



## REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 39

**Da Interpretatio à interpretação: um percurso histórico e teórico**

*From interpretatio to interpretation: a historical and theoretical path*



**UFRGS**

**José Reinaldo de Lima Lopes**  
Universidade de São Paulo

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS

ISSN: 0104-6594 Site: <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: [revistafacdir@ufrgs.br](mailto:revistafacdir@ufrgs.br)

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil

CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>



## Da Interpretatio à interpretação: um percurso histórico e teórico

*From interpretatio to interpretation: a historical and theoretical path*

José Reinaldo de Lima Lopes\*

### REFERÊNCIA

LOPES, José Reinaldo de Lima. Da Interpretatio à interpretação: um percurso histórico e teórico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 3-25, dez. 2018.

### RESUMO

O texto examina o problema da transposição da lei do passado para o presente e do universal para o particular ao longo da história do pensamento jurídico. Primeiramente detecta a consciência dos juristas clássicos a respeito dessas duas questões, em seguida percorre seus textos para mostrar como entre medievais e modernos houve o reconhecimento desse tema. Em seguida mostra como a questão tomou novo rumo particularmente com a influência da obra de Savigny e como, finalmente, ela tomou ares de subjetivismo no Brasil contemporâneo.

### ABSTRACT

*The essay examines the issue of transposing the law from the past into the present and from the universal into the particular along the history of legal thought. It first detects classical jurists' awareness of these two questions, and then follows their texts to show how there has been the acknowledgement of problem among medieval and modern jurists. It then shows how the issue took a particular turn following the work of Savigny and how it lately took an air of subjectivism in contemporary Brazil.*

### PALAVRAS-CHAVE

Interpretação. Compreensão. Subjetivismo. Savigny. Direito medieval. Direito moderno. Direito contemporâneo.

### KEYWORDS

*Interpretation. Understanding. Subjectivity. Savigny. Medieval law. Modern law. Contemporary law.*

### SUMÁRIO

1. Traduzir: do passado ao presente, do universal ao particular. 1.1. Trazer o passado para o presente. 1.2. Relacionar o universal e o particular. 2. A interpretação na história do direito. 2.1. Os medievais. 2.2. Modernidade. 3. A interpretação contemporânea. 3.1. Separação de poderes e ciências do espírito. 3.2. Toda lei precisa de interpretação? Conclusão: os filósofos contemporâneos nos lembram dos juristas clássicos. Referências.

## 1 TRADUZIR: DO PASSADO AO PRESENTE, DO UNIVERSAL AO PARTICULAR

Narrando um diálogo entre o jurisconsulto Sexto Cecílio (?-169ca. DC) e o filósofo Favorino (80-160 D.C.), Aulo Gélíio, nas celebradas *Noites áticas*, põe na boca do filósofo a afirmação de que nas *Leis das doze tábuas* havia pontos

“obscuríssimos ou duríssimos”, ao que lhe responde o jurista:

Quanto às obscuridades, disse Sexto Cecílio, não as atribuíamos à culpa dos que escreveram, mas à ignorância dos que não alcançam a compreensão, embora estejam livres de culpa estes próprios que menos percebem o que foi escrito. Pois o longo tempo obliterou palavras e costumes antigos, palavras e costumes com que se compreende à sentença das leis.<sup>1</sup>

\* Professor Titular da Universidade de São Paulo, foi professor fundador da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas onde lecionou de 2002 a 2014. Pós-doutorado pela Universidade da Califórnia, e foi professor visitante da Universidade Nacional da Colômbia e da Universidade de Munique (Cátedra Rio Branco).

<sup>1</sup> “‘Obscuritates’ inquit Sex Caecilius ‘non adsignemus culpae scribentium, sed inscitiae non adsequentium, quamquam hi quoque ipsi, qui, quae scripta sunt, minus percipiunt, culpa vacant. Nam longa aetas verba atque mores veteres obliteravit, quibus verbis moribusque sententia legum comprehensa est.’” (*Noites Áticas*, Livro XX, 1, trad. José R. Seabra F., Londrina,





Nestes termos, a tarefa de *traduzir*, ou seja, de *trazer* para o presente e para a língua dos presentes, o que disseram os antigos, é a primeira providência a ser tomada para tornar compreensíveis velhas leis. Esse traduzir a *sentença-sentido* das leis (ou dos textos) constitui a primeira função dos juristas nos anos de nascimento da “ciência do direito” universitária na Baixa Idade Média Européia, da qual somos herdeiros. De fato, é sob a denominação de *interpretatio* que se processa o desenvolvimento da doutrina ou dogmática jurídica.<sup>2</sup> Entende-se que seja autorizada pelo próprio imperador Justiniano. A constituição *Tanta*, promulgadora do Digesto, proibiu os comentários, temendo seu efeito desestabilizador, fazendo apenas uma ressalva: ficavam autorizadas as *traduções* *κατα ποδα*, ao pé da letra.<sup>3</sup> Um olhar atento aos clássicos mostra, no entanto, um segundo aspecto, tão relevante quanto o da tensão passado-presente: a tensão universal-singular, o problema

central da predicação, de pôr em palavras e conceitos os fatos, as ações, os negócios singulares.

Em torno desses dois pontos desenvolveu-se longa tradição entre os juristas, não de todo alheia ao que se passava na teologia cristã e, de certo modo, na filosofia.<sup>4</sup> Nestas duas disciplinas tratava-se também de guardar de forma adequada textos que chegavam do passado: as Escrituras e os diversos livros filosóficos (incluindo os de *filosofia natural*).<sup>5</sup> Os textos eram conservados em meio aos comentários que em torno deles se faziam, os quais serviam justamente para atualizá-los, isto é, para trazê-los do passado ao presente, e para aplicá-los, ou seja, para ligar seu conteúdo universal aos casos concretos.<sup>6</sup> Até que a modernidade irrompe com a pretensão de que “*scriptura suis ipsius interpretes*”, os textos embebiam-se de certa tradição, que ao mesmo tempo lhes dava contexto e os retirava do passado distante.

EdUEL, 2010, p. 657) Sendo que “sentença” da lei pode ser tomado por “sentido” da lei, dada sua etimologia, radicada finalmente em *sensus*.

<sup>2</sup> Sobre a doutrina jurídica medieval como *interpretatio* ver Grossi, P. (1995). *L'ordine giuridico medievale*. Roma/Bari: Laterz, pg. 162-175; Cortese, E. (1999). *Il Diritto nella Storia Medievale* (4a. reimpr. ed., Vol. 2). Roma: Il Cigno Galileo Galilei, pg. 77; 391-392; Cortese, E. (1962). *La norma giuridica: spunti teorici nel diritto comune classico* (Vol. 1). Milano: Giuffrè, pg. 257-271.

<sup>3</sup> “...Ut Nemo neque eorum qui in praesenti iuris peritiam habent, neque (qui) postea fierent, audeat commentarios iisdem adnectere; nisi tantum si velit eas in graecam vocem transformare sub eodem ordinem, eadem que consequentia sub qua, et voce romana positae sunt; hoc quod graeci *κατα ποδα* dicunt; et si qui forsitan per titulum subtilitatem adnotare maluerint, e ea quae paratitula nuncupantur, componere.” Const. *TANTA*, § 21. Todas as citações do *Corpus iuris civilis* foram tiradas de GALISSET, G. M. (ed.) (1881) *Corpus iuris civilis*. Paris: a. Cotelle.

<sup>4</sup> Cf. Piano Mortari, V. (1976). *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*. Napoli: Jovene; Maclean, I. (1992). *Interpretation and meaning in the Renaissance: the case of law*. Cambridge: Cambridge University Press; Schröder, J. (2001). *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischer Schule* (1st ed. ed.). München: C. H. Beck.

<sup>5</sup> Essa proximidade entre teologia e jurisprudência foi um dos pontos lembrados e explorados por Gadamer, H.-G. (1988). *Truth and method*. (G. Barden, & J. Cumming, Trans.) New York: Cross Roads, pg. 275 e para ele essa proximidade provinha do fato de que nem o texto bíblico nem o texto jurídico estavam ali para serem apreciados historicamente. Ambos exigiam aplicação. Aldo Schiavone começa elegantemente sua história do direito dizendo: “Nostro racconto comincia da un libro...”, naturalmente o corpo de textos do direito romano, o *Corpus Iuris Civilis*, cf. Schiavone, A. (2005). *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi, pg. 5.

<sup>6</sup> Daí o desenvolvimento de certos procedimentos interpretativos, que não convém chamar de métodos ainda: aparecem em Agostinho, no *De doctrina christiana*, e em Tomás de Aquino, na *Summa Theologiae* (I, q. 1, a. 10), pg. 10. (Foi usada a edição seguinte: Aquino, Thomae de. (1999) *Summa Theologiae*. Cinisello Balsamo (MI), Ed. San Paolo). Cf. Agostinho. (2011). *A doutrina cristã* (3a. ed. ed.). (N. d. Oliveira, Trad.) São Paulo: Paulus. Naturalmente, no caso das Escrituras, Tomás adverte que as coisas mesmas podem ser signo de outras coisas, por isso pode-se entrar no texto sagrado pressupondo-lhe um sentido figurado. Em resumo, os textos bíblicos contêm um sentido literal, um sentido alegórico (os paralelismos entre Antigo e Novo Testamento, ou entre os antigos e Cristo), um senso moral (ensino do que devemos fazer) e um sentido anagógico, a referência possível à realidade gloriosa.





O fato é que a *interpretatio* no direito medieval não fazia ainda uma teoria geral da interpretação, não equivalia à nossa disciplina geral, constituída apenas ao final do século XVIII e início do século XIX. Lembra Schröder que ela se concentrava em alguns textos colecionados no *Digesto*, particularmente no Livro I (*de legibus*), e no Livro L (tit. XVI, *de verborum significatione* e tit. XVII, *de regulis iuris*). Somente no final do século XV começam a aparecer tratados sobre o assunto com certa autonomia. (SCHRÖDER, 2001, pp. 50-53)<sup>7</sup>

### 1.1 Trazer o passado para o presente

No século XX a polêmica a respeito da interpretação como tradução, ou de fidelidade do intérprete àquilo que outrem dissera anteriormente, apareceu em dois juristas já clássicos, como Emilio Betti (1890-1968) e Herbert Hart (1907-1992), e foi igualmente elaborada por um filósofo, Hans-Georg Gadamer (1900-2002). De Gadamer, a despeito de sua importância, não se vai tratar aqui.

Emilio Betti dividia as interpretações em três categorias: *reconhecedoras* (cognitivas), *normativas* e *reprodutoras/reprodutivas* (BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, 1955, pp. 347-349) (BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1971, pp. 40-41). As primeiras abrangiam a filologia e a história, as segundas a jurídica, a teológica e a psicológica, enquanto a terceira abarcava a tradução e a interpretação artística, as artes cênicas e musicais, não por acaso chamadas em inglês de *performing arts*, artes que se realizam pelo *desempenho*, pela ação estendida no tempo. Também aqui não é preciso lembrar

nem esclarecer o embate de Betti com Gadamer,<sup>8</sup> pois o que interessa é a aproximação entre traduzir e interpretar. Betti, fiel à idéia de interpretação como método de conhecimento dos objetos culturais, mostra a diferença entre interpretar o direito e “produzir” uma tradução. A interpretação do direito busca extrair das leis a máxima da ação para o caso concreto. Ela tem um forte acento reconhecedor, mas aplicado. Betti toma o juiz, não o jurista, como intérprete exemplar. O tradutor realiza uma atividade (*desempenhar, perform*) que *reproduz* o discurso alheio. Segundo Betti, a interpretação reprodutiva substitui a forma representada, coloca em seu lugar (do original) um equivalente. E tudo isto é verdade.

Betti subestima dois pontos. Primeiro, o ordenamento jurídico – e todos os ordenamentos jurídicos – passa pela mediação dos juristas e de seu discurso próprio, a doutrina, não apenas pelas decisões singulares de juízes (que aplicam a lei em casos controversos), e de cidadãos (que realizam seus atos e negócios). As leis, para serem integradas num todo de sentido, dependem desta “ciência” do direito. Toda lei chega aos seus destinatários, juízes e cidadãos, mediada pela doutrina. Se a lei não é um comando, imperativo, ou ordem simples - como “feche a porta”, “não atravesse a rua” – seus destinatários valem-se de um conjunto articulado de conceitos que lhes permitem compreendê-la em termos gerais e abstratos, não em termos de mandamentos concretos, individuais e pessoais. Segundo, Betti não nota que cada *aplicação* (pelo juiz ou pelas partes que fazem uso da lei) é ela mesma uma realização da lei, assim como cada discurso ou ato de fala é uma realização da língua em que se faz.

<sup>7</sup> Sobre o desenvolvimento da hermenêutica a partir do século XVI ver especialmente Maclean, I. (1992). *Interpretation and meaning in the Renaissance: the case of law*. Cambridge: Cambridge University Press, *passim*. Ver para o tempo do *ius commune* Piano Mortari, V. (1976). *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*. Napoli: Jovene.

<sup>8</sup> Para o debate entre Betti e Gadamer ver em geral Pessoa, L. C. (2002). *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti: uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris e Grondin, J. (2000). *Hans-Georg Gadamer: uma biografia*. Barcelona: Herder.





Para Betti o interprete é por excelência o juiz, não o *agente* em geral. Ele continua a pensar na interpretação como método de descobrir o pensamento alheio, não a coloca na esfera da prática, do “seguir uma regra”.

Para Hart a questão se colocou para saber em que consistia a atividade do jurista, a dogmática jurídica. Sua primeira impressão do que Kelsen afirmava era que a lei (o legislador, digamos) *faz uso* da linguagem normativa, seu discurso é imperativo. O jurista, porém, *menciona* a linguagem normativa, como se falasse *de fora*, num *discurso indireto* (*reported speech*). Kelsen negava que era isso o que se passava. Anos mais tarde, Hart percebeu que a melhor maneira de compreender a natureza da relação entre lei e ciência do direito seria tratar a última como tradução:

Para compreender a relação [entre direito e ciência do direito] deveríamos tomar em consideração a que existe entre o falante de uma língua estrangeira e o seu intérprete... (HART, 1983, p. 292)

Quando transmite uma ordem o intérprete não está apenas falando a respeito da ordem dada. Ele “representa” (as aspas são de Hart) a ordem original, não a menciona. Trata-se de uso especial da linguagem, não referência a outra linguagem (HART, 1983, p. 294). Se esta é ou não a melhor interpretação de Kelsen não precisamos discutir aqui. O importante é que para dar-se conta do que é a ciência do direito Hart a toma por um processo

de tradução: *interpretatio*, portanto, no sentido primeiramente usado pelos juristas, segundo o qual eles estavam apenas traduzindo para seu tempo e sua língua as mesmíssimas leis romanas, *κατα ποδα*, ao pé da letra. Naturalmente para fazê-lo deviam ser capazes de falar como falou o emissor original da ordem, deviam colocar-se de um *ponto de vista interno*, usar das mesmas suposições contidas na linguagem, na prática ou na instituição a que pretendiam dar “voz”.<sup>9</sup>

A primeira tarefa da interpretação jurídica é, pois, traduzir e trazer para o presente as palavras do passado.<sup>10</sup> De fato, como a lei é feita para vigorar para o futuro, por definição é preciso valer-se de expressões firmadas no passado para qualificar os fatos futuros. Há necessariamente uma distensão no tempo. Não é possível seguir uma regra inexistente. E se a regra existe, ela de certo modo antecede e precede as circunstâncias em que vai ser aplicada. Antecede logicamente e no direito positivo antecede também cronologicamente, como esclarece Fuller (FULLER, 1964, p. 53)<sup>11</sup>

Entretanto, trazer para o presente as palavras da lei não é muito simples. Como destaca a expressão de Sexto Cecílio, o que se tornou estranho aos contemporâneos não foi apenas o vocabulário, mas o vocabulário e os costumes (*verba atque mores*), e os costumes bem poderíamos entender como o modo de vida, o contexto, as práticas, os “jogos de linguagem” e,

<sup>9</sup> Em muitos textos latinos a palavra *vox* poderia bem ser traduzida por aquilo que hoje se designa por *evento do discurso*, ou *parole* na linguagem de Ferdinand de Saussure. Existem as palavras (*verba*) como signos, existe o discurso eventual (*vox dicentis*), e existe o sentido permanente do discurso (*mens dicentis*). Cf. Betti, E. (1971). *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*. In: E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (pp. 3-56). Milano: Giuffrè, p.13.

<sup>10</sup> Deniau esclarece que *interpretação* hoje não equivale ao sentido grego de *hermeneia* como usado por Aristóteles. A obra aristotélica sobre *Hermeneia*, traduzido para o latim por Boécio como *De interpretatione*, diz respeito à enunciação ou à expressão, não à exegese ou explicação dos textos. O tratado refere-se “à proposição declarativa ou

enunciado, suas partes (nome, verbo) e seus modos (afirmação, negação). O objeto do tratado de Aristóteles é de fato a expressão verbal, e foi assim que os comentadores latinos do texto o entenderam: a *interpretatio* é um dito articulado (*vox articulata*) pronunciada com a intenção de significar, ou um dito significante (*vox significativa*) que significa por si alguma coisa diferente dela mesma”. Deniau, G. (2015). *Qu'est-ce qu'interpréter?* Paris: Vrin, p. 7-8.

<sup>11</sup> Tomás de Aquino dirá que é da razão de ser da lei que seja promulgada, isto é, que valha apenas quando feita conhecer publicamente (*ST*, Ia-IIae, 90, a.4 – a lei só pode ser aplicada, ou usada diríamos, quando dela se tem conhecimento [*notitia*], o que ocorre apenas com a promulgação).





especialmente, as instituições dentro das quais as palavras faziam sentido. Em outras palavras, esses “costumes” de que fala Sexto Cecílio bem podem ser o “pano de fundo”, as pressuposições de todos os envolvidos em uma atividade. A tradução das leis para os contemporâneos implicaria, pois, tanto a reconstrução das expressões lingüísticas e verbais, quanto a reconstituição dos costumes, dos modos de dizer, ou, como diz Wittgenstein, os *jogos de linguagem*. Em resumo, a cultura institucional toda em que as palavras e os discursos viviam, as “background assumptions” por assim dizer, ou o “contexto de nossas instituições” como diz Anscombe. (ANSCOMBE, 1958).

Alguém poderia objetar que isso era muito mais importante para as sociedades em que a forma de dominação era tradicional, não legal-racional, como diz Weber. Quando se tratasse de sociedades modernas em que o direito seria positivo, a tensão temporal diminuiria consideravelmente, pois se legislaria corriqueira e diariamente e a distância entre a lei original e sua aplicação atual seria muito diminuída. A distância entre passado e futuro tornar-se-ia secundária, pode-se dizer, porque de um lado já não respeitáramos os textos antigos por sua antiguidade, como os medievais, e de outro lado disporíamos da faculdade generalizada de legislar a torto e a direito, a qualquer momento e praticamente sobre qualquer coisa.

A objeção não convence, porque mesmo no sistema contemporâneo, em que a velocidade da legislação é acelerada e em que tudo pode estar a cargo da vontade do legislador, é da essência da lei preceder os fatos. Ou seja, se alguém deve conformar-se a uma norma, é preciso que a norma exista antes da ação. No caso do direito positivo, essa antecedência deve ser cronológica. (FULLER, 1964) (BARZOTTO L. F., 2014) É da

essência da lei, portanto, que haja tensão entre o passado, do qual ela procede, e o presente no qual se atua. É condição lógica, para não dizer transcendental, que a regra preceda a ação. E é essencial também que a lei se subordine a uma linguagem, como a da doutrina jurídica, que não se altera com a velocidade das decisões do legislador. Em outras palavras, não apenas continua a existir – por definição e não por acidente – uma diferença entre o momento de criação da lei e o momento de seu uso ou aplicação, como também a lei continua a ser lida e compreendida por uma cultura jurídica que não muda com a velocidade das alterações legislativas. Temos aqui, portanto, um primeiro tema da interpretação como tradução do passado para o presente.

## 1.2 Relacionar o universal e o particular

Existe, contudo, um segundo tema. Trata-se da “distância” entre o geral e o particular, entre o universal dos conceitos usados pela lei e o singular das ações que se avaliam segundo a lei. É outra espécie de razão de ser para as teorias ou doutrinas da hermenêutica jurídica.<sup>12</sup>

Daí se apresenta o problema da relação entre o tipo definido no direito posto, os conceitos usados para fazer a lei, e os casos concretos. O tema tornou-se clássico já na filosofia antiga. Na *Retórica*, Aristóteles dá o exemplo paradigmático, o caso do “anel de ferro”:

Ora esta lacuna da lei existe tanto contra a vontade dos legisladores como por vontade dos mesmos. Contra a vontade dos legisladores quando um fato lhes passa despercebido; por vontade dos mesmos quando, não podendo precisar tudo, eles têm de estatuir princípios gerais que não são aplicáveis sempre, mas só as mais das vezes. Verifica-se isto sempre que é difícil precisar, em razão da infinidade dos casos; por exemplo, se se trata de uma ferida com um objeto de ferro, é impossível determinar as

<sup>12</sup> Um trabalho recente de jovem jurista trouxe de volta justamente este tema, relacionando o lugar da equidade com a distância entre a generalidade da lei e a singularidade das

decisões e vale a pena ser lido: Alvarez, A. (2015). *Interpretação do direito e equidade*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, particularmente pg. 152-165.





dimensões e a forma desse objeto: faltaria o tempo para enumerar tais particularidades. 14. Sendo, pois infinita a matéria sobre a qual se deve legislar, e sendo necessário, apesar de tudo, estabelecer leis, é forçoso falar em geral: por exemplo, se uma pessoa tem no dedo um anel de ferro e levanta a mão e fere, essa pessoa é passível da lei escrita e comete um delito; mas, na verdade, não o comete. Ora, nisto precisamente consiste a equidade)<sup>13</sup>

Outro exemplo clássico que mostra a tensão entre a norma, geral por definição, e a ação ou caso, necessariamente particulares, encontra-se na *República* de Platão:

Na hipótese de alguém receber para guardar a arma de um amigo que se encontra são do juízo, e este, depois, com manifesta perturbação de espírito exigir que lhe restitua, todo o mundo concordará que não se deve devolvê-la e que não andaria direito quem lhe fizesse a vontade ou tudo contasse a um indivíduo em semelhantes condições.<sup>14</sup>

O exemplo é retomado por Tomás de Aquino.<sup>15</sup> A regra é que se devolvam os depósitos. As circunstâncias particulares, neste caso o estado mental do depositante no momento, permitem que não se devolva. Muitas vezes essas circunstâncias são elas mesmas objeto de outras normas e se apresentam como tipos universais: no caso do direito penal as circunstâncias agravantes ou atenuantes de um crime são frequentemente mencionadas de forma genérica também. Exemplo atual se encontra no direito brasileiro: “a impossibilidade de defesa da vítima” (Código Penal Brasileiro, art. 61, II, c). Outras vezes, as circunstâncias são pressupostas ou implícitas,

mas igualmente generalizáveis, como a boa-fé: todo o sistema jurídico pressupõe que os agentes se expressam de boa-fé. Se a má-fé fosse pressuposta não seria possível cooperar, pois não seria possível esperar do outro que fizesse aquilo que nos faz crer que fará. A boa-fé por isso mesmo é chamada de um *princípio*, isto é, um sentido pressuposto do sistema.<sup>16</sup> Ora, o bom intérprete conhece não apenas as regras explícitas, formuladas como normas, mas as regras implícitas, não formuladas em atos legislativos, embora por eles pressupostas.

Os casos do anel de ferro e do depósito da arma são exemplares da tensão entre o universal de qualquer conceituação e o particular de qualquer ação. A ação é da esfera do contingente e do singular: cada ação é única, e acontece no tempo e no espaço, enquanto o conceito é da esfera do universal, os conceitos não se relacionam com as ações como os nomes próprios se relacionam com os indivíduos. Existem mais coisas singulares no mundo do que palavras para designá-las. Incorremos, portanto, nos problemas de homonímia, como ressaltara o mesmo Aristóteles, e precisamos distinguir os casos e não apenas as palavras. Essa distância entre o universal da regra e o singular do caso é irreduzível, pois a linguagem só pode existir fazendo uso de palavras, e as palavras são finitas, enquanto os singulares são, podemos dizer, infinitos. Aristóteles, naturalmente, chama a atenção para este fato em *Argumentos sofisticos*:

<sup>13</sup> Aristóteles, *Arte Retórica*, Livro I, 13, 1374<sup>a</sup>, 25-32, 35, 1374b 1-5, trad. Antônio Pinto de Carvalho, S. Paulo, Tecnoprint, sdp. Qualquer semelhança com o exemplo do veículo no parque, tornado famoso por H. Hart no seu *O conceito de direito* não é mera coincidência. Aliás, a longa elaboração de Schauer (2002[1991]). *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, p. 40-52 e 64-72) é uma rerepresentação do tema, embora sem qualquer referência à filosofia antiga ou à tradição jurídica ocidental, exceto por exemplos recentes do mundo anglófono.

<sup>14</sup> *República*, 331 a, c, Livro I, trad. Carlos Alberto Nunes, ed. Benedito Nunes, Belém, Pará, 2000, pg. 54.

<sup>15</sup> Cf. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, IIa-IIe, 57, a. 2, ad 1. Foi usada a edição em latim em um volume *Summa*

*Theologiae*, Cinisello Balsamo, Milano: Ed. San Paolo, 1999, pg. 1329.

<sup>16</sup> Não por acaso um jurista esclarecido como Tullio Ascarelli fazia reiteradas referências às premissas implícitas dos sistemas e culturas jurídicas. Para entender um direito qualquer, como o brasileiro, dizia ele que era preciso descobrir suas premissas implícitas, justamente as que todos usavam sem que ninguém as expressasse verbalmente. Eram elas as pressuposições necessárias do sistema. Cf. v.g. Ascarelli, T. (1949). *Funzioni economiche e istituti giuridici*. In T. Ascarelli, *Saggi Giuridici*. Milano: Giuffrè, pg. 98-99; e id. (1949). *Premesse allo studio del diritto comparato*. In T. Ascarelli, *Saggi Giuridici* (pp. 3-40). Milano: Giuffrè, pg. 10.





quando falamos (ou discutimos) não podemos apresentar a própria coisa, mas trazemos a coisa à discussão por meio de seu *nome*. Ora, os nomes (substantivos, por exemplo) são finitos, mas o total de coisa existentes pode não ser. Por isso, diz ele, pode acontecer de os ouvintes serem manipulados pelo orador, quando eles não conhecem adequadamente o poder das palavras...<sup>17</sup>

A consciência do problema posto pela universalidade da norma já se encontrava na tradição jurídica romana. O fragmento de Juliano (D. 1, 3, 10)<sup>18</sup>, afirma que nem a lei nem os senadoconsultos podem tratar de todos os casos aos quais eventualmente se apliquem: basta que compreendam os que podem acontecer nas mais das vezes. Trata-se de advertência contra a idéia de que a lei escrita deve ser de tal modo redigida que não deixe de fora nenhum caso. No mesmo *Digesto* conservaram-se os fragmentos de Pompônio (D. 1, 3, 3)<sup>19</sup> e Celso (D. 1, 3, 4 e 5)<sup>20</sup>, indicando que a lei deveria tratar daquilo que é freqüente, não daquilo que ocorre excepcionalmente, ou seja, a lei por definição retiraria dos singulares uma disposição geral. Igualmente Ulpiano (D. 1, 3, 8)<sup>21</sup> lembra que a lei não estatui para uma só pessoa, mas em geral. Os textos reconhecem justamente a distância necessária entre a expressão discursiva, por meio de palavras e conceitos, e as “coisas do mundo”.

<sup>17</sup> “É impossível introduzir numa discussão as próprias coisas discutidas: em lugar delas usamos os seus nomes como símbolos e, por conseguinte, supomos que as conseqüências que decorrem dos nomes também decorram das próprias coisas, assim como aqueles que fazem cálculos supõem o mesmo em relação às pedrinhas que usam para esse fim. Mas os dois casos (nomes e coisas) não são semelhantes, pois os nomes são finitos, como também o é a soma total das fórmulas, enquanto as coisas são infinitas em número. É inevitável, portanto, que a mesma fórmula e um nome só tenham diferentes significados.” Aristóteles. (1973, pg. 161). *Dos argumentos sofisticos*. (L. Vallandro, & G. Bornheim, Trans.) São Paulo: Abril Cultural.

<sup>18</sup> “Julianus, lib. 59, *Digestorum*: Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui

Porque a lei é geral por definição - e não por acaso - ela contém inevitável tensão com os casos.

Normas (incluídas as leis) existem e se aplicam em todas as atividades humanas, em todas as práticas dentro das quais se pode dizer que há um modo certo e um errado de fazer as coisas. Em todos os casos, as normas servem de “regula et mensura”, regra e medida das ações. A rigor, toda atividade, prática ou “forma de vida” tem suas regras. Algumas constitutivas e implícitas, outras regulativas e explícitas. Tomemos as ações como “jogadas” ou “lances” dentro de uma prática qualquer. Assim, as leis dirigem os agentes para realizarem ações, e estas, porque existem fora da mente (mas não fora dos agentes), são sempre singulares. Tudo o que existe fora da mente, dizia Guilherme de Ockham, é singular. (OCKHAM, 1979, p. 358)

Seguindo linha semelhante à de Aristóteles e dos juristas romanos, Tomás de Aquino lembra que “as ações acontecem nos singulares”, ou seja, cada ação só pode dar-se uma vez no tempo, no espaço e por meio de um ou vários agentes determinados. A prudência é exatamente o hábito (virtude) pelo qual percebo de modo conceitual (racional/universal) as ações singulares. As ações mesmas não são universais, como podem eventualmente ser os “nomes” - ou conceitos - pelos quais as designamos. Por isso, a distância entre o nome da ação, mencionado na lei, e a ação

quandoque inciderint, comprehendantur; sed sufficit [et] ea quae plerumque accidunt contineri.”

<sup>19</sup> “Ulpiano, lib. 25, *ad Sabinum*: Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae ἐπι το πλειστον, id est, ut plurimum, accidunt, no quae εἰς παραλογου, id est ex inopinato.”

<sup>20</sup> “Celsus, lib. 5, *Digestorum*: Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur.” E “Celsus, lib. 17, *Digestorum*: Nan ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile quam quae perraro eveniunt.”

<sup>21</sup> “Ulpianus, lib. 3, *ad Sabinum*: Jura non in singulis personas, sed generaliter constituuntur.”







mesma, é inevitável. É a virtude da prudência que supera essa distância.<sup>22</sup>

Pode-se dizer que no ato da aplicação ou no seguimento singular da regra geral, há alguma forma de interpretação da regra, mas isso significa apenas que os agentes conhecem o sentido permanente, e não apenas frases contingentes. Vivemos num mundo em que o reconhecimento do mesmo – ou seja, ser capaz de ver o igual, de conhecer no caso singular o mesmo que conhecia em outro caso singular. No caso do reconhecimento da igualdade das ações humanas trata-se de uma habilidade que bem poderia chamar-se de a *habilidade de seguir regras*, a habilidade de reconhecer os iguais, nas ações e nas suas circunstâncias, de reconhecê-los, portanto, conceitualmente. Este é o segundo ponto que as doutrinas da hermenêutica jurídica não podem ignorar.<sup>23</sup>

## 2 A INTERPRETAÇÃO NA HISTÓRIA DO DIREITO

### 2.1 Os medievais

Reconhecendo que essa distância não é defeito característica da ordem jurídica, aos juristas coube definir a competência para interpretar com autoridade e pôr fim à questão. Assim, a questão para eles não era apenas fornecer aos intérpretes os critérios para eliminar a distância entre lei e caso, mas também salvar a

unidade do sentido por meio de uma forma de autoridade. Como assinala Cortese, não bastava aos juristas a compreensão geral dos problemas de interpretação, ou a apropriação de categorias filosóficas (aristotélicas e escolásticas), pois estas, se bem que conhecidas, forneciam um conhecimento “exterior e distante da aplicação a problemas técnicos”. (CORTESE, *La norma giuridica: spunti teorici nel diritto comune classico*, 1962, p. 260). Grossi expressa ideia semelhante, explicando que os juristas viram-se na contingência de determinar os sujeitos da interpretação, entre os quais eles mesmos. (GROSSI, 1995, p. 166). Tratava-se, pois, de fixar as competências, justamente na medida em que a interpretação doutrinal ia a pouco e pouco ultrapassando a simples tradução “ao pé da letra” devido à necessidade de adaptar as “leis romanas” aos novos costumes (ou novas práticas, no sentido wittgensteiniano). Mas a via era de mão dupla: porque o direito romano fornecia o quadro mais elaborado de leis, os medievais também traduziam suas próprias instituições para os vocábulos romanos. (KELLEY, 1990, p. 230)<sup>24</sup> Foi assim que em Portugal os desembargadores eram tidos por *senadores*, porque se assemelhavam em função (conselho do príncipe) e estado (vitalícios que eram) aos senadores romanos, ou pelo menos aos senadores do tempo de Justiniano.

<sup>22</sup> “Ad prudentiam pertinet no solum consideratio rationis, sed etiam applicatio ad opus, quae est finis practicae rationis. Nullus autem potest convenienter aliquid alteri applicare nisi utrumque cognoscat, scilicet et id quod applicandum est e id cui applicandum est. Operationis autem sunt in singularibus.” (“É próprio da prudência não só a consideração da razão, mas também a aplicação à obra, que é fim da razão prática. Ora, ninguém pode aplicar convenientemente uma coisa a outra sem conhecer ambas; o que é necessário aplicar, e aquilo ao que se deve aplicar. As ações, porém, acontecem nos singulares.”) (*Summa Theologiae*, IIa-IIae, q. 47, a.3, *respondeo*, cit., pg. 1329. A discussão continua nas respostas aos argumentos, insistindo que “a infinitude dos singulares não pode ser abarcada pela

razão humana”, sendo, portanto, “reduzida a um número finito de casos mais frequentes”.

<sup>23</sup> Scheleiermacher dá-se conta disso, no momento histórico em que a hermenêutica jurídica atravessa profundas mudanças. Diz ele que ela, a hermenêutica jurídica, “lida na maior parte das vezes, com a determinação da extensão da lei, isto é, com a relação dos princípios gerais com o que neles não foi concebido claramente.” Schleiermacher, F. (2015). *Hermenêutica, arte e técnica da interpretação* (10a ed. ed.). (C. Braidia, Trad.) Petrópolis: Vozes, pg. 29. A falta de clareza de um princípio geral se mostra em seu confronto com o caso particular.

<sup>24</sup> Foi assim que os grandes tribunais passaram a ser chamados de *senados* em várias jurisdições e seus ministros chamados de senadores.





Se bem que a Constituição *Tanta*, mencionada antes,<sup>25</sup> reconhecesse a possibilidade de tradução, inclusive a de aplicação, o problema era saber quem teria a última palavra em um caso ou noutro. Os juristas partiram das disposições do direito romano contidas principalmente no *Digesto*, 1, 3, 10 (Título *de legibus*, especialmente o fragmento de Ulpiano, “Nec leges”) e no *Código*, Livro 1, 14 e 15 (títulos *de legibus et constitutionibus principum* e *de mandatis principum*). No primeiro, encontravam o conhecido problema das relações entre universal e singular, no segundo os casos e formas de consulta ao imperador para resolver dúvidas. Nesses lugares falava-se do uso dos costumes como intérpretes das leis (ou seja, o uso daquilo que sempre se faz) e quando o juiz estava autorizado a passar de um caso a outro (analogia) sem precisar recorrer à opinião do príncipe.

Como leis não se fazem para pessoas, mas para *categorias* ou classes de pessoas sua universalidade é de sua essência. Eventos extraordinários, como a ressurreição de Lázaro, disse **Bártolo** (1317-1357), não podem ser objeto de legislação. As exceções, dizia por sua vez **Baldo** (1327-1400), acontecem na predicação (ou seja, no uso), mas não são aquilo de que podem tratar as regras enquanto regras. Não é possível, humanamente, dizia ele, prever, de maneira fechada, todos os casos, pois a “natureza e as ações humanas produzem continuamente novas formas”, a natureza como que gera (“quasi ex utero natura”) o novo, e, portanto, algumas vezes

é preciso consultar o legislador, ou os jurisconsultos, pois “novos casos pedem novos remédios”.<sup>26</sup> O ponto de partida dos medievais é simples: as coisas mesmas são infinitas e variadas, e os seres humanos, entre os quais os legisladores, são mortais que nem pelos sentidos (ou seja, pela experiência) nem pela inteligência podem perscrutar tudo. Além disso, diz Baldo, “nossa ciência trata do contingente” (*accidens*) e dos fatos humanos. No mundo em que a tradição tinha papel importante, o primeiro auxiliar do intérprete era o costume, o que sempre se fazia. O segundo, análogo ao costume, era a opinião dos doutores, o que costumeiramente diziam os mais sábios. E se houvesse opiniões douradas divergentes, a decisão caberia ao autor das leis.

Era preciso ainda distinguir as espécies possíveis e plausíveis de dúvidas. Elas teriam diferentes dimensões. Uma aparecia porque a matéria era nova, não tinha antecedentes nem previsão: neste caso recorria-se ao legislador. Outras vezes, a questão tinha origem na obscuridade da redação, e também aqui faz sentido consultar o autor da lei, porque só pode esclarecer a lei quem pode criá-la. Algumas nasciam de contradições da própria lei, outras porque em torno delas formaram-se muitas opiniões divergentes. Mas existiam casos que era próprio do juiz definir a questão, por meio de argumentos ou dos sentidos das leis em geral. Nestes casos, ele poderia proceder “*de similibus ad similia*” e sua determinação seria definitiva entre as partes.<sup>27</sup> Nessa tipologia de dúvidas, não

<sup>25</sup> “Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referetur, et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari.” (Mas, como foi dito, se parecer que algo está ambíguo, seja levado pelos juizes ao cimo imperial e seja esclarecido pela Augusta majestade, a quem unicamente se permite criar e interpretar leis). *Tanta*, § 21, in fine.

<sup>26</sup> Baldo, *Commentaria Digestum vetus...*: “Non potest legislator sigillatim determinare omnes casus quo videmus de novo occurrere quasi ex útero natura, quia natura et hominum actus semper novas producunt formas, et ideo in istis novis casibus consulendum est princeps, vel

iurisconsultos, ut decidant quid iuris, nam novis casus desiderant nova remedia.” (p. 18) O legislador não pode determinar de modo conclusivo (fechado) todos os casos, pois casos novos se apresentam sempre. O argumento é o mesmo. Note-se, porém, que aqui já consta que se pode recorrer aos jurisconsultos para resolver os casos. Havia se estabelecido a prática da consulta, da chamada “opinio pro veritate” fornecida pelos juristas quando consultados. Entretanto, continuava vigente simultaneamente a doutrina segundo a qual a opinião dos juristas não obrigava, era apenas “provável”.

<sup>27</sup> id., ib.: “Quandoque occurrit nova materia et tunc recurrendum est ad legislatorem. (...) Quandoque est dubia





escapavam as *maliciosas*, introduzidas em casos onde não havia razão alguma para duvidar. Era o uso puro e simples da chicana e do sofisma que com o tempo criou enorme desprestígio para os juristas e o direito.

Assim como há variedades de dúvidas, assim também há diferentes interpretações. Comentando o *Codex* (I, 14, 1 *inter aequitatem*), Bártolo distinguia a interpretação (a) necessária em geral, (b) necessária entre partes e (c) provável. A primeira procedia do Imperador: seria necessária porque obrigaria por si mesma, e geral porque obrigaria a todos para o futuro.<sup>28</sup> A segunda, a interpretação do juiz, obrigaria por autoridade (necessária), mas apenas às partes do processo. A terceira não obrigaria por si, e por isso chamada apenas de provável: poderíamos dizer que obrigaria apenas por suas razões intrínsecas, sua autoridade seria apenas racional ou intelectual, ou por força de ser a interpretação da maior e melhor parte dos juristas.<sup>29</sup>

questio propter repugnantias legum et rationum (...) vel propter multipliciter opinorum et tunc similiter legislator est consulendus. (...) Quandoque est casus dubius propter legis obscuritatem et idem quia eius est declarare leges qui eas tollit. (...) Et hoc si volumus habere certitudinem necessária et invariabilem.” Baldo ressalta ainda que se a dúvida for apenas “provável”, ou seja, suscitada por diferentes opiniões dos doutores, o juiz deve decidir sem recorrer desnecessariamente ao príncipe. Em resumo, quando a dúvida for intrínseca à lei (por sua redação, por exemplo) é que o recurso ao soberano é indispensável. Por isso, as provocações ao príncipe, por meio da *relatio*, se classificavam em (a) *necessária* (quando faltava ao oficial/juiz competência para decidir), (b) *provável* (quando havia lei, mas havia também opiniões divergentes), (c) *temerária* (quando o julgador tivesse dúvidas sobre a instrução do processo) e (d) *maliciosa* (quando o julgador criava dúvida onde não havia motivo para tanto). Baldo. (1564). *In Tres priores libros codicis praelectiones*. Lugduni, sobre o C. 1, 14, 1 e 2.

<sup>28</sup> Assim também Baldo: “Sententia principis quando venit ad declarando aliquod dubium facit ius quo ad omnes.” Baldo. (1564). *In Tres priores libros codicis praelectiones*. Lugduni, pg. 63

<sup>29</sup> Bártolo de Sassoferrato. (1570). *In Priman Codicis partem*. Venetiis: Iuntas, L.I, t. 14., pg. 27.

<sup>30</sup> *ST Ia-IIae, q. 96, a. 6* - “Videtur quod non liceat qui subditur legi, praeter verba legis agere.” (Aquino, 1999, pg.

Os vestígios desta solução e sua razão de ser encontram-se em toda tradição jurídica ocidental. Tomás de Aquino partiu da afirmação conhecida de que o intérprete singular, juiz ou quem estivesse sujeito à lei, não deveria ultrapassar as palavras da mesma lei.<sup>30</sup> Elas devem ser compreendidas dentro do “jogo de linguagem” no qual se encontravam. A limitação entre do geral da “previsão” legal ao particular do caso criava uma tensão, que exigia capacidade de distinguir o igual do diferente. Apenas se a observância (literal) da lei trouxesse perigo imediato se justificava certa liberdade. Isso não devia permitir que qualquer um (*quemlibet*) se colocasse no lugar do legislador para declarar o fim comum da república e, portanto, da lei.<sup>31</sup> Essa determinação cabia aos “soberanos” (*príncipes*), pois uma interpretação que suspendesse a lei (*dispensatio*) consistiria, afinal, numa interpretação genérica dos fins da lei, que não podiam ser definidos por qualquer um. Em caso de fundada dúvida ou bem

966). Esse é o ponto de partida do argumento. *Sed contra*, ele vai oferecer em seguida os casos em que se pode ir além das palavras.

<sup>31</sup> *ST Ia-IIae, q. 96, a. 6*, respondeo: “Quia igitur legislator non potest omnes singulares casus intueri, proponit legem secundum ea quae in pluribus accidunt, ferens intentionem suam ad communem utilitatem. Unde si emergat casus in quo observatio talis legis sit damnosa communi saluti non est observanda. (...) Sed tamen hoc est considerandum, quod si observatio legis secundum verba non habeat subitum periculum, cui oportet statim occurri, non pertinet ad quemlibet ut interpretatur quid sit utile civitati et quid inutile, sed hoc solum pertinet ad príncipes, qui propter huiusmodi casus habent auctoritatem in legibus dispensandi.” (Aquino, 1999, pg. 966) Como se vê, o ponto de partida é a constatação de que o legislador não pode prever todos os casos, em linha com a advertência de Aristóteles, de que não podemos ter todos os singulares na cabeça, e com a lição conservada no *Digesto*, de que a lei se faz em geral e para os casos que acontecem na maioria das vezes. Se o caso não puder ser decidido assim, apenas em caso extremo pode o juiz afastar-se da lei, pois de outro modo estaria autorizado cada juiz em cada caso julgar o que é o bem geral ou comum da república. No caso extremo, diz ele, o não está julgando a lei, mas o caso. Mas, insiste, o caso precisa ser extremo. Se não for, se a radicalidade do caso for duvidosa, deve-se julgar segundo as palavras da lei, ou consultar o superior.





seguia-se a letra, ou se consultava o superior.<sup>32</sup> Ia no mesmo sentido Bártolo, para quem as palavras escritas eram um limite à interpretação, pois de outro modo se abriria a porta ao arbítrio. O juiz, autorizado a julgar por analogia, ou seja, passar de um caso ao caso semelhante, tinha como guia os costumes, a maneira como sempre se fizera, a maneira pela qual normalmente as pessoas agiam, normalmente no sentido de uma regra que podiam expressar.<sup>33</sup>

O problema real era a existência de vários agentes para exercer a jurisdição e decidir conflitos. Empiricamente poderia ocorrer que atribuíssem sentidos diferentes às mesmas leis. Perder-se-ia assim o conceito de igualdade, de que a lei se aplicava a todos, que todos se encontravam igualmente sob as mesmas leis. Ora, se é da essência da lei abranger igualmente os casos iguais, é preciso que alguém estabeleça essa igualdade. Se cada um tivesse competência para em cada caso determinar sua extensão ou abrangência estaria rompida a idéia mesma de generalidade e igualdade da lei. O discurso dos juristas afirmou que a autoridade para legislar incluía a de interpretar. As divergências seriam resolvidas levando-as ao soberano *a priori*, por meio de uma *consulta*, ou *a posteriori*, por meio de um recurso (apelação ou revista, na tradição portuguesa e brasileira). O brocardo latino, que sintetizava esse pensamento, era *interpretare est*

*condere leges*, interpretar é fazer as leis, ou nas palavras transmitidas por Baldo, “ei est interpretari cuius est condere.”<sup>34</sup>

## 2.2 Modernidade

Aparecem, entretanto, fatores novos a determinar certas mudanças. Em primeiro lugar o senhorio do príncipe começa a restringir-se às monarquias nacionais em formação. Era preciso garantir a interpretação das leis pátrias (*ius patrium*) contra a tradição, tanto do direito romano (tido por universal) quanto dos costumes (locais). Colocam-se a serviço de monarquias nacionais e defendem-lhes o poder de interpretar o *ius patrium*. (BIROCCHI; MATTONE, 2006) Encontram-se em praticamente todas as jurisdições as cortes soberanas, que interpretam em nome do príncipe, porque, segundo a ideologia da época, fazem parte do próprio corpo do rei.<sup>35</sup> Trata-se do bem conhecido e longo processo de centralização das fontes do direito. Em segundo lugar, os juristas começam a desenvolver uma espécie de jurisprudência “flamejante”, da qual se poderia facilmente perder o controle pela multiplicação das exceções, gerando crescentes críticas à insegurança, excepcionalidade e confusão do regime (CORTESE, *Il Diritto nella Storia Medievale*, 1999, p. 392).<sup>36</sup>

<sup>32</sup> ST Ia-IIae, q. 96, a. 6, ad 2. “Ille qui sequitur intentionem legislatoris, non interpretatur legem simpliciter, sed in casu in quo manifestum est per evidentiam nocumenti, legislatorem aliud intendisse. Si enim dubium sit, debet vel secundum verba legis agere, vel superiores consulere.” (Aquino, 1999, pg. 966)

<sup>33</sup> A discussão encontra-se em Bártolo (1570) *In Priman ff veteris partem*. Venetiis: Ivntas. sobre D., 1, 4, 10 (ou 9, na edição de 1570)

<sup>34</sup> “Sententia deffinitiva principis lata super causa de qua plene cognovit et eius declaratio, habet vim legis generalis et ei est interpretari cuius est condere.” (Baldo, *In tres priores libros*, cit.)

<sup>35</sup> V. em geral Krynen, J. (2009). *L'ideologie de la magistrature ancienne*. Paris: Gallimard. Em Portugal a idéia aerece em todos os modernos mais importantes, como Portugal, D. A. (1699). *Tractatus de donationibus regius in*

*duos tomos divisus*. Lugduni: Anisson & Possuel, Livro II – Regalias maiores, cap. VII, da Suprema Jurisdição, n. 46: “Senatus principem repraesentat et eadem cum Principe habet potestatem in decisionem causarum”; n. 47: “Senatores sunt partes Principis et ab eo venerantur, quia pars principis corporis sunt.” Semelhante idéia em Aboim, D. G. (1699). *Tractatus de recusationibus omnium iudicium officialumque tam justitiae commutativae quam distributivae utriusque fori tam saecularis quam ecclesiastici sive regularis*. Coimbra: Joannis Antunes, especialmente L. II, Cap. II, quando discute a possibilidade de recusação dos Desembargadores, que são, em Portugal, parte do corpo do rei.

<sup>36</sup> “Com o passar do tempo e de maneira evidentíssima a partir dos séculos XV e XVI, o juristas se acostumaram a procurar *rationes* mais criadas pela sua mente do que cuidadosamente retiradas da letra das ‘leis’ as quais ele





Pegas (1635-1696), o respeitado comentador das *Ordenações do Reino*, as Filipinas de 1603, explica os casos em que podem surgir dúvidas.<sup>37</sup> Inicialmente expõe seu conceito de interpretação: trata-se de esclarecer (*declaratio*) uma palavra ou uma “sentença” (expressão) por outras. Mas, adverte ele, isso só se admite quando a lei for literalmente obscura ou ambígua, ou seja, quando parecer incompreensível ou puder ser compreendida em dois sentidos diversos, conforme, diz ele, tantos doutores (isto é, juristas) já haviam transmitido às gerações presentes. E esses mesmos doutores haviam ensinado a não confundir uma interpretação geral, válida para todos os casos, de uma aplicação em algum caso concreto. A primeira, na qual a lei é abstratamente obscura, ou seja, em que pode ser interpretada diversamente em vários casos, só poderia ser fixada pelo soberano, ou pelo tribunal que fazia as vezes de soberano em matérias de justiça.<sup>38</sup> Mesmo fazendo as vezes de soberano, o tribunal não deveria alargar nem restringir o sentido, apenas fixá-lo.<sup>39</sup> No caso de Portugal destacava-se a Casa da Suplicação de Lisboa, a cujo Regedor se

atribuía papel central, cuja prudência pessoal era considerada razão de ser para sua indicação.<sup>40</sup> A virtude da prudência, afinal de contas, era que o tornava capaz de distinguir o bem do mal, moderava os homens e precedia todas as outras virtudes intelectuais, como a ciência, a arte e a sabedoria.

Ao final do século XVIII, depois das severas críticas de Ludovico Muratori (1672-1750) e outros às cavilações dos juristas, procurava-se ainda restringir a interpretação com os recursos vindos do direito comum: reforça-se a necessidade de um intérprete último, de os costumes serem antigos e de as aplicações da lei em casos singulares não serem tomadas por interpretações “necessárias, gerais e universais”. Nesse contexto, a obra de Melo Freire expressa-se ainda na mesma linguagem ao distinguir a interpretação<sup>41</sup> (a) autêntica (necessária), da (b) usual (que se vale dos costumes, ou seja, da forma como normalmente se entende o dispositivo), da (c) doutrinal (apenas provável). Elabora também os procedimentos correntes: a *literal ou gramatical*, que explora o sentido da lei por meio do *usu loquendi* ou das palavras (*ex proprietate*

---

garantiam que buscavam atingir. O entusiasmo pela busca de *rationes* e a cada vez mais descarada infidelidade ao ditado normativo produziram, portanto, um tipo de interpretação extremamente livre, que no direito comum tardio impressiona pela desenvoltura com que a racionalidade subjetiva do jurista costuma por-se no lugar da razão objetiva das leis.” (trad. Minha) Cortese, E. (1999). *Il Diritto nella Storia Medievale* (4a. reimpr. ed., Vol. 2). Roma: Il Cigno Galileo Galilei, pg. 392.

<sup>37</sup> A matéria era tratada no Livro I, V, 5. “(...) quando os desembargadores (...) tiverem alguma dúvida em alguma nossa Ordenação do entendimento dela, vão com a dúvida ao Regedor, o qual na Mesa Grande com os Desembargadores que bem lhe parecer a determinará e segundo o que for aí determinado porá a sentença. (...) E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bem no-lo fazer saber, para a Nós logo determinarmos, no-lo fará saber para nisso provermos.”

<sup>38</sup> “Interpratio est unius verbis aliud, vel unius sententiae per aliam declaratio, et in lege tunc datur quando legis verba obscura et ambígua explicantur, ut multi tradit doctissimus....ubi tradit aliam esse interpretationem generale, id est, ad omnes casus, quae Principis própria est, vel Senatus, aliam especialem in casu de quo lis aliqua

vertitur, quae ad iudicem pertinet. (Pegas, *Com. ad Ordinationes*, t. II, glo. 9, p. 385)

<sup>39</sup> Nas monarquias modernas e especialmente em sua forma *sinodal* esses grandes tribunais eram muitas vezes chamados de cortes soberanas por esse poder que compartilhavam com o príncipe. Poder de interpretar as leis, equivalente, como foi visto, ao de fazer leis. O Parlamento de Paris era mundialmente conhecido, mas praticamente todos os Estados tiveram suas cortes soberanas: o Senado de Milão e o Senado de Turim, a Consulta do Papa como rei de Roma, e a Casa da Suplicação de Lisboa.

<sup>40</sup> Cf. Pegas, M. A. (1729). *Commentaria ad Ordinationes regni Portugalliae*. Lisboa: Typ. Michaelis Rodrigues, t. I, pg. 375, glosa II, 5. Um século mais tarde também Pascoal José de Melo Freire: a Casa da Suplicação interpreta a lei em nome do Rei (Freire, P. J. (1859). *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*. Coimbra: Typis Academicis (Tipografia da Universidade), p. 16.

<sup>41</sup> “Interpretar a lei nada mais é do que esclarecer seu força, sentido ou vigor, a partir de suas próprias palavras ou sentido.” (“Legem enim interpretari nihil aliud est quam ejus vim, sensum, ac potestatem ex ipsius verbis, aut ratione, declarare”) Freire, P. J. (1860 [1788]). *Historiae juris civilis lusitani*. Coimbra: Typ. Academicis, p. 104.





*verborum*); a *lógica*, que pelo raciocínio parte do que está escrito para chegar à regra não escrita aplicável ao caso (*ex scriptum per ratiotinationem inducit*).<sup>42</sup> Conservam-se as diferenças entre a abrangência (especial x geral), a força ou vinculação (necessária x provável), e os procedimentos (literal, gramatical, lógica).

No caso dos procedimentos a interpretação lógica prefere à simples interpretação literal, mas, adverte-nos ele, todos, inclusive o jurista, precisam conhecer as palavras e seu uso, inclusive antigo. Sem isso, não há ponto de partida possível para a interpretação. Em todo caso faz-se necessário, diz Melo Freire, procurar a *razão* da lei, sua inserção num todo coerente (sua analogia com outras leis, sua relação com os costumes aceitos), as circunstâncias que levaram à própria lei (*legis ferendae occasio*), o todo do direito (direito natural, os *monumenta legum civilium*), a história enfim (*historia et antiquitatum lusitanarum notitia*). Entretanto, qualquer que seja o caso, o intérprete, mesmo os desembargadores nos tribunais mais altos, devem guardar-se de chegar a um resultado contrário à intenção legislativa ou ele mesmo ambíguo e obscuro. Isso porque a tarefa do intérprete tem dois limites: ou a lei é clara e não deve ser recoberto por interpretações cavilosas, ou a lei é tão incompreensível que só aquele autorizado a fazer as leis pode dar jeito na questão.

<sup>42</sup> “Omnis patrii juris interpretatio (et haec summa divisio est) vel GRAMMATICA, vel LOGICA, USUALIS, AUTHENTICA vel DOCTRINALIS est. Grammatica legis sensum ex usu loquendi et proprietate verborum declarat. Logica ex scriptum id, quod no est scriputm, per ratiotinationem inducit. USUALIS ex praxi, seu consuetudine legis dubiae sententiam explicat. AUTHENTICA legislatoris, vel *cujusvis alteirus, cui specialis leges interpretandi facultas data fuit*, explicatione nititur. DOCTRINALIS omnium veluti genus, ea est, quae secundum Hermeneuticae regulas verum legis sensum querendo investigat.” Freire, P. J. (1860 [1788]). *Historiae juris civilis lusitani*. Coimbra: Typ. Academicis, pg 104.

## 3 A INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA

### 3.1 Separação de poderes e ciências do espírito

Boa parte dessa tradição será revista a partir do século XIX. Nos estados constitucionais, quando se adotou a separação dos poderes, a interpretação precisou ser realocada. De modo geral as monarquias constitucionais, como o Brasil mantiveram o ideário de que o legislador continuaria a ser o intérprete final das leis. Mas o poder legislativo estava em mãos de dois órgãos: o Parlamento e o Rei, o que complicava o processo. Os Tribunais Supremos (de Cassação) criados para garantir a aplicação uniforme da lei, foram inicialmente auxiliares do legislativo. Com o tempo se transferiram para o poder Judiciário. Em vários estados alemães manteve-se o sistema de *Aktenversendung*: os casos difíceis eram levados a um colegiado de doutos, que opinavam como na *relatio* do *ius commune*,<sup>43</sup>

Outro fator foi a ameaça sentida pelos juristas. Parte deles considerava que no novo direito, na medida em que buscava ser mais claro, sistemático e objetivo, iria afastá-los de suas históricas funções de intérpretes privilegiados, mesmo que apenas como conselheiros dos reis em seus tribunais soberanos. Finalmente um fator de ordem intelectual: a renovação dos estudos filosóficos, particularmente da nova hermenêutica romântica. De fato, é no século XIX, com a crescente importância da filologia, a renovação

<sup>43</sup> Caso particular foi o dos Estados Unidos, cuja constituição de 1787 dispôs expressamente que ela seria “the supreme law of the land” e todos os juizes seriam a ela obrigados, “bound thereby”(art. VI, 2). Os primeiros a interpretar essa disposição foram os federalistas, em cujas publicações li-se: “A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Uma constituição é e deve se vista pelos juizes como lei fundamental. Portanto, pertence-lhes a determinação de seu sentido, bem como o sentido de qualquer ato em particular que provenha do corpo legislativo.” (*Federalista*, no. 78, atribuído a Hamilton, cfr. Wills, G. (ed.) *The federalist papers*, New York: Bantam Books, 1982, pg. 395).





dos estudos clássicos e a filosofia crítica e idealista, que a questão “como posso saber?” e “o que posso saber?” ajuda a transformar a interpretação de uma disciplina acanhada em uma nova disciplina geral do discurso e do espírito. O autor paradigmático desse tratamento é Friedrich Schleiermacher (1768-1834), que ao lado de Wilhelm von Humboldt (1767-1835) e Friedrich Karl Von Savigny (1779-1861) se empenham na organização da Universidade de Berlim. Nesse ambiente, Savigny propugna pela abolição da idéia de que só se interpreta o que é claro. Para ele, seguindo Schleiermacher, a interpretação é a forma geral do conhecimento dos produtos do espírito, ou *mente* (Geist).<sup>44</sup>

O que estava aparecendo tanto na proposta de Schleiermacher quanto na de Savigny era a garantia de que os conhecimentos, cujo objeto fosse um produto cultural, como as leis e discursos produzidos na história, teriam um método próprio. Este lhes garantiria objetividade e autonomia. Objetividade, porque o método

apoiaria a extração de sentidos do material histórico, e autonomia porque evitaria a confusão das ciências naturais com as ciências do espírito.

O preço a pagar por essa transformação não foi pequeno, porque muitos tiraram dessa proposta conclusões subjetivistas e voluntaristas, psicologizante mesmo, mas seu resultado foi permitir a sobrevivência da doutrina jurídica como instância capaz de controlar a produção legislativa. Propondo a idéia de que todas as leis, mesmo as aparentemente mais claras, precisavam de interpretação, Savigny mudava o conceito mesmo de interpretação. Assemelhava-o ao de *compreensão*. Interpretar era, até então, esclarecer, tornar claro o que era difícil. Com Savigny interpretar passa a significar muito mais: significa apreender o sentido.<sup>45</sup> Por isso para ele qualquer manifestação do espírito, e qualquer lei, precisa ser interpretada: simplesmente porque precisa ser compreendida. Os juristas não aderiram unanimemente a essa nova perspectiva. No Brasil Paula Baptista,<sup>46</sup> do Recife, e Antônio

<sup>44</sup> “Esta operação intelectual [a interpretação] tem por objeto o reconhecimento da lei em sua verdade; em outros termos, a lei submetida ao critério de nossa inteligência deve aparecer-nos como verdadeira. Esta operação é indispensável para toda aplicação da lei à vida real e precisamente neste caráter de necessidade se funda sua legitimidade. A interpretação não está restrita, como crêem muitos, ao caso episódico de obscuridade da lei.” [minha tradução] Savigny, F. K. (2005). *Sistema del derecho romano actual*. (J. Mesia, & M. Poley, Trads.) Granada: Editorial Comares, pg. 94 (Liv. I, Cap. IV, § 32) Vê-se que Savigny entende por interpretação a compreensão ou apreensão do sentido. Schleiermacher já havia proposto em 1829 que a interpretação consistia em “toda compreensão de discurso estranho.” Schleiermacher, F. (2015). *Hermenêutica, arte e técnica da interpretação* (10a ed. ed.). (C. Braida, Trad.) Petrópolis: Vozes, pg. 26. É nesse ambiente que se deve colocar Savigny.

<sup>45</sup> Mais recentemente Manuel Atienza parece dar-se conta desses diferentes níveis, ao dizer que a interpretação no sentido lato ou latíssimo equivale ao entender ou compreender algo, enquanto no sentido estrito, como esclarecimento de algo, refere-se ao que se tornou duvidoso. Atienza, M. (2002). Estado de derecho. Argumentación e interpretación. In: M. Atienza, *Cuestiones judiciales*. Mexico: Fontamara, pg. 77 e 81.

<sup>46</sup> Contra Savigny afirma Paula Baptista: “Uma semelhante doutrina, tão vaga e absoluta, pode fascinar o intérprete, de

modo a fazê-lo sair dos limites da interpretação para entrar no domínio da formação do Direito. Ou existem motivos para duvidar do sentido de uma lei, ou não existem. No primeiro caso cabe interpretação, pela qual fixamos o verdadeiro sentido da lei, e a extensão de seu pensamento; no segundo, cabe apenas obedecer ao seu preceito literal. (...) É verdade que a todo escrito acompanha a condição natural de dever ser entendido segundo o pensamento de seu autor; mas daí se não segue que em todo escrito se dê a necessidade de tornar esta condição efetiva pelo ato positivo da interpretação; pelo que, se a Savigny pareceu singular o caber interpretação somente nos casos acidentais de obscuridade nas leis, a mim parece mais que extraordinário o não poder haver uma só lei sequer clara e precisa em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, de modo que não seja preciso interpretá-la. (...) Aos casos de obscuridade acrescentemos aqueles em que as leis, pela concisão com que são escritas, apresentam lacunas e dúvidas a respeito de certos fatos ocorrentes, e desde logo conceberemos facilmente que fora desta tríplice relação não é possível haver interpretação, mas sim ou cavilação, ou usurpação à autoridade legislativa.” Baptista, F. d. Paula (1890). *Compêndio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro/Paris: B. L. Garnier Livreiro-Editor, pg. 369-370





Joaquim Ribas,<sup>47</sup> de São Paulo, divergiram: o primeiro mantinha a idéia de que interpretar era esclarecer, enquanto o segundo, professor de direito civil e influenciado por Savigny, sustentava a teoria ampliada.

### 3.2 Toda lei precisa de interpretação?

Depois de ter passado por Carlos Maximiliano,<sup>48</sup> a idéia de que tudo pode sempre ser colocado em dúvida e interpretado disseminou-se entre nós. Parece instalada a confusão entre compreender discursos e interpretar discursos obscuros. Tem razão Lênio Streck quando diz que no Brasil não se assimilou bem a virada lingüística, ou seja, a filosofia mais recente (STRECK, 2007, pp. 63-89).<sup>49</sup> Luis Roberto Barroso, (BARROSO, 1999), por exemplo, fala de interpretação sem dar-nos um conceito. Incurrendo num estilo semelhante ao de Teeteto, no diálogo com Sócrates, não define o que seja interpretar, mas fornece uma lista de tipos e idéias variadas sobre a interpretação.<sup>50</sup>

Sem postular um conceito claro não há verdadeira teoria nem os fundamentos prometidos no título da obra. Existem mais indicações de como se interpretar para chegar-se a fins já dados, uma espécie de justificações prontas para quem já tem decisões tomadas. O texto parece enfatizar o subjetivismo na interpretação. Há uma confusão entre o ato de interpretar, que é praticado por um sujeito (e, nestes termos, subjetivo), e os critérios usados pelo sujeito, que devem ser objetivos e universais, ou não são critérios. Analogamente, todo ato de fala é subjetivo no sentido de que só pode ser realizado por um sujeito. Disso não deriva, porém, que os atos de fala inteligíveis são realizados por critérios subjetivos: não, a língua não pertence aos sujeitos falantes e é, portanto, objetiva.<sup>51</sup>

Eros Roberto Grau não é mais feliz. Numa expressão no mínimo equívoca, diz que a produção normativa é posterior à produção legislativa – porque *a produção normativa é a produção da norma pelo intérprete. O direito posto é posto pelo Estado, o direito pressuposto é*

<sup>47</sup> A interpretação, diz Ribas Ribas, (1865). *Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Typ. Laemmert, é a reconstrução do pensamento da lei. “Não se estende pois a interpretação somente às leis obscuras ou defeituosas, posto que nestas seja de maior importância, e sim também às leis mais claras e isentas de controvérsia.” (pg. 271) E aqui cita Savigny, para quem se não fosse assim, seria preciso interpretar somente as leis que estão entre a clareza completa e obscuridade completa, sendo este último caso aquele em que se deveria recorrer ao legislador. “Antigamente, diz ele voltando a expor o pensamento de Savigny, se falava apenas de interpretação gramatical e lógica, enquanto o mestre alemão acrescenta a histórica e sistemática, e Paula Baptista reúne as duas em interpretação científica. O histórico consiste em examinar o que havia antes da lei, para “determinar as mudanças que ela veio trazer” e a sistemática “estuda o nexos íntimo que une a lei interpretada às demais leis, de modo a constituírem a vasta e harmônica unidade do direito.” (pg 280).

<sup>48</sup> “Os domínios da hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação.”

Maximiliano, C. (1984). *Hermenêutica e aplicação do direito* (9a. ed. ed.). Rio de Janeiro: Forense, pg. 35.

<sup>49</sup> Cf. também Atienza, M. (2002). Estado de derecho. Argumentación e interpretación. In: M. Atienza, *Cuestiones judiciales*. Mexico: Fontamara.

<sup>50</sup> O fundamento proposto parece ser um guia prático para intérpretes, que deixa a impressão de propugnar o julgamento de consciência, isso porque quando procura definir ou determinar diz que a interpretação é um “método aberto de argumentação, indutivo e não dedutivo.” (p. 5), ou que a pretensão de objetividade não é capaz de submeter-se à totalidade dos casos (p. 275), ou ainda que a “ciência jurídica [ênfase no original] (...) não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do cientista. E assim, tanto no momento de elaboração quanto no de interpretação da norma, hão de projetar a visão subjetiva, as crenças e os valores do intérprete.” (p. 275) Trata-se de uma constatação de fato ou de uma recomendação?

<sup>51</sup> Vale lembrar a expressão de Schleiermacher: “O particular é compreendido apenas através do universal. Do contrario ele é sempre apenas agregado. Deve sempre dominar a confusão quando intérprete mesmo não se elevou à hermenêutica.” Schleiermacher, F. (2015). *Hermenêutica, arte e técnica da interpretação* (10a ed. ed.). (C. Braidá, Trad.) Petrópolis: Vozes, pg. 67.







uma das linguagens do social. (GRAU, 2011, p. 282) A diferença entre lei e norma não é elaborada e sugere que o legislador não produz norma, que não há normas gerais ou universais, que desapareceu, pois, a regra e a medida! Alguém pode ler e pensar que é a interpretação que produz a norma. Estamos, pois, distantes da idéia de compreensão. Para a filosofia, a compreensão antecede a interpretação, pois só podemos explicar aquilo que compreendemos. (BAKER; HACKER, 2005, pp. 357-385) E só compreendemos a partir dos elementos mínimos de um certo discurso ou “jogo de linguagem” dentro do qual nos encontramos. E no jogo de linguagem do direito temos que pressupor que o sentido da lei precede sua aplicação e sua explicação. Grau pensa exatamente o oposto: “A interpretação é antecedente da compreensão.” (GRAU, 2006, p. 73) O resultado só pode ser desastroso, deixando aos intérpretes, seguramente imaginados como os juízes, a responsabilidade de, mesmo em situações de ignorância, escolherem interpretações “prováveis”.

## CONCLUSÃO: OS FILÓSOFOS CONTEMPORÂNEOS NOS LEMBRAM DOS JURISTAS CLÁSSICOS

No discurso jurídico a proposta de Savigny parece ter-se saído vencedora e todos passaram a dizer que mesmo a lei clara precisa de interpretação. Isso está na origem do regime em que atualmente vivemos, quando todos falam de

interpretação e parece que cada um pode interpretar como quiser, como se a interpretação fosse um processo da consciência individual. Este processo leva-nos a desconsiderar aquilo que a tradição jurídica havia fixado: que pode haver *dúvidas puramente maliciosas*, ou seja, lançadas não porque haja efetivamente dificuldade, mas, ao contrário, para criar dificuldade onde não há. Nos últimos anos a filosofia tem recuperado, sem querer ou sem saber, uma parte daquilo que um dia já fizera parte do arsenal jurídico tradicional. Vou destacar apenas duas dessas ideias.

A primeira diz respeito à ética do discurso e à teoria da argumentação. Em ambas aparece como dever fundamental do discurso a necessidade de se justificar adequadamente a dúvida.<sup>52</sup> Um agente qualquer dentro de uma comunidade de comunicação não pode a todo momento pôr em dúvida todos os princípios da comunidade. Se ocorrer a dúvida, esta não pode basear-se no “ponto de vista subjetivo de sua consciência” (APEL, Teoria de la verdad y ética del discurso, 1991, p. 162), ou a sua “idiossincrasia”, mas a algum padrão aceito e pressuposto. Para ser lógico, diz Apel, preciso aceitar as regras da lógica, o que é já um viver segundo regras e em comunidade de comunicação. Isso significa que não deve haver dúvidas infundadas, que ou se originam da ignorância ou da má fé de quem as coloca.<sup>53</sup>

Caso de ignorância é o do quem não domina o “jogo de linguagem” em que se encontra, que não conhece os termos do campo.<sup>54</sup> A má-fé, por

<sup>52</sup> Para a ética do discurso ver especialmente Apel, K.-O. (2000). A comunidade de comunicação como pressuposto transcendental das ciências sociais. In: K.-O. Apel, *Transformação da filosofia II: O a priori da comunidade de comunicação* (P. A. Soethe, Trad.). A lógica, diz Apel, pressupõe uma lógica. Para ser lógico é preciso aceitar as regras da lógica. (pg. 449-451) São Paulo: Loyola e Apel, K.-O. (1991). *Teoria de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós. Para os requisitos lógicos de uma comunidade comunicativa ver especialmente Alexy, R. *Teoria de la argumentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.. Entre os princípios dos argumentos Alexy inclui o de sinceridade (só afirmar aquilo em que se

crê) e o de fundamentação (dar razões para tudo o que afirma).

<sup>53</sup> Caso exemplar é o tratado Carroll, L. (1895). What the turtoise said to Achilles. *Mind*, 4 (14). Carroll, L. (1895). A tartaruga espera que Aquiles *demonstre* a necessidade da noção de inferência na lógica. A noção não pode ser demonstrada, apenas ilustrada e mostrada. A tartaruga põe para Aquiles uma dúvida ilegítima, que procede ou de sua ignorância (não consegue apreender o conceito de inferência), ou sua má-fé (sabendo que não se trata de demonstração, ainda assim exige-a de Aquiles).

<sup>54</sup> “Omnes autem certum, aut dubium est, ut Fabius ait lib. 12, c. 3. *Certi iuris nulla interpretatio desideratur, nisi*





outro lado, é representada na atitude do cético e relativista permanente, o qual acredita poder sempre e a qualquer momento, sem boas razões, pôr em dúvida os pressupostos mais fundamentais do discurso. Assim, alguém que não sabe o que significa “trânsito em julgado” no discurso jurídico pode ser um ignorante, enquanto o que afirma que trânsito em julgado pode não ser o equivalente a “coisa julgada” está se comportando como um relativista, de cuja boa-fé se pode duvidar. Um estudante de primeiro ano de direito pode legitimamente não saber o que significa *coisa julgada*, mas um profissional do direito, não. Não estamos neste segundo caso diante de um problema de interpretação (no Brasil o Decreto-lei no. 4.657, de 1942, conhecido por longos anos como *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro* define a coisa julgada em seu art. 6º, § 3º).

A segunda idéia vinda da filosofia é a reflexão proposta por Ludwig Wittgenstein em suas *Investigações filosóficas*, §§ 143-184 e 198-225. São os parágrafos famosos sobre captar um sentido e o “seguir uma regra”, que tantos comentários geraram. Creio que para os juristas a questão pode ser sumariada assim: uma coisa é a compreensão de uma regra, outra é sua interpretação. Para Wittgenstein, a interpretação é apenas uma tradução, no sentido de substituir uma expressão da regra por outra. A compreensão, ao contrário, é a capacidade de apreender um sentido. Quando sou capaz de seguir uma regra, ajo. Posso justificar minha ação invocando a regra, e posso dizer que agi de certa forma seguindo uma regra. Desta maneira, pressuponho que ao final o outro entende o que eu quero dizer porque nós dois nos encontramos na mesma forma de vida. Para quem não tem os conceitos

elementares e, portanto, não compreende aquela forma de vida, só posso ensinar o emprego das palavras por meio de exemplos e de exercícios, diz ele (*IF* § 208). Mas a forma de vida ela mesma, o pano de fundo ou contexto de um certo discurso, deve ser apreendido ou compreendido primeiro. (WITTGENSTEIN, 2012) Essa compreensão do todo, do pano de fundo, dos conceitos mais elementares, não é um caso de interpretação como esclarecimento. É simplesmente um caso de apreensão dos conceitos.

Hoje o que parece dominar entre os juristas brasileiros é uma idéia superficial da interpretação, segundo a qual a capacidade de *apreender sentidos* se confunde com a necessidade de *esclarecer* sentidos em caso de dúvida.<sup>55</sup> Trata-se, porém, de duas habilidades e de dois momentos diferentes. Entendemos o que preocupa Savigny, se o colocamos em seu tempo e contexto: ele está impressionado pelo esforço de seus contemporâneos e colegas, particularmente Schleiermacher e Humboldt, cujas filosofias garantiam a independência das ciências do espírito, quando postas lado a lado com as ciências naturais, de um lado, e com a filosofia de outro. O que eles estão fornecendo são as bases filosóficas para a autonomia do conhecimento da sociedade, da história e das coisas humanas. Para Savigny, essas bases são semelhantes às bases da jurisprudência, ela mesma lidando com objetos históricos e coisas humanas. Esse momento de Savigny, entretanto, não pode ser tomado levianamente, como se quisesse dizer de forma simples e simplória que se deve em princípio considerar obscuras todas as leis, autorizando qualquer um a colocar em dúvida seu sentido.

*apud imperitos, apud quos omnia sunt incerta, sed illud omnino sequendum est indicando, licet forte ratio nobis cognita non sit. Non enim omnium quae a maioribus constitutus sunt, ratio reddi potest: & rationes inquirere eius júris quod certum est. (...) Tunc enim ratio inquirenda est,*

cum de iuris dubii interpretatione agitur Duarenus, F. (1765). *Opera Omnia* (Vol. 1). Luca: Typ. Josephi Rocchii, p. 10.

<sup>55</sup> Atienza, M. *Teoría de la argumentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.





## REFERÊNCIAS

- ABOIM, Diogo Guerreiro. *Tractatus de recusationibus omnium iudicium officialumque tam justitiae commutativae quam distributivae utriusque fori tam saecularis quam ecclesiastici sive regularis*. Coimbra: Joannis Antunes, 1699.
- AGOSTINHO. *A doutrina cristã*; 3a. ed. Tradução: N. d. Oliveira. São Paulo: Paulus, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALVAREZ, Alejandro. *Interpretação do direito e equidade*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2015.
- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. On brute facts. *Analysis*, vol. 17, n. 3, p. 69-72, jan. 1958.
- APEL, Karl-Otto. A comunidade de comunicação como pressuposto transcendental das ciências sociais. In K.-O. Apel, *Transformação da filosofia II: O a priori da comunidade de comunicação*. Tradução: P. A. Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Paidós, 1991.
- ARISTÓTELES. *Dos argumentos sofisticos*. Tradução: L. Vallandro, & G. Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ASCARELLI, Tullio. Funzioni economiche e istituti giuridici. In: ASCARELLI, Tullio. *Saggi Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- \_\_\_\_\_. Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. In: ASCARELLI, Tullio. *Saggi Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- \_\_\_\_\_. Premesse allo studio del diritto comparato. In: ASCARELLI, Tullio. *Saggi Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 3-40.
- ATIENZA, Manuel. Estado de derecho. Argumentación e interpretación. In: ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*. Mexico: Fontamara, 2002.
- BAKER, Gordon Park; HACKER, Peter Michael Stephan. Understanding and ability. In: BAKER, Gordon Park; HACKER, Peter Michael Stephan. *Wittgenstein: understanding and meaning*. Oxford: Blackwell, 2005, p. 357-385.
- BALDO. *Commentaria in Digestum vetus* (Vol. 1). Lugduni, 1562.
- \_\_\_\_\_. *In Tres priores libros codicis praelectiones*. Lugduni, 1564.
- Baptista, Francisco de. *Compêndio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro/Paris: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3a. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.





- BARZOTTO, Luis Fernando. Legalidad y derecho natural institucional. *Prudentia Iuris*, n. 78, p. 55-71, 2014.
- BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Teoria generale dell'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1955.
- BIROCCHI, Itali; MATTONE, Antonello. *Il diritto patrio - tra diritto comune e codificazione*. Roma: Viella, 2006.
- CARROLL, Lewis. What the turtoise said to Achilles. *Mind*, n. 14, vol. 4, p. 278-280, p. 1895.
- CORTESE, Ennio. *Il Diritto nella Storia Medievale*. Vol. 2. 4a. reimpr. ed. Roma: Il Cigno Galileo Galilei, 1999.
- \_\_\_\_\_. *La norma giuridica: spunti teorici nel diritto comune classico* (Vol. 1). Milano: Giuffrè, 1962.
- DENIAU, Guy. *Qu'est-ce qu'interpréter?* Paris: Vrin, 2015.
- DUARENUS, Franciscus. *Opera Omnia* (Vol. 1). Luca: Typ. Josephi Rocchii, 1765.
- FREIRE, Pascoal José de Melo. *Historiae juris civilis lusitani*. Coimbra: Typ. Academicis, 1860 [1788].
- \_\_\_\_\_. *Institutiones juris civilis lusitani cum publici tum privati*. Coimbra: Typis Academicis (Tipografia da Universidade), 1859.
- FULLER, Lon. *The morality of law*. New Have: Yale University Press, 1964.
- GADAMER, Hans-Georg. *Truth and method*. Tradução: G. Barden, & J. Cumming. New York: Cross Roads, 1988.
- GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8a. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer: una biografia*. Barcelona: Herder, 2000.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma/Bari: Laterza, 1995.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Kelsen visited. HART, Herbert Lionel Adolphus. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 286-308.
- KELLEY, Donald. *The human measure: social thought in the Western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.
- KRYNEN, Jacques. *L'ideologie de la magistrature ancienne*. Paris: Gallimard, 2009.





MACLEAN, Ian. *Interpretation and meaning in the Renaissance: the case of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

OCKHAM, William of. Seleção de obras. In: *Os pensadores* Tradução: C. L. Mattos. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 345-410.

PEGAS, Manuel Álvares. *Commentaria ad Ordinationes regni Portugalliae*. Lisboa: Typ. Michaelis Rodrigues, 1729.

PESSÔA, Leonel Cesarino. *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti: uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

PIANO MORTARI, Vincenzo. *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*. Napoli: Jovene, 1976.

PORTUGAL, Domingos Antunes. *Tractatus de donationibus regius in duos tomos divisus*. Lugduni: Anisson & Possuel, 1699.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1968.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Typ. Laemmert, 1865.

SASSOFERRATO, Bartolus de. *In Priman Codicis partem*. Venetiis: Iuntas, 1570.

\_\_\_\_\_. *In Priman Pandectae veteris partem*. Venetiis: Ivntas, 1570.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução: J. Mesia, & M. Poley. Granada: Editorial Comares, 2005.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 2002 [1991].

SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi, 2005.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica, arte e técnica da interpretação*. 10a ed. ed. Tradução: C. Braidá. Petrópolis: Vozes, 2015.

SCHRÖDER, Jan. *Recht as Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischer Schule*. 1a ed. München: C. H. Beck, 2001.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7a. ed. Porto Alegre, RS, Brazil: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*. Tradução: M. E. Costa. Lisboa: Edições 70, 2012.

\_\_\_\_\_. *Investigações filosóficas*. Tradução: J. C. Bruni. São Paulo, SP, Brasil: Nova Cultural, 1991.





Recebido em: 02/12/2018

Aceito em: 02/12/2018



