour le pouvoir législatif. Or comment pourrez-vous prévenir ces inconvéniens? Comment la Cour de Cassation sera-t-elle dans l'impuissance d'adopter en esprit des principes différents de ceux du législateur; si elle est un corps séparé, distinct du corps législatif, et en même temps souverain et indépendant. Il est dans la nature même des choses que tout être moral, que tout corps, que tout individu ait une volonté propre, il est dans la nature des choses qu'il cherche sans cesse à la faire dominer, lorsqu'il est revêtu d'un grand pouvoir, toutes les fois que ce pouvoir n'est point soumis à une autorité supérieure qui le ramène sans cesse à la règle et à la loi. Or, remarquez que votre Cour de Cassation doit être nécessairement souveraine et indépendante; puisque si les jugemens étonnés soumis à une révision, ce seroit à un corps chargé de les examiner qu'apparten-

Lembro, a esse respeito, as palavras de François Gény [1919:78, nota 1]: "En somme, l'idée de la Constituant e paraît bien avoir été que

droit en dernier ressort, le droit de cassation; et que ce que je dis du premier, pourrait s'appliquer à celui-ci. Il suit donc, que s'il adopte des vues et une volonté différentes de celle du législateur, il pourra l'élever au-dessus du législateur lui-même, qu'il sera en dernière analyse, l'arbitre de la législation qu'il pourra altérer, ou ébranler à son gré, par l'abus arbitraire qu'il fera de son autorité indépendante: et comme il est impossible de s'assurer que sa volonté sera toujours confondue avec la sienne, si son existence ne l'est pas, il est évident que nous sommes entraînés, par la nature même des choses, à adopter cette maxime, qui n'étoit point étrangère au droit public de Rome, et que notre ancien gouvernement même avoit adoptée: la législation romaine posoit en principe, que l'interprétation des loix appartenoit à celui qui a fait la loi: *ejus est interpretari legem, qui condidit legem*. On a senti, que si une autre autorité que celle du législateur pouvoit interpréter les loix, elle finiroit par les altérer, et par élever sa volonté au-dessus de la sienne; et il n'est pas besoin de dire que ce principe s'applique, à plus forte raison, à un cas où les loix sont directement ataquées par les actes du pouvoir judiciaire qui les enfreint. Notre ancien régime avoit reconnu lui-même la nécessité de ce principe: quoique le roi n'eût pas même alors le pouvoir d'appliquer les loix aux causes particulières du citoyen, il exerçoit néanmoins celui de casser les juges contraires aux loix qu'elles avoient établies, et qui tendoient à les attaquer ouvertement; et cette institution étoit raisonnable, dans un système où il exerçoit la puissance législative. Le pouvoir législatif est faible ou nul, et toute sa force passe au pouvoir judiciaire, dès qu'il n'a pas, en lui-même, le droit et les moyens de repousser les atteintes que lui porte ce dernier; comme il n'établit que des règles générales, que les tribunaux seuls les appliquent, les loix deviendroient de vaines formules, dont l'autorité dépendroit absolument des juges ou du corps chargé de revoir leurs jugemens.

"Qu'on ne dise pas que je confonds ici les pouvoirs, en réunissant dans les mêmes mains le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. J'ai fait observer que ceux qui doivent surveiller les tribunaux, et les ramener sans cesse aux principes de la législation, ne sont pas une partie du pouvoir judiciaire; et que leurs fonctions sont une dépendance et une convention nécessaire, de la puissance législative, et qu'elle doit être exercée par le législateur, à peine de renoncer à la stabilité, à la pureté, à l'unité des principes constitutionnels. J'observe d'ailleurs, que cette maxime de la division des pouvoirs judiciaires, ne doit pas être observée avec superstition, puisqu'elle est subordonnée à la nécessité des moyens qu'exigent le maintien de la liberté pour laquelle elle a été instituée, et qu'il est des points de contact où ils doivent se réunir. Je conclus que c'est dans le sein du corps législatif que doit être placé le tribunal de cassation. Je propose en conséquence, qu'un comité du corps législatif, choisi par lui, soit chargé de proposer, d'instruire et de rapporter les affaires qui sont de son ressort, et qu'elles soient décidées par des décrets de l'assemblée."

Marinelli [1996:37, nota 63] menciona S. Belaid (*Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, 1974), que sustenta, em polémica com Carré de Malberg e outros "autores clássicos", a tese de que a obra legislativa revolucionária de 1789 a 1804 não tinha a finalidade de diminuir o poder judicial, mas era, antes, fruto de uma rigida aplicação da teoria da separação dos Poderes (pp. 32 e ss.).

les tribunaux devaient se borner à *appliquer* la loi, dans ses dispositions claires et précises, sans pouvoir l'*interpréter*, au cas de difficulté réelle et sérieuse sur sa portée. Entre ces deux termes, *application* et *interprétation*, la distinction assurément ne laissait pas d'être délicate".

42. Na segunda delas, em 9.11.1790, observou: "Ce n'est point un tribunal que vous avez à créer, c'est une Cour de Cassation. Quel est l'objet de l'institution de cette Cour? Voilà la première, et peut-être la seule question que vous ayez à résoudre; car c'est l'objet de toutes les institutions sociales, qui dirige les législateurs dans leur formation; les fonctions de ce tribunal sont de n'opérer que pour l'intérêt de tous, et d'empêcher la violation de la loi, plutôt que d'en faire l'application; lorsque les parties ont épuisé tous les degrés de juridiction que leur a donnés la loi, leur intérêt s'arrête là, et c'est moins les individus que la loi, que le tribunal de cassation va commencer à défendre. Ce n'est qu'en vous pénétrant de ces principes, que vous parviendrez à un juste résultat dans cette matière; ici je me fais une seconde question: quel est le genre de pouvoir auquel le tribunal de cassation doit tenir? Ce n'est pas au pouvoir judiciaire, de pouvoir auquel le tribunal de cassation doit tenir? Ce n'est pas au pouvoir plus car casser un jugement, ce n'est pas juger les droits des parties; ce n'est pas non plus au pouvoir exécutif, car dire que la loi a été violée, ce n'est pas la faire exécuter; et d'ailleurs, si le droit de cassation pouvoit être confié au pouvoir exécutif, qui est souvent intéressé à violer la loi, ou en tolérer l'infraction, la loi, loin d'être protégée, seroit étouffée par le despotisme: le tribunal de cassation, s'il dériveroit du pouvoir exécutif, auroit un moyen légal d'anéantir l'autorité législative, dont les décrets pourroient n'être que de vaines formules abandonnées à la volonté des agens du Roi. Ce tribunal sera-t-il donc une dépendance, une partie nécessaire du droit de faire les loix? Qui, sans doute, car ce ne peut être qu'à celui qui fait la loi, qu'il convient de dire que la loi a été mal entendue ou enfreinte. Je ne connois pas en effet de troisième puissance, et si a été mal entendue ou enfreinte. Je ne connois pas dans leurs mains la surveillance de leurs représentans de la nation n'avoient pas dans leurs mains la surveillance de leurs propres opérations; je le répète, ces opérations seroient ouvertement étouffées, violées avec l'espoir de l'impunité. La Cour de Cassation est donc le complément de l'assemblée législative, et ni le Roi, ni les agens de son pouvoir, ne peuvent avoir plus de part à sa formation, qu'ils n'en ont à celle de l'assemblée nationale. Votre comité vous propose de faire choisir par le peuple quatorze-trois sujets. Sur ce nombre, le corps législatif en prendra quatre; et enfin, sur la présentation de ce dernier nombre, le Roi nommera trente juges. Voilà donc, en dernière analyse, le pouvoir exécutif disposant à nommer des membres composant le tribunal de cassation. Non, Messieurs, je ne pense pas que vous vouliez adopter un ordre d'élection, aussi évidemment contraire à tous vos principes, et loin d'admettre le pouvoir exécutif à la formation de cette Cour, et de lui en asservir ainsi les membres, par la double chaîne de l'intérêt et de la reconnaissance, vous voudrez avec moi, que le peuple ait seul le droit de former la Cour de Cassation, reposez-vous sur sa sagesse: il constituera ce tribunal, d'une manière assez vigoureuse, pour qu'il puisse se défendre contre l'immortelle ambition des ministres. Le principe qui détermine l'opinion que je viens d'énoncer, me force à m'élever aussi contre la proposition que vous fait votre comité, de faire du ministre de la justice, de la président du tribunal de cassation. Ce seroit en bannir les zélateurs de la liberté, de la vérité; ce seroit en éloigner tous les hommes vertueux qui redouteroient la corruption, même avec la certitude, qu'ils ne seroient pas capables d'y céder; ce seroit enfin déna-

Troper [2001:129-130] assim sintetiza os desdobramentos da situação instalada a partir da criação do Tribunal de Cassação pela lei de 27.11.1.12.1790:

(i) a interpretação *in concreto* não é interpretação, porém mera aplicação da lei, visto que respeta à premissa menor do silogismo, não à premissa maior; o juiz não pretende determinar a significação dos termos da lei, cabendo-lhe exclusivamente perguntar-se se a lei, tida como clara, é aplicável aos fatos do caso, para o que basta o exame desses fatos;

(ii) a interpretação *in concreto* é autorizada, mas não reconhecida como interpretação, senão como mera aplicação da lei, como *qualificação jurídica dos fatos*;

(iii) a má interpretação *in concreto* consubstancia uma violação da lei, uma *falsa aplicação da lei*, devendo ser cassada pelo Tribunal de Cassação; também este Tribunal não exerce poder legislativo, visto que controla exclusivamente a premissa menor do silogismo substantivo;

(iv) o exercício desse controle pode revelar que a lei é obscura e deve dar lugar à interpretação *in abstracto*, cabendo, porém, ao legislador interpretá-la; daí o art. 21 da Constituição francesa de 3.9.1791 ter estabelecido que: "Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de Cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le Tribunal de Cassation sera tenu de se conformer";

(v) para deixar bem sublinhado que esse Tribunal controla a boa aplicação da lei e reservar ao Legislativo a integralidade de sua função, o art. 19 da Constituição cria o Tribunal de Cassação "auprès du Corps législatif";

turer et corrompe tous les princes: j'ajoute qu'il est facile de voir qu'une disposition, qui place un ministre du Roi dans un sanctuaire de la justice, ouvre les portes de ce sanctuaire à l'intrigue et à la cabale, comme j'ai prouvé qu'elle les ferme à la vertu. Je conclus donc en votant, pour que la question préalable fûtse justice du comité; je demande aussi que les commissaires qui l'ont conçu, soient rappelés aux principes constitutionnels, et au respect qui est dû à l'assemblée nationale".

(vi) o legislador não interpreta *in concreto*, mas *in abstracto*; cogita da premissa maior do silogismo, sob a forma legislativa, pois interpretar *in abstracto* é legislar.

Têm-se, assim, dois *réfères*: (i) um facultativo, instituído pelo art. 10 da lei de 16-24 de agosto, visando à obtenção de uma interpretação *in abstracto*, e (ii) um *réfère* obrigatório, instituído pela lei de 27.11.1.12.1790. Mais adiante essa divisão de atribuições é afirmada nos arts. 4º e 5º do Código de Napoleão: o art. 4º obriga o juiz a interpretar *in concreto*, e o art. 5º o proíbe de interpretar *in abstracto*.

Sabemos, todavia, hoje que a chamada interpretação *in abstracto* envolve necessariamente a consideração dos fatos, de modo que, como salientei linhas acima, não é possível apartarmos interpretação e aplicação, ou seja, interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*. Insisto em que a separação, em duas etapas, de interpretação e aplicação decorre da equivocada concepção da primeira como mera operação de subsunção.

38. A interpretação autêntica

Kelsen [1979:469 e ss.] distingue a interpretação autêntica, feita pelo órgão estatal aplicador do direito, de qualquer outra interpretação, especialmente a levada a cabo pela ciência jurídica. Será bem útil à melhor compreensão do quanto linhas acima afirmei rememorarmos essa distinção, como enunciada por Kelsen.

A interpretação cognoscitiva do direito a aplicar (obtida por uma operação de conhecimento) combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através da interpretação cognoscitiva. É este ato de vontade (essa escolha) que peculiariza a interpretação autêntica. Ela cria direito tanto quando assuma a forma de uma lei ou decreto, dotada de caráter geral, quanto quando, feita por um órgão aplicador do direito (um juiz), crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção.

As demais interpretações não criam direito. Quando os indivíduos querem observar uma norma que regule sua conduta, devem também fazer uma escolha. Mas essa escolha não é autêntica, isto é, não cria

direito – não é vinculante para o órgão que aplicá-la⁴³ essa norma jurídica. Também a interpretação feita pela ciência jurídica é distinta daquela feita pelos órgãos jurídicos. A interpretação feita pela ciência jurídica não é autêntica. É pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Não é criação jurídica.⁴⁴ A interpretação jurídico-científica apenas pode estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica⁴⁵ – o jurista tem de deixar a decisão pela escolha das interpretações possíveis de uma norma jurídica⁴⁶ ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é o competente para aplicar o direito. Assim, quando o advogado indica determinada interpretação como acertada, está tentando influir sobre a criação do direito. Não exerce – na dicção de Kelsen – *função jurídico-científica*, porém *função jurídico-política*.

Apenas o intérprete autêntico é revestido do poder de criar as normas jurídicas.

39. Interpretação dos textos e dos fatos

Ademais, vimos que interpretar o direito é concretar a lei em cada caso; ou seja: aplicar a lei [Gadamer 1991:401]. Daí dizermos que o intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de determinado caso dado [Gadamer 1991:397]. Ora, sendo a interpretação, concomitantemente, aplicação do direito, deve ser entendida como produção prática do direito, como a toma Friedrich Müller [1993:145-146], para quem inexistente tensão entre direito e realidade. Não existe um terreno composto de elementos normativos, de um lado, e elementos reais ou empíricos, do outro. Por isso, a articulação *ser e dever-ser* (a relação norma-fato) é mais que uma questão da filosofia do direito. É questão atinente à estrutura da norma jurídica, tomada na sua transposição prática; e, por consequência, atinente à estrutura deste processo de transposição.

Isso significa – repito – que a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do de-

43. Dicção de Kelsen: não obstante, inexistente separação entre interpretação e aplicação.

44. Af a crítica de Kelsen à jurisprudência dos concelios: não se pode obter direito novo através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva.

45. De um texto normativo – digo eu.

46. Do texto normativo – digo eu.

ver-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser). Lembre-se, a propósito, a observação de Ascarelli [1959:140]: “Oggetto dell’interpretazione non è una ‘norma’, ma un testo (o un comportamento); è in forza dell’interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi ‘passato’, ‘storico’, che si formula la ‘norma’ (come ‘presente’ ed anzi protiettata nel ‘futuro’)”.

O que incisivamente deve aqui ser afirmado, a partir da metáfora de Kelsen [1979:467], é o fato de a moldura da norma ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele. Ela é, concomitantemente, moldura do texto e da realidade. O intérprete, ao empreender a produção prática do direito, compreende e apreende, além dos textos, a realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão eles aplicados.

Por isso inexistem soluções previamente estruturadas – como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem – para os problemas jurídicos.

O trabalho jurídico de construção das normas aplicáveis a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado –, a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado.

40. A interpretação dos fatos e a hipótese de Durrell

A interpretação do direito é, enquanto compreensão dos fatos, peculiar. Pois o intérprete os reconstitui, a partir dessa reconstituição insinuando sua própria realidade. Daí a importância do relato dos fatos (= narrativa dos fatos ao intérprete, fatos a serem por ele considerados) para a interpretação.

Tomando o relato como estrutura específica da linguagem em uso, van Roermond [1997:18 e ss.] cogita do vínculo epistemológico existente entre o relato e o relatado, designando-o como “interceptação da referência” ou “hipótese da interceptação”.

A interceptação da referência (ou hipótese narrativa) é um paradigma epistemológico que se opõe ao representacionismo, paradigma

epistemológico predominante no pensamento jurídico. O pressuposto deste último está em que o conhecer é, em última instância, uma cópia, ou que *não é coisa distinta* de uma cópia da realidade – o conhecer importa a representação do mundo exterior em nossas ideias (reflexo) ou representação de nossas ideias no mundo exterior (projeção).

A crítica ao *representacionismo* não deve, porém, conduzir à afirmação de que se possa prescindir da *representação* como momento do conhecimento. É uma crítica à atribuição de caráter *absoluto* à *representação*. O que com essa crítica se pretende é *relativizar* o momento conceitual da *representação*, articulando-o com o conceito de “ponto de vista”, ou, melhor, de “posição”, melhor ainda, de *lugar* desde o qual se pensa. O relato, segundo van Roermund [1997:19], é uma estratégia que exclui uma multiplicidade puramente convencional de “perspectivas” ou uma pura reificação da realidade.

O que neste passo importa enfatizarmos é a circunstância de os fatos não serem o que são fora de seu relato (isto é, fora do relato a que correspondem).⁴⁷

41. A hipótese de Durrell e Santo Tomás

Sugiro referirmos a aproximação (= estratégia) proposta por van Roermund como a “hipótese de Durrell”, por alusão às distintas versões dos mesmos fatos descritas no *Quarteto de Alexandria* (*Justine, Bathazar, Mointhive e Clea*), o romance de Lawrence Durrell – em verdade, quatro distintos romances [Durrell 1960, 1960a, 1960b e 1960c].

Desejo afirmar que a intercepção do “*lugar* desde o qual se pensa” é insuficiente para expor toda a amplitude do não compromisso entre o relato e o relatado. Esse compromisso é, antes de mais nada, comprometido em razão (1) de jamais descrevermos a realidade e (2) da circunstância de que não descrevemos a *realidade*, mas sim o *nosso modo de ver a realidade*. Daí a impossibilidade do “representacionismo”.

É que a realidade da qual tomamos consciência (isto é: a *consciência do real*) existe *como existe* (= *está intrínseca*) em nosso pensamento

47. A *intercepção da referência* (ou *hipótese narrativa*, de van Roermund) ataca o pressuposto essencial do “legalismo”, isto é, o pensamento como cópia da realidade, o “representacionismo” (diz o autor: “A dogmática jurídica imunita a prática jurídica contra todo ataque a este pressuposto”).

(ainda que nosso pensamento – a *consciência* – seja por ela determinado). A realidade (*realidade da qual tomamos consciência*) é o que *aparenta ser* (*se apresenta = apresenta*) *para cada consciência*. Diante de um objeto qualquer, minha consciência recebe o impacto do que ele *representa* (como ele se *apresenta*) para mim. Posso dizer, então, que minha consciência vê os objetos exteriores como eles são, visto que eles são (*para nós*), nas suas manifestações (*aparições*), absolutamente indiciativos de si mesmos. Como, porém, os objetos e a realidade existem em suas manifestações (*aparições*) para mim, jamais os descrevo – os objetos e a realidade. Descrevo apenas *o modo sob o qual eles se manifestam* (= o que representam) *para mim*.

Além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2a) essa mesma realidade determina nosso pensamento, e (2b) ao descrevermos a realidade, essa descrição será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (= nosso lugar no mundo, lugar desde o qual pensamos). Por isso, caberá aqui tudo o que mais adiante for dito sobre a pré-compreensão.

Podemos afirmar, assim, que também no que tange aos fatos não existe, no direito, o *verdadeiro*. Inútil buscarmos a *verdade dos fatos*. Isso porque os fatos que importarão na e para a construção da norma são *aqueles recebidos/percebidos pelo intérprete autêntico*. Esses fatos, como são percebidos pelo intérprete, é que informarão/conformarão a produção/criação da norma.⁴⁸

Lembre-se, neste passo, que, – após observar que *Agostinho, comentando o salmo, declara que* “o bom juiz nada faz por seu próprio arbítrio, mas se pronuncia segundo as leis e o direito” –, Santo Tomás de Aquino [2005:173-174, *IIa, IIae, Q. 67, art. 2*] afirma que:

Julgar compete ao juiz, enquanto investido de uma autoridade pública. Assim, quando julga, deve formar sua opinião não pelo que sabe como pessoa privada, mas pelo que vem ao seu conhecimento como

48. Lembro aqui a frase de Magarinos Torres, Juiz-Presidente do Tribunal do Juri do Rio de Janeiro, como me foi reproduzida verbalmente pelo Min. Evandro Lins: “O juiz deve julgar de acordo com o alegado e provado, mesmo que saiba ser outra a verdade e a consciência lhe dite o contrário”.

pessoa pública. Ora, esse conhecimento lhe chega de maneira geral e particular. Em geral, através das leis públicas, divinas ou humanas, contra as quais não deve admitir prova alguma. Tratando-se de um caso particular, porém, a informação lhe vem mediante as peças, os testemunhos [sic] e demais documentos legítimos, que não de ser seguidos no julgamento, mais do que a ciência que o juiz adquire como pessoa privada. Essa ciência, no entanto, poderá ajudá-lo a discutir mais rigorosamente as provas aduzidas e a desvendar-lhes os defeitos. Mas, se não conseguir se desfazer delas pelos caminhos jurídicos, deverá basear nelas o seu julgamento. (...).

(...) os juízes não de julgar a verdade, baseando-se nos dados do processo. (...).

(...) a Deus compete julgar por seu poder próprio. (...) Ao passo que os outros juízes não julgam por poder próprio. (...).

(...) no que toca à sua própria pessoa, o homem deve formar sua consciência por seu próprio saber. Mas, quando exerce função pública, deve formar sua consciência com os dados do julgamento público e nelas se basear.

42. *Discurso do direito/discorso jurídico e d(s) ideologia(s) do direito*

A exposição que venho produzindo encaminha necessária alusão aos *discursos jurídicos* [v. **Correas 1993:112 e ss.**].

Inicialmente operada a distinção entre o *sentido deôntico* (as normas extraídas dos enunciados) e o *sentido ideológico* do direito (as demais mensagens que circulam quando o discurso jurídico é utilizado), no passo seguinte distinguiremos o *discurso do direito* e o *discorso jurídico*.

Discurso do direito é o discurso prescriptivo produzido pelos juízes e tribunais autorizados a dizê-lo. *Discorso jurídico* é o conjunto dos discursos que usam ou falam do *discurso do direito*.

O *discurso do direito* é um conjunto de discursos que provêm de distintos emissores ou órgãos. Mas também o *discorso jurídico* é um conjunto de discursos: o dos advogados; o dos professores de direito; o

dos cidadãos (e também os juízes o usam, quando fundamentam e explicam o direito — isto é, o *discurso do direito*).

As distinções acima expostas encaminham outra ainda: a que opõe a *ideologia do direito* e a *ideologia jurídica*.

Ideologia do direito é a porada pelos textos, pelos enunciados dos quais se extrai o *sentido deôntico* do direito. *Ideologia jurídica* é a produzida por quem usa ou fala do direito.

A ideologia produzida pelos discursos que falam do direito (*discursos jurídicos*) inúmeras vezes subverte a *ideologia do direito* (isto é, dos enunciados interpretados). Pois é certo que o direito é um discurso legítimo do poder no Estado moderno [Ruiz 1991:149 e ss.].

Além disso, afirma-se, equivocadamente, que a interpretação produzida pelos juízes (*autêntica*) também inúmeras vezes subverte a *ideologia do direito*. Mas isso não ocorre: se os enunciados, os textos, nada dizem (dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem, ao produzir as normas), a *ideologia do direito* é também produzida pelo intérprete autêntico.

Aqui se colocam outras questões desafiadoras. Existe *uma* perene ideologia do direito? Ou há *ideologias do direito*, extraíveis, em cada *contexto*, do texto (assim como há *normas* extraíveis, em cada *contexto*, do texto)? Se a ideologia do direito e a norma são produzidas pelo intérprete autêntico (em razão do que inexistente a possibilidade lógica de *subversão* de uma e de outra), quando, e em quais circunstâncias, dá-se a *subversão do texto*?

43. *Contraponto*

A exposição que até este ponto venho desenvolvendo remete, de pronto, à consideração de dois aspectos. Como se opera a interpretação do direito? Quais os limites dessa interpretação? Simplesmente isso de-sejo afirmar, neste contraponto, para seguir adiante.

44. *O texto e os fatos, a norma jurídica e a norma de decisão*

Um primeiro ponto a salientar respeita à diferença entre *norma jurídica* e *norma de decisão*.

A *norma jurídica* é o resultado da interpretação. Interpretação não apenas do texto escrito e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação –, mas também dos fatos.⁴⁹

A interpretação visa, em última instância, à solução de um caso concreto; solução que se opera mediante a obtenção de uma *norma de decisão*.⁵⁰

49. Lembro, neste passo, as observações cheias de humor de von Jhering [1987:217, 218, 220, 222 e 242] a propósito do uso dos conceitos jurídicos pelos juristas teóricos: os conceitos jurídicos são incompatíveis com a vida; não suportam o mundo real; a fé inamovível no império dos conceitos jurídicos e em princípios abstratos é o vínculo comum que une a todos os que habitam o céu dos conceitos jurídicos; o jurista opera com seus conceitos como o matemático com suas magnitudes, de modo que, se o resultado é correto desde o ponto de vista lógico, o que acontece depois já não é problema seu – *fat inasitua, percat mundus!*; os conceitos são verdades absolutas, sempre foram e o serão pelos séculos dos séculos.

50. Cf. Müller [1993:166 e ss. e 2000:52 e ss.]. Referindo-se, desde a perspectiva de Müller, ao *texto constitucional*, Canotilho [1991:229] observa que o *texto* não se confunde com a *norma constitucional*. Esta consiste num modelo de ordenação juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído pelo *programa normativo* (enunciados linguísticos) e pelo setor ou *domínio normativo* (constelação de dados da realidade). Para atingir a *norma constitucional*, a partir do *texto constitucional*, já terá o intérprete atribuído a este, de início, um significado semântico, bem como o terá investigado sob os prismas sistemático, genético, teleológico, histórico e, eventualmente, outros também relevantes para o sucesso dessa tarefa (dogmática, teoria da Constituição etc.). A atribuição de significado ao *programa normativo*, que são os enunciados linguísticos contidos no texto constitucional, e ao *setor normativo* (elementos empíricos, dados da realidade recortados pelo texto constitucional), é a etapa seguinte do processo interpretativo, que conduzirá à obtenção da *norma constitucional*. Esta, a seu turno, quando realizada – isto é, quando aplicada aos problemas concretos de decisão (concretização) –, produz o efeito dito *normativo* (*normatividade constitucional*). Portanto, a *normatividade* não é uma qualidade, mas o efeito do procedimento metódico de concretização. Obtida a *norma constitucional*, ela ainda é uma regra geral e abstrata, “que representa o resultado intermédio do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da *normatividade* mediata para a *normatividade concreta*, a norma jurídica precisa de revestir o caráter de *norma de decisão*”. A denominada “*metódica jurídica* normativa-estruturante” possui, consoante Canotilho [1991:221], os seguintes postulados básicos: “(1) a *metódica jurídica* tem como tarefa investigar as várias funções de realização do direito constitucional (legislação, administração, jurisdição) (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa ‘*decisão prática*’ (a *metódica* pretende-se ligada à resolução de problemas práticos) (3) a *metódica* deve preocupar-se com a estrutura da norma e do texto normativo, com o sentido de *normatividade* e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções

Em suma, a *norma de decisão* é a norma jurídica aplicada a um caso concreto.

45. A interpretação é uma prudência; a inviabilidade da única solução correta

Antes de abordarmos esses pontos, uma questão fundamental deve ser ferida: a *interpretação* é uma *ciência* ou uma *prudência*?

Colocando-se propositadamente à margem dessa indagação, Kelsen [1979:469] sustenta que a tarefa de saber qual é a interpretação correta – entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar – não é um problema de *teoria do direito* (do conhecimento dirigido ao direito positivo), mas da *política do direito*. Esta, não obstante, é uma questão fundamental: a *interpretação* é uma *ciência* ou uma *prudência*?

Tenho sustentado, reiteradamente, que a interpretação é uma *prudência* – o *saber prático*, a *phronesis*, a que refere Aristóteles na *Ética a Nicômaco*. O homem prudente – diz ele – é aquele que é capaz de deliberar corretamente sobre o que é bom e conveniente para si próprio, mas não sob um aspecto particular (como, por exemplo, aquelas coisas que são boas para a saúde e o vigor), *porém de um modo geral*. [considerando] *aquelas coisas que conduzem à vida boa em geral* (VI, 5.1.140 a, 25). *O homem prudente é aquele capaz de deliberação. Mas jamais deliberamos sobre coisas que não podem ser de outro modo, nem sobre coisas que não dependem de nós; por consequência, se é verdadeiro que a ciência envolve demonstração, mas as coisas cujos princípios podem ser outros não admitem demonstração* (porque todos são igualmente jurídico-práticas: (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria hermenêutica da norma jurídica que arranca da não identidade entre norma e texto normativo; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do *icberberg* normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não contém apenas o texto, antes abrange um ‘domínio normativo’, isto é, um ‘pedaço de realidade social’ que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) consequentemente, a concretização normativa deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: com os elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)”).

mente suscetíveis de ser o que não são – isto é, de ser diferentemente; ou seja: são contingentes) (VI, 5 1.140 a, 30), e não é possível deliberar sobre coisas que são por necessidade (VI, 5 1.140 a, 35), a prudência não pode ser nem uma ciência, nem uma arte (VI, 5 1.140 b). O objeto da ciência é demonstrável. A arte visa à geração [produção] e aplicar-se a uma arte é considerar o modo de produzir alguma coisa que tanto pode ser como não ser, cujo princípio de existência está no artista, e não na coisa produzida. A arte não se ocupa com as coisas que são ou que se geram por necessidade, nem com os seres naturais, que encontram em si mesmos seu princípio [sua origem] (VI, 5 1.140 a, 10). Assim, a prudência não é ciência nem arte. A prudência é uma virtude (VI, 5 1.140 b, 20). Logo, a prudência é uma disposição [capacidade], acompanhada de razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para um ser humano (VI, 5 1.140 b, 5). Ou, dizendo-o de outro modo, capaz de agir na esfera dos bens humanos (VI, 5 1.140 b, 20). A prudência é, pois, razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto – não é saber puro, separado do ser [v. Gadamer 1991:385 e ss.]⁵¹⁻⁵²

Os que não são intérpretes autênticos cogitam, quando tratam do direito, da *juris prudentia*, e não de uma *juris scientia*. O intérprete autêntico, ao produzir normas jurídicas, pratica a *juris prudentia*, não uma *juris scientia*.

O intérprete, então, atua segundo a *lógica da preferência*, e não conforme a *lógica da consequência* [Comparato 1979:127]: a *lógica*

51. Para a diferença entre prudência (*phronesis*) e *tekne*, v. Gadamer [1991:386 e ss.].

52. Kalinowski [1982:123 e ss.] afirma que a aplicação do direito – porque não é conhecimento puro, teórico, mas uma *ação* –, sendo conhecimento prático, consistia numa *prudência*. A prudência – prossegue – habilita o intelecto a conhecer o bem e o mal concretos, portanto a enunciar os juízos singulares de valor moral, empiricamente evidentes (no sentido amplo da palavra “empírico”), já que somente os juízos gerais (universais ou particulares) podem ser analiticamente evidentes. Habilita o homem a distinguir o bem do mal em todos os terrenos de sua atividade, a qual, se é consciente e livre, ainda que não o seja, são parcialmente, apresenta sempre um aspecto moral. Não há ação boa ou má sem juízo prudencial. Aí não está dito “sem juízo da prudência”, porque nem todo mundo é prudente, nem todo mundo atua sempre de maneira prudente. Trata-se, então, não de juízos de prudência, mas de juízos do tipo dos juízos de prudência, ou seja, de juízos com a estrutura sintática dos juízos prudenciais. A aplicação do direito exige conhecimentos especiais, a grande maioria das pessoas tomando-a como arte ou técnica. Mas, na medida em que *jurisdictio* consiste realmente em dizer o direito, ela é, além disso e sobretudo, uma tarefa da prudência jurídica.

jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983:86]. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso, a alternativa verdadeira/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução, nenhuma exata [Heller 1977:241].⁵³

Daí por que afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da *ciência*: ela se opera no âmbito da *prudência*, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos um e outro: na ciência o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela (a ciência) ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência, não o desafio da ausência de respostas, mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão [Adomeit 1984:36].⁵⁴

Dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (*exata*) da *Sexta Sinfonia* de Beethoven: a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Sinfônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são *autênticas* – e corretas.⁵⁵

53. Não se tome, no entanto, a afirmação de que a interpretação do direito não é ciência, mas prudência, como assertiva de que as decisões jurídicas são imprevisíveis. Isso não é exato. Sendo inúmeros os sentidos de uso do vocábulo “ciência”, nada nos impede de sustentar que a decisão jurídica, porque há de ser previsível, se estrutura *cientificamente* [Menezes Cordeiro 1989:IX-XII]. Mas “cientificamente”, aqui, significa, exclusivamente, *decisão consumada segundo determinadas regras*. Como a prudência é sempre implementada segundo certas regras, que asseguram um mínimo de previsibilidade à decisão nela fundada, poderia ser referida como *cientificamente* estruturada.

54. As leis – diz Habermas [1992a:73] – jamais foram dotadas de uma forma semântica tal que permitia ao juiz uma aplicação simplesmente algorítmica.

55. Recorro, a esta altura, à oportuna observação de MacCormick [1989:120]: “Notions tout d’abord que la notion de l’identité et de la persistance des lois n’est pas incompatible avec l’autre vérité attestée par Gray, Dworkin et d’autres, que cette même loi identique peut avoir différents sens pratiques à différentes époques, et que ce n’est pas l’article ou l’acte ‘pur’ qui détermine les décisions judiciaires ou les droits et les devoirs des citoyens, mais l’acte ou l’article dans son interprétation actuellement valide. Car ceci à son tour est normalement conceptualisé en termes de *différences d’interprétation* de ce qui reste en dépit de ces différences le même article ou

Desejo, assim, negar a existência de uma única resposta correta (*verdadeira*, portanto) para todos os casos jurídicos — ainda que o intérprete esteja permanentemente vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin 1987:105] estará em condições de encontrar, para cada caso, a única resposta correta. A concepção “dworkiniana” de *one right answer*, ademais de tudo, parece no momento em que sustentada sobre a busca da *melhor teoria possível* como ideal absoluto: na recusa da pretensão a valores absolutos, porque inserida no quadro de uma teoria dos valores inaceitável, essa *melhor teoria possível* resulta um postulado filosófico injustificável [Aarnio 1992:204]. Nem valores ou princípios, nem a argumentação segundo um sistema de regras que funcione como um código da razão prática (*Gesetzbuch der praktischen Vernunft*) [Alexy 1983:35] permitirão o discernimento da única resposta correta. Essa *resposta verdadeira* (única correta) não existe.

Lembre-se, ainda, a observação de Kelsen [1979:467]: “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que — na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar — têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne direito positivo no acto do órgão aplicador do direito — no acto do tribunal, especialmente”.

Le même acte (exactement comme des metteurs en scène différents peuvent monter différemment *Le Bourgeois Gentilhomme*, ce sera toujours la même pièce, mais soumise à diverses interprétations).⁵⁶ A concepção alográfica do direito é evidente.

A propósito, diz Cossio [1939:79]: “Por lo tanto, la norma aparentemente rígida y unívoca le brinda al jurista la mención de un manajo de posibilidades; y el tratadista lo mismo que el juez tienen, en las diversas calidades axiológicas de ellas, la guía suficiente para elegir una. No son variaciones caprichosas de la conducta que puedan borrar la mención de conjunto, porque el núcleo de este conjunto, que llamamos *normatividad* y que ha de mantenerse, consistente semejantes variaciones. Se trata siempre de posibilidades reales de algo que, como normalidad, permanece idéntico en la mención normativa. Por eso Holmes habló, con tanta propiedad, de una creación sólo *intersubjetiva* por parte del juez. Por eso la teoría egológica comparó la interpretación judicial con la interpretación musical, donde el ejecutante, guiado también por una percepción axiológica, elige una o otra de las posibilidades que consiste su partitura, sin afectar la creación del compositor en su conjunto. Se puede interpretar de muchas maneras la *Barcarola* de Chopin, pero esto no quiere decir que *con ella* se nos pueda hacer escuchar la *Marsellesa*. El buen juez, claro está, eligirá siempre la posibilidad axiológicamente mejor entre las varias que el propio caso le ofrezca”.

O fato é que, sendo a interpretação *convencional*, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado seu resultado (o *interpretação*). Não existe, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira [Zagrebelsky 1990:69].

46. Cânones de interpretação

Como se opera a interpretação do direito?

A reflexão hermênutica repudia a metodologia tradicional da interpretação, submetendo a críticas a sistemática escolástica dos métodos, incapaz de responder à questão de se saber *por quê* determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido.

A existência de diversos cânones de interpretação, agravada pela inexistência de regras que ordenem, hierarquicamente, seu uso [Alexy 1983:25 e 237], importa que esse uso resulte arbitrário. Tais cânones funcionam como justificativas a legitimar resultados que o intérprete se predeterminara a alcançar, cujo alcance não é, porém, determinado mediante seu uso. Funcionam como reserva de recursos de argumentação em poder dos intérpretes — e, ademais, estão sujeitos, também, a interpretação [Zagrebelsky 1990:71]. Como nada fazem senão prescrever determinado procedimento de interpretação, não vinculam o intérprete.⁵⁶

Em suma, a insubsistência dos métodos de interpretação decorre da inexistência de uma *metaregra* ordenadora da aplicação, em cada caso, de cada um deles.⁵⁷

56. A respeito de diretrizes como tais — regras de interpretação —, averba Hassemer [1985:74]: “Las reglas de interpretación sólo podrían conseguir una ‘vinculación’ del juez si no prescribieran simplemente un determinado procedimiento de interpretación — que es lo que hacen —, sino que además dictaran también — que es lo que no hacen — en qué situaciones de decisión habría que seguir qué regla de interpretación: es decir, si contuvieran una metaregla para su aplicación. Esta regla no existe. El intento emprendido en ocasiones de relacionar las reglas de interpretación de forma razonable, de establecer un orden herárquico entre ellas, no es convincente a nivel teórico y no tiene ninguna transcendencia práctica. Por consiguiente, las reglas de interpretación no son determinantes con respecto al resultado. Son ofertas para legitimar resultados deseados (y conseguidos por otros medios)”.

57. Permitindo a superação da concepção da interpretação como técnica de submissão do fato ao alveio da previsão legal, a reflexão hermênutica encaminha a construção de uma *teoria da práxis da aplicação do direito* [Esser 1983:1]. A síntese da evolução do pensamento de Esser, produzida por Zacaria [1990:19-21], é precisa, de

47. A compreensão

A reflexão hermenêutica inicialmente permite verificarmos que a interpretação é desenvolvida a partir de pressuposições.

A *compreensão* escapa ao âmbito da ciência. Respeita ao *ser no mundo* (*Dasein*). E o *ser no mundo* é um ente que não se limita a se colocar entre outros entes. É, ao contrário, ente que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser — isto é, *sendo* —, estar em jogo seu próprio ser [Heidegger 1988:21-22]. Logo, o *compreender* é algo *existencial*; a *compreensão* do ser é, ela mesma, uma *determinação de ser* do ser no mundo. Ela se dá como *compreensão do ser* [Schröth 1992:290]. A *compreensão* é, então, *experiência*.

Por isso mesmo, resultará sempre inútil, em qualquer *ciência compreensiva*, qualquer tentativa de separação entre *racionalidade e persovna* modo que me permito reproduzir a quase literalmente. Inicialmente, no *Grundriss und Norm*, Esser observara que (i) o processo de positividade do direito não se esgota na atuação do Poder Legislativo, penetrando o plano da atuação jurisprudencial desenvolvida sobre o *projeto normativo*; (ii) assim, a relação entre o *direito escrito* e a decisão judicial não pode ser referida, no sentido tradicional, como uma *descida*, da norma, da fase legislativa à fase aplicativa; (iii) há, pois, uma concreta contemporaneidade entre dois momentos, o do *direito legislativo* e o do *direito "cível"*, de origem judicial, ambos compreendendo um ciclo, cuja globalidade conota a positividade do direito. Nisso, portanto, a introdução de um *novo conceito de positividade do direito*, que inclui os momentos *valorativos* e *metapositivos* próprios da interpretação — Esser reconhece uma estreita continuidade entre *fonte escrita* e *fonte não escrita* do direito. Posteriormente Esser dedica-se a demonstrar que a atuação jurisprudencial não é *arbitrária*, porém *vinculada a critérios de racionalidade*. Então, sob a influência do *influxo antinético* de Gadamer e da sua vigorosa recusa do cientificismo, que busca reduzir a verdade à verificabilidade metódica, Esser passa a criticar a metodologia tradicional e a sistemática escolástica dos métodos de interpretação — onde as afirmações de que a metodologia tradicional não garante uma melhor compreensão do trabalho concreto de individualização do direito e a sistemática escolástica dos métodos de interpretação não responde à questão de se saber por que determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido. Então, reconhecendo a existência e o influxo de elementos valorativos no procedimento de individualização do direito, encontrando na *pré-compreensão* o fator inicial do qual parte o procedimento do intérprete, constatando sua fundamental importância para a tomada da decisão judicial. É certo que Hassemer, no direito penal, e Müller, no direito público, já haviam aportado à teoria do direito esse conceito, originariamente elaborado por Heidegger, depois desenvolvido por Bultmann e Gadamer. Esser, no entanto, é quem o põe em pauta, determinando as linhas desde as quais o debate sobre a interpretação do direito se desenrola na Europa, durante a década dos 70.

nalidade da compreensão. O direito — diz Kaufmann [1992:130] —, diferentemente da lei (do *texto* — digo-o), não é algo que permaneça inalterado. É *ato* — e, portanto, não pode ser um *objeto* que se possa conhecer independentemente de um *sujeito*.

É necessário dizer, ainda, que a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que entre a linguagem, instrumental necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido — os textos normativos, no caso da interpretação jurídica —, e esse objeto interpõem-se os mundos da cultura e da história. Por isso, o saber jurídico há de ser concebido como processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo [Costa Leal 2000:134 e ss.].⁵⁸

58. Ao interpretar determinado texto, o intérprete trava um diálogo com ele. Menciona-se "círculo" [*círculo hermenêutico*] porque a interpretação é nutrida a partir do intérprete, desde o texto. Quando projeta sua compreensão (isto é, lança um projeto de compreensão), abrindo-se para o texto, o intérprete não procura recompor a compreensão do legislador que escreveu o texto, porém ao texto dar voz, permitindo que ele (o texto) se afirme diante da situação em face e no bojo da qual se processa a interpretação (aí o intérprete projeta o sentido atualizante do texto).

Colhem-se em Habermas [1992:244] as seguintes observações: a hermenêutica jurídica, em oposição ao modelo convencional da decisão jurídica tomada como subjunção de um caso à regra pertinente, apresenta o mérito de haver revivido a intuição aristotélica de que nenhuma regra é capaz de regular sua própria aplicação. Um conjunto de circunstâncias adequadas a uma regra só se constitui ao ser descrito nas categorias da norma a ele aplicável, na medida em que o significado da norma se concretiza precisamente em virtude de sua aplicação a um específico conjunto normativo de circunstâncias. Uma norma sempre "registra" seletivamente uma situação complexa do mundo da vida sob os pontos de vista que ela determina como relevantes, enquanto o conjunto de circunstâncias por ela constituído nunca exaure os conteúdos de indeterminação semântica de uma norma geral, mas, ao contrário, faz com que possam atuar ou adibir seletivamente. Essa descrição circular revela um problema metodológico que qualquer teoria jurídica tem que solucionar. A hermenêutica propõe um modelo processual como solução para esse problema. A interpretação começa por uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) valorativamente conformada que estabiliza uma relação anterior entre norma e circunstâncias e abre o horizonte para posteriores conexões relacionais. A compreensão inicialmente difusa torna-se precisa na medida em que, sob a sua direção, norma e circunstâncias reciprocamente se concretizam e se constituem. A hermenêutica assume posição própria na teoria jurídica quando resolve a questão da racionalidade da decisão judicial mediante a contextualização da razão no complexo das transmissões históricas. De acordo com essa solução, a pré-compreensão do juiz é conformada por *topoi* de um complexo ético de tradição. Essa pré-compreensão dirige a reconstrução das conexões relacionais entre normas e circunstâncias à luz de princípios historicamente provados (*historisch bewährter Prinzipien*).

48. A pré-compreensão e o círculo hermenêutico (Gadamer)

Por outro lado, a reflexão hermenêutica permite a descrição do processo de interpretação dos textos de direito, que encontra na *pré-compreensão* [v. Hesse 1998:6-63] seu momento inicial. Para o adequado entendimento desse conceito reproduzo parcialmente, a seguir, a exposição de Gadamer [1991:332 e ss.].

Toda interpretação correta tem de se proteger contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar seu mirar à coisa mesma (que para o filólogo são textos com sentido que, por sua vez, tratam de coisas). O deixar-se determinar pela coisa mesma é, assim, a tarefa primeira, constante e última do intérprete.

Quem deseja compreender um texto realiza sempre um *projetar*. Aparecendo no texto um primeiro sentido, o intérprete imediatamente projeta um sentido do todo. Este sentido manifesta-se apenas porque aquele que lê o texto o faz desde determinadas expectativas, por sua vez relacionadas a algum sentido determinado. A compreensão do texto consiste na elaboração desse *projeto prévio*, que deve ir sendo constantemente revisado, com base no que vai resultando conforme se avança na penetração do sentido. Mas toda revisão do primeiro projeto se aporia na possibilidade de antecipar um *novo projeto de sentido*. É possível que vários projetos de sentido conflitem entre si, até que se possa univocamente estabelecer a unidade de sentido: a interpretação começa sempre com conceitos prévios que se deve progressivamente substituir por outros mais adequados.

Aquele que tenta compreender está exposto aos erros de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas mesmas. Assim, a tarefa da compreensão consiste na elaboração de projetos corretos e adequados

A racionalidade de uma decisão, em última análise, deveria ser mediada “pelos padrões decorrentes dos costumes que ainda não se condensaram em normas”, ou seja, pelos *jurisprudentiellen Weisheiten* que correm à frente do direito (Esser). A hermenêutica, na medida em que se torna teoria jurídica, absorve e sustenta a pretensão de legitimidade levantada pela tomada de decisão judicial. A indeterminação de um processo circular de compreensão, o círculo hermenêutico, pode ser gradualmente reduzida mediante a referência a princípios. Esses princípios, no entanto, só podem ser legitimados a partir da efetiva história dessas formas de vida e de direito nas quais os juízes contingencialmente se encontram.

às coisas; projetos que, enquanto *projetos*, são antecipações que se devem conformar *nas coisas* — aqui não há outra *objetividade* senão a convalidação que as opiniões prévias obtêm ao longo de sua elaboração. Note-se que a *arbitrariedade* das opiniões prévias inadequadas se expressa na sua aniquilação no processo de sua aplicação. A compreensão apenas alcança suas possibilidades quando as opiniões prévias com as quais ela se inicia não são arbitrárias. Por isso, é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que em si subjazem, porém examine tais opiniões no que respeita à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.

Isso não implica que o intérprete deva abandonar todas as suas opiniões prévias sobre o conteúdo do texto ou todas as posições próprias; porém, simplesmente, que *esteja aberto para a opinião do texto*: quem deseja compreender um texto tem de estar, em princípio, disposto a deixar-se dizer algo por ele. Uma consciência formada hermenêuticamente tem de se mostrar receptiva desde o princípio à *alteridade* do texto.⁵⁹

Essa receptividade, no entanto, não pressupõe nem *neutralidade* diante das coisas, nem tampouco autocancelamento, porém inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos: o que importa é que (o intérprete) assuma suas próprias antecipações, com o fim de que o texto mesmo possa se apresentar em sua alteridade e, assim, possa pôr em confronto sua verdade objetiva com as próprias opiniões prévias (do intérprete).

E prossigue Gadamer [1991:360 e ss.], a observar que o compreender é dotado de um *movimento circular*: a antecipação de sentido que faz referência ao todo somente chega a uma compreensão explícita na medida em que as partes que se determinam desde o todo, por sua vez, determinam o todo. Heidegger, de quem Gadamer toma a concepção de “círculo hermenêutico”, descreve-o de forma tal, que a compreensão do texto se encontra continuamente determinada pelo movimento antecipatório da *pré-compreensão*. O círculo do todo e as partes não se anulam na compreensão total, porém nela alcançam sua realização mais autêntica. Assim, o círculo não é de natureza formal. Não é nem subje-

59. Os preconceitos do intérprete não são o resultado de meras idiossincrasias pessoais, refletindo, na verdade, toda sua vivência histórica: marcam seu perfil existencial, e a interpretação é uma experiência histórica do intérprete, porém conformada por todas as suas experiências históricas anteriores.

tivo, nem objetivo. *Descreve* a compreensão como a interpenetração do movimento da tradição e do movimento do intérprete. O círculo da compreensão não é um círculo *metodológico*. Ele — insista-se nisso — *descreve* um momento estrutural ontológico da compreensão.

Compreender significa, primariamente, entender-se na coisa e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal: *a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter que ver com o assunto mesmo*.

49. (segue)

A compreensão de textos — diz Hassemmer [1985:73] — é um modo da compreensão, entendida como uma forma geral da existência humana e do contexto dos efeitos históricos. A compreensão pressupõe uma antecipação do sentido, a integração da parte que deve ser compreendida em um todo preconcebido. A compreensão, portanto, é um processo de aproximação em desenvolvimento, um processo que aproxima o sujeito que compreende e o objeto a compreender, até um encontro mútuo, produzindo, assim, uma transformação recíproca. Este processo desenvolve-se no tempo. Coloca em jogo, consequentemente, o indivíduo com sua história vital e o contexto das tradições sociais (*compreensão prévia*). Não sendo contemplação (de um sujeito frente a um objeto), mas aproximação em desenvolvimento, produz-se de forma circular ou, como se há de dizer mais corretamente — propõe Hassemmer — em forma de *espiral*: o sujeito e o objeto aproximam-se, um ao outro, no processo da compreensão. Pressupõem-se mutuamente nos diferentes níveis de aproximação. Este movimento — conclui — exclui a possibilidade de medir e comprovar a compreensão certa (o conhecimento *verdadeiro*). *Res e intellectus* não se encontrando mutuamente em uma relação dinâmica de aproximação, a *verdade* não pode ser *adaequatio rei et intellectus*. É um fenômeno dialógico, consensual e procedimental.

50. (segue)

O procedimento do intérprete do direito encontra na *pré-compreensão* seu momento inicial. É a *pré-compreensão* — representação antecipada do resultado da tarefa de interpretação — instala os parâmetros

que presidirão o empreendimento dessa tarefa. Ela constitui o pressuposto decisivo da escolha do *cânone hermenêutico* a adotar para a interpretação [Zacaria 1990:22]. Neste momento o intérprete opera *juízos de valor*, seus: *juízos de valor* que prevalecem por inexistirem, como vimos, regras postas sobre a interpretação do direito.

O que se passa, em verdade, é que a interpretação impõe ao intérprete a utilização de múltiplos métodos, se bem que primordialmente informados — e conformados — por uma linha de atuação que menos reflete uma opção preferencial por qualquer deles do que adesão a determinada postura ideológica.

É que o intérprete — como o julgador, qual observa Nilo Baires de Brum [1980:85] — “é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção socioeconômica e todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade”. Disso não se pode sacar a conclusão de que qualquer texto escrito na Constituição, como qualquer texto normativo, admite qualquer interpretação. Não. É certo também, no entanto, que todas essas circunstâncias prosperam no sentido de colocar o intérprete em posição precaríssima (posição de pré-conceito ideológico, seu) perante o texto a interpretar, este também veiculante de mensagem ideológica. Pois é certo, ainda, que no nível normativo se opera a cristalização de mensagens ideológicas: o texto e a norma jurídica são sempre expressivos de uma ideologia, ao menos em sentido fraco [Grau 1983:96].⁶⁰

A norma decisional — como observa Esser [1983:131] — não é dada previamente, porém construída: resulta da experiência conflitual do intérprete, experiência que abre campo à construção de múltiplos novos projetos de sentido. De resto — lembra o mesmo Esser [1983:133] —, a mera análise da linguagem normativa, sem que o *circulo hermenêutico* seja praticado (perguntas e respostas a respeito do objeto a ser interpretado, a *norma*) e sem a formulação de juízos prévios, não basta à pesquisa da solução correta a ser aplicada a cada caso.

60. *Ideologia em sentido fraco* como conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos, a qual se opõe a *ideologia em sentido forte*, esta concebida como discurso que oculta o sentido das relações estruturais entre sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos das hegemonias sociais.

A interpretação do direito não é meramente definitiva.⁶¹ Reclama uma antecipação do possível equivalente e a existência prévia de um conceito do que se quer definir. Por isso, o significado unívoco de um texto jurídico — e de cada vocábulo neste texto — depende não apenas do contexto, mas também das relações e do contexto valorativo que a pré-compreensão aporta aos conceitos [Esser 1983:134-135]. Assim, a situação conflitual manifesta-se na pré-compreensão não como situação pessoal daquele que reclama proteção jurídica, mas como *típica situação do caso singular* [Esser 1983:136]. Logo, o que dá início ao processo hermenêutico e modera a compreensão interpretativa da norma é o *interesse* que se projeta na *pré-compreensão* [Esser 1983:133].

A *pré-compreensão* — note-se bem — não é conceito metodológico. Expressa a *antecipação de resultado* própria a toda atividade prática. Desde a *pré-compreensão* — momento inicial do processo de compreensão jurídica — até o instante da determinação da regra determinante da decisão estende-se uma complexa rede de novas antecipações de resultado (*novos projetos de sentido*) (a aceitabilidade de inúmeras soluções normativas é, então, testada — e, nesse proceder, o plano dogmático é seguidas vezes interrompido) [Zacaria 1990:22]. A *pré-compreensão*, pois, é conceito que se desenvolve em um plano essencialmente *descriptivo*. As medidas voltadas ao reforço e controle de racionalidade que se devem antepor aos juízos antecipados — *de valor* — que orientam a escolha da decisão jurídica compõem-se em outro plano, *prescritivo*.

51. Acontecimentos que influenciam a decisão judicial

A decisão judicial — como observa Frosini [1991:11] — considera e é determinada: pelas palavras da lei e pelos antecedentes judiciais; pela figura delitiva que se imputa; pelas interpretações elaboradas pelas duas ou mais partes em conflito; pelas regras processuais; pelas expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade.⁶² Finalmente, pelas condições do próprio juiz, que pode estar influenciado, de forma decisiva, por preceitos de ética religiosa ou social, por esquemas doutrinários em voga ou por instâncias de ordem política. De mais a mais, o juiz, em verdade, considera o direito todo, e não apenas determinado texto normativo.

61. Como, por exemplo, a que se pratica quando se traduz um texto.

62. Quanto às “expectativas de justiça nutridas pela consciência da sociedade”, v. Rosenfeld [1998].

Daí que a decisão judicial implica, inarredavelmente, emoção e volição, visto que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo.

52. As inúmeras soluções correlatas: questões de fato

Outra circunstância devo, a esta altura, enfatizar.

Embora o intérprete esteja vinculado pelos textos, o fato de a interpretação consubstanciar uma *prudencia* importa em que possa variar, ainda em determinado e específico espaço de tempo, o entendimento que, ao decidir questões idênticas entre si, diversas autoridades judiciais atribuem a um mesmo texto.

Mencionei anteriormente a impossibilidade de atribuirmos a qual-quer decisão interpretativa a qualidade de verdadeira ou falsa (concebi-*da* a verdade, aí, como *addequatio rei et intellectus*). Poder-se-á, quando muito, afirmar que estas ou aquelas, entre elas, são *logicamente verdadeiras*, na medida em que os argumentos usados para justificá-las e elas próprias relacionam-se logicamente (isso, contudo, não atesta se não sua *correção*).

Além de tudo, as decisões interpretativas são sempre tomadas em função e em razão de um *problema*. E as soluções atribuíveis aos *problemas jurídicos* não são definitivos exclusivamente a partir da atribuição de um ou outro significado a determinado texto, porém desde a ponderação de múltiplas variáveis.⁶³

63. Diz Habermas [1992:74] que na aplicação (*Anwendung*) das normas, que se faz sempre considerando o contexto, a imparcialidade do juiz não é alcançada simplesmente se nos perguntamos o que todos, naquela circunstância, poderiam querer, mas, sim, se tomarmos sob a devida conta, de modo pertinente, todos os aspectos relevantes que caracterizam a situação. Para poder decidir quais normas devemos aplicar a determinado caso — normas que podem sempre entrar em conflito entre si e que se devem dispor em ordem de importância, à luz de certos princípios —, necessitamos primeiro esclarecer se a descrição da situação é efetivamente exauriente e pertinente (*angemessen*) em relação a todos os interesses afetados. Como, segundo Habermas, Klaus Günther demonstrou, a razão prática atua segundo duas modalidades diversas: no âmbito da justificção das normas, examinando-se quais interesses são *susceptíveis de generalização*, por outro lado, no âmbito da aplicação das normas, individualizam-se de modo *pertinente e exauriente* — à luz das regras em concorrência entre si — quais são as conexões importantes. Esta é a ideia regulativa que deve orientar os procedimentos legais voltados a institucionalizar a imparcialidade da jurisdição.

Eis o ponto a enfatizar: *questão de fato e questão de direito se interpenetram*, de sorte que, para cada decisão do caso real sob a norma — diz Hassemer [1985:73]⁶⁴ —, a pessoa que deve tomar a decisão necessita de informações que não se desprendem da norma, mas que, não obstante, determinam a decisão. Lembre-se que a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do *texto* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).

Lembre-se, a propósito, duas preciosas observações de Pontes de Miranda [1954:X e XI e XVI]: “O sistema jurídico contém regras jurídicas; e essas se formulam com os conceitos jurídicos. Tem-se de estudar o fático, isto é, as relações humanas e os fatos, a que elas se referem, para se saber qual o suporte fático, isto é, aquilo sobre que elas incidem, apontado por elas. Aí é que se exerce a função esclarecedora, discriminativa, crítica, retocadora, da pesquisa jurídica. O conceito de suporte fático tem de ser guardado pelos que querem entender as leis e as operações de interpretação e julgamento”; “Quem diz ‘aí está o sistema jurídico’ diz ‘há elementos fácticos sobre os quais incidiu regra jurídica’”. Tão dissociada do *direito* — e juridicamente inútil — quanto a interpretação de textos de direito isoladamente (aspecto do qual adiante tratarei) é a pretensão de sua aplicação (do *direito*) sem que se desenvolva a pesquisa do *conjunto de fatos* que é tomado sob consideração a fim de se indagar se certa regra, ou outra, incide ou não incide.

É fundamental, ademais, aqui, lembrarmos que *interpretação e aplicação* não se realizam autonomamente. O discernimento do sentido do *texto* dá-se a partir — e em razão — de determinado caso.

Não obstante seja assim, o elenco possível de decisões corretas relacionadas à interpretação de cada texto de direito é sempre limitado. Sua abertura não é absoluta, embora suficiente para permitir permaneça o direito a serviço da realidade.

53. A atualização do direito

Outro aspecto reclama, ainda, ponderação. É que a interpretação do direito encaminha a *atualização* do direito.

64. Onde Habermas diz *norma*, digo *texto*.

Pois ela se dá necessariamente no quadro de uma situação determinada, e, por isso mesmo, deve expor o enunciado semântico do texto no *contexto histórico presente* (não no contexto da redação do texto).

Todo texto pretende ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Isto — observa Marí [1991:243] — e a afirmação, de Gadamer, de que compreender é aplicar constituem o anverso e o reverso de uma mesma medalha. Interpretar consiste em *dar concreção à lei* em cada caso, isto é, em sua aplicação.⁶⁵

Na Ética a Nicômaco (V 14, 14 1.137 b, 10-20) Aristóteles distingue a equidade e o equitativo, relacionando-os ao justo. O equitativo, embora seja justo, não é o justo segundo a lei, senão um corretivo da justiça legal. A razão disso está em que a lei é sempre geral, e há casos em relação aos quais não é possível estipular um enunciado geral que se aplique com retidão. Nos casos nos quais é necessário que o enunciado se limite a generalidades, sendo impossível fazê-lo corretamente, a lei não toma em consideração senão os casos mais frequentes, sem ignorar os erros que isso possa importar. Nem por isso ela é menos correta,

65. As leis — segundo Gadamer [1991:380 e ss.] — não pretendem ser interpretadas historicamente, cabendo à interpretação torná-las concretas em sua validade jurídica. O texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de maneira nova e distinta. A mobilidade histórica da compreensão, relegada a segundo plano pela hermenêutica romântica, representa o verdadeiro centro de uma hermenêutica adequada à consciência histórica (o intérprete tem de apreender a tensão natural entre o momento da construção do texto — o passado — e o momento da construção da norma — o presente — e, assim, enfrentar a mobilidade da situação concreta à qual se há de aplicar essa norma) [Gadamer 1991:380]. O intérprete não pretende outra coisa senão compreender o texto, compreender o que diz a tradição e o que dá sentido e significação a ele. Para compreender isso não lhe é dado querer ignorar-se a si próprio e à situação hermenêutica em que se encontra. Está obrigado a relacionar o texto a esta situação, se é que pretende discernir algo nele [Gadamer 1991:396]. O jurista sempre se refere à lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo há de ser determinado em face do caso ao qual ela deve ser aplicada. Para alcançar o conhecimento exato desse conteúdo normativo é necessário recorrer ao conhecimento histórico do sentido originário; por isso, o intérprete do direito há de considerar a situação histórica conferida à lei pelo ato legislativo. Não pode ele, no entanto, sujeitar-se, por exemplo, aos debates travados no Parlamento em torno da intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a reconhecer que as circunstâncias sofreram alterações e, conseqüentemente, a determinar em novos termos a função normativa da lei [Gadamer 1991: 98-390]. A tarefa da interpretação consiste em *dar concreção à lei* em cada caso, isto é, em sua aplicação [Gadamer 1991: 401].

porque a culpa não está na lei, nem no legislador, mas, sim, na natureza das coisas. E assim é porque, em razão de sua própria essência, a matéria das coisas da ordem prática se reveste do caráter de irregularidade.

Por isso, quando a lei expressa uma regra geral e surge algo que se coloca fora dessa formulação geral, devemos, onde o legislador omitiu a previsão do caso e pecou por excesso de simplificação, corrigir a omissão e fazer-nos intérpretes do que o legislador teria dito, ele mesmo, se estivesse presente neste momento, e teria feito constar da lei se conhecesse o caso em questão. O que Aristóteles mostra — anota Gadamér [1991:390] — é que toda lei se encontra em uma tensão necessária em relação à concreção do atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção. E prossegue: a lei é sempre deficiente, não porque o seja em si mesma, mas, sim, porque, em presença da ordenação a que se referem as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma sua simples aplicação.

Retorno ao quanto linhas acima afirmei: na interpretação de textos normativos dá-se algo análogo ao que se passa na interpretação musical. Não há uma única interpretação correta (*exata*) da *Sexta Sinfonia* de Beethoven; a *Pastoral* regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da *Pastoral* regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são *autênticas* — e corretas. Mais do que isso ocorre, pois se altera, no tempo, o “modo de ouvir” as sinfonias, de modo que poderíamos dizer que o intérprete da *Sexta Sinfonia* a interpreta em coerência com as circunstâncias determinantes dessas alterações no “modo de ouvir” a música, e — paradoxalmente — a interpretação da *Sexta Sinfonia* hoje, sob a regência do próprio Beethoven, poderia não ser tida como correta...

54. As ideologias de interpretação e a atualização do direito

Wróblewski [1985:72 e ss.] distingue dois tipos principais de ideologia de interpretação jurídica.

O primeiro toma como valores básicos a certeza, a estabilidade e a predizibilidade, que exigem possuam as normas jurídicas um significado imutável; cuida-se de *valores estáticos*. A esse tipo de ideologia Wróblewski dá o nome de “ideologia estática de interpretação jurídica”. Tais

as suas marcas mais características: (i) a certeza jurídica importa que o direito não sofra qualquer mudança, senão por obra do legislador — assim, não se altera o significado de uma norma jurídica enquanto isso não seja determinado pelo legislador; (ii) o significado de qualquer norma jurídica é função da *vontade do legislador*; (iii) as metodologias sistêmicas e linguísticas são tomadas de modo preferencial, reputando-se a metodologia funcional como informadora do processo de interpretação; (iv) quando desta última se lance mão, o contexto funcional será o contexto histórico do ato legislativo — *v.g.*, a *ratio legis* do legislador histórico, a moralidade que o legislador histórico considerou relevante para fins interpretativos; (v) a interpretação não é senão um *descobrimento*, e não se admite que ela conduza à mudança ou transformação da norma; (vi) o âmbito da interpretação é totalmente oposto ao da atividade legislativa, sendo fatos os argumentos políticos que fundamentam esse entendimento em qualquer versão da doutrina da separação dos Poderes.

O segundo tipo principal de ideologia de interpretação jurídica considera a interpretação como atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da *vida social*, na acepção mais ampla dessa expressão. Podemos referi-la como *ideologia dinâmica da interpretação jurídica*. Tais as suas marcas mais características: (i) a *vida social* corresponde ao contexto funcional das normas jurídicas e leva em consideração os atuais contextos sistêmico e linguístico; (ii) nada obsta a que o direito suscite e antecipe mudanças na *vida social*; (iii) impõe-se que a interpretação do direito o adapte às necessidades da *vida social*, para torná-lo mais adequado a ela — esta adequação é o valor máximo da ideologia dinâmica da interpretação jurídica; (iv) o significado da norma jurídica não é, portanto, nenhum fato do passado conectado por vínculos fictícios à vontade do legislador histórico — seu significado se altera na medida em que se alteram os contextos nos quais a norma jurídica opera; (v) a linguagem jurídica varia na medida em que passam por variações os contextos funcional e sistêmico; (vi) a metodologia funcional é tomada de modo preferencial, sendo fim básico da interpretação jurídica a adaptação do direito às necessidades da *vida social*; (vii) a metodologia linguística privilegia a pragmática da linguagem jurídica, a metodologia linguística privilegia a pragmática da linguagem jurídica, ou seja, a dependência e expressões valorativas — ao contexto de seu uso interpretativo atual; (viii) a metodologia sistêmica privilegia a consideração das contínuas alterações do sistema jurídico e as características do

sistema jurídico atual, no momento no qual a interpretação é processada: (ix) a interpretação, no quadro da ideologia dinâmica, é uma atividade *criadora ex definitione*, na medida em que cria o direito *en ato*, ou seja, aquele cujas normas são determinadas na interpretação.⁶⁶⁻⁶⁷

66. A consideração de alguns momentos da experiência da Corte Suprema norte-americana nos dá exemplos de ambas essas ideologias. Exemplo marcante de *ideologia estática da interpretação* encontramos no *Dred Scott Case* (1857) – “Dred Scott vs. Sanford”. Nele decidiu a Corte Suprema que: (i) ao entrar em vigor a Constituição norte-americana, os negros eram considerados pessoas de condição social inferior e não cidadãos; (ii) a Constituição, em verdade, não os incluiu na referência que faz a cidadãos. Dizia o voto de Taney, Presidente da Corte: “Ninguém, presume, suporá que qualquer modificação da opinião pública ou dos sentimentos relativamente a essa desventurada raça, nas Nações civilizadas da Europa ou neste País, deva induzir esta Corte a dar às palavras da Constituição um sentido mais liberal, a favor deles [os negros], do que se pretendia tivessem quando esse diploma foi plasmado e adotado. Semelhante argumento seria absolutamente inadmissível em qualquer tribunal chamado a interpretar a Constituição, pelo qual ela pode ser emendada; porém, enquanto permanecer previsto nela própria, pelo qual ela pode ser entendida ao tempo da sua adoção. Ela inalterada, há de ser interpretada hoje como era entendida ao tempo da sua adoção. Ela não é a mesma apenas nas palavras, e também a mesma na sua significação, e delega os mesmos poderes ao governo, reservando e assegurando ao cidadão os mesmos direitos e privilégios; e, enquanto continuar a existir sob a sua forma atual, ela falará não só pelas mesmas palavras, mas com o mesmo sentido e aprovação pelo povo dos Estados Unidos da América. Qualquer outra regra de interpretação tiraria a esta Corte o seu caráter judicial, fazendo dela apenas um reflexo da opinião popular ou da paixão do momento” [Bodenhimer 1966:388-399]. Exemplo também marcante, porém de *ideologia dinâmica da interpretação*, temos no caso “McCulloch vs. Maryland” (1819), onde Marshall votou afirmando que a Constituição norte-americana “se destinava a durar ainda muitos anos, devendo consequentemente adaptar-se às várias crises dos negócios humanos” [Bodenhimer 1966:389-390]. A análise desenvolvida por Beltrán [1989], por outro lado, de uma série de artigos de Dworkin publicados durante 1987 na *New York Review of Books* a propósito da indicação de Robert Bork para ocupar uma vaga na Corte Suprema dos Estados Unidos – a indicação foi rejeitada – fornece um adequado panorama da polémica entre *originalismo* e *interpretação*.

67. Canotilho [1983:224], de outra parte, refere dois tipos de posturas assumidas perante a Constituição. A primeira – adotada por aqueles que optam por concepções ideológicas e políticas substancialmente diferentes das mensagens ideológicas consagradas na Constituição – conduz à eleição de fundamentos interpretativos que lhes permitam vulnerar, direta ou indiretamente, a estrutura normativa constitucional. A segunda – adotada por aqueles que guardam simonia com os princípios fundamentais atinentes à conformação política e jurídica da sociedade, que a Constituição contempla – exerce a *prudente positivism*, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa do texto constitucional. E completa [1983:224-225]: “A primeira orientação foi seguida, durante o conturbado período da República de Weimar, por todos aqueles que, combatendo o caráter progressista, liberal e democrático da Constitui-

Note-se bem que não estou a referir, neste ponto, o método clássico e outro, mais recente, de interpretação. Refiro-me a ideologias contempôrneas, ideologias que se reproduzem nos dias de hoje, a primeira com muito maior intensidade que a segunda.⁶⁸

55. A “vontade do legislador”

Papel de extrema importância é cumprido, neste quadro,⁶⁹ pelo critério da *vontade do legislador*, que presidiu o método clássico de interpretação do direito.⁷⁰ A referência a essa “vontade” consubstancia, neste contexto, o lugar-comum que tantas vezes aproxima exegetas, ideólogos estáticos e os que reagem contra a ideologia constitucional. No nível consuetudinário a referência é feita à “vontade do legislador constitucional”.

Ocorre que o legislador dos exegetas, titular dessa vontade, e o Deus dos teólogos são uma e a mesma pessoa, já que, como anota Ver-nengo [1977:85], seus atributos são indiscerníveis. Em uma palavra: o legislador dos exegetas é Deus; e, como o legislador é Deus, o direito positivo é sagrado. Essa doutrina, assim, nos conduz de retorno ao passado e à recusa de qualquer mudança (social e jurídica), pois o passado não pode ser alterado. Ocorre que a vontade do legislador, que é a vontade do Deus, acabaram por sobrecentrar a constituição real, com a consequente infravaloração do carácter normativo da constituição jurídica. É certo, como já foi salientado, que uma postura unilateralmente positivista poderá conduzir a um indesejável divórcio entre norma e realidade, ou seja, entre o estatuto jurídico que a Constituição é e o político que a Constituição deve normativamente captar. Isso só nos leva, mais uma vez, a defender a unidade substancial dos aspectos social-real e jurídico, de forma a manter dialeticamente viva a própria Constituição⁷¹.

68. Não posso deixar de registrar, a propósito, o quão assustadora me parece a segurança dos que não são afetados ao hábito da reflexão e, sem nenhum constrangimento, se permitem pronunciar conferências exclusivamente repetitivas por escrito sobre o tema há mais de 100 anos, diante de auditórios frequentados e de aparvalhados apedentus... A ignorância é, seguramente, a mãe da tranquilidade e da paz intelectual.

69. Quadro no qual, em regra, se aproximam, de um lado, a *ideologia estática da interpretação jurídica* e a postura adotada pelos que optam por concepções ideológicas e políticas adversas às mensagens ideológicas constitucionais; de outro, a *ideologia dinâmica da interpretação jurídica* e a postura adotada pelos que guardam simonia com tais mensagens.

70. A esse respeito, cogitando da Constituição, Bonavides [2013:479] observa que sua interpretação clássica a toma, exclusivamente, em sua acepção jurídica, nos quadranes fechados da norma, sempre voltada ao reconhecimento da vontade contida.

é imutável. No seu bojo o direito instrumental o governo dos vivos pelos mortos [Wroblewski 1985:76].⁷¹

Assim, a referência à "vontade do legislador", que apenas se pode explicar como um caso de misoneseísmo [Maximiliano 1957:44], perde qualquer sentido. A interpretação constitucional, no nível linguístico, é interpretação *semântica*, voltada à determinação do significado das palavras e expressões contidas no texto da Constituição. Vale dizer: refe-

71. A respeito dela, Maximiliano [1957:33-51] produziu líbelo contudente: "A lei não brota do cérebro do seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo" [p. 35]. "O legislador não tira do nada, como se fora um Deus; é apenas o órgão da consciência nacional" — daí por que pode a lei ser mais sábia que o legislador, na medida em que abrange hipóteses que este não previu [p. 38]. "Em uma das forjas da lei, no Parlamento, composto, em regra, de duas Câmaras, fundem-se opiniões múltiplas, o conjunto resulta de frações de ideias, amalgamadas; cada representante do povo aceita por um motivo pessoal a inclusão de palavra ou frase, visando a um objetivo particular a que a mesma se presta; há o acordo aparente, resultado de profundas contradições. Bastas vezes a redação final resulta imprecisa, ambígua, revelando-se o produto da inevitável necessidade de transigir com exigências pequeninas a fim de conseguir a passagem da ideia principal" [p. 39]. "O projeto peregrina pelos dois ramos do Poder Legislativo, em marchas e contramarchas, recebendo retrograda de toda ordem, a ponto de o renegar afinal, espantado do aspecto definitivo da própria obra, o autor primitivo da medida. Como descobrir, naquele labirinto de ideias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante?" [p. 40]. "A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. Quando muito, desejam o principal: por exemplo, abaxiar ou elevar um imposto, cominar ou abolir uma pena. Às vezes, nem isso; no momento dos sufrágios, perguntam do que se trata ou acompanham, indiferentes, os *leaders*, que por sua vez prestigiam apenas o voto de determinados membros da comissão permanente que emitta parecer sobre o projeto. Logo, em última análise, a vontade do legislador é a da minoria; talvez de uma *elite* intelectual, dos componentes, que figuram nas assembleias políticas em menor número sempre, *rari nantes in gurgite vasto*" [pp. 40-41]. "Por outro lado, não só é difícil determinar aquela intenção volitiva, como, também, distingui-la do sentido da lei, ou ao menos mostrar quanto influi no significado de uma norma jurídica e como fora impedida pelos motivos geradores de um texto positivo" [p. 41]. "O legislador não tem personalidade física individual, cujo pensamento, pendores e vontades se apreendam sem custo. A lei é obra de numerosos espíritos, cujas ideias se fundam em um conglomerado difícil de decompor" [p. 44]. "Além de retrógrada, afigura-se-nos temerária empresa a de descobrir em um todo heterogêneo o fator psicológico da intenção" [p. 45]. "Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais prevenida que o seu autor" [p. 48]. Cf. Perelman [1979:55-56], Larenz [1983:191 e ss. e 1980:312 e ss.] e Esser [1983:228 e ss. e 327 e ss.].

re-se a "normas reveladas por enunciados linguísticos" — não a intenções ou vontades do texto ou do "legislador constituinte" —, estando, como observa Canotilho [1987:148], condicionada pelo *contexto*, na medida em que se opera em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados "usos" linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado.

O texto normativo costuma ser mais inteligente do que quem o escreveu.

56. Ainda a atualização do direito

Ora, se todo texto pretende ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta, a interpretação — se não for nossa intenção predeterminada a de fraudá-la (para justificar a obtenção de uma solução que satisfaça nossa conveniência individual) — há de ser concebida como atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da *vida social* (= *atualiza-o*), na acepção mais ampla dessa expressão.

Os textos de direito não veiculam enunciados semânticos cristalizados, congelados no tempo. Esses enunciados passam por alterações decorrentes do evoluir da *vida social*, ainda que sua redação (do texto) não sofra modificação. Exemplifico com matéria no âmbito da qual a *legalidade*, enquanto dever de estrito atendimento ao quanto denuncia a lei, manifesta-se de modo mais pronunciado: a matéria penal. Diz o art. 233 do CP brasileiro que comete crime quem pratica *ato obsceno* em lugar público ou aberto ou exposto ao público. Qual o significado veiculado pela expressão "ato obsceno", termo do conceito de "ato obsceno"? Por certo que na década dos 40 mulheres que fossem à piscina ou praia vestindo as estreitas tiras de tecido que hoje cobrem seus corpos — quando o fardo as estreitas tiras de tecido que hoje cobrem seus corpos — quando o fazem! — estariam praticando o delito tipificado no art. 233 do CP. Hoje, no entanto, conduta como tal não configura ilícito penal, senão — dir-se-á — agradável manifestação da evolução da moda feminina. Evoluiu a moda — agradável manifestação da evolução da moda feminina. Evoluiu a moda porque sofreram alteração os padrões culturais, e nessa alteração alterou-se também o conceito⁷² de ato obsceno. Ou seja: outro, agora, à luz de renovados padrões culturais, é o significado veiculado pela expressão "ato obsceno". Vale dizer: o evoluir da vida social, sem que a redação

72. Mais correto dizermos "noção" de ato obsceno; v. item 123.

do texto tenha sofrido modificação, conduziu à enunciação de novo significado, de outra *norma*, distinta daquela produzível nos anos 1940.

57. O direito é um dinamismo

Isso assim se dá porque — como observou von Jhering [1884:424]

— o direito existe em função da sociedade, e não a sociedade em função dele (“das Recht ist der Gesellschaft, nicht die Gesellschaft des Rechts wegen da”). O direito é um nível da realidade social.

Anteriormente, no discurso com que em 1848 se defendeu, perante o Tribunal de Colônia, de processo que lhe moveu a censura alemã, Marx [1971:32] afirmou que “a sociedade não descansa na lei. Este é um conceito que os juristas forjaram. E, pelo contrário, a lei que há de encontrar seu fundamento na sociedade, ser expressão dos seus interesses e necessidades comuns, tal como resultem do regime material de produção imperante na época, contra o arbítrio individual. O Código de Napoleão, que tenho em minhas mãos, não criou a sociedade burguesa moderna. Foi, pelo contrário, a sociedade burguesa nascida no século XVIII e desenvolvida no século XIX que tomou forma legislativa neste Código, o qual, assim que deixar de corresponder à realidade das condições sociais, se converterá em um pedaço de papel”.

Mais não é preciso considerar para que se comprove a insuficiência da ideologia estática da interpretação jurídica e do pensamento voltado à “vontade do legislador”. A realidade social é o presente; o presente é vida — e vida é movimento.

Nem a “vontade do legislador” nem o “espírito da lei” vinculam o intérprete.⁷³ Por outro lado, sabemos que quem interpreta/aplica não é mesmo sujeito que escreveu o texto.⁷⁴

73. V. a recomendação de Esser [1983:334]: “Debe volver conscientemente la espalda a aquel espíritu ya superado y substituir las anticuadas ‘representaciones de la ley’ por una solución que haya sido puesta a prueba sobre las ‘necesidades de su época’, pero cuya legitimación dogmática no puede efectuarse más que merced a los principios generales que entresaca de la substancia de las antiguas normas, oponiéndose cada vez más a la doctrina clásica de éstas, pero perfeccionando los conceptos desarrollados por tal doctrina”.

74. Observa Pontes de Miranda [2000:151-152]: “A regra jurídica não é dada pela maioria, nem tampouco pela totalidade. Pode ser obra de muitos ou de alguns, de minorias ínfimas, ou de um só. Mas já vimos que não há que separar a aplicação e a

Repta-se: a realidade social é o presente; o presente é vida — e vida é movimento. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. O direito é um dinamismo.

Daí a necessária adesão à ideologia dinâmica da interpretação e à visualização do direito como instrumento de mudança social, até o ponto em que passa, ele próprio, a ser concebido como uma *política pública*.⁷⁵

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.⁷⁶⁻⁷⁷⁻⁸⁸⁻⁸⁹

iniciação da lei, a realização e a proposta. A expressão efetiva pode não ser a do indivíduo, nem a de alguns, nem a de muitos, nem a da maioria, nem a da totalidade; porque a totalidade que desse não seria a que aplicasse, e sim outra, porque entre elas há a mesma diferença que entre dois momentos: o momento ‘a’ de elaboração e o momento ‘b’ de aplicação concreta. No costume é que teríamos a simultaneidade, a confusão, a coincidência, ou como quer que a isso se chame; mas no próprio costume a regra é traçada não por um ato, e sim por muitos, de modo que resulta de membros de totalidades distintas”.

75. Além disso, a também necessária compreensão de que a referência a um *direito pressuposto* condicionante da produção do *direito posto* reclama a consideração da virtualidade de um nexo entre ambos. O *direito posto* é, então, penetrado por significações não integralmente congruentes com seus significados tradicionais (originais). Onde, entropicamente, a emergência de um sentido não conservador (transformador) no direito.

76. Disso, um dos mais expressivos exemplos terá dado, ao tempo em que escrevia sua *Teoria do Estado* — 1934 —, Heller [1977:276]: “Un ejemplo clásico de lo que acontece es el precepto de la igualdad ante la ley que existe en todas las democracias y cuyo contenido tiene importancia decisiva para determinar la estructura constitucional de cada Estado. Pero ese precepto recibe únicamente su contenido de las condiciones que dominan en la realidad social, y que en la Constitución misma no se formulan o sólo se formulan en muy pequeña parte, sobre lo que debe estimarse igual y desigual. Originariamente el precepto de igualdad, cuya letra no ha experimentado después cambio alguno, se refería tan sólo a la de las mujeres; en la primera mitad del siglo en ciertos Estados se refiere también a la de las mujeres; en la primera mitad del siglo XIX significaba sólo la igualdad de los derechos políticos, mientras que actualmente, y en medida creciente, significa también la igualdad social; hasta hace una década se aplicaba, según la opinión dominante, nada más que a la Administración. Es precisa que hoy se le interpreta como límite y pauta también para el legislador. Es precisamente esa ausencia de determinación del contenido lo que capacita a esos principios jurídicos para desempeñar una función perpetua a la Constitución”.

77. Diz ainda von Jhering [1943:16]: “Não é, pois, o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor dum direito; a sua realização objetiva na vida, a energia, por meio da qual o que é

58. Não se interpreta o direito em tiras

Por isso mesmo a interpretação do direito é interpretação do direito e não de textos isolados, desprendidos do direito.

Não se interpretam *textos de direito*, isoladamente, mas sim o *direito*, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli [1952a:10], pelas suas *premissas implícitas*.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.⁸⁰

A interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso, insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.⁸¹

A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No *contexto linguístico* é discernida a *semântica* dos enunciados normativos. Mas o *significado normativo* de cada

conhecido e proclamado como necessário se atinge e executa – eis o que consagra ao direito o seu verdadeiro valor”.

78. A interpretação – observa Betti [1991:547], ao tratar da adequação do direito à realidade sem necessidade de renúncia ao direito positivo – tem sempre (e não pode deixar de ter) o *ufficio di vivificare*, mediante um incessante repensamento, as normas a serem aplicadas, seguindo passo a passo o moto perpétuo da vida social. Sobre a eficiência dinâmica e evolutiva da interpretação, v. também Maximiliano [1957:344-345], citado por Betti [1991:548-549].

79. Sobre a Constituição como realidade social, v. Heller [1977:267-289].

80. Santi Romano [1964:211] insiste em que a interpretação da lei é sempre interpretação não de uma lei ou de uma norma singular (*texto*, e não *norma* – insisto), mas de uma lei ou de uma norma considerada em relação à posição que ocupa no todo do ordenamento jurídico – o que significa que efetivamente interpretamos esse ordenamento e, como consequência, o *texto* singular. Heller [1977:274], por outro lado, observa que o preceito jurídico particular somente pode ser fundamentalmente conhecido, de modo pleno, quando se parta da totalidade da Constituição política. A propósito, diz Ataliba [1970:373]: “(...) nenhuma norma jurídica pára avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses – é prope-dêntico – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente”.

81. As normas – diz Bobbio [1960:3] – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo.

texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no *contexto funcional*.

59. A finalidade do direito e as normas-objetivo

A alusão ao contexto funcional reclama atenção para o fato de que – como enfatizou von Jhering [1884:VIII] – a *finalidade* é o criador de todo o direito, e não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade. Daí por que a afirmação dos significados expressados pelos enunciados normativos apenas se determina, plenamente, após a penetração do intérprete, à busca dessa determinação, no contexto funcional.

Papel da mais absoluta relevância, neste momento, jogam as *normas-objetivo*, que se manifestam a partir do momento em que o direito passa a ser dinamizado como instrumento de governo, deixando de ser finalidade sua, única e exclusivamente, a produção de ordem e segurança. Enquanto instrumento de governo, então, o direito é operacionalizado em vista da *implementação de políticas públicas* referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada em textos normativos que consubstanciam *normas-objetivo* e, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito.

Essas *normas-objetivo* não se amoldam aos casulos conceituais das *normas de conduta* e das *normas de organização*. Procurando discernir a função que desempenham no interior do sistema jurídico, poderemos referi-las como normas que explicitam resultados e fins em relação a cuja realização estão comprometidas as normas de conduta e de organização. É evidente sua importância enquanto critério indicativo dos fins a que se voltam as normas de conduta e de organização – o que viabiliza a fluente perquirição de sua eficácia.⁸² Outrossim, a contemplação, na sua no sistema jurídico, de *normas-objetivo* importa a introdução, na sua *positividade*, de fins aos quais ele – o sistema – deve se voltar. A pesquisa dos fins da norma, desenrolada no contexto funcional, torna-se mais objetiva e a metodologia teleológica repousa em terreno firme.⁸³

82. Para ampliar, v. Grau [2009:item 39, pp. 133-135].

83. A propósito, observa Cabral de Moncada [1986:66-67]: “(...) a consagração

60. A interpretação da Constituição

A interpretação/aplicação do direito — estamos a ver — dá-se no quadro de uma situação determinada, expondo o enunciado semântico do texto no contexto histórico do momento em que praticada, não no contexto da redação do texto. Assim se opera também, em linhas gerais, a interpretação da Constituição. Compreendemos necessariamente, ao interpretá-la, além dos seus textos, a realidade. A interpretação da Constituição não é exclusivamente do texto da *Constituição escrita*, da *Constituição formal*.

Se por um momento suspendermos a concepção de Constituição em *sentido formal*, substituindo-a por outra, *realista*, ela será entendida como manifestação de uma estrutura político-social concreta. Escapará, então, ao plano do *dever-ser*, de sorte a passar a expressar o *ser* político do Estado. Nesse sentido, ela é a *constituição política* do Estado. A *constituição* de cada povo depende da natureza e da consciência desse povo, no qual — diz Hegel no § 274 do *Princípios da filosofia do direito* [2003:371] — reside a liberdade subjetiva do Estado, e, portanto, a *realidade da constituição*.

constitucional de um conjunto de objetivos de política económica tende a transformar numa questão de interpretação e de aplicação do direito tudo aquilo cuja concretização deveria ficar ao livre jogo das forças político-económicas. Atribui carácter jurídico ao âmbito da pura luta política, ao mesmo tempo em que coloca nas mãos dos tribunais de fiscalização da constitucionalidade das normas a tarefa espinhosa do controlo de disposições de conteúdo eminentemente político⁸⁴. E prossegue: “A consagração de disposições de alcance programático ou directivo é, contudo, uma consequência directa da constitucionalização de uma escala de valores cuja realização se entende ser natural no modelo do Estado de Direito Social dos nossos dias”. A alusão de Cabral de Moncada ao “Estado de Direito Social” poderia ser tomada pelos adeptos do neoliberalismo — que supõem a substituição daquele modelo por um outro, já mais, porém, formulado completamente nos discursos neoliberais — como expressiva da importância menor das *normas-objetivo*. Aqui me permito, sucintamente, observar que, embora a “globalização” seja um fato histórico, resultante da terceira Revolução Industrial — informática, microeletrónica e telecomunicações —, o neoliberalismo é uma opção ideológica, aliás já em processo de superação. O mercado apenas resolve as contradições do capitalismo na medida em que ordenado e conformado pela mão visível do Estado, instrumentada por um direito por ele posto, comprometido com a preservação dos mercados, a serviço da fluência da circulação mercantil. Daí por que persiste a relevância daquelas normas, seja como indicativas dos fins de políticas públicas a serem implementadas — e me limito a aludir, aqui, ao art. 3.º da CF de 1988 —, seja para a interpretação do direito.

61. Constituição formal e Constituição material

A oposição entre o *dever-ser* constitucional (= concepção formal) e o *ser* constitucional (= concepção material) dá lugar à instalada entre a *Constituição formal* e a *Constituição material*.⁸⁴

Ferdinand Lassalle [1985:19] sustenta que a Constituição é a expressão escrita da soma dos *fatores reais* do poder que regem uma Nação; incorporados a um papel, já não são simples *fatores reais* do poder, mas *fatores jurídicos*; são instituição jurídica. A *Constituição escrita* será boa e duradoura enquanto corresponder à *Constituição material* e encontrar suas raízes nos *fatores reais do poder* hegemônicos no País — onde a *Constituição escrita* já não corresponder à *Constituição material* instalar-se-á um conflito no qual — prossegue Lassalle [1984:41] — a primeira sucumbirá. Lembre-se o que Marx ensina no conhecido trecho do “Prólogo” da *Contribuição à crítica da economia política* [1977:2-3]:

Em um determinado estado do seu desenvolvimento, as forças materiais produtivas da sociedade entram em contradição com as relações jurídicas existentes ou — o que não constitui senão uma expressão jurídica delas — com as relações de propriedade no seio das quais vinham se movendo até então. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, que eram, essas relações se tornam entraves delas. Inicia-se então uma época de revolução social. A transformação da base económica altera mais ou menos rapidamente toda a enorme superestrutura.

Cada povo — ensina ainda Hegel no mesmo § 274 do *Princípios da filosofia do direito* [2003:371] — tem a Constituição que lhe convém e se lhe seja adequada.

84. A distinção entre *Constituição escrita* e *Constituição material* não é assumida pelo pensamento liberal, dado que a passagem de um para o outro plano importaria insuperável invasão da esfera de liberdade dos indivíduos — a Constituição serve para impedir que a liberdade individual seja violada: não pode, ela mesma, comprometé-la. Essa a razão pela qual a distinção foi relegada a segundo plano. A *Constituição*, substanciando o mais conspicuo testemunho do liberalismo e do pensamento liberal, não há de exceder o plano do *dever-ser*. O pensamento liberal, predominante na infância da dogmática jurídica, conhece apenas a positividade da *Constituição formal*, colocando-se inteiramente à margem, de modo a ignorá-la, da *Constituição material*.