

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

**ATO NORMATIVO E ATO HERMENÊUTICO:
UMA CORRELAÇÃO NECESSÁRIA?**

Taísa Maria Viana Anchieta

Brasília – DF
2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

ATO NORMATIVO E ATO HERMENÊUTICO: UMA CORRELAÇÃO NECESSÁRIA?

Taísa Maria Viana Anchieta

Dissertação apresentada ao Programa
de Mestrado do Instituto Brasiliense de
Direito Público – IDP como parte dos
requisitos para obtenção do título de
mestre.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires
Coelho

Brasília – DF
2011

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional

Dissertação de Mestrado

**ATO NORMATIVO E ATO HERMENÊUTICO:
UMA CORRELAÇÃO NECESSÁRIA?**

Taísa Maria Viana Anchieta

Orientador: PROF. DR. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO – IDP

Banca:

Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Júnior
Instituto de Direito Brasiliense de Direito Público – IDP

Prof. Dr. Ronaldo Rebello de Britto Poletti
Universidade de Brasília – UnB

Ao meu pai, Antônio Moésio Sobreira Bezerra, *in memoriam*, e à minha mãe, Maria Lúcia Viana Sobreira Bezerra, por todo ensino, confiança, incentivo, dedicação e amor.

Ao meu marido Marcos Anchieta, por compartilhar tantas virtudes.

Às minhas filhas queridas, Amanda, Alice e Alessandra, por tudo o que é possível numa família feliz e abençoada.

AGRADECIMENTOS

Muitos agradecimentos são necessários, pois muitos me ajudaram a concluir a presente dissertação.

À minha irmã Tajla Maria Viana Sobreira Bezerra, que foi, como sempre, boa ouvinte, leitora e incentivadora, presente nos momentos em que precisei de sua boa crítica, além de sua revisão linguística. Ao meu irmão Pedro Tásio Viana Sobreira Bezerra, que, com sua competência nas Letras, me auxiliou nas dúvidas da língua portuguesa e inglesa. À toda a minha família, pelo seu papel na minha formação.

Ao meu caro conselheiro Senhor Cláudio Sotero Caio, que me ajudou a compreender, de forma germinal, o sentido da explicação e da compreensão na Teoria de Paul Ricoeur, o que influenciou a minha dedicação ao presente estudo.

Agradeço à Câmara dos Deputados, órgão público que me proporcionou todos os meios para cursar o Mestrado no Instituto Brasiliense de Direito Público. Meus principais agradecimentos ao Senhor Diretor-Geral, Sérgio Sampaio Contreiras de Almeida, ao gabinete do Senhor Primeiro-Secretário, ao Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento – Cefor e ao Chefe da Assessoria Técnica da Diretoria-Geral, Senhor Lúcio Henrique Xavier Lopes, que, juntos, possibilitaram a minha presença e dedicação ao curso. É com carinho que agradeço também à Biblioteca, especialmente na pessoa de Vanilda Lago Pinheiro.

Quanto ao IDP, meus sinceros agradecimentos à equipe administrativa, pela sempre acolhedora e competente recepção, e ao ensino acadêmico de qualidade, aberto, eclético, sério e incentivador, especialmente aos queridos professores Dr. Inocêncio Mártires Coelho, Dr. Paulo Gustavo Gonçalves Branco, Dra. Julia Maurmann Ximenes e Dr. Marcelo Neves.

Aos meus amigos, compadres, colegas de trabalho, de curso e de grupos de pesquisa, e a tantos outros – seria difícil não me esquecer de algum nome – eu deixo um abraço afetuoso, em agradecimento pelo incentivo.

ATO NORMATIVO E ATO HERMENÊUTICO: Uma Correlação Necessária?

Resumo: A presente dissertação tem como objeto principal a possível correlação entre ato normativo e ato hermenêutico. O Direito é apresentado como linguagem e como texto; assim como sua plurivocidade, que dá ensejo a diversas interpretações viáveis, também é explorada. A interpretação é levada em conta considerando-se o giro linguístico ocorrido no século XX, de acordo com o qual o leitor cria um novo texto a partir do que foi lido, da mesma forma que deve proceder o intérprete jurídico. Os papéis do legislador e do intérprete são investigados. Apresenta-se a Legística. Discorre-se acerca dos métodos, dos princípios aplicados à exegese constitucional, bem como dos limites que se lhe impõem. Limites se colocam à interpretação constitucional, como a realidade constitucional vigente e o consenso do outro, por meio da justificação das decisões. Conclui-se pela ponte entre os dois atos, normativo e hermenêutico, o que se faz pela argumentação, controlada pela intersubjetividade.

Palavras-Chave: Hermenêutica Constitucional. Teoria da Interpretação. Teoria da Argumentação. Filosofia da Linguagem. Ato Hermenêutico. Ato Normativo. Legística.

NORMATIVE ACT AND HERMENEUTIC ACT: A Necessary Correlation?

Abstract: The main object of the present dissertation is the possible correlation between normative act and hermeneutic act. Law is presented both as a language and as a text; its plurivocity, which leads to several viable interpretations, is also explored. The interpretation takes into consideration the linguistic turn occurred in the 20th Century, according to which the reader creates a new text from what has been read, this also being the procedure taken by the interpreter. The legislator's and the interpreter's roles are investigated. Legistics is presented. The methods and the principles applied to constitutional hermeneutics, as well as the limits which are imposed on them, are also brought to analysis. Limits are placed on the constitutional interpretation, such as the prevailing constitutional reality and the other's consensus, by means of the justification for the decisions. The work concludes by opting for a bridge between the two acts, normative and hermeneutic, a process achieved through argumentation, which is controlled by intersubjectivity.

Keywords: Constitutional Hermeneutics. Interpretation Theory. Argumentation Theory. Language Philosophy. Hermeneutic Act. Normative Act. Legistics.

ATO NORMATIVO E ATO HERMENÊUTICO: UMA CORRELAÇÃO NECESSÁRIA?

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O SUPORTE DA INTERPRETAÇÃO: O TEXTO	15
	2.1. A Língua Natural	16
	2.1.1. Plurivocidade Semântica na Língua Natural	18
	2.1.2. Filosofia da Linguagem	19
	2.2. O Direito Enquanto Linguagem e Texto	20
	2.2.1. Univocidade x Plurivocidade Jurídica	25
	2.2.2. Objetos de Equívocos	30
	2.2.2.1. A Intenção do Legislador	30
	2.2.2.2. Historicidade do Texto	32
	2.2.2.3. Subjetividade x Neutralidade	33
3	O ATO NORMATIVO E O TRABALHO DO LEGISLADOR	35
	3.1. O Postulado do Legislador Racional	35
	3.2. O Papel do Legislador	35
	3.3. A Legística e a Sua Pretensão	37
	3.3.1. A Legística Formal	40
	3.3.2. A Legística Material	40
	3.3.3. A Experiência Brasileira	41
	3.3.3.1. Regras Brasileiras e Sua Violação	42
	3.3.3.2. Esforços e Fracassos pela Melhoria da Lei no Brasil	46
	3.3.3.4. A Experiência Europeia	48
4	HERMENÊUTICA GERAL E HERMENÊUTICAS PARTICULARES	49
	4.1. Histórico	49
	4.1.1. Significados no Decorrer da História	49
	4.1.2. Principais Precursors	51
	4.2. Os Principais Objetos da Hermenêutica	56
	4.3. Teoria da Interpretação de Paul Ricoeur: Dialética entre Explicação e Compreensão e Círculo Hermenêutico	59

4.3.1. Crítica	63
5 HERMENÊUTICA JURÍDICA	67
5.1. O que é Interpretação?	67
5.2. Política Jurídica	69
5.3. Hermenêutica Constitucional	71
5.3.1. Tipos	71
5.3.2. Métodos ou Regras Técnicas de Interpretação	71
5.3.2.1. Método Jurídico (ou Hermenêutico-Clássico)	75
5.3.2.2. Método Tópico-Problemático	76
5.3.2.3. Método Hermenêutico-Concretizador	77
5.3.2.4. Método Científico-Espiritual	78
5.3.2.5. Método Normativo-Estruturante	79
5.3.2.6. Método da Comparação Constitucional	81
5.3.3. Princípios	82
5.3.3.1. Princípio da Unidade da Constituição	82
5.3.3.2. Princípio da Concordância Prática (ou da Harmonização) ..	83
5.3.3.3. Princípio da Correção Funcional	83
5.3.3.4. Princípio da Eficácia Integradora	84
5.3.3.5. Princípio da Força Normativa da Constituição	84
5.3.3.6. Princípio da Máxima Efetividade	85
5.3.3.7. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição	85
5.3.3.8. Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade	87
5.3.3.9. Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis ...	88
5.3.4. Limites	88
6 O ATO HERMENÊUTICO E O PAPEL DO INTÉRPRETE	91
6.1. O Desafio do Intérprete no Novo Milênio	99
6.2. Concretização Constitucional	106
6.3. Criação Judicial do Direito	106
6.4. Teoria da Argumentação	109
7 CONCLUSÃO	119
BIBLIOGRAFIA	122

INTRODUÇÃO

O presente trabalho investiga o Direito Constitucional como texto, em dois momentos: na sua concepção, pelo legislador, e, principalmente, na sua concretização, pelo intérprete. Duas vertentes se apresentam: técnica, pelos conceitos e dogmas que arrola; e filosófica, pelas questões que pretende suscitar. Preconiza-se pela consideração do giro linguístico que houve no século XX, influenciado pela filosofia da linguagem, de acordo com o qual o leitor cria um novo texto a partir do que foi lido. Avalia-se a Legística, que, na forma preconizada pelos legistas europeus, investiga e oferece ao redator legislativo critérios e técnicas para uma boa lei. Contrapõe-se-lhe a hermenêutica, com seus caminhos para a interpretação constitucional.

Várias obras fundamentam o presente trabalho, em especial as de Paul Ricoeur, de Hans-Georg Gadamer, de Chaïm Perelman, de Ludwig Wittgenstein, de Miguel Reale, entre outros. Procura-se um intercâmbio de ideias entre esses principais atores, unindo-se, assim, linguagem, filosofia e Direito.

Discute-se sobre a hermenêutica tradicional, presa a dogmas e avessa à zetética. Aquele que se limita a promover uma leitura da melhor doutrina e da jurisprudência, considerando suas conclusões como dogmas, esquece que “o fenômeno jurídico é um fenômeno social, histórico, econômico, político” (XIMENES, 2009, p. 3). O Direito é mais amplo, faz parte da vida real, o que implica uma hermenêutica viva.

A vigente realidade social demanda um tratamento específico, pois a “complexidade da sociedade exige com insistência que o Direito seja considerado adequadamente, e isso *in casu*” (GÜNTHER, 2004, p. 394).

Reale (1979, p. 7-22) ilustra bem o caminho que percorreram os juristas e os filósofos do Direito em “busca do concreto”. Abandonando fórmulas rígidas, impostas pelas circunstâncias históricas de conquistas de guerras civis que contribuíram para a crise do Direito, juristas passaram pelo intuicionismo, pelo Direito livre, até chegar na interdisciplinariedade, com o que se descontina a todos desde a segunda metade do século XX: a filosofia da

linguagem, o giro linguístico.

A visão de mundo interfere no processo hermenêutico. Assim, se na sociedade houve mudanças capazes de alterar a significação dos fatos, a interpretação das leis aplicáveis também sofrerá mudança. A interpretação mecânica e conservadora é herança do liberalismo e de seu medo da interferência abusiva do Estado. Como a civilização mudou, a interpretação, hoje, é mais livre, e deve ser assim (REALE, 1978, p. 72-76). A nova hermenêutica proposta por Reale na década de 70, no entanto, ainda não é uma realidade. Busca-se uma hermenêutica estrutural, em que o intérprete não se deve ater à intenção do legislador, mas, levando em conta os “valores essenciais de segurança e de certeza”, deve projetá-los para o hoje, atualizando-os, ao considerar a realidade vigente.

Convencido da necessidade de uma compreensão ampla, que proporcionará uma hermenêutica jurídica positiva, Reale (1978, p. 82) propugna pela “preservação do princípio da certeza, mas entendida esta dinamicamente na concretude do processo histórico, visando à realização plena dos valores individuais e coletivos”.

Uma das vertentes do trabalho traduz-se na tentativa de contribuição ao estudo dessas duas ciências, que se pretende reunir: a Legística e a Hermenêutica. Nesse intento, é natural que a investigação pressuponha várias perguntas. Como adverte Atienza (2006, p. 53), um trabalho de investigação da teoria do Direito não deve se restringir a descrever o que há. Pretende-se, por meio do presente estudo provocar reflexões sobre a atividade do legislador e a do hermeneuta. A hermenêutica tradicional é suficiente? E, quanto aos métodos da Legística, são eles influentes na melhoria das leis? Os métodos e princípios da interpretação conduzem à melhor solução?

A inquietação advinda da relutante aceitação da atividade criadora do juiz, diante de uma lei em geral malfeita, alheia às melhores técnicas, mas afeita à política, motiva a escolha do tema. É possível a lei perfeita? O que seria ela? Ela seria unívoca? Qualquer intérprete tiraria as mesmas conclusões?

Para Nino (1989, p. 85-86), há que se valer do postulado do legislador

racional, que se supõe possuir todos os atributos possíveis para que o texto jurídico seja inteligível. Entretanto, como bem lembra Maximiliano (2004, p. 10-11), um conjunto de homens “cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens”, pois há inúmeros fenômenos imprevistos, ideias novas que surgem após a elaboração do texto. Esses fenômenos não devem dar ensejo à crítica ao legislador, nem à reformulação normativa, pois “a letra permanece: apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social”. Tendo em vista ser impossível prever todas as hipóteses de incidência, “o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios, – estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros”.

É dentro desse quadro que se pode dizer que o legislador não existe – o legislador morreu. Em verdade, o legislador somos nós, na realidade viva, com nossa tradição e “história efeitual”¹.

Paulo de Barros Carvalho, em palestra promovida em 2009 no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, ressaltou que o Direito se utiliza de métodos de interpretação ultrapassados, pois se restringe ao sistema fechado do Direito, devido à cultura conservadora de seus operadores. Na ocasião, esclareceu que a hermenêutica jurídica deve seguir a linha da atual teoria fundada na linguística, tendo em vista que o Direito é linguagem e, como tal, deve ser interpretado.

A literatura sobre o tema, na seara jurídica, é recente. Os maiores teóricos são importados do campo da linguística, motivo pelo qual se faz necessário um olhar jurídico sobre o tema, mas dotado das ferramentas da semiótica.

O trabalho está elaborado em três partes principais (divididas em seis capítulos): o Direito como texto, o papel do legislador e o papel do intérprete. São trazidos vários aspectos à discussão: a atividade criadora do juiz; a vontade do legislador; a regulação feita a quatro mãos e em dois tempos; os métodos e os princípios de interpretação; o Direito como linguagem, e, mais especificamente, como texto; a nova interpretação, após o giro linguístico,

desencadeado por Ludwig Wittgenstein; e a teoria da argumentação. O pano de fundo é o Direito Constitucional brasileiro, que, de fato, consiste num verdadeiro terreno movediço, e, portanto, no texto jurídico mais elástico, mais permeável, mais indeterminado, mais influente, e, principalmente, fundante do nosso ordenamento jurídico.

No capítulo 2 apresenta-se o principal suporte da interpretação: o texto. Aborda-se a língua natural, mãe de todas as línguas, e sua intrínseca plurivocidade, que perpassa pelos seus rebentos códigos. A filosofia da linguagem influencia a teoria da interpretação, pois, quando se interpreta algo, expressa-se em linguagem, já que “a compreensão de algo ocorre em forma linguística”. O papel da linguagem é amplíssimo, pois “caracteriza toda nossa experiência humana do mundo”. A linguagem é o fio condutor do giro ontológico da hermenêutica, desenvolvido por Gadamer, para quem “a linguagem é o ponto de encontro entre mim e o mundo, entre o acontecer da minha interpretação e o texto da tradição”² (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 23-25).

Demonstra-se que o Direito é texto, e, portanto, revela-se a sua plurivocidade natural, rompendo-se a ficção por uma univocidade jurídica. A subjetividade e a neutralidade são investigadas.

No capítulo 3, provoca-se o intérprete com a Legística. O papel do constituinte e do legislador é analisado. Invoca-se o postulado do legislador racional (NINO, 1989). A Legística, em seus ramos material e formal, é examinada. Apresenta-se o estado da arte da Legística na Europa. Qual a pretensão da Legística? Ela é factível?

No capítulo 4, revela-se o histórico da hermenêutica geral. Entre seus principais precursores, mencionam-se Schleiermacher, Dilthey, Gadamer, Betti e Ricoeur, com suas teorias sobre a compreensão humana.

No capítulo 5, analisa-se a hermenêutica jurídica, notadamente a constitucional, com os elaborados métodos e princípios da interpretação.

¹ História efeital é a bagagem que cada ser carrega, e que imprime a sua subjetividade em sua visão de mundo e, consequentemente, em suas interpretações.

² As citações de Fernandez-Largo decorrem de tradução livre. Manteve-se, na maioria das outras citações, o texto original, inclusive o Português de Portugal e o Português do Brasil, anteriores ao Novo Acordo Ortográfico.

No capítulo 6, observa-se o atual papel do intérprete e seu desafio no novo milênio, como criador do direito, que gera o ônus da justificação para efeito de controlabilidade pela sociedade atingida. A teoria da argumentação é avaliada e considerada a ponte da intersubjetividade, que produz a correlação entre ato normativo e ato hermenêutico.

Assim, a presente dissertação visa a responder a seguinte pergunta, que é colocada como problema: em que medida o trabalho do intérprete é afetado pelo do legislador? Para tanto, são objetivos desse estudo examinarem-se a hermenêutica jurídica atual e seus caminhos, bem como o novo saber intitulado Legística. Tal análise envolve o estudo dos papéis do legislador, em sua legiferação, seus limites e obrigações; e o do intérprete do Direito, seus métodos, limites e deveres.

Propõe-se, como abordagem metodológica, a revisão da literatura. Além disso, pretende-se avaliar algumas decisões jurídicas, objeto de estudo do grupo de pesquisa “O Elemento Hermenêutico na Jurisdição Constitucional” do IDP³ em especial no tocante à utilização de métodos interpretativos. Os métodos da hermenêutica tradicional serão tratados, além dos métodos da nova hermenêutica, fundada na filosofia da linguagem.

Formulam-se as hipóteses seguintes: a aplicação dos métodos da Legística com a finalidade de melhoria da lei consiste em uma visão utópica; os métodos científicos da Legística refinam a utilização da Hermenêutica; a nova interpretação proposta pela filosofia da linguagem oferece os meios necessários para uma boa consistência do sistema, por meio da prática integradora e criadora do intérprete; e a aplicação dos métodos e princípios da hermenêutica direciona para a melhor solução jurídica.

Não se pretende, com a presente investigação, trazer respostas e soluções fechadas, mas sim discutir o tema e provocar a reflexão sobre ele. Todo o trabalho pode remeter à possibilidade, e não à constatação, do papel do novo hermeneuta constitucional: influenciado pela filosofia da linguagem na sua interpretação do texto, cuja redação pode ser aprimorada pela Legística.

³ Grupo de pesquisa registrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, disponível na Internet em: <http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=4615601O5FQ07H>.

2 O SUPORTE DA INTERPRETAÇÃO: O TEXTO

Com o fito de tratar sobre a interpretação, faz-se mister abordar a linguagem, pois “a existência humana, tal como a conhecemos, implica sempre a linguagem e, assim, qualquer teoria sobre interpretação humana tem que lidar com o fenómeno da linguagem” (PALMER, 1986, p. 20).

Registre-se que, tal como concebem a semiótica e a hermenêutica, “texto” não é só o texto escrito, “mas sim qualquer realidade suscetível de interpretação” (MORCHÓN, 2006, p. 104). Assim, tudo que se possa interpretar é texto: “toda realidad humana, y consiguientemente también toda realidad social, es un texto en tanto que se nos muestra como algo que tenemos que ‘leer’ e interpretar para poder llegar así a comprender (o entender)” (MORCHÓN, 2006, p. 105).

Gadamer (2008, p. 612) corrobora esse entendimento, pois enfatiza que “o ser que pode ser compreendido é linguagem”. Não se trata de uma linguagem apenas da arte, “mas também de uma linguagem da natureza, e inclusive de uma linguagem que as coisas exercem”.

A interpretação consiste no “acto essencial do pensamento humano; na verdade, o próprio facto de existir pode ser considerado como um processo constante de interpretação” (PALMER, 1986, p. 20). Tudo tem significado: as ações, as omissões e até o simples silêncio⁴. Toda ação não é um mero acontecer. Os fatos possuem um significado: “la acción no es, simplemente, un movimiento físico o psíquico, no es un acontecer meramente fáctico, sino un significado, un sentido. La acción es el sentido que tiene un determinado movimiento psíquico-físico” (MORCHÓN, 2006, p. 81-82). Todo movimento e toda ação humana é suscetível de interpretação, pois

para determinar la acción será preciso interpretar el movimiento psíquico-físico en el marco de un determinado texto, de modo que desde este adquiera aquéllo el sentido que le corresponda. Pero esta operación hermenéutica presupone concebir la

⁴ Vejam-se, por exemplo, as omissões inconstitucionais. No caso do direito de greve dos servidores públicos, o silêncio poderia aparentar descaso do legislador, mas revelou tratar-se de tema muito complexo, cujos projetos não chegavam a um consenso e tal dificuldade foi reconhecida pelo STF (vide MI 670-ES). Já o silêncio do legislador na reforma política, que pretende rever os critérios de quociente eleitoral, sinaliza para uma falta de vontade política de alterar o quadro atual.

acción también como texto. La acción se transforma en un elemento textual más del texto global conjunto, o bien es una realidad que aunque no forme parte del texto total, adquiere su sentido a partir de este texto.

Os acontecimentos humanos convertem-se em texto para a interpretação. A ação é sim texto. Nesse sentido, interpretam-se os acontecimentos humanos, como uma batida na porta, ou uma batida de um pedreiro, ou o barulho do telefone ou o do despertador. Interpretam-se as palavras e os gestos das pessoas que ouvimos.

Como na máxima de Nietzsche, não existem fatos, mas sim interpretação de fatos (1998, p. 73)⁵.

Observe-se, no entanto, que a interpretação só pode ser feita a partir de um texto, nunca do pensamento, pois “nem tudo que é pensado pode ser dito” (CAPELLA, 1968, p. 27). Assim, a comunicação idiomática só pode ter como suporte o texto, seja ele escrito ou falado. No presente trabalho, tratar-se-á mais especificamente do primeiro.

2.1. A Língua Natural

Para tratar da interpretação normativa, faz-se mister abordar, em primeiro lugar, o tema referente à linguagem jurídica, que se utiliza da língua natural.

Ricoeur (1987, p. 14) ensina que “*langue* [língua] é o código ou o conjunto de códigos – sobre cuja base falante o particular produz a *parole* como uma mensagem particular”.

Toda comunicação pressupõe três elementos: um emissor, uma mensagem e um receptor⁶. A mensagem, base de toda comunicação, faz-se por meio da língua natural, que pode ser definida, resumidamente, como um conjunto de códigos ou signos e relações (FERRAZ JR., 1999, p. 258).

Ela é o “meio (Mitte) em que se reúnem o eu e o mundo, ou melhor, em que ambos aparecem em sua unidade originária” (GADAMER, 2008, p. 612).

⁵ A máxima se consagrou da forma mencionada, mas, na edição brasileira a frase é a seguinte: “Não existem fenômenos morais, apenas uma interpretação moral dos fenômenos” (NIETZSCHE, 1998, p. 73).

⁶ Pressupõe-se o destinatário como efetivo receptor, ou seja, alguém que entende e assimila a mensagem.

Por meio da linguagem, os sujeitos e os objetos se relacionam. Gadamer reconhece o caráter linguístico da própria realidade humana (PALMER, 1986, p. 52).

O pensamento se faz em linguagem: “sempre pensamos numa linguagem qualquer”. A linguagem é o suporte do pensamento. Mas não o é das sensações e dos sentidos. É nesse sentido que Schaff lembra Willard van Orman Quine na afirmação de que “nada há de lingüístico em ver Nápoles” (SCHAFF, 1968, p. 344-354).

Pelo princípio do antiverbalismo, a “declaração de um nome não é a coisa que ele denota”. Numa estação de trem, agitar uma bandeira vermelha tem um significado próprio, talvez não conhecido por uma criança que se aventure a ali fazê-lo. Assim como tantas convenções, como as de trânsito, a língua é uma convenção de significados (SCHAFF, 1968, p. 345-355).

A linguagem, ou a ciência dos signos, (ou da semiose, ou seja, da semiótica científica) pode ser vista por três dimensões: a sintática, a semântica e a pragmática (APEL, 2005, p. 167).

A Sintaxe refere-se à “relação intralingüística dos signos entre si” (APEL, 2005, p. 167).

A investigação sintática se ocupa dos signos, independente de seu significado e da pessoa que os usa (CAPELLA, 1968, p. 22).

É certo que “as formas sintáticas conectivas não exercem uma função inequívoca, e que os problemas sintáticos não podem ser resolvidos com base em dados de interpretação puramente lingüísticos” (ROSS, 2007, p. 157). Por isso, a semântica e a pragmática oferecem meios complementares de investigação da linguagem.

A Semântica diz respeito à “relação dos signos com os fatos extralingüísticos designados” (APEL, 2005, p. 167). Ocupa-se da “linguagem como meio de expressão e comunicação, sua importância no que se refere à ação e compreensão” (ROSS, 2007, p. 139) e revela a relação dos signos com seu significado, pois as palavras não possuem um significado em si: todo o contexto é importante (APEL, 2005, p. 167; ROSS, 2007, p. 139).

A Pragmática trabalha a “relação dos signos com os seres humanos enquanto usuários da linguagem” (APEL, 2005, p. 167); ela é a “teoria da relação entre signos, falante e situação” (VIEHWEG apud ALEXY, 2005, p. 52).

2.1.1. Plurivocidade Semântica na Língua Natural

As palavras da língua natural idiomática não são como as da linguagem matemática, em que os números encerram um significado único, ou como a linguagem da música. Os símbolos não possuem significados por si próprios. Segundo Ross (2007, p. 141),

pode-se facilmente cair no erro de pensar que o significado de uma expressão é o resultado da adição total dos significados das palavras individuais que a formam. As palavras individuais carecem de significado independente, possuindo apenas um significado abstruído das expressões nas quais aparecem. Se alguém diz ‘gato’ isoladamente, isto nada significa. Não é uma expressão, a menos que a palavra, de acordo com as circunstâncias (por exemplo, se farejo o ar e olho inquisitivamente ao redor), possa ser interpretada como uma forma abreviada de um juízo como ‘deve haver um gato aqui perto’.

Que significa a palavra ‘mesa’? A resposta só pode ser dada estudando um grande número de expressões nas quais apareçam essa palavra. Tal é o procedimento adotado na elaboração de um dicionário. Coleta-se uma imensa quantidade de material que consiste em expressões que constituem exemplos de usos da palavra.

Para Hart, “las palabras solo tienen un núcleo de significado establecido, pero que más allá hay una penumbra de casos de frontera que no están reglamentados por ninguna convención” (Hart apud FETERIS, 2007, p. 25)

Assim, a vagueza é inerente aos símbolos. Dependendo da situação, um símbolo pode significar uma ou outra coisa.

A linguagem reflete a realidade, e esta abriga inúmeros fatos, situações, sentimentos impossíveis de compor uma linguagem ideal, que a tudo correspondesse um símbolo específico. Eliminar-se totalmente a vagueza é desinteressante, “pois tornaria a linguagem muito mais pobre”. Assim, verifica-se que a vagueza “é uma propriedade de praticamente todas as palavras”, é, pois, “um fenômeno objetivo”. Entretanto, deve-se, ainda assim,

buscar-se a precisão, pois “a renúncia a uma linguagem ideal e a uma absoluta precisão nas declarações não significa, porém, a renúncia a um esforço em prol da máxima precisão possível” (SCHAFF, 1968, p. 348-352).

Além disso, “a maioria das palavras não tem um campo de referência único, mas sim dois ou mais [...] Tais palavras são chamadas de ambíguas” (ROSS, 2007, p. 143).

Se cada palavra pode ter mais de um significado, o texto, no qual ela se insere, também pode guardar mais de uma interpretação. Pergunta-se: um texto tem apenas uma interpretação correta? O sentido que o intérprete vislumbrou é válido? A interpretação deve ser tomada como correta ou como válida? Há mais de uma interpretação válida?

Ricoeur (1987, p. 105-106) prega a impossibilidade da univocidade textual, pois sempre haverá sentidos válidos, por serem prováveis. O leitor deve estar ciente de que sua interpretação não é a única válida, muito menos a “correta”. Na lição de Ricoeur, o que torna o texto uma apropriação do leitor é o “projecto de um mundo, a proposição de um modo do ser no mundo, que o texto desvela diante de si mesmo”.

2.1.2. Filosofia da Linguagem

Desde a Grécia antiga, precisamente de Aristóteles, vigorou o conceito de que a filosofia fundamental, da qual emanam todas as compreensões, versava sobre a investigação “da natureza ou da essência das coisas” (APEL, 2000, p. 378).

A partir do século XX, houve o giro hermenêutico: a “filosofia primeira” passa a ser sobre a “reflexão sobre o significado ou o sentido de manifestações linguísticas (‘análise da linguagem’)” (APEL, 2000, p. 378).

Tudo o que é digno de compreensão remonta à sua linguagem, à sua comunicação, já que tudo que é apreensível pelo ser humano passa por uma linguagem. Assim, convencionou-se por chamar de “filosofia da linguagem” o novo conceito hermenêutico: tudo é interpretado, não pela essência em si, que não é suficiente (APEL, 2000, p. 379), mas pela linguagem.

Wittgenstein exerce o papel protagonista nessa viragem. Não há

possibilidade de linguagem particular. A linguagem é o que se apresenta no uso da comunidade (APEL, 2000, p. 397): “a significação de uma palavra é o seu uso na linguagem. E a denotação de um nome explica-se, por vezes, ao apontar-se para o seu portador” (WITTGENSTEIN, 2002, p. 207).

Trata-se de um novo conceito transcendental-hermenêutico da linguagem, que toma como ponto de partida não apenas o conceito sintático ou o semântico, mas o conceito semântico-pragmático da linguagem (APEL, 2000, p. 399). Oliveira (2001, p. 132), no estudo de Wittgenstein, ressalta que

o importante agora é ver nossa linguagem, para aí descobrir como ela, de fato, é usada, e não especular *a priori*. O ponto de partida, o ponto de referência, o cerne da reflexão lingüística de Wittgenstein deixa de ser a linguagem ideal para se tornar a situação na qual o homem usa sua linguagem; então, o único meio de saber o que é linguagem é olhar seus diferentes usos.

Assim, “só se pode entender a linguagem humana a partir do contexto em que os homens se comunicam entre si” (OLIVEIRA, 2001, p. 132).

Esse pensamento inovador provoca o giro linguístico: a filosofia da linguagem passa a exercer influência em todas as áreas do conhecimento, especialmente na hermenêutica.

2.2. O Direito Enquanto Linguagem e Texto

O Direito utiliza-se da língua para comunicar. Usa de modo singular e cria sua linguagem própria. Segundo Larenz (2005, p. 451):

a linguagem jurídica é um caso especial da linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela. Isto tem como consequência, como já repetidamente sublinhámos, que não é capaz de alcançar a exactidão de uma linguagem simbolizada, de maneira que os seus termos continuam a necessitar de interpretação.

O que é o Direito? É um conjunto de normas? É uma atividade⁷? São as leis? São as decisões judiciais?

Qualquer que seja o enfoque, o Direito se manifesta como texto. Seja o Direito consuetudinário – que, para ser reconhecido, deve ser expresso em texto em algum momento, seja oral ou escrito –, ou o positivado, que se expressa por meio do ordenamento jurídico escrito.

Pode-se, assim, afirmar que o Direito, inegavelmente, é texto. O Direito se manifesta e aparece como texto. A “essência ou substância do Direito” é ser texto. Ser texto não significa que deve ser escrito, mas pressupõe a sua verbalização (MORCHÓN, 2006, p. 51-55).

Morais (2007, p. 573) lembra que “a afirmação de que a lei é linguagem funda-se na circunstância de as normas jurídicas que integram o Direito positivo se exprimirem através de proposições lingüísticas escritas”. A imanência do Direito são as palavras, pois sem elas, o Direito se resume a nada (MORCHÓN, 2006, p. 101-102).

Apesar de se referirem a coisas que não são palavras, mas sim fatos, como “intereses, planes, reivindicaciones, etc.” (MORCHÓN, 2006, p. 103), os textos jurídicos são palavras⁸. Essas “coisas” são também os fatos, que podem ser ações e omissões, mas também sempre possuem a representação por palavras. A ação é texto na medida em que os fatos não são trazidos aos autos do processo judicial, mas sim a referência a eles, e isso é texto.

A ação deve ser considerada como texto, na medida em que este pode ser visto como “um conjunto de movimentos dotado de significado; e como todo texto há de ser suscetível de interpretação e compreensão” (MORCHÓN, 2006, p. 84).

Já está claro que a imanência do Direito, sua natureza íntima e profunda é: o Direito é linguagem (MORCHÓN, 2006, p. 101). Como texto, o Direito tem um sentido, transmite uma mensagem, que, por ser Direito, é prescritiva⁹.

⁷ Lon L. Fuller afirma que o Direito não é um conjunto de normas, mas sim “la actividad de gobernar la conducta humana mediante normas” (*apud* ATIENZA, 2006, p. 46).

⁸ Analogamente, fazendo o mesmo exame que Morchón, os interesses, os planos, as reivindicações etc. são também palavras, pois se não o fossem não haveria como relacioná-los com o texto do Direito (MORCHÓN, 2006, p. 84).

⁹ Se o texto do Direito é prescritivo, dão-se ordens, organiza-se a sociedade por ordens (MORCHÓN, 2006, p. 163). Algumas normas, no entanto, organizam as instituições, como em boa parte do Direito Administrativo. Entretanto, apesar de tais normas organizativas não se dirigirem diretamente a regular a ação, só alcançam sentido se ligadas à regulação de condutas (MORCHÓN, 2006, p. 163). Não há sugestões, mas sim ordens (MORCHÓN, 2006, p. 165). Indaga-se, nesse panorama, se algumas decisões do Supremo Tribunal Federal – como aquelas proferidas em Mandado de Injunção, principalmente quando da primeira orientação da Corte, no sentido de apenas reconhecer a omissão constitucional e declarar o Poder Legislativo em mora (várias decisões em MI sobre direito de greve do servidor público apenas declaravam a mora; apenas após 17 anos de omissão do Legislativo, o Supremo

O texto do Direito (o texto jurídico) é prescritivo (MORCHÓN, 2006, p. 69). Tem uma função pragmática: “dirigir, orientar ou regular as ações humanas” (MORCHÓN, 2006, p. 69). Notadamente, o texto essencialmente legislativo é texto prescritivo. É prescrição. Não é literatura. Não é arte. Não é teologia. O texto normativo não é argumentação.

A linguagem jurídica também não é exata. Assim, como na linguagem natural, no Direito há também uma vagueza. Perelman (2004, p. 155) adverte que

se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por **uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambiguidade**. Estas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica e a das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos.

(destacado)

Assim, a univocidade não é possível na comunicação do Direito, somente na linguagem formal.

Não sendo uma linguagem formal, exata, unívoca, deve-se promover uma investigação sobre o sentido da linguagem jurídica. Como já registrado, são três as operações possíveis sobre todo texto, inclusive o jurídico: 1) sintática (lógico-linguística), com a qual se estuda a estrutura da linguagem; 2) semântica, por meio da qual se pretende revelar a relação dos signos com seu significado; 3) pragmática, pela qual se investiga o aspecto dinâmico de criação do Direito (MORCHÓN, 2006, p. 22, 117)

Também são três os níveis sobre os quais a teoria do Direito reflexiona: 1) teoria formal do Direito; 2) teoria da dogmática jurídica; e 3) teoria da decisão jurídica.

O Direito possui uma estrutura, uma forma específica, que é focada pela teoria formal do Direito (teoria pura do Direito), a qual investiga os elementos essenciais do ordenamento jurídico e suas relações recíprocas. Na teoria formal do Direito, desenvolve-se a anatomia básica de todo o Direito.

A par de sua estruturação formal, o Direito possui um conjunto de

assume uma posição “ativista” e regula a matéria, como no MI n. 670/ES) – caracterizam-se

significado muito complexo, que é estudado pela teoria da dogmática jurídica, a ciência do Direito em sentido estrito, que consiste no “conhecimento sistemático das normas e dos conceitos jurídicos próprios de um ordenamento jurídico concreto”. A dogmática investiga quais seus métodos de conhecimento, de modo a viabilizar a construção do sistema jurídico, e “aborda o estudo dos problemas teóricos e metódicos da ciência do Direito como ciência interpretativa de ordenamentos jurídicos concretos”. Trata-se de teoria mediante a qual o ordenamento jurídico “alcança a categoria de totalidade concreta dotada de sentido e decomponível em instituições” (MORCHÓN, 2006, p. 120-125 e 194).

Como todo texto, o Direito é criado mediante “atos de fala”, que, no caso específico, são as leis, as sentenças judiciais, que são objeto da teoria da decisão jurídica (de aspecto dinâmico), que estuda a geração ou produção do Direito, feita por meio dos processos de decisão: “a criação e aplicação do Direito”. Tal teoria envolve: a decisão jurídica como decisão racional; a tipologia das decisões jurídicas e dos operadores jurídicos correspondentes; a teoria da legislação; a teoria da sentença judicial; a teoria da justiça, a qual é um aspecto da decisão; e a teoria da argumentação jurídica, cujo objeto é “a averiguación dos criterios y pautas metodológicas para interpretar e aplicar el Derecho en los procesos de decisión” (MORCHÓN, 2006, p. 118-130).

Como dimensões da verdade linguística, “pragmática, semántica y sintaxis son las tres operaciones posibles sobre el texto jurídico” (MORCHÓN, 2006, p. 22). Nesse mesmo sentido, García (2000, p. 22-23) ensina que

la sintaxis, la semántica y la pragmática del lenguaje proporcionan al jurista los primeros elementos para la comprensión del significado de la ley. Sin entrar en mayores precisiones conviene subrayar que este criterio debe ser entendido en sentido amplio. No basta acudir al diccionario para realizar una interpretación gramatical correcta [...]. Es decir, junto a los factores léxicos deben tenerse en cuenta entre otros, los factores lógicos y contextuales del discurso legal.

De uma forma superficial, podemos comparar os três níveis de reflexão do Direito – teoria formal do Direito, teoria da dogmática jurídica e teoria da

como “Direito”. O tema, apesar de apresentado, não será tratado neste espaço.

decisão jurídica – com os três níveis de reflexão da linguagem, Sintática, Semântica e Pragmática.

A semelhança está em que assim como a Sintática se ocupa com as relações formais entre as palavras, de acordo com suas funções, sujeito, objeto, predicado etc., a teoria formal do Direito reflete também principalmente sobre a forma de cada norma, as relações entre decretos, regulamentos, leis e constituição, numa hierarquia que Hans Kelsen (2000, p. 181-198) soube reconhecer de maneira muito nítida, que se compara com as relações entre as palavras na Sintática.

Em relação à Semântica, que procura os significados das palavras e das expressões no contexto, é possível compará-la à dogmática, já que esta busca a compreensão das normas não apenas em cada área específica, mas nas suas relações com os princípios gerais e com o ordenamento jurídico como um todo.

Já a Pragmática, que procura desvendar os sentidos da linguagem de acordo com os seus usuários, no cotidiano, parece correlacionar-se com a teoria da decisão jurídica, que procura dar sentido à norma a partir dos fatos efetivamente praticados.

Segundo Zaccaria e Viola (2007, p. 189-191), na seara jurídica, a compreensão está em função do decidir e orienta a uma tomada de posições a respeito das regras que se devem observar e aplicar.

A decisão é o ponto central do texto jurídico, já que o texto é produzido por atos de decisão, o que faz do texto jurídico algo inacabado, aberto. A teoria de Morchón é diferente da de Kelsen, que é focada nas normas. Morchón vê além: é nas decisões que se originam as normas. Sem decisão não há norma. O ordenamento jurídico – um texto jurídico bruto, pois caótico, com lacunas e contradições – é inaugurado, criado, constituído por um “ato de fala”: a decisão constituinte. Se fosse possível reduzir a uma única norma, o conteúdo mínimo da Constituição seria aquele que definisse a fonte de toda decisão jurídica, i. e., constitutiva da autoridade única que produziu aquele “ato de fala” (MORCHÓN, 2006, p. 68, 23-30 e 75-78).

Várias perguntas surgem: Como tomar posições? Interpretando-se o

texto, que não possui univocidade? Como, então, não ser vulnerável, subjetivista? O Direito é argumentação? O texto normativo é argumentação? O texto judicial é argumentação?

A tarefa da argumentação jurídica é diferenciar fundamentações jurídicas certas das erradas, válidas das inválidas, por meio de critérios e regras (ALEXY, 2008, p. 548). O direito criado pelos juízes, isto é, o texto judicial é texto argumentativo. Argumentativo, por parte do advogado, que pretende fazer valer o direito de quem defende. Argumentativo, por parte do juiz, que deve justificar a decisão que tomou.

A linguagem normativa apresenta argumentação apenas em sua fase embrionária, nos debates durante a elaboração legislativa. O texto normativo é prescritivo, pois prescreve condutas. Entretanto, a linguagem desse texto é naturalmente aberta, até mesmo em decorrência da linguagem natural da qual se utiliza.

Além disso, o texto jurídico não é uma obra, pois não é algo acabado, mas sim algo em constante geração (autopoiese), que “paulatinamente vai se criando e recriando mediante decisões concretas”. É, portanto, um texto aberto (MORCHÓN, 2006, p. 68-74).

2.2.1. Univocidade x Plurivocidade Jurídica

A análise centra-se fundamentalmente na questão da linguagem, pois o código usado pelo Direito – isto é, a língua natural – é polissêmico. Assim, qualquer texto guarda mais de uma interpretação.

Em decorrência disso, no Direito, “o sentido verbal da norma não é unívoco” (KELSEN, 2000, p. 389). O sentido do texto não nasce pronto com as letras, pois “é constituído ao longo de um processo, iniciado, na hipótese, pela percepção visual das letras, dos vocábulos e das partículas que unem os vocábulos, organizando formações mais amplas”. Por conseguinte, não é possível “cogitar de manifestação do direito sem uma linguagem, idiomática ou não, que lhe sirva de veículo de expressão” (CARVALHO, 2006, p. 62-73). O Direito, no uso que faz da língua, também gera plurivocidade.

Carvalho (2006, p. 78) ressalta o paralelismo entre a linguagem natural

e a linguagem do Direito:

o paralelismo com os sistemas idiomáticos, nesse passo, é sobremodo oportuno. Neles, os controles gramaticais são, em grande parte, responsáveis pelo sentido preciso da mensagem, de tal forma que a boa construção da frase é pressuposto inafastável do entendimento comunicacional e as regras de seu uso adequado estão na sintaxe.

A plurivocidade natural da língua afeta a linguagem do Direito (ROSS, 2007, p. 157), pois

um texto é sempre afetado pela inevitável imprecisão de significado das palavras e nessa medida jamais é claro ou isento de ambiguidade, o que significa que constantemente podem surgir situações atípicas diante das quais fica dúvida se o texto é aplicável ou não [...] Entretanto, a certeza da aplicação em algumas situações não justifica a afirmação geral de que o texto não é ambíguo.

Qualquer que seja a interpretação, objetiva (para dar relevo ao que o texto significa) ou subjetiva (para fazer prevalecer a vontade do legislador), ela “geralmente não nos conduzirá a um resultado preciso e isento de ambiguidade”, pois “provavelmente um certo grau de imprecisão é sempre inevitável” (ROSS, 2007, p. 147-150).

Da mesma forma que o contexto confere a uma palavra o seu sentido, o referente do fato jurídico, com todo o seu contexto, confere a uma norma o seu significado. Concretizar a norma corresponde à mesma atividade de dar sentido a um signo. O texto não é nada, senão quando atualizado a determinado contexto. Alf Ross afirma que a palavra “gato” (ROSS, 2007, p. 141), dita sem nenhum contexto, nada significa. Mais ainda uma palavra polissêmica, como “manga”. Isso se aplica também ao texto normativo, que, naturalmente é ambíguo. Os crimes prescritos só são inteligíveis quando temos um caso, ao menos fictício, para lhe conferir possibilidade de compreensão.

Os princípios constitucionais também se incluem nessa linha de raciocínio, e com mais propriedade, devido à sua textura aberta: os princípios administrativos da moralidade, da legalidade, da probidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio federativo, entre tantos outros. É preciso um suporte fático para conferir inteligibilidade às normas. Assim como um dicionário, para definir uma palavra, serve-se de várias situações em que ela aparece (ROSS, 2007, p. 141), um manual, na área de Direito, parte

também de vários exemplos de fatos jurídicos para definir um tipo jurídico. Parte-se não só do texto normativo, mas da jurisprudência, que é como as situações coletadas para um dicionário.

Assim, o contexto completa a norma. Ross cita o aviso, numa exposição de gado: “entrada somente para criadores com animais”. Tal aviso, apesar de genérico, referindo-se a “animais”, não abrange criadores com pássaros, pois o contexto da exposição indica que a referência a “animais” liga-se a gado¹⁰. Assim é a norma. Não se pode interpretá-la pelo simples significado das palavras, mas sim pelo cotejo com a situação normada (ROSS, 2007, p. 146):

com freqüência nos defrontamos com a opinião de que a interpretação da lei pode ou tem que tomar como ponto de partida o significado ordinário das palavras tal como resulta de seu uso. Este parecer é enganoso. Não existe tal significado. Somente o contexto e o desejo de descobrir um significado *bom* ou *razoável* em relação a uma dada situação, determinam o significado das palavras individuais.

Müller (1999, p. 45) assevera que o texto é apenas a ponta do iceberg: a interpretação deve considerar todo o contexto, isto é, o que está envolta do texto.

Para Maximiliano (2004, p. 9-10), não há possibilidade de que “algumas séries de normas, embora bem-feitas, sintéticas, espelhem todas as faces da realidade”. Para Neves (2006, p. 204), é inegável que “a linguagem jurídica, enquanto um tipo de linguagem ordinária ou natural especializada e não uma linguagem artificial, é ambígua e vaga, o que dá ensejo a interpretações divergentes”.

Sim, são possíveis várias interpretações, inclusive com sinais contrários, isto é, é possível que haja argumentos contra ou a favor de cada uma. Mas, para Ricoeur (1987, p. 91), sempre há um campo limitado de construções possíveis.

Diante de tal plurivocidade, no âmbito do Direito, há que se definir a

¹⁰ O exemplo de Ross foi de uma interpretação restritiva, imposta pelo contexto. Em sala de aula, o Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho deu um exemplo cujo contexto pode impor uma interpretação ampliativa: vê-se o aviso, numa sala de aula, onde está escrito “proibido entrada com cachorros”. Obviamente, tal aviso não se restringiria a cachorros, aplicando-se também a quaisquer animais, como gatos, pássaros etc., animais de estimação em geral.

quem compete a última interpretação, especialmente num estado constitucional (MORCHÓN, 2006, p. 112):

Desde luego, en el derecho, como en todo lo humano, hay siempre o casi siempre diversidad de interpretaciones para un mismo asunto, y es por esta razón por la que todos los ordenamientos jurídicos establecen cuáles son los órganos que tienen la última palabra en materia de interpretación de las normas.

A norma não tem uma substância pronta. Somente quando se aplica ao caso concreto, seja real ou fictício, a norma faz aparecer seu conteúdo, e revela mais nitidamente seu caráter plurívoco. A norma prescreve apenas uma moldura, dentro da qual é possível imaginar o seu alcance (KELSEN, 2000, p. 388 e 390). Nessa mesma linha, Müller (2000, p. 62) ressalta que “um enunciado jurídico não funciona mecanicamente”.

Na teoria de Kelsen (2000, p. 388-389), existe uma relação entre a norma e a decisão do aplicador. Aquela é a “norma de escalão superior”, que regula esta, a de escalão inferior. Mesmo quando bastante detalhada, a norma de escalão inferior, regulamentadora, não tem como escapar de deixar uma margem de livre apreciação, não só por impossibilidade de sua previsão, mas também por decorrência intencional.

A plurivocidade não decorre apenas de uma dificuldade em prever, mas também de um dever de abranger situações vindouras. Para Müller (2000, p. 66),

a norma jurídica deve regulamentar uma quintessência indeterminada de casos jurídicos práticos, nem concluída nem suscetível de ser concluída na direção do futuro. Tais casos jurídicos não podem nem devem ser pré-‘solucionados’ qualitativa e quantitativamente pelo legislador.

Por isso, a norma prescreve um núcleo, a partir do qual se podem inferir várias possibilidades.

Hart (1986, p. 146) reputa pertencente a uma “jurisprudência mecânica”, à parte do nosso mundo, a possibilidade de previsão de todas as situações. Para ele, “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade”.

Não se pode olvidar a tese de Ronald Dworkin (2001), sobre a única resposta correta. Entretanto, a univocidade a cada dia perde mais adeptos na doutrina e na jurisprudência.

O Tribunal Constitucional Alemão, em determinado julgado, declarou ser ficção “a idéia de que apenas é possível uma solução correta na aplicação da noção do que pode representar um perigo para a juventude” (COELHO, 2010).

A atividade do tribunal é criativa, e, portanto, possui certa discricionariedade no uso da interpretação.

Coelho (2010), comentando a questão, complementa, incluindo a intersubjetividade como elemento de validação de uma interpretação:

O direito não contém uma única solução correta e justa para todos os casos particulares; antes, indica uma solução “privilegiada”, desde o ponto de vista ético e político, em determinada conjuntura da vida da sociedade, uma solução que, de resto, em dado momento, é apoiada por amplos grupos sociais e favorecida por um grande público.

Ferraz Jr. (1999, p. 262) alerta que a univocidade não existe e que a tentativa de sua busca “é falsear o resultado e ultrapassar as fronteiras da ciência”.

Assim, a univocidade é permeada por uma decisão política, e não científica (KELSEN, 2000, p. 392-397).

Ferraz Jr. (1999, p. 262) apresenta o que chama de desafio kelseniano:

Não teria, pois, realmente, nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade metódica da doutrina, quando ela busca e atinge o sentido único das palavras da lei? Seria um contra-senso falar em verdade hermenêutica?

Sim, seria e, pelo menos no atual estado da arte da hermenêutica, é. A verdade¹¹ hermenêutica, nesse sentido, é uma utopia. As visões de mundo diferem, principalmente se somadas à plurivocidade natural da língua, que é o código usado pela hermenêutica.

Maximiliano (2004, p. 13), entretanto, parece crer na possibilidade de haver apenas uma solução correta para cada caso concreto. Ao tratar da aplicação do Direito, assevera que ao intérprete não cabe “apenas procurar

¹¹ Outro é o sentido de verdade para Alexy, pois se identifica com “correção”, que é possível, diante da controlabilidade da fundamentação das decisões judiciais.

atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico". Ora, é certo que a decisão do aplicador será só uma, mas não significa que será a única "apropriada, correta, jurídica".

Kelsen refuta a possibilidade de apenas uma solução ser a correta. Acredita que toda norma leva a uma série de soluções possíveis, no que tange à lógica, ainda que não politicamente desejáveis. Apenas uma solução correta para todas as hipóteses, crença da jurisprudência tradicional, é, em verdade, uma ficção. A interpretação da norma pode abranger inúmeras soluções e não há método científico que aponte para a univocidade (KELSEN, 2000, p. 390-396).

Não havendo, a rigor, método, Mateos (2006, p. 142) afirma que

la decisión de los tribunales será, en estos casos, discrecional. Es decir, el tribunal disfrutará de discreción a la hora de usar uno u otro criterio: para resolver una antinomia, para llenar una laguna, para atribuir signifiado a un texto ambíguo, para resolver un caso de la zona de penumbra. El tribunal deberá dar razones de la elección de criterios y estos criterios se podrán discutir. Sin embargo, no existe ningún modelo de justificación externa capaz de articular una respuesta unívoca para todos los casos.

É certo, porém, que pode haver equívocos na aplicação. Mas quais são os equívocos que podem acarretar uma interpretação inválida?

Podem-se citar o apego pela busca da vontade do legislador, a falta de atualização do texto, o subjetivismo e a falta de fundamentação, que impede a sociedade de verificar se há concordância nas razões.

2.2.2. Objetos de Equívocos

2.2.2.1. A Intenção do Legislador

Em primeiro lugar, para se alcançar o significado do texto, não se deve perseguir a intenção psicológica do autor. É preciso ater-se ao texto. O que importa é apropriar-se do sentido do próprio texto. O texto tem mundo, vida própria. O leitor deve distanciar-se do autor e tirar o texto do tempo, para que o texto ganhe novos horizontes. Nesse ponto acontece a "fusão de horizontes" (GADAMER, 1997, p. 457).

Entretanto, Windscheid, um pandectista, buscava na intenção do

legislador o sentido para a legislação. Foi ele “o primeiro a falar na intenção possível do legislador” (REALE, 1978, p. 79).

Hirsch, nessa linha, considerava que a função da hermenêutica está em descobrir o sentido, presente apenas na intenção do autor, que é a única norma para a interpretação. Palmer (1986, p. 73), no entanto, pondera que quem fará asserções sobre a intenção do autor está inserido em sua época, portanto

se essas normas fossem supostamente encontradas, com que bases poderíamos decidir se eram ou não válidas? Estamos novamente no presente. E é justamente esse ponto que tem que ser realçado; mesmo as regras de e para a objectividade são manufacturadas a partir de um fabrico histórico atual.

Assim, cada época interpretará um texto de uma forma e terá, portanto, sua verdade. Para Hirsch, o único sentido verdadeiro é a intenção do autor. Transpondo seu pensamento para o campo jurídico, seria então a intenção do legislador a norma a guiar a interpretação.

Maximiliano (2004, p. 19-25) pondera que, tendo em vista ser a lei resultado de vários legisladores, é certo que os motivos de uns podem não ser os mesmos de outros: “como descobrir, naquele labirinto de idéias contraditórias e todas parcialmente vencedoras, a vontade, o pensamento, a intenção diretora e triunfante?” Além disso, não só seria difícil alcançar tal intenção, como explicar qual e como seria a sua influência no texto eleito.

Mais complicado é a legislação de “apoio popular”¹², que geralmente

¹² A iniciativa popular está prevista no § 2º do art. 61 da CF. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 205-210) registra que “sendo rigorosas essas exigências, não será fácil sejam apresentados projetos de lei de iniciativa popular. Trata-se de instituto decorativo”. Entretanto, diante dos recentes casos, a questão da dificuldade parece não ser afeta às exigências, mas sim à sua verificação. Talvez um sistema informatizado possibilite tal tarefa. Nunca houve um projeto nos moldes da Constituição. As leis que ganharam repercussão na mídia como de “iniciativa popular”, tiveram, em verdade, “apoio popular”, pois receberam a subscrição de grande eleitorado, mas, a apresentação, na Câmara dos Deputados – CD, foi formalizada por um parlamentar, que “adotou a causa”. Há sim, um peso político, simbólico, e que dá forças e legitimidade ao projeto. Segundo informações de servidores da Secretaria-Geral da Mesa da CD, em um dos projetos, no ano 2000, pretendeu-se a verificação das assinaturas. Entretanto, muitas delas não vinham com identificação de RG ou de título de eleitor, inviabilizando a checagem da existência do subscritor. Algumas vinham inclusive em tom de brincadeira, como se assinadas fossem por “Batman” ou “Pelé”, entre outras. Um recente projeto de “apoio popular” foi apresentado em setembro de 2009. A Agência de Notícias da Câmara dos Deputados explica: trata-se do projeto “que institui a chamada ‘ficha limpa’ obrigatória para os candidatos nas eleições em todos os níveis. O projeto de lei recebeu 1,3 milhão de assinaturas, coletadas pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. O texto torna inelegível candidato condenado em primeira instância ou denunciado por crimes como improbidade

chegam ao Congresso com mais de um milhão de assinaturas. Como dizer a razão por que um conjunto pretendeu tal legislação? Na verdade, cada pessoa tem a sua justificação.

Ross lembra que “a intenção, sendo um fenômeno de consciência interno do autor, é fundamentalmente inacessível”. Por isso, acreditar “numa interpretação *literal* é uma ilusão” (ROSS, 2007, p. 149-150).

A intenção do autor passa a ser a expressão do que épocas diferentes têm visto em obras como as de Fausto, Goethe, ou Shakespeare (ROSS, 2007, p. 150). Cada época interpreta as obras literárias à sua maneira. O mesmo acontece no campo jurídico.

2.2.2.2. Historicidade do Texto

Outro equívoco é achar que devemos entender o texto como se supõe que o real destinatário dele deveria entender, pois “o sentido de um texto está aberto a quem quer que possa ler” (RICOEUR, 1987, p. 105). Trata-se da omnitemporalidade do texto. Ele é aberto.

O texto normativo deve ser atualizado. É preciso atualizar o texto: lê-lo hoje, trazê-lo para o presente. Na aplicação, o intérprete deve pretender que determinado dispositivo normativo lhe forneça uma norma para resolver o caso concreto, de hoje, aqui.

A verdade é, assim, relativa, pois cada um carrega uma historicidade. A interpretação, em 1930, sobre os fatos que envolveram a I Guerra Mundial é diferente da interpretação hoje, 80 anos após. Muitos dos estudos foram se agregando à concepção do fato, pelo intérprete de nossos dias. A dúvida filosófica fundamental do historicismo, em torno do ano de 1920, consistia em como descobrir a verdade se cada um deve ser consciente do próprio condicionamento histórico? Os estudos revelaram que essa dúvida não era um problema particular da década de 20, mas que “domina desde los tiempos de Platón la tradición completa de la metafísica, incluso todo nuestro pensamiento” (GADAMER, 1995, p. 198). Procurava-se uma objetividade, que hoje se sabe

administrativa, uso de mão-de-obra escrava e estupro”. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html?pk=140693&pesq=iniciativa%20popular>>. Acesso em 22/2/2011.

não haver.

O “existir” é o existir agora e em tal lugar, datado e localizado. Essa nova concepção abriu as portas para o giro hermenêutico, iniciado em Heidegger e influenciado por Dilthey (GADAMER, 1995, p. 203).

Não só uma tradução é diferente, por ter códigos diferentes, a entonação, a vocalização de cada idioma tem suas peculiaridades, que influenciam na interpretação. Não basta uma tradução do grego escrito, se não se sabe nem a sua vocalização (GADAMER, 1995, p. 204). Nenhuma tradução é perfeita. Transpõe-se o local, a linguagem, e, em alguns casos, o tempo. Cada intérprete é, assim, dono da sua interpretação e não conseguirá nunca alcançar a intenção original, pois não pertence ao tempo do escrito.

2.2.2.3. Subjetividade x Neutralidade

A subjetividade acontece e é também inevitável; Gadamer (1997, p. 405) ensina que

quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermenêuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulante, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes.

A subjetividade é uma observação da modernidade. John Locke, com sua observação “cogito me cogitare”, fundamento primeiro sobre o qual não se colocam dúvidas, pois revela a consciência de si mesmo, mostrou ao mundo que existia subjetividade e no que ela consistia. Kant desenvolveu o conceito de forma definitiva. A partir daí a filosofia passa a se preocupar com a subjetividade. Esse foi o chamado “giro copernicano” (GADAMER, 1995, p. 13-15). A subjetividade é a forma pela qual o sujeito apreende algo sob análise: o objeto. O objeto só é cognoscível por um sujeito, que, por sua vez, tem sua bagagem histórica, o que irá influenciar no conceito e na investigação do objeto.

O necessário é manter uma vigilância epistemológica: deve-se ter consciência de que há uma certa bagagem que cada um carrega, mas é preciso tentar desvincilar-se dela, da forma mais objetiva possível.

Na lucidez de Japiassu (1975, p. 43), não existe objetividade: “o que existe é uma ‘objetivação’, uma ‘objetividade aproximada’ ou um esforço de conhecer a realidade naquilo que ela é e não naquilo que gostaríamos que ela fosse”. O real é conhecido como cada um vê, na concepção de cada um. Para Gadamer (1997, p. 416) , a lente da subjetividade é uma lente deformante, pois o histórico de cada um influencia na sua visão da realidade. Japiassu (1975, p. 44) ressalta que “a objetividade não passa de um ideal: nenhum sujeito o realiza”.

Com o mesmo pensar de Japiassu, para Gadamer (1995, p. 208), não há objetividade em si, mas sim “objetivação”, pois

objetividad significa objetivación, lo cual es siempre un prejuicio limitador allí en donde no se trate en realidad de romper una resistencia o de dominar algo, sino de participar conjuntamente y tener parte en y del universo hermenéutico en el que convivimos.

Bourdieu (1999, p. 14) explica que é necessário

opor o treino constante na vigilância epistemológica que, subordinando a utilização das técnicas e conceitos a uma interrogação sobre as condições e limites de sua validade, proíbe as facilidades de uma aplicação automática de procedimentos já experimentados e ensina que toda operação por mais rotineira ou rotinizada que seja, deve ser repensada, tanto em si mesma quanto em função do caso particular.

A subjetividade é incontornável. Por tal motivo, as decisões devem ser fundamentadas, de modo a externar as razões que levaram o julgador a determinada conclusão, o que permite a controlabilidade por parte da sociedade.

A falta de fundamentação das razões da interpretação aplicada é equívoco correlato, pois impede a verificação da intersubjetividade, impossibilitando que a sociedade possa verificar a congruência nas razões tomadas.

3 O ATO NORMATIVO E O TRABALHO DO LEGISLADOR

Tanto trabalho para tanto intérprete, tanta subjetividade, plurivocidade, contradições... Não caberia ao legislador o dever de emitir leis mais claras, coerentes e precisas? Ou ele é livre para dispor?

Neste capítulo discutiremos sobre o papel do legislador e algumas teorias sobre como deve ser a sua tarefa.

3.1. O Postulado do Legislador Racional

Nino (1989, p. 85) aduz que os juristas utilizam um modelo de legislador pouco similar ao dos legisladores reais. Trata-se da teoria do legislador racional – uma hipótese, uma ficção –, que traz soluções jurídicas para a dogmática.

O legislador racional de Nino (1989, p. 85-86) tem vários atributos: é singular, é imortal, é único, é consciente, é omnisciente, é onipotente, é justo, é coerente, é omnicompreensivo, é econômico, é operativo e é preciso. Em resumo: tem quase todas as propriedades dos deuses teológicos, sendo que sua única tarefa se esgota na função legiferante.

As propriedades do legislador racional de Santiago Nino, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1999, p. 281) “confirmam, na verdade, os dois princípios da hermenêutica dogmática: o da inegabilidade dos pontos de partida (deve haver um sentido básico) e o da proibição do *non liquet* (não deve haver conflito sem decisão)”. Por intermédio da hermenêutica é que se refaz o discurso da ordem jurídica, “como se o intérprete ‘fizesse de conta que’ suas normas compusessem um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade”. Esse é o sentido de coerência, de unidade que o intérprete pode conferir ao sistema.

3.2. O Papel do Legislador

A ideologia dominante na filosofia do Direito do século XIX foi a doutrina da divisão dos poderes de Montesquieu, segundo a qual o papel do legislador era elaborar normas claras e inequívocas, de modo que o juiz teria o papel restrito de aplicá-las aos casos concretos (FETERIS, 2007, p. 23).

Entretanto, hoje já se considera impossível que o legislador preveja

todos os casos possíveis, sendo-lhe exigível apenas uma formulação geral das regras que o juiz deverá interpretar de forma a também aplicá-las a casos novos (FETERIS, 2007, p. 24).

No pensamento de Bobbio (1999, p. 111), o legislador é “perfeitamente livre para formular sucessivamente normas em oposição entre si”, até mesmo para se contradizer. Assim, o legislador é livre, pois seu trabalho deve ser fruto das demandas sociais, em contínua transformação. Nessa linha, o jurista tem maior liberdade na leitura do Direito, para conformação dos fatos às normas.

Outra visão é a do constitucionalista português Carlos Blanco de Moraes (2007, p. 525-533), que defende deva o legislador buscar um mínimo de plurivocidade, além do aprimoramento da lei. Para que o legislador leve sua mensagem ao intérprete com menos desvio de sentido, é preciso que fale a linguagem do intérprete, em decorrência da pressuposição de que

o redactor domine os cânones e diretrizes gerais e específicas de interpretação jurídica e que as projecte na redacção das normas, de modo a que o enunciado possa orientar o intérprete-aplicador na direcção pretendida ou, pelo menos, criar condições para o ambiente interpretativo desejado.

O constitucionalista português assevera que os Estados mais desenvolvidos social e economicamente da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE são os que “há muito se preocuparam com os cânones de boa redacção, sistematização e simplificação legislativas” (MORAIS, 2007, p. 525 e 533).

Para Dworkin, todos devem ser tratados como portadores de direitos iguais, com a mesma consideração e respeito. Tal mandamento, de tratamento não arbitrário, demanda no ato legiferante que aqueles que criam a lei mantenham-na coerente (GÜNTHER, 2004, p. 408).

Hesse (2009, p. 105-106) alerta que a Constituição “não possui qualquer critério inequívoco [...]”; nem ela nem o constituinte decidiram nada”. Não há nenhuma vontade prévia na Constituição. A norma prescreve condutas fictícias que serão aplicadas a condutas reais, momento em que ocorre a concretização. Assim, não se pode pensar em nada prévio, pois “com freqüência, o texto ainda não diz nada que seja inequívoco sobre o significado das suas palavras”, isto é, antes da aplicação, a norma é abstrata, e, portanto

não se pode atribuir-lhe uma vontade.

Com a passagem do “Estado Legislativo” para o “Estado Constitucional”, em que há o controle de constitucionalidade das leis, o poder do legislador torna-se mais limitado e deve ser justificado de forma mais exigente (ATIENZA, 2006, p. 17). Assim, o legislador deve atentar para a jurisprudência do tribunal constitucional. Os assessores parlamentares contribuem no auxílio dessa tarefa.

3.3. A Legística e a sua Pretensão

Por muito tempo, o ofício de elaborar leis foi focado pelo ângulo da arte. Redigia-se bem assim como se pintava uma bela tela de arte. Precisava-se de dom, naturalmente.

Na segunda metade do século XX, entretanto, estudos apontam para a preocupação de trabalhar na “fase pré-natal” das normas, no lugar do tradicional interesse pela fase posterior, imposto pela dogmática e metódica jurídicas (CANOTILHO, 1990). Um dos precursores desse intento foi José Joaquim Gomes Canotilho, que, entre vários outros juristas, trabalha pelo reconhecimento de uma ciência da legislação, que envolve o saber da Legística (MORAIS, 2007, p. 22).

A Legística vem se firmando como a área do conhecimento que se utiliza de métodos científicos para a melhoria das leis. Na Europa, compartilham-se e analisam-se as experiências dos vários países da comunidade e já há vários profissionais e acadêmicos com expertise no tema. O Brasil estuda o assunto mais restritamente à área da técnica legislativa, uma parte da Legística formal, e os profissionais do Legislativo ainda não conhecem como foi cunhada essa nova área do conhecimento nem seus avanços. A experiência da Europa recomenda o aprofundamento dos estudos no Brasil.

Uma pergunta-base que norteia o estudo da Legística é: o que é uma boa lei?

Pode-se dizer que uma boa lei é aquela que reflete o consenso pela necessidade de uma estabilização de expectativas contra frustrações (LUHMANN, 1983), já que um papel relevante do Direito é regular os conflitos. Espera-se também que a lei possa atingir os objetivos a que se propôs, e, além

disso, integrar-se “harmoniosamente no ordenamento jurídico” (CRISTAS, 2006). Para tanto, a lei deve estar bem redigida e bem sistematizada.

Inicialmente com o ensino da técnica legislativa e, mais recentemente, com o da Legística, como ramo da teoria da legislação, na forma preconizada pelos legistas europeus, o trabalho legislativo deixa de ser restrito à arte e passa a preocupar-se com “uma reflexão sistemática e global sobre o procedimento legislativo” (ALMEIDA, 2007). A Legística investiga e oferece ao redator critérios e técnicas para uma boa lei, que se inicia no momento de sua concepção, passa pela forma como é comunicada e, ainda, pela avaliação de como é recebida e aplicada (PINHEIRO, 2005).

Com vistas ao alcance dos objetivos mencionados, alguns princípios devem ser seguidos (CRISTAS, 2006): necessidade (deve-se avaliar a necessidade da edição da norma); proporcionalidade (deve-se avaliar o custo/benefício da lei); participação e transparência (a sociedade deve participar/ter acesso durante o processo legislativo); responsabilidade (devem-se consultar as autoridades a respeito das dificuldades envolvidas); inteligibilidade (a lei deve ser coerente e ter uma boa redação); e simplicidade (a norma redigida de forma simples facilita a compreensão).

A Legística se relaciona a sete áreas de interesse correlacionadas (MADER, 2007)¹³: 1) metodologia legislativa (ou Legística material ou substantiva); 2) técnica legislativa (Legística formal); 3) formulação legislativa (aspectos linguísticos e comunicacionais); 4) procedimento legislativo; 5) gestão de projetos legislativos; 6) sociologia da legislação; e 7) teoria da legislação.

O estudo da Legística recai sobre o da legislação, em suas várias dimensões. A legislação, por sua vez, utiliza a língua natural para expressar a sua própria linguagem. A base dos textos pátrios, naturalmente, é a língua portuguesa. A legislação é texto.

A feitura das leis deve percorrer uma análise mais profunda do que a elaboração de um texto de outra área do conhecimento. A Legística vem ocupar esse espaço. A norma é texto. Mas, um texto prescritivo. Segundo

¹³ Luzius Mader cunhou o neologismo “Legisprudência”, no lugar do termo “Legística”.

Soares (2007, p. 16),

conceber uma legislação sem considerar mecanismos de persuasão equivale a qualificar o sujeito como sem intelecto, é o mesmo que lhe negar a liberdade para se autonomizar: há verdadeiramente uma escolha sob o domínio da coerção?

Entretanto, a Legística, em uma de suas dimensões, visa a evitar ao máximo a plurivocidade. Para tanto, o legislador deve inteirar-se dos métodos disponíveis, o que envolve o conhecimento da hermenêutica usada pelo intérprete (já que este dá o alcance e o sentido da norma), com a finalidade de que sua mensagem se desvie o mínimo possível de seu sentido (MORAIS, 2007, p. 525).

É preciso que o intérprete conheça a linguagem do legislador e vice-versa, de modo a haver maior compreensão, pois é necessário, para uma comunicação efetiva, que “uma dada sentença seja compreendida do mesmo modo pelos dois interlocutores” (SCHAFF, 1968, p. 354). Isso envolve não só o conhecimento efetivo da linguagem natural (e da linguagem jurídica), como o conhecimento do fato da realidade que demanda aquela normação.

No mesmo sentido, Morais (2007, p. 531) defende que “a compreensão da mensagem legislativa é unívoca a partir do momento em que o legislador e o intérprete-aplicador a entendam do mesmo modo e falem idêntica linguagem jurídica”.

Isso é possível? Ora, a plurivocidade é própria da atividade normativa. Segundo Canotilho (2003, p. 1212), a norma muda, mas permanece o texto (que é a forma acabada). Todo enunciado é plurinormativo, isto é, pode produzir mais de uma norma, já que usa a linguagem, que é plurissignificativa.

Ressalte-se, entretanto, que a plurissignificação não pode derivar de equívocos de redação. A norma deve estar, no mínimo, correta do ponto de vista sintático. Para tanto, os métodos de Legística formal ajudam e orientam.

Morais (2007, p. 532) entende ser impossível ao legislador garantir que o sentido que inspirou a norma seja o mesmo que o intérprete encontre (o sentido exato que pretende ver interpretada a sua norma). Entretanto, ensina que há instrumentos à sua disposição capazes de mitigar o desvio de sentido. Esses são conferidos pela Legística.

A Legística surge, na Europa, como integrante da ciência da legislação,

e pretende, com fundamento em uma avaliação pós-normativa, criar métodos para a melhoria da legislação.

A Legística pode ser classificada em formal e material.

3.3.1. A Legística Formal

De acordo com o constitucionalista português Carlos Blanco de Morais (2007, p. 523), a Legística formal é a “disciplina que estuda a comunicação legislativa, com o objectivo de melhorar a compreensão e a identificação da normação legal vigente”. Sua finalidade é estabelecer métodos que habilitem “o legislador a implantar uma adequada política pública de comunicação legislativa, nomeadamente através dos institutos da redacção, da sistematização e da simplificação das normas legais”.

A Legística formal refere-se à linguagem da norma, notadamente à sua estrutura interna e à externa (relativa à integração da norma no sistema).

O desafio da Legística formal passa pela seguinte noção: não há, é certo, método científico que direcione para apenas uma solução correta para toda e qualquer hipótese. Para cada norma, há uma série de soluções possíveis, no que tange à lógica, ainda que não politicamente desejáveis (KELSEN, 1999, p. 387-397).

Ressalte-se que, por um lado, a Legística formal não tem pretensões absolutas. Entretanto, por outro lado, o legislador não deve ser tão livre para dispor. Ele deve, no mínimo, procurar usar os métodos da boa redação, sistematização e simplificação legislativas. A boa redação levará também em conta o bom emprego da língua portuguesa.

3.3.2. A Legística Material

A Legística material trata do conteúdo legislativo. Com vistas à elaboração de uma boa lei, o legislador passa por uma série de questionamentos que vão, ou não, levar à apresentação do projeto. A análise proposta pela Legística material¹⁴ atinge tanto a fase pré quanto a pós-legislativa (CRISTAS, 2006). Um de seus objetivos de maior relevância é a avaliação, posterior, do impacto normativo, pois conhecer os resultados

¹⁴ O que pode abranger o uso dos quatro primeiros princípios reunidos por Cristas.

atingidos por um ato normativo previne o legislador dos erros no futuro.

A Legística material tem como seu maior mérito a avaliação das circunstâncias que envolvem a lei a ser editada, com vistas ao máximo de efetividade. Também a análise da lei já editada previne contra erros futuros.

Exemplos de fracasso da lei no Brasil, pela falta desse tipo de análise, são: a lei sobre proibição de fumar, já que parece que o legislador esqueceu de cominar pena aos infratores, o que levou ao seu descumprimento; a exigência de porte de kit de primeiros socorros dentro de automóveis; a proibição de venda de bebidas alcoólicas; a proibição de direção por embriagado (que contou também com a necessidade de compra de bafômetros e do treinamento por seus operadores), pois a pessoa não deve ser obrigada a produzir prova contra si.

Note-se que há uma interrelação entre Legística formal e material, pois, como a redação (sintática) influencia o sentido (semântica), faz-se uma ponte entre as duas, com objetivo de otimizar os atos normativos (MORAIS, 2007, p. 531). Assim, o legislador deve cuidar para que a má-redação não contamine o conteúdo da lei.

3.3.3. A Experiência Brasileira

No nosso país, foi Aurelino Leal quem publicou o primeiro trabalho de técnica legislativa sob o título de “Técnica Constitucional Brasileira”, em 1914, resultado de uma conferência proferida no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (FREIRE, 2002, p. 39). Hésio Fernandes Pinheiro lança, em 1945, o livro “Técnica Legislativa e as constituições e leis constitucionais do Brasil”. Pinto Ferreira (1986, p. 172), já na década de 80, com seu trabalho “Técnica legislativa como a arte de redigir leis” enaltece a contribuição de Rui Barbosa para o aprimoramento das leis brasileiras, por meio de “dois modelos imortais de redação de leis, a Constituição de 1891 e o Código Civil de 1916, ambos de grande beleza literária e artística.

No âmbito dos legislativos estaduais e no do federal, o estudo da técnica legislativa deve ser feito periodicamente para treinamento dos servidores públicos. Apenas no novo milênio, algumas Escolas do Legislativo

passaram a dar a devida importância a tal estudo¹⁵.

No Brasil, o Manual de Redação da Presidência da República de 1991 foi um dos primeiros trabalhos do governo que abordou a questão. Sob o título 9.4.3. “Questões que Devem Ser Analisadas na Elaboração de Atos Normativos no Âmbito do Poder Executivo”, percebia-se uma orientação típica da Legística.

3.3.3.1. Regras Brasileiras e Sua Violação

Na atualidade, cite-se a Lei Complementar n. 95/1998 (alterada pela LC n. 107/2001), que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, em atendimento ao mandamento do parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal. No âmbito do Poder Executivo, o Decreto n. 4.176/2002 oferece um *check list* parecido com o que havia disposto o Manual citado, onde se avalia, ao fim e ao cabo, a necessidade da lei. O estudo desses normativos é o objetivo da técnica legislativa, uma das principais ramificações da Legística formal.

A LC n. 95/1998 estabeleceu regras de sistematização, segundo as quais cada lei deve tratar de um único objeto (exceto as codificações), e, consequentemente, não deve versar matéria estranha a seu objeto; o âmbito de aplicação da lei deve estar determinado de forma a possibilitar o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; e o mesmo assunto não pode ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a lei posterior venha complementá-la, a ela se vinculando por expressa remissão. Essas normas são sabidamente violadas hodiernamente, principalmente por meio da edição de medidas provisórias, não só pelo Poder Executivo, mas também pelo Legislativo.

A LC n. 95/1998 também previu a consolidação, por meio da qual o legislador apenas sistematiza o Direito. Pela consolidação, deve-se propor a

¹⁵ Foi realizada a seguinte pesquisa: por meio do site da Internet da Associação Brasileira de Escolas do Legislativo – Abel (<http://www.portalabel.org.br/>), a autora enviou, em setembro de 2010, questionário a todas as escolas cujo e-mail constava do site (BA, DF, ES, GO, MG, PB, PE, PR, RJ, RN, RO, RR, RS, SC, SE, SP e TO), perguntando sobre a existência e a data de início de oferecimento do curso de Técnica Legislativa ou de Legística. No entanto, apenas as Escolas do Amazonas, Brasília (Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento – Cefor da Câmara dos Deputados), Pernambuco, Santa Catarina e Vitória responderam.

integração, num único diploma legal, de todas as leis pertinentes a determinada matéria, revogando-se formalmente as leis incorporadas. O texto original, de 1998, prescrevia prazo para o Legislativo e para o Executivo. No entanto, diante da inércia, a LC n. 107/2001 trouxe alterações, entre as quais a supressão de tais prazos. Apenas em 2007 instalou-se o Grupo de Trabalho de Consolidação das Leis, que ainda não obteve grandes resultados.

Obviamente, a consolidação não é atividade fácil, uma vez que incorporar leis num só corpo implica, em alguns casos, alterar redação, sem modificação do conteúdo, o que demanda um olhar hermenêutico atento.

Registre-se também que, no processo legislativo nacional, toda lei deve passar pela aprovação de seu mérito e pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados – CD, e do Senado Federal – SF. Esse é um dos trabalhos de maior relevância do Congresso, no sentido de se buscar uma boa redação. Lá, é feita uma revisão, também no aspecto da técnica legislativa. O Regimento Interno da CD prevê a possibilidade de serem feitas emendas de redação ao projeto. Entretanto, pela atual sistemática, e, como tal revisão é feita ao final do processo legislativo, não é possível alcançarem-se grandes progressos com vistas a uma boa lei nessa empreitada.

Tais normas são frequentemente violadas não só pelo Presidente da República, como também pelos parlamentares¹⁶.

Alguns dispositivos da LC n. 95/1998 são dignos de nota.

O art. 11 da LC n. 95/1998 dispõe de regras que deveriam ser do conhecimento prévio de qualquer bom redator legislativo: sobre clareza, precisão e ordem lógica. Por exemplo, um dispositivo recomenda “expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico”. Ora, a lei não contém palavras inúteis. Se a palavra “remuneração” é usada num dispositivo e “vencimento” em outro, deve haver uma diferença entre os termos. Isso não acontece na literatura, em que a sinonímia demonstra cultura e é preferida.

Não acompanham a boa técnica os prazos previstos para a sanção

tácta e para o veto: “quinze dias” para um, e “quinze dias úteis” para outro, quando deveria expressamente referir-se ao segundo prazo para ambas as opções (art. 66, §§ 1º e 3º).

Outro exemplo é, no mesmo artigo citado (art. 66 da CF): enquanto o § 5º afirma que o “projeto” será enviado à promulgação, o § 7º prevê a situação de a “lei” não ser promulgada; não se definindo, assim, o que vai à promulgação, se um projeto ou uma lei. A Constituição é um exemplo, somente, entre tantos, para demonstrar a validade do propósito da técnica legislativa.

Com vistas à precisão, o inciso II do art. 11 da mencionada lei complementar recomenda: a) o uso articulado da linguagem técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) a representação da ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) o não-emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) a escolha de termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) o uso apenas de siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) a grafia, por extenso, de quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; e g) a indicação, expressa do dispositivo objeto de remissão, em vez das expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes.

Para efeito de clareza, a LC n. 95/1998, em seu inciso I do art. 11, preconiza: a) o uso de palavras e expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) a utilização de frases curtas e concisas; c) a construção das orações na ordem direta, evitando-se preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) a busca

¹⁶ No Congresso Nacional brasileiro, chama-se, vulgarmente, “contrabando” a prática de

da uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) o uso dos recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico.

Recentemente, no Brasil, houve um caso emblemático em que, em nome da Lei Complementar citada, buscava-se a uniformização do tempo verbal. Trata-se do caso da Lei “da Ficha Limpa”.

Tal lei teve iniciativa popular, com origem em mais de 1,6 milhão de assinaturas, com apoio da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, entre outros. O que o legislador quis é difícil de dizer, uma vez que se trata de “um legislador” bem mais complexo do que o grupo parlamentar, que já se apresenta bastante plurívoco. Entretanto, pelo noticiado na mídia, a intenção era a de excluir do processo eleitoral candidatos não idôneos, com condenação no Poder Judiciário.

O projeto, de n. 168, de 1993, foi “adotado” pelo Dep. Antonio Carlos Biscaia e outros, e culminou, em 2010, com a sua aprovação na Câmara. Tramitou para o Senado, que o aprovou. Seguiu, então, ao Presidente da República, logrando sanção deste.

Entretanto, observou-se, depois de transmutado na Lei Complementar n. 135, de 2010, que “altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato”.

O art. 1º do projeto, que lista as várias hipóteses de inelegibilidade, alternava o uso da forma verbal, ora no pretérito perfeito, na forma composta, como “tenham exercido”, “hajam exercido”, “hajam perdido”, ora no futuro composto do subjuntivo, como “forem condenados”.

No Senado Federal, a pretexto da uniformização do tempo verbal, promoveu-se alteração no texto aprovado pela Câmara. Em nome de uma

simples alteração de técnica, que não afetaria o conteúdo, o Senado não retornou o projeto à Câmara, como devido.

A principal alteração foi a da alínea “j”, consubstanciada no texto do projeto que estabelecia como inelegíveis:

j) os que tenham sido condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;
(destacado)

Entretanto, o texto aprovado no Senado Federal foi o seguinte:

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

(destacado)

Às vésperas das eleições de 2010, surgiram inúmeros questionamentos no Judiciário, que culminou num empate da corte constitucional. Resolveu-se, portanto, acatar a decisão dada pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE para cada caso lá discutido.

Ressalte-se que as Câmaras do Congresso Nacional aprovaram o texto, de maneira a dar a resposta que o público queria. Entretanto, da forma como o fizeram, deixaram o ato legislativo eivado de vício insanável, tornando inócuo todo o trabalho popular.

Trata-se de um exemplo em que o legislador utilizou-se da técnica legislativa para tentar burlar o processo legislativo.

3.3.3.2. Esforços e Fracassos pela Melhoria da Lei no Brasil

No Brasil, deve-se mencionar o importante trabalho dos consultores legislativos e dos servidores das diversas lideranças partidárias, que se instruem teoricamente, no âmbito das escolas legislativas, para melhor assessorar os parlamentares. Além desses, alguns parlamentares se empenham no conhecimento dos Regimentos das Casas, que orientam o

processo legislativo, e regularmente opõem questionamentos de técnica legislativa, também provindas das orientações da LC n. 95/1998, às Mesas da Câmara e do Senado.

No processo legislativo nacional, toda lei deve, após aprovação de seu mérito, passar pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC¹⁷ da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Lá, é feita uma revisão, notadamente no aspecto da técnica legislativa.

O Regimento Interno da CD, aprovado pela Resolução n. 17/1989, por exemplo, prevê a possibilidade de serem feitas emendas de redação, já na CCJC, ao projeto. Entretanto, pela atual sistemática, e, como tal revisão é feita ao final do processo legislativo, não é possível alcançarem-se grandes progressos com vistas a uma boa lei nessa empreitada.

Um exemplo disso é a revogação. Em que pese a LC n. 95/1998 recomende que as revogações sejam expressas e que se evite a tradicional fórmula “Revogam-se as disposições em contrário”, a realidade demonstra que, quando a CCJC se depara com tal redação, simplesmente promove a sua exclusão do texto.

Assim, vê-se que, em muitos casos, o legislador não se esforça em determinar quais são as disposições em contrário mais óbvias, deixando todo o encargo ao intérprete. Obviamente, algumas revogações não são tão certas, e vão demandar uma hermenêutica sofisticada, mas não em todos os casos...

Outro exemplo da atuação limitada da CCJC é a Lei n. 11.689/2008, que promoveu uma grande reforma no Código de Processo Penal. Recorde-se que a LC n. 95/1998 proíbe a renumeração de dispositivos acima dos artigos. Só é possível renumerar (sem obrigatoriedade, no entanto) as unidades internas dos artigos, isto é, os parágrafos, os incisos, as alíneas e os itens. Entretanto, quando o projeto lhe foi submetido, os técnicos legislativos da CCJC não lograram a alteração devida. A reforma modificou substancialmente, no assunto, desde o art. 406 até o art. 497. Cite-se, por exemplo, o art. 411,

¹⁷ Considera-se, aqui, a lei ordinária – com enfoque na CD –, não só porque constitui o maior número de proposições legislativas, mas também, e principalmente, porque seu processo legislativo confere a “base comum a todas as modalidades de ato legislativo” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 204). Acrescente-se que a CD é a Casa iniciadora por excelência (PINTO, 2009, p. 60-61). Por tal motivo, cita-se o trabalho da CCJC da CD.

que tratava das hipóteses de absolvição sumária e agora trata da audiência de instrução. O inciso II do art. 574, que não foi alterado, fazia remissão ao art. 411. Deveria, no entanto, ter sido alterado, fazendo menção ao art. 415, que agora trata do assunto. Essa reforma é um exemplo do descaso com a Legística, notadamente com a técnica legislativa, e que provoca alguns embaraços no Judiciário.

3.3.4. A Experiência Europeia

Na Europa formaram-se algumas associações com a finalidade de troca de experiências e estudos sobre regulação. Citem-se a *International Association of Legislation* (IAL), parceira da *European Academy for Law and Legislation* (EALL), sediada na Holanda; a *Turkish Association of Legislation*, da Turquia; a *Russian Law-making Society*, na Rússia; a *Polish Association of Legislation*, na Polônia; e o *Istituto per la Documentazione e gli Studi Legislativi*, na Itália, entre tantas outras. Tais entidades realizam congressos, onde compartilham seus estudos.

Em Portugal, a publicação “Cadernos da Ciência da Legislação” busca apresentar aos leitores o estado da arte no assunto, abrangendo a Legística.

Em Lisboa, no âmbito do Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, formou-se um grupo, chamado *Mandelkern*. O estudo de seus participantes resultou no que foi chamado *Relatório Mandelkern*, e versava sobre sistematização da lei.

Cite-se também o Programa “Legislar Melhor” da Comissão Europeia¹⁸, com representantes de cada Estado-membro da União Europeia, por meio do qual promovem-se medidas como de informatização das leis e de promoção de acessibilidade da legislação pelos cidadãos. Houve também a reformulação de um guia de redação e simplificação de atos normativos, por meio de consolidação e codificação. A Comissão Europeia reúne-se uma vez por semana, normalmente em Bruxelas, Bélgica, ou em Estrasburgo, França.

¹⁸ Informações disponíveis no site da Internet <http://ec.europa.eu/atwork/basicfacts/index_pt.htm#structured>. Acesso em 22/2/2011.

4 HERMENÊUTICA GERAL E HERMENÊUTICAS PARTICULARES

4.1. Histórico

4.1.1. Significados no Decorrer da História

Etimologicamente, a palavra hermenêutica provém do Deus grego Hermes, a quem competia a interpretação da vontade dos Deuses.

Em sua raiz grega, hermenêutica “sugere o processo de tornar compreensível, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência nesse processo”. Hermenêutica tem, assim, relação com a compreensão, por meio da linguagem, cuja descoberta, para os gregos, é atribuída também a Hermes (PALMER, 1986, p. 24).

É do verbo grego *hermeneuein* e do substantivo *hermeneia* que derivam as raízes da palavra hermenêutica. Tais palavras aparecem em muitos textos da Antiguidade, tais como os de Aristóteles, Platão, Xenofonte, Plutarco, Eurípede, Epicuro, Lucrécio e Longino. Palmer (1986, p. 23) registra que

a palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?).

Observa-se, portanto, a origem na mitologia e na cultura gregas.

A primeira vez que a palavra “hermenêutica” aparece como título de um livro é no ano de 1654, na obra de J. C. Danhauer, *Hermeneutica sacre sive methodus exponendarum sacrarum litterarum* (PALMER, 1986, p. 44).

Posteriormente, o significado consagrado e a “definição mais geral” foram o da exegese bíblica (PALMER, 1986, p. 44-45).

O primeiro uso em dicionário foi no *Oxford English Dictionary*, em 1737, em que aparece com o seguinte sentido: “tomar tais liberdades com as sagradas Escrituras, que não são de modo algum permitidas por quaisquer regras de uma hermenêutica sóbria e justa” (PALMER, 1986, p. 44).

Em que pese o termo, tal como hoje se apresenta, remontar ao século XVII, as interpretações, obviamente, sempre existiram. Desde a Antiguidade podem-se encontrar teorias da interpretação (PALMER, 1986, 45). Afinal, o que

é interpretação? O que é hermenêutica?

O tema central da hermenêutica está na compreensão da linguagem (PALMER, 1986, p. 19-28):

A hermenêutica é o estudo da compreensão, é essencialmente a tarefa de compreender textos. As ciências da natureza têm métodos para compreender os objectos naturais; as ‘obras’ precisam de uma hermenêutica, de uma ‘ciência’ da compreensão adequada a obras enquanto obras.

Para alguns, “a hermenêutica é o sistema que o intérprete tem para encontrar o significado oculto do texto” (PALMER, 1986, p. 46). Mas há realmente um sentido intrínseco, que está oculto? Ou o sentido é conferido pelo intérprete? Os estudos a seguir expostos vão defender a segunda tese.

Toda análise é interpretação. Não só a análise em si, mas até a sensação de necessidade de análise também é interpretação (PALMER, 1986 p. 33).

Há alguns significados de hermenêutica que foram se sedimentando no decorrer dos séculos: dizer, explicar, traduzir.

O mais primitivo é o de dizer, no sentido de “exprimir”, “exprimir em voz alta”, “afirmar”. Assim é que Hermes trazia aos homens as palavras de Deus. (PALMER, 1986, p. 17, 24-25)

Um sentido posterior foi o de explicar (*hermeneuein*). Trata-se de “enunciar”, no sentido de enunciação de algo, com a valoração de verdadeiro ou falso, enquanto juízo, que é quase uma explicação (PALMER, 1986, p. 30-36).

Traduzir é outro significado contemplado pela hermenêutica, pois “o tradutor é um mediador entre dois mundos diferentes”, assim como Hermes não só anuncia as palavras de Deus, como as tornava comprehensíveis para todos. Além disso, “os problemas daquele que interpreta línguas não são estruturalmente diferentes dos do crítico literário que trabalha com a sua própria língua” (PALMER, 1986, p. 36-37).

A hermenêutica bíblica desenvolveu-se bastante, especialmente nas técnicas de análise gramatical, e seus métodos de investigação tornaram-se cada vez mais ligados à filologia, de modo que, segundo Palmer (1986, p. 49), a concepção de uma hermenêutica estritamente bíblica se

transformou gradualmente na de uma hermenêutica considerada como conjunto de regras gerais da exegese filológica, sendo a Bíblia um objecto entre outros de aplicação dessas regras.

Hoje, pode-se definir hermenêutica como uma teoria que oferece regras para a interpretação de um texto ou de um “conjunto de sinais susceptíveis de serem considerados como textos” (PALMER, 1986, p. 52).

A filosofia hermenêutica se ocupa de três palavras básicas: ler, interpretar e compreender, que são as funções básicas que todos promovemos no dia-a-dia (MORCHÓN, 2006, p. 105).

4.1.2. Principais Precursors

Temos, então, uma hermenêutica que passou da mitologia grega para a exegese bíblica, e que, diante do desenvolvimento de técnicas, passou para a filologia clássica.

Schleiermacher desenvolve mais métodos e aprimora os já existentes e passa a aplicar a hermenêutica à compreensão linguística; portanto, a hermenêutica passa para uma fase sem disciplina específica, visto que referente à compreensão da linguagem.

Foi Schleiermacher¹⁹ o primeiro a substituir “a hermenêutica teológica dogmática pela racional compreensão de um texto distante no tempo e nas coordenadas culturais”. Sua teoria, inovadora à época, pretendia inquirir um procedimento que permitisse a todos “acessar com segurança a compreensão interpretativa” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 31).

O resultado da teoria de Schleiermacher é uma hermenêutica geral cujos princípios poderiam servir como pilar fundamental para qualquer outro tipo de interpretação de texto. Inicia-se, então, uma hermenêutica não disciplinar, que se define a si mesma como “estudo da sua própria compreensão” (PALMER, 1986, p. 50).

É preciso também registrar que a hermenêutica tradicional, romântica, opunha duas metodologias (a epistemológica e a ontológica), relacionadas a duas realidades: a da natureza (ciências da natureza) e a do homem (ciências

¹⁹ Schleiermacher viveu entre 1768 e 1834.

do espírito). Cada um desses elementos representa, na tradição romântica, um modo distinto e indecomponível.

Schleiermacher pregava que o leitor deveria sair de sua posição de leitor e tentar buscar a do autor. Como hermenêutica psicológica, a intenção do autor predominava.

Na hermenêutica romântica, acredita-se que o leitor deve descobrir a intenção do autor. Segundo Kant, que antecede Gadamer e Ricoeur, deve-se tentar “compreender um autor melhor do que ele a si mesmo se comprehendeu” (RICOEUR, 1987, p. 87). Bleicher (1980, p. 28) lembra que para Wilhelm Dilthey²⁰,

o intérprete que segue conscientemente o fio do pensamento do autor terá de trazer para o nível consciente muitos elementos que ficariam inconscientes neste último – comprehendê-lo-á, por conseguinte, melhor do que ele se comprehendeu a si próprio.

Para os românticos, a mensagem do texto é inseparável da intenção do seu autor. Para eles, “compreender seria estabelecer, entre a alma do leitor e a do autor, uma comunicação”, uma “comunhão” (RICOEUR, 198?, p. 167).

Entretanto, segundo Fernandez-Largo, a interpretação nuclearmente psicológica de Schleiermacher é insatisfatória, pois a hermenêutica se reduziria, assim, a reproduzir o momento da produção do texto. No campo do Direito, majoritariamente, não se aceita mais o recurso interpretativo à vontade do legislador, que deve ser o último recurso na interpretação.

Um argumento crucial na defesa dessa tese é que se a hermenêutica consiste em buscar a intenção do autor, então não há garantia de que sua leitura está correta. Como chamar isso de compreensão?

Dilthey, biógrafo de Schleiermacher, adiciona o caráter histórico à hermenêutica. Heidegger, com sua obra “Ser e Tempo” promove uma nova “viragem no desenvolvimento e na definição quer da palavra quer do campo da hermenêutica” (PALMER, 1986, p. 51): a hermenêutica passa a uma dimensão da compreensão existencial.

Dilthey percebeu que a hermenêutica serviria de base a “disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem”

²⁰ Dilthey viveu entre 1833 e 1911.

(PALMER, 1986, p. 50). Sua teoria está focada no historicismo, pois é importante a consideração de que o historiador, que possibilita a ciência da história, também é um ser histórico. Quem investiga a história é o mesmo que a promove: nós somos sujeito e objeto cognoscitivo da história.

Apesar de entender diferentes os objetos de conhecimento das ciências do espírito e os das da natureza, Dilthey, por influência do Iluminismo, buscava a objetividade necessária às ciências. Tentava, então, construir uma ciência livre do dogmatismo e da pré-concepção subjetivista.

Gadamer, em sua obra “Verdade e Método”²¹, realiza um trabalho sistemático sobre hermenêutica filosófica, desenvolvendo as contribuições que Heidegger promoveu para a hermenêutica, colhidas de “Ser e Tempo” e de suas obras posteriores. É possível sintetizar a teoria de Gadamer em apenas uma frase, de sua própria autoria: “um ser que pode ser compreendido é linguagem”. Com Gadamer, “a hermenêutica mergulha nos problemas puramente filosóficos da relação da linguagem com o Ser, com a compreensão, a história, a existência e a realidade” (PALMER, 1986, p. 52).

Paul Ricoeur²² adentra na esfera da hermenêutica, por meio de sua análise dos estudos de Sigmund Freud e de Bultmann. Pela desmitologização, propõe uma “recuperação de sentido”, juntamente com a destruição de uma realidade falsa, que são os intentos do iconoclasmo. O leitor reconstrói o texto, a partir de sua bagagem, de seu horizonte, de sua história efetual. Ricoeur viu na psicanálise – que em parte opera por meio da interpretação dos sonhos – uma forma de hermenêutica, pois, por meio dela, procura-se o significado mais profundo, que deve prevalecer sobre o significado manifesto. Sigmund Freud, ao desenvolver a psicanálise, rompeu com a tradição da psicologia, traçando métodos de investigação diferentes dos até então vigentes. No sentido de hermenêutica de Ricoeur, Freud fez a interpretação da realidade, indo mais a fundo. Na visão de Ricoeur, há dois tipos de hermenêutica: uma que tenta revelar o significado oculto (no mesmo prisma de análise de Bultmann) e outra, uma nova hermenêutica, que tenta destruir o significado superficial, destruindo-se a realidade, até então falsa, para revelar o real significado. Três grandes

²¹ O original é “Wahrheit und Method”, de 1960.

pensadores se enquadram nessa linha hermenêutica, pelas teorias que propugnaram, aos quais Ricoeur chama de desmisticificadores: Marx, Nietzsche e Freud. Assim, “não pode haver regras universais para a exegese, apenas teorias separadas e opostas, relativas às regras de interpretação” (PALMER, 1986, p. 53).

Já Gadamer avança em seus estudos baseados em Schleiermacher: “compreender é entender-se na coisa”. Para ele, “o sentido de um texto supera o de seu autor, não ocasionalmente, mas sim sempre”. Deve-se buscar o sentido do próprio texto, pois “a melhor interpretação é a de quem está fora do texto e dialoga com ele inquirindo e trazendo à luz seus significados presentes” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 38).

A partir de Gadamer, que introduziu o pensamento sobre a compreensão da linguagem (PALMER, 1986, p. 52), o objeto da compreensão é o texto, que deve ter seu sentido desvelado, e não mais o autor e sua intenção, como queria Schleiermacher.

Gadamer e Ricoeur retomaram a discussão sobre a hermenêutica, lançando-lhe um novo olhar. Para outra escola, o historicismo, entende-se que a inteligibilidade dos documentos culturais está relacionada às condições sociais da comunidade. Nessa linha de pensamento, a explicação de um texto passa pelas noções de espaço e de tempo (RICOEUR, 1987, p. 101). Assim, a compreensão de um texto vincula-se ao seu contexto.

Entretanto, no sentir de Gadamer, a história não pertence ao ser humano, mas sim o contrário. E, ainda, diante da pretensa objetividade de Dilthey, Gadamer afirma que “não é compatível a historicidade das ciências do espírito com a científicidade entendida no sentido cartesiano” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 45-46).

Emilio Betti²³, como filósofo do Direito, também investiga a compreensão. O propósito de sua teoria – que pretendia apresentar uma metodologia correta para a descoberta do sentido de um texto – é bem diferente do objetivo da tese de Gadamer. Entretanto, ou justamente por isso, foi entre esses dois interlocutores que o debate se revelou mais intenso,

²² Paul Ricoeur viveu entre 1913 e 2005.

principalmente por Betti desenvolver uma hermenêutica especificamente jurídica.

Betti defende que o “intérprete há de se despojar de toda pré-concepção e de todo condicionamento subjetivo para abrir-se à intelecção e à mensagem exterior”. Somente essa “limpeza” possibilitaria uma compreensão correta. No uso de um método “rigoroso e apropriado”, sempre será possível se alcançar “uma interpretação verdadeira e a melhor possível, ainda que não seja definitiva”. Entretanto, diferentemente de Gadamer, Betti considera que nessa interpretação verdadeira não se inclui a aplicação (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 72).

Gadamer defende sua teoria, esclarecendo que ela não consiste numa metodologia, mas sim numa teoria filosófica acerca da interpretação, que investiga o fenômeno do compreender em sua universalidade.

Por sua vez, Betti fica perplexo com a teoria de Gadamer e alerta que “qualquer subjetividade imposta a um texto poderia justificar-se sob o rótulo de ser atualização de seu conteúdo”. Betti acredita na “interpretação correta”, no sentido “exato” da norma, no verdadeiro significado do vocábulo, no real sentido da regra jurídica (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 72).

Gadamer, em réplica, afirma que o texto é elástico e que a teoria de Betti, devido ao pretenso objetivismo, é, na realidade, um retorno à interpretação psicológica e acrescenta que objetivismo puro é impossível. O homem pertence à história e a leva consigo na interpretação.

Assim, Gadamer revela sua hermenêutica factual: como se dá a compreensão.

Para Fernandez-Largo (1995, p. 47), nem Schleiermacher, com sua hermenêutica romântica, de caráter psicológico, nem Dilthey, com a hermenêutica historicista, desenvolveram a hermenêutica que demandavam as ciências do espírito: “tal propósito só poderá ser alcançado em uma fenomenologia de base ontológica e antropológica que se construa como hermenêutica da facticidade”.

²³ Emilio Betti viveu entre 1890 e 1968.

4.2. Os Principais Objetos da Hermenêutica

Em Gadamer, a hermenêutica tem como objetivo explicar como acontece a compreensão e que relação a compreensão tem com a função de interpretar um texto ou uma linguagem.

Em seu estudo, identificam-se três objetos principais da hermenêutica: a compreensão, a história efeital e a linguisticidade.

No processo da compreensão, já Schleiermacher reconhece três atividades mentais: a intelecção (*subtilitas intelligendi*), a explicação (*subtilitas explicandi*), e a aplicação (*subtilitas applicandi*).

A superação da hermenêutica romântica passa pela inclusão do processo da aplicação, e não só mais a compreensão e a interpretação. Compreender um texto é dar-lhe vida e novo significado.

O pensamento de Gadamer segue a mesma linha de investigação de Heidegger, notadamente no tocante à compreensão. Heidegger analisou o compreender e o interpretar desde a correlação com o significado de “ver em torno”. Nada é o que é, senão o que nós interpretamos. Primeiro vemos em torno, vemos o que temos à mão e, depois, interpretamos. A nossa interpretação é o que aquilo é na nossa compreensão: o que compreendemos faz parte da nossa compreensão. Heidegger também investiga o “para quê”, que destaca a condição de explicitude do compreendido.

Na Idade Moderna, a razão, própria das ciências da natureza, é tida como único meio para o conhecimento científico. Há um corte epistemológico entre essas ciências e as do espírito. Nas formulações de Kant e de Hegel, “a intelecção designaria o acrítico e o pré-científico do pensamento, enquanto que a razão se deixava para os princípios transcendentais”. No dizer de Dilthey, “explicamos a natureza, mas compreendemos a vida do espírito” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 14).

A novidade se manifesta no dizer de Heidegger: “o compreender é o existenciário do ‘poder ser’ peculiar do existir”. Assim, nada é em si alguma coisa. Há uma potencialidade no ser de cada coisa. As coisas podem vir a ser algo. É nesse ponto que entram os estudos de Gadamer: “a hermenêutica é a categoria própria da crítica da razão” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 14-15).

A nova hermenêutica é “o sistema filosófico que ofereça a perfeita descrição do que acontece na interpretação e os pressupostos ônticos que o preconfigurem”. A hermenêutica passa a ser “uma ontologia do intérprete e uma antropologia”; torna-se, portanto, metafísica (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 15).

O Iluminismo pregou que a pessoa deveria libertar-se de toda a pré-concepção da razão, o que convencionaram chamar de *tabula rasa*. Isso é ficção. A pré-compreensão está na estrutura da compreensão, sendo sua condição de possibilidade. Na verdade, “toda interpretação está condicionada e é polivalente em si mesma” e não pode se livrar dos prejuízos, como pretendia o Iluminismo. Essa estrutura é circular, isto é, é necessário diálogo com o texto: “quem quiser entender um texto, deve se abrir ao que ele lhe possa dizer [...], deve deixar-se interpelar e questionar pelo texto” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 17).

Também faz-se mister a atualização: deve-se trazer o texto para o tempo e o espaço presentes. Observa-se, então, que a aplicação é um momento da compreensão: a compreensão envolve o entender, o explicar e o aplicar.

É de se ressaltar que a compreensão também não é possível sem a influência da história ou da linguagem. Mais: nem a linguagem se distancia da história na qual está imersa, nem a história se dissocia da linguagem. Este modo de “ser especulativo da linguagem e da história lhes confere um significado ontológico universal e faz da linguagem e da história um meio cognoscitivo em toda compreensão da realidade” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 18). Por esse prisma, a linguagem e a história determinam o conhecer, isto é, o compreender.

Portanto, a compreensão é o objeto central da hermenêutica.

Deve-se, na análise da compreensão, reconhecer que a verdadeira consciência histórica é saber que a própria investigação da pessoa tem uma condição histórica. Trata-se do que se chama “história efeitual”.

Na nova hermenêutica, a compreensão nunca é finita. Ela segue aberta a novas interpretações e a novos pontos de vista, possíveis até para um

mesmo sujeito, que, ao passar dos anos, tem nova condição histórica, novo vocabulário, novas ideias e pontos de vista diferentes (CARVALHO, 2009, p. 82-84).

Somos intérpretes e atualizadores, dentro da história. A distância temporal entre autor e leitor de um texto opera positiva e negativamente. Positivamente, pois purifica o texto de suas conjunturas. Negativamente, pois inviabiliza ver-lhe o interior. A compreensão atualizada da tradição nos oferece a síntese entre o texto e o intérprete. O que seria um obstáculo é, na realidade, “condição universal de toda compreensão histórica”.

O Iluminismo pretendia dissipar essa distância, que, para Gadamer, consiste numa “possibilidade produtiva do compreender” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 21) e não alguma coisa da qual se deva desvincilar.

Como essa distância é incontornável, o necessário é manter uma vigilância epistemológica ou consciência da história efeitual: deve-se ter consciência de que há uma certa bagagem que cada um carrega. Todavia, deve-se tentar torná-la racional. Nesse sentido, deve-se estar alerta pois “a lente da subjetividade” do intérprete é “um espelho deformante” daquilo que pretendia o autor (GADAMER, 1997, p. 416). Ressalte-se, no entanto, que “a consciência da história efeitual salva, por uma parte, a identidade da coisa e sua verdade original, mas, por outra parte, não a reconstrói arcaicamente, mas sim com um novo sentido e uma virtude nova” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 21-22).

Diante da plurivocidade e da experiência de cada um, que influenciam a interpretação, atente-se que sempre há possibilidade de se cometerem equívocos (RICOEUR, 1987, p. 104). Mas esses enganos são evitados pela provável intersubjetividade da interpretação (justificada, externada). As razões externadas são controláveis pela comunidade, que pode adotá-las, conferindo-lhe validade, ou rejeitá-las, instigando-nos para novas reflexões.

Outro objeto principal da hermenêutica é a linguisticação, que, obviamente, se relaciona intimamente com a compreensão, que, por sua vez, é ligada à história efeitual. A dominação da linguagem não afeta apenas as ciências do espírito, mas tudo. Quando nós interpretamos algo, expressamos o

resultado dessa interpretação na nossa linguagem, pois “a compreensão de algo ocorre em forma linguística”. O papel da linguagem é amplíssimo, pois “caracteriza toda nossa experiência humana do mundo”. A linguagem é o fio condutor do giro ontológico da hermenêutica, desenvolvido por Gadamer, para quem “a linguagem é o ponto de encontro entre mim e o mundo, entre o acontecer da minha interpretação e o texto da tradição” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 23-25).

O intérprete e o texto não são, respectivamente, sujeito e objeto, mas sim dois partícipes em um diálogo. O intérprete conversa consigo mesmo, explicando melhor para cada vez compreender mais. Trata-se da “conversação hermenêutica”. Como em toda conversação, tem-se algo diante de si: o texto, cujo sentido não é revelado pelo uso de métodos, mas sim produzido “pelas ideias do intérprete e as questões que ele coloca para o texto” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 26).

É no processo dialético da explicação e compreensão (esmiuçado mais adiante) da linguagem do texto que o leitor chega à compreensão.

4.3. Teoria da Interpretação de Paul Ricoeur: Dialética entre Explicação e Compreensão e Círculo Hermenêutico

Para Ricoeur, em um primeiro contato, o texto faz surgir no leitor uma pré-compreensão. Ela é a primeira compreensão: a pré-compreensão, e é necessária para que se possa compreender o texto (1987, p. 86). Monta-se o “palco”, para depois interpretar. Mas o palco também já é interpretação. Chama-se pré-compreensão (PALMER, 1986, p. 33).

Conjetura-se tudo: a ideia central do texto, a hierarquia do texto, com seus tópicos primários e secundários. Mas, por que conjecturar? Porque, a partir do momento em que o autor do discurso o transfere para a linguagem escrita, sua intenção mental foge ao alcance de todos. “O texto é mudo”. Assim, só resta ao leitor conjecturar o sentido do texto. Mas como saber se a conjectura está correta? Como saber se uma interpretação é melhor do que outra? Ricoeur alerta que “não há regras para fazer boas conjecturas” mas que há métodos para validá-las. Ricoeur sinaliza os procedimentos de validação, que

servem para testarmos nossas hipóteses. A validação não é verificação – o que a tornaria ínsita às ciências da natureza –, mas sim o processo que permite avaliar se a “interpretação é mais provável à luz do que sabemos”. Não se trata de verificar uma interpretação como verdadeira ou falsa, mas apenas como válida ou não (RICOEUR, 1987, p. 87 e 90-91).

Assim, unem-se circularmente conjectura (abordagem subjetiva ao texto) e validação (abordagem objetiva ao texto): “uma interpretação deve não só ser provável, mas mais provável do que outra interpretação”. Dessa forma, apreende-se o sentido do texto, subjetivo ao leitor, mas válido, por sua provável intersubjetividade (RICOEUR, 1987, p. 90-91).

O passo seguinte é reconstruir. Constrói-se o texto, como se ele fosse um indivíduo: supõe-se a sua personalidade, o seu caráter. O leitor ambienta o texto no mundo dos textos. Faz-se a pergunta: que tipo de texto é esse? A que classe dos textos ele pertence? Observe-se que localizar o texto também é uma conjectura, pois resulta de uma pré-compreensão (PALMER, 1986, p. 35). Perceber assim o texto é como observar um objeto em sua tridimensionalidade: é possível ver-se o objeto por vários ângulos, mas nunca de todos ao mesmo tempo. Forma-se o todo.

Aqui vale lembrar o círculo hermenêutico: só se comprehende um texto em sua totalidade. Compreende-se a parte pelo todo e o todo pelas partes. O todo e a parte se implicam (GADAMER, 1997, p. 437).

Como já mencionado, a língua, quando expressa por meio de conexões, forma uma mensagem, um texto. Para se compreender um texto qualquer, seja oral ou escrito, é necessário que se observe o conjunto. Trata-se do círculo hermenêutico.

Ricoeur (1987, p. 88) ensina que “o sentido de um elemento é a sua capacidade de entrar em relação com outros elementos e com a totalidade da obra”. Assim, cada elemento não fala por si só, não tem sentido sozinho. O sentido forma-se apenas se avaliado em seu conjunto, na relação com os demais elementos. Deve-se procurar dar sentido ao todo: “as partes e o todo se complementam e se dialetizam” (REALE, 1978, p. 78).

A cada releitura, o leitor empreende um processo de explicação e

compreensão, análogo a perguntas e respostas consigo mesmo. Com tal processo, que se faz no “círculo hermenêutico”, o leitor chega à sua compreensão. Eis sua interpretação: eis um novo texto.

É importante que, para compreender um texto, o leitor se abra ao texto, pois “o que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto”. É nesse caminho que ocorre “o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos” (GADAMER 1997, p. 404 e 457).

Por meio do processo da explicação, que caminha com a compreensão, dirige-se a uma interpretação, a qual deve ser validada pelo método da probabilidade. Quanto mais provável de ser aceita e comungada determinada interpretação, maior a sua validade (RICOEUR, 1987, p. 88).

Para Ricoeur (1987, p. 86), ambas as faculdades são necessárias, imprescindíveis, para uma interpretação válida. É dentro dessa dialética que a interpretação toma corpo, num processo circular (um movimento da compreensão para a explicação e, em seguida, um movimento da explicação para a compreensão, *ad infinitum*). Explicação e compreensão são fases de um único processo: a dinâmica da leitura interpretativa.

Assim, a compreensão e a explicação são faculdades imprescindíveis para uma interpretação válida. A interpretação ganha terreno dentro dessa dialética, pelo citado processo circular.

O ponto-chave da compreensão repousa na dialética do processo socrático de perguntas e respostas, já que “em toda experiência encontra-se pressuposta a estrutura da pergunta”. Para Gadamer (1997, p. 534-544), “a lógica das ciências do espírito é uma lógica da pergunta”: como numa conversação, ainda que monológica, o leitor se faz perguntas e as responde. No dizer de Fernandez-Largo (1995, p. 26), “o diálogo leva a uma mistura de horizontes dos dialogantes”.

É necessário colocar-se a pergunta de forma aberta à descoberta, no intuito de se desvendar o sentido do texto. Portanto, perante um texto, põe-se uma pergunta, duas, três etc. Gadamer (1997, p. 545) cita Collingwood, para quem “na realidade somente se pode compreender um texto quando se compreendeu a pergunta para a qual ela é a resposta”. Nesse mesmo sentir,

Inocêncio Mártires Coelho (2007, p. 29) destaca que

se é verdade que um texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata; se também é verdade que ele só responde a quem o interroga corretamente, então parece lícito considerar que uma pergunta bem feita já representa mais de meio caminho para chegar à resposta procurada.

Cada vez que o intérprete lê o texto, ele promove um diálogo consigo mesmo, num processo de explicação e compreensão, oferecendo-se – a si mesmo – perguntas e as respondendo. Nesse processo, nesse “círculo hermenêutico”, chega-se à compreensão. A sua interpretação faz surgir um novo texto.

Portanto, vê-se que a interpretação depende do tipo de pergunta que o intérprete é capaz de fazer. O horizonte de sua hermenêutica é limitado pela pergunta, que, por sua vez, é limitada pela sua visão de mundo, sua tradição, sua história efeitual, sua linguagem, enfim, toda a sua bagagem. O texto interpretado é um texto novo, só seu. A interpretação será válida se comungada por outros sujeitos, isto é, o que valida a interpretação é a intersubjetividade.

O controle da compreensão, que se dá com a fusão de horizontes, se faz pela consciência histórica. Por conseguinte, “a fusão de horizontes é, pois, uma realidade móvel, dialógica e experimental” (FERNANDEZ-LARGO, 1995, p. 28), em que o horizonte do texto se funde com o horizonte de quem o lê, com suas “intenções, esperanças e pré-interpretações”. Surge, então, o “problema hermenêutico” (ou problema interpretativo), pois a fusão do horizonte do leitor – que está a compreender o texto – com o horizonte das possibilidades do texto provoca a “dinâmica da interpretação” (PALMER, 1986, p. 35-36). É por causa dessa fusão que se faz necessária uma exegese, que, naturalmente pode resultar em equívocos ou visões diferentes.

A hermenêutica funciona segundo a dialética entre compreensão e explicação, partindo da conjectura do sentido do texto, que deve ser validada de acordo com a lógica da probabilidade qualitativa, da explicação sobre a lógica de todos os elementos textuais, até a compreensão. É nessa linha de pensamento que Ricoeur propõe que a interpretação se faz por meio da

dialética entre explicação e compreensão. A explicação exige a compreensão e esta, por sua vez, faz surgir “de uma nova maneira a dialética interna, que constitui a interpretação enquanto todo” (RICOEUR, 1987 p. 97).

O leitor deve se abrir ao texto, permitir que ele disponha uma resposta à sua pergunta, que deve ser aberta. Só assim, é possível buscar-se um sentido para o texto que passe no controle da intersubjetividade e fuja à simples subjetividade.

Ressalte-se que essa dialética interna do leitor não consiste em argumentação, pois nesta frequentemente está presente uma opinião, em busca de uma resposta ou solução determinada. As pré-concepções estão presentes, mas não a opinião, já que, segundo Gadamer (1997, p. 539), “opinião é o que reprime o perguntar”. Por isso, o leitor deve opor uma (ou mais de uma) pergunta ao texto, que deverá ser feita de forma aberta, de modo que ele mesmo, intérprete, ouça as respostas do texto.

4.3.1. Crítica

A teoria de Paul Ricoeur revela que a historicidade deve dar lugar à logicidade: o texto não deve ser tomado como dirigido a determinados leitores, em tempo certo e em espaço específico. Ricoeur (1987, p. 103) aduz que o texto “constitui uma espécie de objecto atemporal que, por assim dizer, cortou os seus laços com todo o desenvolvimento histórico” e propõe “a transferência do discurso para uma esfera de idealidade que permite um alargamento indefinido da esfera da comunicação”.

Na teoria de Ricoeur (1987, p. 87), a ideia sobre a interpretação de um texto descarta a intenção do autor. É preciso ater-se unicamente ao texto, que é a ponte entre escritor e leitor. Nas palavras de Ricoeur, a intenção do autor “é-nos muitas vezes desconhecida, por vezes redundante, às vezes inútil e, outras vezes até prejudicial no tocante à interpretação do sentido verbal da sua obra. Mesmo nos melhores casos, deve avaliar-se à luz do próprio texto”.

Deve-se, portanto, abandonar a escola romântica: não interessa a intenção do autor. O que interessa está no texto.

Entretanto, Palmer (1986, p. 39), além de outros, defende que há que

se considerar o sentido que o texto tinha em relação com o seu autor, com o seu tempo. Para atualizar um texto antigo, é preciso conhecer-lhe o mundo, de modo a poder “traduzi-lo” e torná-lo compreensível para o leitor atual, pois “a visão de mundo implícita num poema ou pressuposta por ele é portanto essencial para a sua compreensão, não devia ser tratada como uma espécie de falácia de uma crítica histórica ultrapassada”²⁴ (PALMER, 1986, p. 39).

Assim, criticando a teoria de Paul Ricoeur, pode-se afirmar que o texto tem seu próprio mundo e se desvincula de seu autor. Como que após cortar o cordão umbilical, o texto é lançado para uma vida própria. Entretanto, assim como conhecer a história de uma pessoa ajuda a compreendê-la, conhecer o contexto auxilia na compreensão do texto. Este tem, no entanto, uma vida apartada de seu autor, de seu tempo, de seu espaço e de seus destinatários originais e pode, portanto, ganhar novas significações. A significação histórica existe e pode ser pesquisada, mas não é a única. Dependendo do texto, tal significação (que não é única, pois cada intérprete fará seu juízo, ainda que analisando-lhe o contexto) terá maior ou menor valor para uma atualização.

Da mesma forma procede um bom investigador, que é, em suma, um intérprete de fatos: analisa a personalidade do investigado, suas ações, sua história, de modo a descobrir o que tenta esconder, pois “o sentido de realidade subjacente é uma chave para a compreensão”. Assim fez Dupin²⁵, pois a “metafísica (definição da realidade) e a ontologia (característica de estar no mundo) de uma obra são fundantes para uma interpretação que torna possível uma compreensão significativa” (PALMER, 1986, p. 40).

Em que pese a teoria de Paul Ricoeur propugnar pela interpretação desvinculada ao autor, algumas considerações são importantes.

Palmer explica que ao se deparar com um objeto, observa-se-lhe o conjunto. Se, por exemplo, o objeto é de uma pessoa, eu faço então uma interpretação do objeto, relacionando-o com aquela pessoa. Assim, “a explicação é contextual” (PALMER, 1986, p. 34).

Digamos, por hipótese, que um estrangeiro chegue a uma terra desconhecida, e lá perceba fauna e flora muito diversas das que conhece. Ao

²⁴ Exemplifica com a leitura da obra *Odisseia*, atribuída a Homero.

se deparar com uma família nativa, observa a presença de uma ave (a calopsita, por exemplo, originária da Austrália), sempre em volta da família. Em princípio, se observasse a ave deslocada daquele meio, talvez não a imaginasse domesticável, mas, ao relacioná-la com a rotina daquela família, interpreta-a como “amiga” do homem.

Vários casos podem ilustrar a interpretação contextual, especialmente a partir de leituras culturais (ex.: os homens egípcios que costumam se beijar as bochechas como cumprimento, as saias usadas pelos irlandeses, a impossibilidade de toque de mãos, sem antes lavá-las, no livro do alcorão etc.). Dentro de outros contextos, a interpretação de tais ações seria bem diferente.

É certo que o texto escrito ganha novo mundo e não é mais dependente do autor. Não é dependente, mas sua herança pode trazer alguns elementos de interpretação. Palmer (1986, p. 39-40) explica que para se compreender a obra *Odisseia*, é necessário reconhecer

que as coisas naturais são dotadas de vida e de intenções, de que o universo é uma questão de terra e de água até onde o podemos enxergar, de que cada processo natural é o resultado da vontade de um ser sobrenatural, e de que os deuses são chefes sobre-humanos com todas as fraquezas dos seres humanos, sendo, no entanto, seres que actuam numa versão mais elevada do código do herói grego, centrado na honra. Só quando avançamos neste mundo que já não é o nosso mundo real, é que nos centramos no homem dos estratagemas ilimitados, esse herói que se aventura arrojadamente nas garras da morte, esse inventor de contos que conseguia contar uma história de modo a (quase) enganar a sua protectora Atena, esse pesquisador insaciável de conhecimentos perigosos, Odysseus.

Em nosso tempo, pode-se afirmar que Oscar Niemeyer é o arquiteto principal das obras de Brasília que são tombadas pelo patrimônio histórico. O Congresso Nacional é um deles. Sua composição, conhecida no mundo da arquitetura, é a de dois prédios perfilados, cada qual com uma cúpula ao lado, sendo uma convexa, que abriga, logo abaixo, o plenário do Senado, e outra côncava, que abriga o plenário da Câmara dos Deputados. Seu significado popular é de que a figura côncava se abre para o céu, de modo a permitir a absorção das ideias do país, pelos parlamentares que atuam no plenário logo

²⁵ Investigador astuto da obra “A carta roubada” de Edgar Allan Poe (PERELMAN, 2004).

abaixo. Já o significado mais popular da figura convexa é que, sendo lá a Câmara alta, na maioria dos casos revisora da outra, cujos membros devem, por definição constitucional, ter um mínimo de maturidade (aferida pela idade), os espíritos podem se recolher, e decidir no âmbito de suas próprias discussões, sem a necessidade das interferências externas. Em certa entrevista, indagou-se ao arquiteto se era essa a sua pretensão, se isso era o que pensara ao desenhar o Congresso daquela maneira. Para surpresa geral, o arquiteto afirmou que sua intenção era apenas plástica: desenhara aquilo apenas porque achava bonito.

Assim, vê-se num pequeno exemplo popular, que a obra ganhou mundo, um mundo que o autor desconhecia. Por outro lado, ao ver a arquitetura dos prédios residenciais originários da construção de Brasília, saber sobre a filosofia comunista de seu desenhista ajuda a entender a homogeneidade das construções.

É, portanto, interessante que se faça a comparação entre uma primeira leitura de um texto, desvinculada do contexto, e uma posterior, atrelada a ele.

5 HERMENÊUTICA JURÍDICA

5.1. O que é Interpretação?

Na lição de Maximiliano (2004, p. 1-9), a hermenêutica “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Como já mencionado, sobre a vinculação entre a linguagem natural e a jurídica, Maximiliano pondera que “talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem”.

Já a interpretação possui a técnica da hermenêutica, “os meios para chegar aos fins colimados”. A interpretação é, assim, aplicação da hermenêutica: “a Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2004, p. 1).

Observe-se que interpretação tem, no mínimo, dois sentidos: se comparada com o binômio processo/resultado, a interpretação é o processo de compreensão, como também é o resultado dessa intelecção. Mateos (2006, p. 112) discorre sobre tais acepções de interpretação, assim como Ross (2007, p. 145). Entre os diversos sentidos, é comum o de “atribuir significado a algún objeto”. A interpretação jurídica, especificamente, consiste em “atribuir significado a un determinado texto normativo” (MATEOS, 2006, p. 112).

No entanto, interpretação, como já dito, denota vários conceitos, mas o de atribuir um significado é o mais central: “la expresión interpretación no expresa un único concepto, sino una familia de conceptos [...]. Parece que todo objeto susceptible de recibir un significado puede ser objeto de la interpretación” (MATEOS, 2006, p. 109).

Carvalho (2006, p. 73) aduz que “é a interpretação que faz surgir o sentido, inserido na profundidade do contexto”. Para Kelsen (2000, p. 390), entende-se por interpretação “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar”.

Interpretar “é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva”. Na tarefa de interpretar, os símbolos são decodificados, a partir de seu uso, e “isto significa conhecer-lhes as regras de controle da denotação e

conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas)" (FERRAZ JR., 1999, p. 260).

Para Morchón (2006, p. 106),

a interpretação consiste na aplicação de nossas faculdades cognoscitivas para a captação do sentido de uma realidade com objetivo de compreendê-la. Interpretação, sentido e compreensão vão, pois, indissoluvelmente unidos. Sem interpretação não é possível a compreensão; a primeira é busca do sentido, enquanto que a segunda é a captação, a posse do mesmo.

No campo jurídico, ressalte-se, o significado do texto deve se correlacionar com o fato da vida real ao qual se vincula, pois "no nos interesa la interpretación por sí misma. En derecho, nos interesa determinar el significado de determinados textos para aplicar las reglas generales a casos individuales" (MATEOS, 2006, p. 109).

Assim como a filosofia hermenêutica se ocupa de "ler, interpretar e compreender", a atividade diária dos juristas envolve também essas três palavras (MORCHÓN, 2006, p, 105).

É temeroso dizer que "onde não se suscitam dúvidas não se interpreta e, com freqüência, não faz falta interpretação alguma" (HESSE, 2009, p. 102), pois tudo, inclusive o silêncio, é objeto de interpretação. Para Maximiliano (2004, p. 8), interpretar é

explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

A respeito do brocado *in claris cessat interpretatio*, Maximiliano (1988, p. 33) assevera que Ulpiano ensinou justamente o seu contrário, pois consta do Digesto que, "embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva".

A parêmia *in claris cessat interpretatio* significa, na verdade, não que o que está claro não se interpreta, pois, para chegar-se à conclusão de que o texto é claro, promove-se um processo hermenêutico, ainda que mínimo. O brocado significa que "quando na interpretação de uma lei transparece com

clareza o seu significado, cessa o processo hermenêutico" (REALE, 1978, p. 75). Esse limite é móvel, pois cada intérprete pode ter um nível de clareza.

Em 2009, o então Presidente da Câmara dos Deputados deu-nos um exemplo disso. Enquanto era clara para todos a exegese do § 6º do art. 62 da Constituição Federal, no sentido de que o prazo vencido de uma Medida Provisória – MP desencadeava o trancamento da pauta de qualquer deliberação na Casa, a realidade, que se revelava por uma avalanche de trancamentos de pauta, provocou uma maior reflexão sobre o caso e fez surgir nova interpretação, contra a qual foram interpostos recursos, mas que, no exame preliminar pelo Supremo Tribunal Federal – STF²⁶, foi aceita: a paralisação somente deve atingir as proposições legislativas que possam também ser objeto de MP. Outros projetos, que escapam da matéria das MPs (§ 1º), como o de leis complementares, não estão sujeitos ao trancamento. Assim, vê-se que, de fato, "a clareza do Direito é uma categoria histórica, variável segundo a posição do intérprete, em função da superveniência de novos fatos e de novas tábuas de valores" (REALE, 1978, p. 76).

Ainda sobre a clareza dos textos, De Los Mozos observa lucidamente que, "cuando el texto resulte claro, esto no supone que allí termine el proceso interpretativo, pues hace falta [...] ponerle en conexión con el fin a que va dirigido" (apud GARCÍA, 2000, p. 22).

Para Castro, "toda regla jurídica, aun la de apariencia jurídica más clara gramaticalmente, requiere una interpretación jurídica conforme a su sentido" (apud GARCÍA, 2000, p. 25).

Trata-se, hoje, de postulado universal do Direito que toda norma se interpreta (FERRAZ JR., 1999, p. 264).

5.2. Política Jurídica

Deve-se lembrar que a interpretação que se dá em tribunais constitucionais como o brasileiro é feita mais como política jurídica do que como ciência do Direito.

²⁶ O STF ainda não proferiu decisão definitiva (Mandado de Segurança n. 27.931).

Ross, que comenta o sistema do *Common Law*, recomenda a investigação, nos precedentes, de “um critério provido de autoridade”. Mas, quando isso não é possível, assevera que é “preciso indagar se mediante o estudo da prática dos tribunais podem ser descobertos certos princípios – uma certa ideologia – que, de fato, guiam os tribunais na sua aplicação de regras gerais a casos específicos”. Isso implica fazer “asserções acerca da interpretação vigente, isto é, previsões que nos dizem como será aplicada a regra pelos tribunais”. Assim, a interpretação não se baseia nos princípios da interpretação, sendo, portanto, “política jurídica e não ciência do direito”. Ross (2007, p. 136-137) acredita que

quanto mais sua [do jurista] interpretação política for inspirada pelo mesmo espírito e estilo que animam o método dos tribunais, maior será a probabilidade dos (sic) tribunais se deixarem ser influenciados por esse aconselhamento.

A isso podemos chamar “doutrina do método”, que se referirá “à maneira como se comportam de fato os tribunais na aplicação do direito vigente a situações específicas” (ROSS, 2007, p. 137).

Ferraz Jr. (1999, p. 262) ressalta que a

interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade. Daí para frente, o que se faz realmente é política, é tentativa de persuadir alguém de que esta e não aquela é a melhor saída, a mais favorável, dentro de um contexto ideológico, para uma estrutura de poder. Tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária se apresenta como verdadeira porque descobre o sentido ‘únivoco’ do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa cientificidade.

Os tribunais constitucionais usam métodos e princípios constitucionais, mas o fundamento de suas decisões recai, em muitos casos, de forma preponderante, em política jurídica. A sociedade tem o papel de cobrar das cortes uma fundamentação mais criteriosa, especialmente em nome das teorias que preconizam o déficit democrático. É imbuído dessa intenção que o grupo de pesquisa “O Elemento Hermenêutico na Jurisdição Constitucional” do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP passou a analisar acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Há diversos métodos e princípios constitucionais que podem justificar tomadas de decisão. Seu uso corrobora a decisão tomada

e disponibiliza o seu controle pela sociedade, resultando, assim, no fortalecimento dessa instituição jurídica.

5.3. Hermenêutica Constitucional

5.3.1. Tipos

Ferraz Jr. (1999, p. 293-296) discorre sobre três tipos básicos de interpretação. É especificadora ou declarativa aquela que “parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra do seu enunciado”. A restritiva é a que “corresponde a uma paráfrase que decodifica uma mensagem codificada num código fraco por meio de um código forte”. Isso importa restringir o campo de alcance que normalmente se poderia deduzir da norma. Já na extensiva, de modo contrário, “o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco”, no sentido de que se amplia o espectro de alcance da norma.

5.3.2. Métodos ou Regras Técnicas de Interpretação

Sendo a interpretação uma atividade criativa, impõe-se-lhe a possibilidade de controle. Uma forma de controle é a verificação do uso de métodos e princípios consagrados.

Observa-se que todo método é já, em si, uma interpretação (PALMER, 1986, p. 33). A escolha do método demonstra que foi realizada uma interpretação que resultou naquela escolha. O objeto define o método, isto é, a pré-compreensão que o sujeito tem do objeto define o método a ser utilizado. Segundo Gurvitch, “objecto e método nunca podem separar-se” (PALMER, 1986, p. 36).

A hermenêutica é formada, em sua estrutura, pelo conjunto de métodos e tipos de interpretação, que são as “regras técnicas que visam à obtenção de um resultado” (FERRAZ JR., 1999, p. 286). Os principais cânones hermenêuticos, “que se apresentam sob diversas formas de argumentos” (TOLEDO, 2008, p. 24), são²⁷: a) o processo gramatical (literal, filológico ou semântico), pelo qual impera ater-se à letra de lei, é ligado ao processo

autêntico (genético), pois a letra expressa com precisão a vontade do legislador (*mens legislatoris*) e assim deve ser entendida²⁸; b) o processo histórico, segundo o qual se deve perseguir a intenção do legislador (*mens legislatoris*) e o contexto histórico em que se criou o texto a ser interpretado (MATEOS, 2006, p. 134); c) o processo lógico, que visa a solucionar problemas lógicos (*mens legis*), no sentido da dissecação do pensamento do legislador em suas diferentes partes (MATEOS, 2006, p. 134); d) o processo sistemático (*stricto sensu*), para o qual se pressupõe a unidade do ordenamento jurídico (*mens legis*), considerando-se o resultado das relações que existem entre as várias normas sobre determinada matéria (MATEOS, 2006, p. 134); d) o processo sociológico, de acordo com o qual se deve analisar a lei envolta nas transformações ocorridas no tempo, buscando-se, assim, o sentido da lei (*mens legis*); e e) o processo teleológico (axiológico), cuja finalidade é buscar-se o valor dos termos legais.

O elemento grammatical é o mais evidente: já que as normas “se encuentran constituidas por enunciados lingüísticos, es imprescindible partir del significado de las palabras a través del cual se exteriorizan las normas, para poder llegar a conocer su verdadero sentido” (GARCÍA, 2000, p. 21).

O elemento grammatical é o ponto de partida para todo o trabalho da interpretação. Além disso, o sentido literal “determina o limite da interpretação, pois que aquilo que está para além do sentido possível e que já não é com ele compatível, mesmo na ‘mais ampla’ das interpretações, não pode valer como conteúdo da lei” (LARENZ, 2005, p. 485).

Larenz ainda ensina que (2005, p. 453-454)

o uso lingüístico geral [...] assinala, como sempre, os marcos adentro dos quais tem que estar o significado procurado. O que está para além do sentido literal lingüisticamente possível e é claramente excluído por ele já não pode ser entendido, por via da interpretação.

O teor literal possui, assim, dois papéis: “é ponto de partida para a indagação judicial do sentido e traça, ao mesmo tempo, os limites da sua

²⁷ Friedrich Karl von Savigny relaciona quatro elementos: grammatical, histórico, lógico, e sistemático (MATEOS, p. 134-135).

actividade interpretativa" (MÉIER-HAYOZ apud LARENZ, 2005, p. 453-454). O sentido literal possível "delimita, de certo modo, o campo em que se leva a cabo a ulterior actividade do intérprete" (LARENZ, 2005, p. 457).

Foi por esse prisma que, no acórdão proferido no Habeas Corpus n. 82.424/Rio Grande do Sul, cujo cerne envolvia a análise da ocorrência, ou não, de crime de racismo na publicação de livro por Siegfried Ellwanger, a definição do que significava o termo "raça" foi decisivo para verificar a tipicidade ou não do crime. No âmbito do grupo de estudo e pesquisa EHJC, a pesquisadora Mariana Caetano da Silva Souza Schwindt identificou como principal condutor hermenêutico a busca pelo significado do termo "raça" e, consequentemente, "racismo".

Na análise dos votos dos ministros, a pesquisadora constatou que o significado de raça

deveria ser perquirido a partir da estrita concepção de raça, ou deveria assumir interpretação mais ampla, que viesse a abarcar variadas formas de discriminação, ainda que não vinculadas essencialmente a fatores biológicos.

[...] Assim, raça não é definição apenas biológica e deve ser compreendida com conceitos a ela interrelacionados como valoração antropológica e aspectos sociológicos.

É preciso primeiro lembrar que o sentido gramatical abre, de início, duas opções: sentido técnico ou vulgar das palavras. Deve-se, então, procurar qual o sentido que o legislador vislumbrou. Se técnico, deve-se também procurar qual a área do conhecimento relacionada: jurídica, química, da engenharia, da psicologia etc. (GARCÍA, 2000, p. 31).

Por exemplo, a Constituição prescreve, no inciso I do art. 5º que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Não se pode, aqui, interpretar "homens" como "raça humana", pois o texto já fez a distinção de gênero. Já na "Declaração Universal dos Direitos do Homem", homem é entendido como "raça humana".

Por outro lado, a legislação constitucional sobre aposentadoria prescreve um tempo de trabalho para homens e outro para mulheres. A

²⁸ Maximiliano (1988, p. 121) cita Jhering, que critica o intérprete restrito à interpretação gramatical, pois "o apego às palavras é um desses fenômenos que, no Direito como em tudo o mais, caracterizam a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual".

aplicação do dispositivo dependerá, em geral, do registro do gênero na certidão de nascimento, que define, também, o mesmo gênero nos documentos de identidade. Como enquadrar, então, um transexual? A interpretação não dependerá exclusivamente do registro de nascimento ou dos documentos de identidade, mas sim dependerá do caso analisado. Não se tratará, assim, do sentido literal em todos os casos, mas do sentido aferido em cada caso em específico (CERVI, 2009).

Sobre o processo histórico, já se registraram, nesta investigação, algumas ponderações, principalmente acerca da intenção do legislador e sobre a historicidade do texto (itens 2.2.2.1 e 2.2.2.2). Trata-se de um processo válido, mas não pode ser o único, pois a atualização é de suma importância: o caso concreto define a norma a aplicar.

Não obstante os ministros da corte suprema brasileira, no HC 82.424-2/RS, terem investigado o conceito de raça pretendido nos anais do Congresso (vide voto do Ministro Moreira Alves), este valeu como ponto de partida, pois o conceito social vigente foi o ponto crucial considerado, o que é caracterizado como processo sociológico.

O processo lógico envolve principalmente o uso de argumentos lógicos, tratados mais especificamente pela teoria da argumentação (vide item 6.4).

Quanto à interpretação sistemática, Hesse (2009, p. 106-108) a considera pouco racional, pois “pode ser manejada de modo diferente, segundo o que se tenha em conta seja o lugar da lei em que se insere o preceito ou a sua conexão material”.

Reale adverte que a interpretação sistemática leva em conta a realidade da vida, pois “o ordenamento não se reduz a um sistema de proposições normativas interligadas por vínculos de subordinação ou coordenação, mas é isso e mais a realidade social mesma enquanto conteúdo da totalidade dos preceitos” (REALE, 1978, p. 78). Aqui, Reale leva o fato para dentro da norma, como o faz Müller em sua metódica estruturante.

Na realidade, toda interpretação é sistemática, já que uma norma não vale sozinha, mas sim dentro de um sistema, pois a “visão atômica da linguagem cedeu lugar à sua compreensão estrutural” (REALE, 1978, p. 78).

Tal sistema é criado pelo intérprete, por meio seja da colmatação de lacunas, do uso da analogia, da equidade, dos métodos ou dos princípios da hermenêutica etc.

A interpretação teleológica (axiológica), para Hesse (2009, p. 106-108), “é praticamente uma carta em branco”, pois os valores de cada um interferem na escolha dos valores que o intérprete encontra na norma.

Hesse critica tais regras tradicionais, pois, no seu sentir, são muitas as dificuldades que se apresentam em relação a *mens legislatoris* e a *mens legis*. Afirma também que os métodos de Savigny, tomados separadamente, são insatisfatórios. Ademais, a relação dos métodos entre si não é clara. Em cada julgado, observa-se que os tribunais constitucionais adotam um método de interpretação. Há casos, inclusive, em que não se usa nenhum método de interpretação: o juízo é formado levando-se em conta “considerações relativas à adequação dos resultados à situação a ser regulada”. Assim, observa-se um “reiterado fracasso daquelas regras”. Hesse conclui que “restringir-se às ‘regras tradicionais de interpretação’ supõe desconhecer a finalidade da interpretação constitucional”, e complementa que a “práxis se orienta para uma interpretação vinculada ao objeto e ao problema” (HESSE, 2009, p. 106-108).

Presume-se que os métodos e princípios visam a um certo ideal de justiça. Para Gomes Canotilho (2003, p. 1210),

a questão do ‘método justo’ em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. No momento actual, poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.

Num esforço de sistematização, são apresentados, a seguir, diferentes métodos da interpretação constitucional.

5.3.2.1. Método Jurídico (ou Hermenêutico-Clássico)

Segundo o método jurídico, a Constituição equipara-se à lei, e, portanto, devem-se-lhe ser usados os mesmos métodos e regras tradicionais da hermenêutica, de forma articulada, se necessário (CANOTILHO, 2003, p.

1210-1211).

Nessa concepção hermenêutica, o texto é, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o limite da interpretação. O principal defensor desse método é Forsthoff, para quem os métodos tradicionais desenvolvidos por Savigny seriam os únicos capazes de preservar o conteúdo normativo da Constituição e de impedir a “sua dissolução em considerações valorativas” (COELHO, 2007, p. 82).

Coelho lembra que, no método jurídico, o intérprete procura revelar o “verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação”. Assim, nesse contexto, toda norma possui um sentido em si mesmo, seja pela vontade do legislador, seja pela do texto (COELHO, 2007, p. 83).

Na análise do Mandado de Injunção n. 670/Espírito Santo, esta autora, pesquisadora do grupo de pesquisa “O Elemento Hermenêutico na Jurisdição Constitucional” – EHJC do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, identificou o uso do método hermenêutico-clássico pelo Ministro Celso de Mello, já que este, seguindo a solução do Ministro Gilmar Mendes, identifica no mandado de injunção “sua real destinação constitucional” e se guia, em sua decisão, por esse significado “em si” do instituto.

O Ministro Cesar Peluso também usa o mesmo método ao tentar inferir o sentido do mandado de injunção (p. 149):

o mandado de injunção tem, no texto constitucional, a meu sentir, a função jurídico-processual de garantia de direito subjetivo, de liberdade constitucional, ou de prerrogativa, no sentido de tornar viável, no caso concreto, o exercício desse direito, liberdade, ou prerrogativa, independentemente do comportamento futuro do legislador.

5.3.2.2. Método Tópico-Problemático

Pelo método tópico-problemático, parte-se do problema para a norma, de forma a resolver o caso concreto (CANOTILHO, 2003, p. 1211-1212). Segundo Viehweg (2008, p. 33), “o aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema”.

Os esquemas tópicos variam pouco (VIEHWEG, 2008, p. 70). A forma

clássica de Tomás de Aquino consiste no estabelecimento do problema (*utrum*), seguido da detecção dos pontos de vista próximos (*videtur quod*), e da verificação dos pontos de vista contrários (*sed contra*). Depois do cotejo de todos os tópicos, parte-se para a solução (*respondeo dicendum*).

Importante observar que os tópicos devem-se entender “como possibilidades de orientação ou cânones do pensamento”. Tópicos são “pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro”; são “argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o *consensus omnium*” (LARENZ, 1997, p. 202-203).

Para Coelho,

em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhes é congênito, a Constituição – enquanto objeto hermenêutico – mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar, como igualmente válidos e até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os topoi ou fórmulas de busca que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica. Por esse caminho, ademais, as contendas políticas são absorvidas e transformadas em simples conflitos de interpretação, o que, tudo somado, significa resguardar a Constituição contra inconformismos ou surtos autoritários, pois todo aquele que participa do debate hermenêutico em torno da Constituição, ao menos moralmente, fica obrigado a respeitar o seu resultado em vez de se voltar contra o objeto da interpretação.

E é assim, com o uso do método tópico-problemático, que quase sempre se procede (VIEHWEG, 2008, p. 37).

5.3.2.3. Método Hermenêutico-Concretizador

O intérprete, ao se utilizar do método hermenêutico-concretizador, primeiro comprehende a norma – e, para tanto, “a Teoria da Constituição vem a ser condição de compreensão” (HESSE, 2009, p. 110) – e, depois, o contexto histórico do problema, o que envolve, obviamente, a compreensão também do problema concreto.

No dizer de Böckenförde (1993, p.34),

un contenido normativo vinculante no se puede obtener de un texto normativo marco, vago, como es típico para la mayoría de las normas constitucionales, sin recurrir a una teoría de la Constitución (teoría de los derechos fundamentales), a su vez obligatoria, a la que le corresponda la función de directriz normativa para la interpretación.

A teoria da Constituição ajuda, assim, a compreensão da norma, diante da situação fática analisada.

5.3.2.4. Método Científico-Espiritual

A denominação do método científico-espiritual se deve às ciências do espírito, em cujo âmbito se encontra o Direito. Coelho (2007, p. 91) registra, citando Radbruch, que os adeptos de tal método concebem tanto o Estado quanto a Constituição “como fenômenos culturais ou fatos referidos a valores”. O intérprete deve compreender a Constituição como algo dinâmico, pois imerso na realidade social, que muda a todo instante, sob a perspectiva política e sociológica, para “construção e preservação da unidade social”.

A doutrina de Smend é o ponto de partida para tal método, orientado às ciências da realidade. Em sua teoria, não é o texto literal ou a abstração dogmática, mas sim o sentido e a realidade da Constituição que representam o fundamento de sua interpretação (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 27).

No âmbito do grupo de pesquisa “O Elemento Hermenêutico na Jurisdição Constitucional” do IDP, esta autora, na análise do MI n. 670/ES, identificou o uso preponderante, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, do método científico-espiritual, pelo fato de o método permitir considerar-se a realidade, o contexto, os valores atuais e a dinâmica da Constituição.

O Ministro Gilmar Mendes, ao examinar o contexto do exercício do direito à greve, sem regulamentação, reconheceu um “quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito” e ressaltou que “Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos”. O uso do método serviu para concluir que, diante daquele quadro, não havia mais como se justificar “a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte” (p. 30).

Por meio dessa percepção, o Ministro demonstra o uso do método científico-espiritual. Esse quadro legitimaria a Corte a regular o direito, sob

pena de incidir em “omissão judicial” (p. 31).

Também o Ministro Marco Aurélio, ao lembrar à corte o seu voto prolatado no MI 721-7/Distrito Federal, em que coteja os dispositivos constitucionais sobre o mandado de injunção com a dinâmica constitucional e com a realidade, que demandam conferir à decisão sobre o assunto submetido por meio do instituto um caráter mandamental, “abandonada visão simplesmente lírica” (p. 186-187), revela o uso do método científico-espiritual.

5.3.2.5. Método Normativo-Estruturante

Friedrich Müller propõe uma metódica do Direito Constitucional que leva em conta a estrutura, o programa, o âmbito, o texto da norma, a normatividade, o processo de concretização e o caso concreto. Dessa forma, buscam-se instrumentos de controle da decisão, da fundamentação. Nessa metódica, não há graus ou estágios de interpretação, mas sim elementos, que são apenas momentos diferentes da interpretação, sem hierarquia, que se complementam. Essa metódica baseia-se na “análise de técnicas práticas de trabalho nas funções da concretização do direito e da constituição” (MÜLLER, 2000, p. 50-70).

Não se trata de interpretação. A aplicação faz-se em momento posterior à interpretação. Pressupõe-se o caso concreto e a norma. A interpretação faz a ponte entre as duas. Cria-se a norma de decisão. Surge, então, o momento de aplicar. Mas tudo ocorre num único processo.

Na lição de Müller (2000, p. 61), o intérprete não deve se restringir somente a regras de interpretação como “métodos” da ciência jurídica. A interpretação do teor literal da norma é apenas um elemento (ainda que seja o mais importante) no processo de concretização.

Müller (2000, p. 53) propõe uma metódica, especialmente para o Direito Constitucional, para a práxis jurídica, capaz de decompor

os processos da elaboração da decisão e da fundamentação expositiva em passos de raciocínio suficientemente pequenos para abrir o caminho ao *feedback* [Rückkopplung] controlador por parte dos destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica.

O que Müller trata por “decompor os processos” corresponde à explicação de Ricoeur (198-?, p. 182), que leva à compreensão do sentido de um texto escrito: deve-se explicá-lo para compreendê-lo.

A concretização da norma “não pode ser um procedimento meramente cognitivo”. Quando se tenta aplicar, concretizar a norma, ela revela seu caráter plurívoco e, em algumas vezes, de pouca clareza. Pode parecer clara na concretização relacionada a um caso concreto, mas obscura em outro. Somente quando se aplica ao caso concreto (real ou fictício) é que a norma aparece nítida. Só existe a norma quando há o caso. Antes só há textos. Constrói-se a norma de decisão a partir da norma jurídica, diante de um caso. A aplicação, para Müller (2000, p. 50-70), é a norma de decisão.

A concretização se promove não só pela aplicação, pelos “titulares de funções”, seja na jurisprudência, na legislação, na administração ou no governo, mas também na simples observância da lei pelos seus destinatários (MÜLLER, 2000, p. 51).

Assim, a aplicação, para Müller (2000, p. 63), envolve, necessariamente, a concretização, pois

não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem, de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela.

Müller (2000, p. 65) também trata do papel da ciência do Direito: a objetividade jurídica está na “racionalidade verificável da aplicação do direito”.

Entretanto, não é possível uma rationalidade integral, pois na ciência jurídica estamos sujeitos à valoração do Direito. Mas há que se observar o máximo de rationalidade, a mais ampla possível. Na sua condição de ciência normativa, a ciência jurídica tem, por tarefa, a “intenção de uma vigência universal” (MÜLLER, 2000, p. 66). No dizer de Kaufmann, lembrado por Coelho, (2007, p. 6), “a hermenêutica é uma atividade racional, que se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais – como o da aplicação do direito – da forma mais racional possível”.

Corrobora a teoria de Müller o sentir de Hesse, segundo o qual, “a

interpretação constitucional é ‘concretização’’. O conteúdo da Constituição é definido mediante a “incorporação da ‘realidade’”. Assim, o caráter criativo (embora limitado, pois vinculado à norma) dessa interpretação se revela pelo fato de que “o conteúdo da norma interpretada só se completa com a sua interpretação” (HESSE, 2009, p. 108-111).

O “processo de concretização deve ser dirigido pelo objeto da interpretação – a Constituição – e pelo problema em questão”. Não é possível, portanto, “um método de interpretação autônomo”, desvinculado da pré-compreensão do intérprete e do caso concreto (HESSE, 2009, p. 110).

5.3.2.6. Método da Comparaçāo Constitucional

Os usuários da comparação partem do pressuposto de que em outros ordenamentos jurídicos os intérpretes lançam mão dos mesmos métodos de interpretação.

Canotilho (2003, p. 1214) explica que, por meio da comparação, “é possível estabelecer a comunicação entre várias constituições (Häberle) e descobrir critério da melhor solução para determinados problemas concretos”.

Trata-se de método bastante utilizado, especialmente quando a doutrina, a legislação e a jurisprudência não são capazes de direcionar para uma solução.

No MI n. 670/ES, o uso da comparação foi importante, uma vez que o Ministro Gilmar Mendes examinou o tratamento do mandado de injunção, carente de regulação no Brasil, especialmente no cotejo com a jurisprudência alemã e a italiana, para afirmar que a “omissão constitucional reclama uma solução diferenciada” (p. 42).

Concluindo, sobre os métodos, interessa colacionar o sentir de Viehweg (2008, p. 77), para quem “só pode se denominar método a um procedimento que, do ponto de vista lógico, seja estritamente controlável, que estabeleça, por consequência, um unívoco texto argumentativo, i. e., um sistema dedutivo”.

Assim, cabe ponderar que os métodos de interpretação não

representam exatamente o sentido do próprio termo, pois um método é um caminho que deve necessariamente conduzir a um determinado resultado, sempre que usado.

No mesmo sentido, Larenz (2005, p. 450) afirma que:

não se trata de diferentes métodos de interpretação, como permanentemente se tem pensado, mas de pontos de vistas metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correcção.

Reale (1978, p. 78) reconhece, no entanto, progresso na hermenêutica, pois “a doutrina veio, paulatinamente, evoluindo no sentido de atender mais às conexões do que às diferenças existentes entre os processos hermenêuticos particulares”.

Por esse prisma de análise, não existem métodos²⁹, pois há sempre a possibilidade de multiplicidade de sentidos aceitos intersubjetivamente.

5.3.3. Princípios

Antes de se apresentarem os diversos princípios da interpretação constitucional, importa registrar a advertência de Böckenförde (1993, p. 32), no sentido de que tais princípios não possuem caráter normativo. Eles servem como

puntos de vista interpretativos, ‘principals’ en el sentido del proceso tópico. Aportan como tales – sin gradación y límite – argumentos para la solución del problema, pero son incapaces a su vez de valorar y seleccionar tales argumentos.

A seguir serão apresentados os pontos fundamentais dos princípios: da unidade da constituição; da concordância prática; da correção funcional; da eficácia integradora; da força normativa da Constituição; da máxima efetividade; da interpretação conforme a Constituição; da proporcionalidade; e da presunção de constitucionalidade das leis.

5.3.3.1. Princípio da Unidade da Constituição

Por esse critério, “todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas da

Constituição" (HESSE, 2009, p. 113).

Aqui vale lembrar o círculo hermenêutico de Gadamer (1997, p. 437): só se comprehende um texto em sua totalidade. Compreende-se a parte pelo todo e o todo pelas partes. O todo e a parte se implicam.

5.3.3.2. Princípio da Concordância Prática (ou da Harmonização)

Esse princípio não deve ser considerado isoladamente, mas sim de forma integrada a outros. O ponto fundamental é que o princípio da harmonização “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (CANOTILHO, 2003, p. 1225).

Não se deve, portanto, fazer uma “precipitada ‘ponderação de bens’” ou de valores. Deve-se otimizá-los, isto é, deve-se tentar conferir efetividade ótima aos bens em apreço (HESSE, 2009, p. 114).

Na análise do MI n. 670/ES, esta pesquisadora constatou o uso do princípio da concordância prática pelo STF, uma vez que, por seu intermédio, procurou-se otimizar os bens e valores constitucionais, conferindo-lhes a melhor efetividade possível, sem o sacrifício de um bem protegido pela Carta Maior, que, no caso, consistia no exercício do direito de greve por servidores públicos civis.

5.3.3.3. Princípio da Correção Funcional

Partindo-se do pressuposto de que a Constituição regula as funções dos Poderes, não se admite, portanto, qualquer interpretação que restrinja a liberdade de conformação daquele Poder que extrapole os limites constitucionais (HESSE, 2009, p. 115).

Canotilho (2003, p. 1224) o denomina de “princípio da justeza ou da conformidade funcional” e o designa como o critério que “tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida”.

Pode-se reputar o uso do princípio da correção funcional pelo então

²⁹ Viehweg assevera que a jurisprudência “não tem um método (no sentido indicado), porém,

Presidente da Câmara dos Deputados quando alterou a interpretação do § 6º do art. 62 da Constituição Federal, em 2009. O Deputado Federal Michel Temer considerou que apenas a matéria que fugisse do conteúdo próprio de medida provisória poderia entrar em votação, não estando sujeita ao trancamento preconizado pelo dispositivo constitucional. Tratou, assim, de conferir tramitação legislativa aos projetos que escapavam à influência da urgência considerada pelo Presidente da República.

O caso é objeto do Mandado de Segurança n. 27.931, por meio do qual parlamentares se insurgiram contra a interpretação do Presidente da Câmara. Em sua defesa, o Presidente alega que o excesso de medidas provisórias fere o princípio da separação dos poderes. Não há ainda decisão definitiva do STF.

5.3.3.4. Princípio da Eficácia Integradora

Canotilho (2003, p. 1224) explica que “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política”.

Assim, por esse cânones interpretativo, prefere-se a interpretação que promova a unidade política da nação (HESSE, 2009, p. 115).

5.3.3.5. Princípio da Força Normativa da Constituição

No uso desse critério, preferem-se os pontos de vista e a interpretação que “ajudem as normas da Constituição a alcançar a máxima eficácia nas circunstâncias de cada caso” (HESSE, 2009, p. 115-116).

Esse procedimento, que, orientado pela norma, considera o caso concreto, pode chegar a resultados racionalmente explicáveis. A *ratio decidendi* se mostra, então, “explicável, convincente e até certo ponto previsível”, o que revela uma honestidade jurídica e ajuda a alcançar-se a tão almejada segurança jurídica (HESSE, 2009, p. 116).

Segundo Coelho (2003, p. 107), tal princípio

não encerra nenhuma peculiaridade da interpretação constitucional, em que pese a sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde qualquer decisão, ao mesmo

tempo que resolve um concreto problema constitucional, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação.

Esta pesquisadora constatou, no MI n. 670/ES, que o uso do princípio da força normativa da Constituição foi decisivo para o reconhecimento e a efetiva regulação do direito de greve dos servidores públicos civis (inciso VII do art. 37 da Constituição Federal). Em detrimento de uma interpretação restritiva, que não traria solução para o caso, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi no seguinte sentido (p. 46-47):

creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.

5.3.3.6. Princípio da Máxima Efetividade

Coelho lembra tratar-se de princípio vinculado ao princípio da força normativa da Constituição. Tal cânones orienta a interpretação das normas de modo a “otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo” (COELHO, 2007, p. 106).

Aplicado notadamente aos direitos fundamentais, o cânones da máxima efetividade prefere a interpretação “que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 1224).

5.3.3.7. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

Trata-se de princípio não ligado exclusivamente à interpretação constitucional, que é usado especialmente no controle de constitucionalidade das leis. Coelho (2007, p. 97-108), citando Moreira Alves, assevera não ser simples regra de interpretação, pois “consustancia essencialmente uma diretriz de prudência política”.

O princípio da interpretação conforme a Constituição protege o trabalho do legislador, de modo a não lhe inferir a inconstitucionalidade, quando há

interpretação possível que se faça à luz da Constituição. Por conseguinte, “o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal” (BARROSO, 2009, p. 195).

Segundo o princípio da interpretação conforme a Constituição, “uma lei não deve ser declarada nula quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição”. Hesse complementa que, se não evidente a inconstitucionalidade, “em nenhum caso deve ser declarada nula uma lei”. Não se refere apenas à lei, mas também a um “conteúdo ambíguo ou indeterminado da lei” (HESSE, 2009, p. 118-119).

Entretanto, tal interpretação não pode ser levada ao extremo de contrariar o disposto na lei (COELHO, 2007, p. 108).

Se a intenção da interpretação é manter a validade da lei – e sempre é, pela aplicação do critério da eficácia integradora e pelo princípio da unidade do ordenamento jurídico (círculo hermenêutico) –, então há “primazia do legislador na concretização da Constituição” (HESSE, 2009, p. 120). O tribunal constitucional auxilia o legislador nesse sentido.

Uma das repercussões na interpretação da Constituição é sua interpretação conforme à lei. A interpretação conforme a Constituição – que tenta manter a lei, conferindo-lhe uma interpretação que possa lhe alterar o significado de conteúdo, para lhe conformar à Constituição e, assim, não se lhe declarar a nulidade – revela a “estreita inter-relação existente entre Constituição e lei e, com isso, a unidade do ordenamento jurídico”. Isso porque a interpretação conforme exige (HESSE, 2009, p. 122):

tanto a interpretação da lei quanto a da Constituição, e dado que tanto a relação material quanto a funcional vão no sentido da manutenção da lei, a interpretação conforme interpretará a norma constitucional, dentro do possível, no sentido em que o legislador a concretizou.

Hesse (2009, p. 120) assevera que o tribunal constitucional “interfere nas competências do legislador com mais intensidade” quando altera o significado da lei, quando corrige o legislador, por meio da interpretação conforme, mais do que quando declara o texto inconstitucional, pois, neste caso, “a nova conformação continua sendo assunto do legislador”.

Para Larenz (2005, p. 480-481) “entre várias interpretações possíveis

segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. ‘Conformidade à Constituição’ é portanto, um critério de interpretação” e continua: “a interpretação conforme à Constituição, se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei”.

5.3.3.8. Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade

Também chamado de princípio da proibição de excesso (CANOTILHO, 2003, p. 267), esse cânones da interpretação jurídica geral também se aplica à exegese constitucional (COELHO, 2007, p. 97).

Procede-se, no uso do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo (MENDES, 2009, p. 48). Isso porque a proibição do excesso que, inicialmente, dizia respeito à limitação do Poder Executivo, e hoje inclusive verifica os excessos legislativos, compõe-se dos subprincípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito (CANOTILHO, 2003, p. 266-270).

Pela adequação, é controlada a finalidade da lei, por meio da relação “adequação medida-fim”. Pela exigibilidade (ou necessidade, ou, ainda, menor ingerência possível), avalia-se se o “legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos” (CANOTILHO, 2003, p. 270).

Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, Canotilho (2003, p. 270) esclarece que

quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Esse subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito, quando

considerado juntamente com o da adequação e o da necessidade, forma a proporcionalidade em sentido amplo (COELHO, 2007, p. 110).

5.3.3.9. Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis

Aplicável especialmente ao controle de constitucionalidade das leis, este princípio é também aplicável à interpretação constitucional (COELHO, 2007, p. 97). Na hipótese de se vislumbrar uma interpretação compatível com a Constituição, esse princípio orienta o intérprete a segui-la, e o tribunal, a abster-se da declaração de inconstitucionalidade. Sua presunção é *iuris tantum*; “antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco” (BARROSO, 2009, p. 182-183).

Concluindo o tópico, observa-se que os princípios norteiam a interpretação e que os métodos, por sua vez, auxiliam, mas não garantem o seu sucesso. É de se ter também em conta que a própria plurissignificação semântica envolve a interpretação jurídica.

No entanto, ainda que o uso de determinado método ou princípio não possa conduzir a uma solução específica, a análise do MI n. 670/ES revelou que os ministros que se utilizaram dos princípios da concordância prática, da força normativa da Constituição e da máxima efetividade, conduziram-se pela busca do sentido do mandado de injunção, diante da dinâmica da Constituição e da realidade social vigente, o que resultou, para todos os que usaram tais princípios, na concessão do exercício do direito de greve, diante de sua finalidade, evitando-se uma interpretação restritiva que pudesse sacrificar o exercício do direito.

Após o uso de todos esses instrumentos, da forma mais harmoniosa possível, como evitar excessos? Quais são os limites da interpretação constitucional?

5.3.4. Limites

Os limites da interpretação não configuram um problema restrito à atividade da jurisdição constitucional, nem mesmo à da hermenêutica jurídica.

Trata-se de questão que se “coloca em todos os domínios da comunicação humana” (COELHO, 2007, p. 111).

O motivo disso é que a textura aberta do texto constitucional, aliada à atividade criativa do juiz, pode afetar o princípio da segurança jurídica.

Hesse cita Gadamer, para quem a interpretação se vincula a algo estabelecido. Assim, os limites da interpretação constitucional “situam-se onde não existe algo estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde terminam as possibilidades de uma compreensão lógica do texto da norma ou uma determinada solução está em clara contradição com esse texto” (HESSE, 2009, p. 116-117).

Na teoria de Paul Ricoeur (1987, p. 87-91), a validade de uma interpretação repousa na possibilidade de ser aceita por outros intérpretes. Assim, a intersubjetividade pode ser considerada também um limite. Uma interpretação de um único juiz, que, na criação de uma norma, não encontra respaldo na intersubjetividade, é uma interpretação que ultrapassou os limites e, portanto, não é válida.

Para Böckenförde (1993, p. 43), o tribunal constitucional, para evitar a sua transformação em simples dono da Constituição, no lugar de ser um órgão de sua garantia, deve se sujeitar a um marco interpretativo estrito e intersubjetivamente realizável.

Na visão do estadista francês Charles de Gaulle, a constituição é um envelope, cujo conteúdo é, na verdade, fruto do dinamismo da vida social (GRAU³⁰, 2008). Partindo do fato de que o conteúdo da Constituição é, no Brasil, ditado pelo Supremo Tribunal Federal, este órgão judiciário está, então, limitado ao dinamismo da vida social.

O pensamento de Böckenförde (1993, p. 25) corrobora tal assertiva, no sentido de que a interpretação jurídica da Constituição “solo mediatiza ‘lo público y la realidad plurales, las necesidades y posibilidades de la comunidad’ que se sitúan ante, en y trás el texto constitucional. ‘El jurista-constitucional es solo un intermediario’”.

Outro limite, ligado à intersubjetividade, são as justificativas. No estudo

do ativismo judicial, observa-se que para um tribunal adotar uma mudança de interpretação, compete-lhe o ônus de uma justificação mais profunda (CANON, 1983).

Larenz (2005, p. 454) afirma que “uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido”.

³⁰ Palestra disponível em <<http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1929&sid=41>>. Acesso em 22/2/2011.

6 O ATO HERMENÊUTICO E O PAPEL DO INTÉRPRETE

Por muito tempo, o intérprete se limitou a, por uma operação quase mecânica, aplicar simplesmente o texto da lei. Pelo menos, acreditava-se nisso, pois, segundo a teoria de Montesquieu (1995, p. 123), “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei”.

São três as teorias da interpretação jurídica: as cognitivas (formalistas), as cépticas e as intermediárias.

No âmbito da teoria cognitiva, “la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos, que son siempre susceptibles de verdad o falsedad” (MATEOS, 2006, p. 116).

Disso decorre que o Direito é consistente e completo, que as normas possuem significado unívoco e, consequentemente, que só há sempre uma única resposta correta. O maior representante dessa corrente é Ronald Dworkin.

Pela teoria céptica, “la interpretación del derecho tiene como resultado enunciados interpretativos, que nunca son siempre susceptibles de verdad o falsedad” (MATEOS, 2006, p. 116).

Nessa linha de pensamento, nunca é possível determinar o significado dos textos normativos. Os que seguem tal teoria acreditam que o Direito não é constituído por regras gerais, pois, previamente às decisões judiciais, não há nenhuma questão jurídica que tenha uma resposta correta. O Direito é, portanto, um conjunto das decisões judiciais que, de fato, constroem o ordenamento.

Os teóricos cépticos seguem Wittgenstein. De forma superficial, pode-se dizer que o ponto central reside na tese da “indeterminación radical, según la cual cualquier texto se puede interpretar de cualquier manera” (MATEOS, 2006, p. 119).

Nessa corrente, reconhece-se o realismo jurídico americano (“Critical Legal Studies”).

A teoria intermediária, cujo maior representante é Hart, fundamenta-se na indeterminação parcial do significado dos textos normativos. Acredita-se que o significado seja, em princípio, determinado nos casos claros; não há resposta correta para os casos difíceis.

Reconhecem-se os casos claros pois, neles, “la justificación externa de las premisas no plantea ninguna duda, mientras que en los casos difíciles, la justificación externa es problemática” (MATEOS, 2006, p. 142).

Em tal teoria, trabalha-se com a possibilidade de que “el derecho contenga antinomias o contradicciones normativas y lagunas” e, por isso, “a veces hay una respuesta correcta a las cuestiones jurídicas, pero a veces no hay ninguna” (MATEOS, 2006, p. 120).

Restrepo (2009, p. 390) alerta que “no es difícil que distintas respuestas frente a un caso concreto (tengase presente el caso de los mínimos de los derechos fundamentales) pasen la prueba de un test de racionalidad”. Assim, um mesmo caso pode possuir argumentos válidos a favor e contra si.

Isso se correlaciona com a vagueza dos termos, em geral, pois, para Hart “los términos generales tienen un núcleo de certeza, en el cual la expresión se aplica claramente, y una zona de penumbra, en la cual la expresión es de aplicación dudosa” (apud MATEOS, 2006, p. 120).

Diante da vagueza e da possibilidade de plurivocidade, as decisões devem ser motivadas. Essa noção é consectária do Estado Democrático de Direito.

Por isso, nas decisões, especialmente de casos difíceis, segundo Arnio, deve-se “tratar de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución, esa justificación” (apud RESTREPO, 2009, p. 391-392).

A justificação, a ser expressa pelo decisor jurídico, pode ser classificada em: i) justificação interna, a qual se refere à validez lógica entre as premissas e a conclusão; e ii) justificação externa, que se relaciona com a “solidez (o corrección)” das premissas (MATEOS, 2006, p. 122-123).

Interessa-nos o seguinte exemplo:

Premissa 1 - Se X comete infração B, recebe pena P (norma)

Premissa 2 - X cometeu infração B (fato)

Conclusão - X deve receber pena P

A correção e a solidez das premissas se verificam pela utilização do argumento juridicamente correto. Disso decorre que a norma deve estar já prevista no ordenamento (que dispõe sobre a infração B e a subsequente pena P). Se não há tal norma, o argumento jurídico não é sólido. Para o argumento ser sólido, as premissas 1 e 2 devem ser verdadeiras.

Reconhece-se um caso difícil quando há dúvidas sobre quais são as premissas adequadas (sejam fáticas, *quaestio facti*, que podem consistir em problemas de prova ou de qualificação; ou jurídicas, *quaestio iuris*, que podem se referir à definição de que norma é aplicável ou à interpretação) para fundamentar um decisão jurídica determinada (MATEOS, 2006, p. 127).

Uma *quaestio iuris* se apresenta quando há dúvida sobre a norma a aplicar, seja no tocante à escolha da norma ou à interpretação da norma escolhida. A dúvida sobre a qualificação do ocorrido decorre também da vagueza dos conceitos.

Na Teoria da Projeção, de Carlos Jorge Wurzel, compara-se a hermenêutica a uma fotografia: no foco aparece a imagem nítida (a norma), mas em volta surgem imagens sem extremos precisos, que se fundem ao centro e ao fundo (penumbra legal) (apud MAXIMILIANO, 2004, p. 12-13).

Alguns problemas que resultam na *quaestio iuris* são as lacunas, que podem se resolver pelo recurso à analogia; e as antinomias, que podem ser solucionadas por três elementos (cronológico, hierárquico e da especialidade). São também critérios de integração do ordenamento jurídico a equidade, os princípios gerais do Direito e o costume. Na interpretação *stricto sensu* (processo sistemático) de determinado texto legal, prestam-se os cânones hermenêuticos (desenvolvidos no item 5.3.2).

O intérprete pode também se orientar pela doutrina subjetiva ou pela doutrina objetiva da interpretação (MATEOS, 2006, p. 135).

Na interpretação subjetiva, busca-se a intenção do legislador. Mas, como já se registrou, ela não pode ser a única a guiar o intérprete. Pode sim ser usada em certa medida, pois para Mateos (2006, p. 135)

la interpretación de las autoridades normativas tiene algún papel en la interpretación de un texto normativo, que existe algún tipo de recuperación de la intención que tiene que ver con la interpretación. Pero con qué grado de abstracción debemos recuperar la intención de las autoridades normativas?

Na interpretação objetiva, prevalece a busca da vontade da lei, em contraposição à vontade do legislador. Mas o que é a “vontade da lei”? A lei não fala por si, precisa de interpretação. Supõe-se, então que sua vontade possa ser “entender un texto normativo de acuerdo con las circunstancias del momento en que se tenga que aplicar” (MATEOS, 2006, p. 135). Assim, tal interpretação acaba por se tornar subjetiva, do intérprete (ROSS, 2007 p. 150), pois cada leitor se apropria do seu texto, de sua interpretação, criando o “seu” texto.

A primeira decorrência de um ordenamento cujo nascimento se deu sem um texto único, sistematizado, é a existência de lacunas.

Nino (1989, p. 94) explica que, pelo princípio da completude, o ordenamento jurídico deve ser entendido, pelo intérprete, como detentor de solução para todos os casos.

Assim, para solucionar tal problema, o intérprete deve recorrer à integração, que são a analogia, o costume, os princípios gerais do Direito e a equidade.

Pela analogia, analisa-se um caso pela *ratio decidendi* de outro.

Maximiliano (1988, p. 206-208), rememorando o Arcebispo Whatel, ensina que analogia, em seu sentido de origem matemática, trabalha com a similaridade entre relações, e que, no campo jurídico, trabalha com a aplicação de um caso a outro semelhante, para o qual não existe previsão legal.

No mesmo sentido é a conceituação de Ferraz Júnior (1999, p. 300-302), para quem a força persuasiva da analogia depende da capacidade argumentativa do intérprete, em sua demonstração da semelhança entre os

casos.

O uso da analogia jurídica encontra fundamento “no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes” (FERRAZ JR., 1999, p. 302).

Importa registrar que, segundo Maximiliano (1988, p. 202), o processo da analogia não se enquadra na hermenêutica, pois “não constitui um modo de interpretar, e, sim, de aplicar o Direito”.

Ora, mas a interpretação é um processo que envolve a compreensão e a aplicação. Assim, a hermenêutica se ocuparia sim da analogia.

Outra forma de promover a sistematização do Direito é por meio do uso do costume. A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/1942) já prevê o costume como fonte (art. 4º). Trata-se de auto-integração.

Maximiliano (1988, p. 188-189) explica que costume é “uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei”. Sua tarefa é dupla: “de Direito Subsidiário, para completar o Direito Escrito e lhe preencher as *lacunas*; e a de elemento de Hermenêutica, auxiliar da exegese”.

Quando considerado como elemento de hermenêutica, o uso do costume não é obrigatório. Compete ao intérprete examinar sua aplicabilidade.

Pode-se falar em três tipos de costume: *secundum legem*, que ocorre quando a lei prevê o recurso ao costume como Direito subsidiário; *praeter legem*, que ocorre quando se preenchem as lacunas do sistema; *contra legem*, que ocorre quando se vai de encontro às disposições normativas expressas (MAXIMILIANO, 1988, p. 191).

Os princípios gerais do Direito também são orientadores importantes da prática jurídica. Não se trata de princípios internos, pois não estão positivados no sistema: “as perquirições não se restringem à órbita do Direito Positivo” (MAXIMILIANO, 1988, p. 296).

Importa colacionar alguns dos princípios gerais do Direito: “ninguém pode invocar de sua própria malícia”, “o direito é esforço constante de dar a cada um o que é seu” e “quem exercita o próprio direito não prejudica ninguém” (FERRAZ JR., 2010, p. 280).

Maximiliano (1988, p. 302) esclarece que existe uma gradação a ser feita pelo intérprete: deve ele primeiro buscar o sentido e o alcance do texto, por meio dos métodos de interpretação. Não alcançando uma solução, poderá utilizar-se da analogia. Ainda assim, não obtendo sucesso, poderá, então, lançar mão dos princípios gerais do Direito.

O intérprete é geralmente levado a utilizar-se da equidade quando a aplicação da letra fria da lei, consideradas as circunstâncias concretas do caso, ensejaria, a seu ver, uma injustiça. O uso da equidade tem como finalidade imprimir justiça para o caso concreto.

Para Ferraz Júnior (1999, p. 304), a equidade não é, a rigor, fonte do Direito, mas sim método de integração, pois é aplicável somente àquele caso, por aquele intérprete. Assim, não é vinculante.

No âmbito do grupo de pesquisa “O Elemento Hermenêutico na Jurisdição Constitucional”, esta pesquisadora, ao analisar a hermenêutica utilizada no acórdão proferido pelo STF no MI n. 670/ES, que tratou sobre o direito de greve dos servidores públicos civis, constatou o uso evidente da equidade, quando o Ministro Gilmar Ferreira Mendes considerou “justo fundar uma intervenção mais decisiva desta Corte para o caso da regulamentação do direito de greve dos servidores públicos”, já que a jurisprudência dominante até então não resolia o problema da omissão constitucional.

Outra decorrência de um sistema uno por ficção – mas, em verdade, fruto de textos diversos desintegrados – é a existência de antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si.

Por que ocorrem?

Bem, em primeiro lugar, a resposta passa pelo fato de que o código usado pelo Direito (a língua natural) é polissêmico. Assim, qualquer texto guarda mais de uma interpretação.

Para Bobbio (1999, p. 113), “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento”.

Assim, há que se elidirem as antinomias do sistema, que podem ser solúveis e insolúveis (BOBBIO, 1999, p. 92). Aquelas são aparentes, e estas reais. O filósofo italiano enfoca a sua análise nas aparentes, cuja solução

repousa em três critérios: i) cronológico (*Lex posterior derogat prior*), aplicável apenas a normas de mesma hierarquia e de mesmo nível de especialidade; ii) hierárquico (*Lex superior derogat inferiori*), que, para Bobbio, prevalece em todas as situações, mas que, para Mateos (2006, p. 132), prevalece sempre apenas sobre o cronológico e às vezes sobre o de especialidade; e iii) da especialidade (*Lex specialis derogat generali*), que prevalece, segundo Bobbio, sempre sobre o cronológico, mas, para Mateos, nem sempre. São, na verdade, critérios de aplicação prevalecente. É possível falar-se em derrogação no uso do critério cronológico, mas não tem sentido a derrogação no uso do critério de especialidade (MATEOS, 2006, p. 132-133).

A Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, pelo critério cronológico, que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (§ 1º do art. 2º), e pelo critério da especialidade, que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (§ 2º do art. 2º).

Ross (2007, p. 163-164) alerta que

Lex specialis, Lex posterior e superior não são axiomas, mas princípios de peso relativo que gravitam em torno da interpretação ao lado de outras considerações, em particular, uma valoração acerca da melhor maneira de fazer com que a lei esteja de acordo com o senso comum, com a consciência jurídica popular, ou com os objetivos sociais supostos.

Ajudam ainda na interpretação o senso comum, a consciência jurídica e os objetivos sociais.

Outra solução de antinomia entre normas contemporâneas, do mesmo nível hierárquico e de especialidade, pode ser promovida de acordo com sua forma – imperativas, proibitivas e permissivas (BOBBIO, 1999, p. 98). No caso de dúvida na interpretação, o critério recomenda dar-se prevalência a *Lex favorabilis* em detrimento da *Lex odiosa*. Entretanto, tal critério é de difícil aplicação, vez que a lei favorável para uma parte pode não o ser para a parte contrária. Nos conflitos judiciais, geralmente o que é favorável para uma parte é desfavorável para a outra.

Pode-se, no entanto, colher um exemplo na jurisprudência de nossa

corte constitucional. Trata-se do Mandado de Segurança n. 22.357/Distrito Federal, que foi objeto de estudo de pesquisadores do grupo de ensino e pesquisa “O Elemento Hermenêutico na Jurisdição Constitucional”, Flávio Rezende Dematté e L’Inti Faiad. Estava em questão se haveria exigência de realização de concursos públicos no âmbito das empresas públicas. Os dispositivos constitucionais em antinomia eram o inciso II do art. 37 e o art. 173.

O MS fora impetrado por empregados públicos da Infraero contra o Acórdão n. 110/1993 do Tribunal de Contas da União – TCU, que determinou a regularização das 366 admissões sem concurso público ocorridas após 1990, sob pena de nulidade. O caso, julgado pelo STF apenas em 2004, tinha como alvo funcionários com cerca de quatorze anos de serviço. No uso do método normativo-estruturante, consideraram-se no âmbito normativo, além das divergências quanto à data a partir da qual não seria mais possível a contratação sem concurso público por empresas públicas, os mais de dez anos de serviço dos funcionários, que caracterizam “constituídas situações merecedoras de amparo”. Estavam em contraposição o princípio da legalidade (apesar das divergências jurisprudenciais à época das contratações) e o princípio da segurança jurídica. No voto do relator, acompanhado unanimemente, optou-se, portanto, pela “necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé”.

Bobbio (1999, p. 100) apresenta três possibilidades para dissolver as antinomias entre duas regras de potencial mesmo valor: i) elimina-se uma das regras, caso em que, em virtude de uma interpretação ab-rogante, ocorre a chamada ab-rogação em sentido impróprio – pois a ab-rogação propriamente dita só é promovida pelo legislador –; ii) eliminam-se as duas; e iii) conservam-se as duas, promovendo-se uma adaptação de sua leitura.

Quando mais de um preceito parecer aplicável ao caso, o intérprete deve passar por um processo de exclusão que permita, ao final, alcançar-se a regra mais apropriada, “preferível às demais” (MAXIMILIANO, 2004, p. 5).

Dúvidas também podem surgir para o intérprete por não se saber: i) o que ocorreu de fato ou ii) como qualificar o ocorrido. Trata-se da *quaestio facti*.

Aqui vale lembrar a máxima de Nietzsche, para quem não existem fatos, somente interpretações. O que o decisor jurídico possui consiste no referente. Não se tem acesso ao que realmente aconteceu – o suporte fático, isto é, o referente de um relato de acontecimento no mundo natural – mas apenas ao fato jurídico, que é construído por meio da leitura dos autos, dos testemunhos etc. É o processo argumentativo que vai dando o desenho de qual é o fato jurídico e qual a norma a aplicar. Assim, constrói-se, num processo de argumento indutivo, por meio de premissas, que são conectadas a uma determinada conclusão, sobre o que aconteceu, por um grau determinado de probabilidade, mas não de verdade (MATEOS, 2006, p. 139). A verdade crua é inacessível. O único acesso é por meio do referente ao acontecimento.

6.1. O Desafio do Intérprete no Novo Milênio

Paulo de Barros Carvalho (2009) aduz que, em que pese ser Maximiliano o maior clássico da hermenêutica jurídica, seus métodos, que muito satisfazem a cultura conservadora dos juristas brasileiros, devem ser alargados, para se modificarem e se adequarem à proposta da filosofia da linguagem.

Os juristas de hoje continuam extremamente dogmáticos, pensam que é possível extrair sentido da água (CARVALHO, 2009). Utilizam-se de uma “concepción del lenguaje esencialista que suponía que detrás de las palabras se podía descubrir la esencia de las cosas” (MATEOS, 2006, p. 118).

Reale (1979, p. 11) tem uma visão bastante lúcida sobre tal fenômeno. Já há muito alerta que:

analisado o fenômeno jurídico sob esse prisma, verifica-se que a maioria dos juristas ainda se mantém fiel ao espírito da passada centúria, pois, em geral, o direito é para eles norma e nada mais do que norma, numa atitude claramente contraposta à de certos sociólogos do direito, que só vêem o jus em termos de eficácia ou de efetividade, para não falar na posição daqueles jusfilósofos que, infensos aos problemas que cercam as atividades forenses, preferem pairar no mundo dos valores ideais, ou se quedam contemplativos perante puros arquétipos lógicos.

Quem assume, porém, uma posição tridimensionalista, já está a meio caminho andado da compreensão do direito em termos de ‘experiência concreta’, pois, até mesmo quando o estudioso

se contenta com a articulação final dos pontos de vista do filósofo, do sociólogo e do jurista, já está revelando salutar repúdio a quaisquer imagens parciais ou setorizadas, com o reconhecimento da insuficiência das perspectivas resultantes da consideração isolada do que há de *fático*, de *axiológico ou ideal*, ou de *normativo* na vida do direito.

(destacado no original)

Não basta conhecer e nominar as regras do Direito, aplicando-as como se aquela interpretação fosse a única possível, sem contextualizá-la, nem justificá-la. O fato não só integra a norma, como de certo modo a cria, dentro do mundo real e ligada a valores contemporâneos (REALE, 1979, p. 14).

De fato, a letra permanece, mas a norma se modifica de acordo com o tempo, o espaço e os valores (CANOTILHO, 2003, p. 1212-1222), pois a ciência deve “ser estável mas não estática, deve ser certa sem se cristalizar em fórmulas rígidas, ilusoriamente definitivas” (REALE, 1979, p.13-14).

O jurista não deve se restringir “ao exame do problema do método da jurisprudência, nem se contentar com a visão enciclopédica das disciplinas jurídicas, consoante era do gosto do positivismo do século XIX”. Ele deve ser também filósofo, um indagador, e saber integrar o sistema de acordo não só com a letra dos modelos jurídicos normatizados, mas com aquilo que implica tais modelos, “no processo de sua vigência e de sua eficácia” (REALE, 1979, p. 14).

Reale reconhece o fator histórico que moldou essa consciência extremamente positivista nos juristas e explica a evolução da ciência jurídica, desde a escola da exegese, a “analytical school”, a pandetística germânica, a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudência dos interesses, o Direito livre e a jurisprudência dos valores. Há também os que abandonaram tais fórmulas, em busca do Direito concreto, mas se desviaram, ao caminhar pelo intuicionismo. Outros seguiram o método indutivo, a exemplo das ciências naturais (REALE, 1979, p. 17-19).

Reale (1979, p. 16-17) explica o porquê do apego à letra fiel da lei. As normas foram resultado de conquistas:

Dominando entre os juristas a convicção de uma correspondência essencial entre a realidade sócio-econômica e os modelos jurídicos consagrados nas leis, era natural que o problema da validade fosse posto em termos de validade

formal ou de vigência, desdobrando-se no estudo dos requisitos da obrigatoriedade dos preceitos, desde os reclamados para a constituição regular dos órgãos legiferantes, até o processo requerido para a formulação de dispositivos que, graças à certeza objetiva de seus enunciados, representassem uma garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos. Nem se pode dizer que fosse ilusória a correspondência entre a lei e as relações sociais então disciplinadas. O culto à lei, com o ciumento apegio à independência das funções legislativas e ao princípio da separação dos poderes; a redução do ato interpretativo à mera explicitação do significado imanente ao ato legislativo; a subordinação do juiz à suposta intenção do legislador; a atenção dedicada ao rigor formal dos textos, aliando-se a prudência do jurista à arte dos filólogos, tudo revelava o status de uma sociedade convicta da eficácia e da justiça de suas opções normativas. No Brasil, então, como alhures, chegou a vingar um verdadeiro parnasianismo jurídico, que resplende na excelência verbal da Constituição de 1891, e se projeta século XX a dentro, até às polêmicas travadas sobre o Código Civil de 1916, quando maior repercussão tiveram as disputas dos gramáticos do que as divergências dos jurisconsultos.

Perelman (2004, p. 152) complementa que

Diante da multiplicidade dos caracteres humanos, da pluralidade das opiniões, o papel tradicional dos filósofos era, estabelecendo uma hierarquia entre esses caracteres, ensinando o verdadeiro sentido das palavras, fornecer a resposta válida, objetivamente fundada, que haveria de se impor a todos os seres dotados de razão.

Infelizmente estas esperanças milenárias se mostraram vãs: a multiplicidade das filosofias, por ser oposta ao corpo comum dos conhecimentos científicos e acarretar controvérsias sem fim, levou a um ceticismo crescente quanto ao papel prático da razão e a uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor.

O Direito não é Direito porque o legislador o positivou, mas por estar vivo na comunidade de que faz parte. Isso enseja uma aplicação contextualizada e não mecânica. Um direito positivado que não faz parte de sua comunidade é letra morta, no dizer popular: “não pega”. Nos processos de Nuremberg, apesar de a lei positivada permitir todas as atrocidades, elas estavam enraizadas na vida do povo, o que resultou na condenação de dirigentes da Alemanha de Hitler (PERELMAN, 2004, p. 102-103). Como explica Günther (2004, p. 410), no fundo, os direitos são

de natureza moral, portanto, inacessíveis à alteração positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou

judicativo, mas do direito ao respeito e consideração iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade.

Para Dworkin (apud GÜNTHER, 2004, p. 408-411), todo direito nasce do mandamento de tratamento não arbitrário, do princípio da integridade, que obriga que todas as pessoas devem ser tratadas com os mesmos direitos, mesma consideração e respeito.

Essas irracionais, como o nazismo, fruto do positivismo exacerbado, foram reconhecidas e promoveram uma evolução na interpretação do Direito, desenvolvendo teorias intermediárias.

O constitucionalismo pôs fim à tese positivista de que o Direito pode ter qualquer conteúdo. O positivismo esgotou seu ciclo histórico, como o fez a teoria do Direito natural: “el constitucionalismo há crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución” (ATIENZA, 2006, p. 44).

Hoje, não é preciso recorrer ao Direito natural para defender que uma lei não é válida por ter conteúdo injusto, pois “los criterios constitucionales de validez incluyen la adecuación a contenidos de justicia plasmados en los derechos fundamentales” (ATIENZA, 2006, p. 43).

Em meio a tais considerações, pergunta-se: A intenção do legislador ao editar leis deve ser levada em conta? Essa intenção seria, então, coincidente com a intenção que deve ter o juiz? O que condiciona o legislador deve também condicionar o juiz?

O legislador possui um número de fatos fictícios à mão na elaboração da lei. Passado o tempo, aliado a outras circunstâncias –, pois, por impossibilidade fática, nunca podem ser as mesmas – novo fato ocorre. Todo esse novo contexto deverá condicionar o juiz. Este não deve se ater ao que condicionou o legislador.

Por isso, o rei da obra “O Pequeno Príncipe”, da sabedoria de Antoine de Saint-Exupéry (2004, p. 68-70), era naturalmente obedecido, pois só ditava leis razoáveis. Modificadas as circunstâncias, o rei logo tratava de vociferar nova norma. De fato, a lei, sozinha, não tem o condão de modificar o agir humano.

Para ser considerado Direito válido, “las leyes tienen que acomodarse

a ciertos criterios de contenido que integran ideas de moralidad y de justicia: los derechos fundamentales" (ATIENZA, 2006, p. 44).

Claro está que, ainda que atento à realidade da vida, o jurista deve pensar na segurança jurídica, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Reale (1978, p. 80) pondera que

à luz dessa compreensão globalizante ou estrutural, procura o jurista atender às mutações e imprevistos da vida social, utilizando-se da elasticidade, inerente a todo modelo jurídico, para a sua adequada atualização, mas, ao mesmo tempo, não abandona os valores essenciais de segurança e de certeza, postos em risco pela Escola de Direito Livre.

As palavras não tem sentido por si só, dependem do contexto. Perelman (2004, p. 163-164) assevera que:

A busca das soluções concretas obrigará muitas vezes a reinterpretar os princípios, a opor o espírito à letra da lei, o ponto de vista pragmático, que leva em consideração as consequências resultantes da aplicação de uma regra, ao ponto de vista formalista, o da aplicação literal do texto. Adotando um ou outro ponto de vista interpretaremos, de modo mais rígido ou mais flexível, os termos da lei [...]. Tratando as noções como instrumentos adaptáveis às mais diversas situações, já não haverá razão para buscar, ao modo de Sócrates, o verdadeiro sentido das palavras, como se houvesse uma realidade exterior, um mundo das idéias, às quais as noções devam corresponder. A questão do sentido das palavras deixa de ser um problema teórico, com uma única solução, conforme ao real, mas torna-se um problema prático, o de encontrar, ou elaborar se for o caso, o sentido mais bem adaptado à solução concreta que se preconiza por uma ou outra razão.

Ferraz Júnior (1999, p. 280) enfoca a questão em atribuir ao legislador qualidades que ele não tem. Pressupõe-se um legislador perfeito, que formulou um ordenamento jurídico coerente, uno, sem incompatibilidades, sem contradições. Como suposição, esse é o papel do intérprete. É o intérprete que supõe o sistema uno, decorrente de um legislador Hércules³¹, detentor dos melhores atributos de todos os deuses gregos.

O ordenamento jurídico se supõe coerente e integrado. Como, todavia, imaginar um sistema jurídico uno, se as leis não são elaboradas por um único corpo congruente? Sim, pois as leis são elaboradas por vários representantes do povo. Não existe um único legislador. No dizer de Maximiliano (2004, p. 22),

“o legislador não tem personalidade física individual”, e, portanto, a lei é a soma de vontades, “é obra de numerosos espíritos, cujas idéias se fundem em um conglomerado difícil de decompor”.

Após editada, a lei desprende-se de sua feitura, a lei toma vida própria, toma contornos diferentes, que a realidade irá lhe imprimir. Estará o intérprete vinculado ao legislador? Há uma correlação necessária?

Para Luhmann, “é verdade que as suas decisões [do Direito] permanecem vinculadas às programações políticas do legislador”. Como “decisões jurídicas, porém, são independentes da política, do direito natural ou da moral” (GÜNTHER, 2004, p. 380).

O ordenamento jurídico é um texto bruto, que se transmuta para a forma de sistema “merced a una ingente labor hermenéutica de construcción, gracias a la cual lo que se manifiesta caóticamente (o, al menos, com desorden) en el texto originário adquiere el entramado y la consistencia del orden” (MORCHÓN, 2006, p. 199-200).

De fato, o ordenamento jurídico é uma ideia equivocada (ZACCARIA E VIOLA, 2007, p. 326-328). Trata-se de uma realidade caótica. O que há é um esforço de sistematização; não há, a rigor, um sistema. Como mencionado, a consistência parte da visão do intérprete. Isso é natural, pois o princípio da não-contradição passa pela noção de sentido de um texto qualquer.

Na sistematização do intérprete, o ordenamento jurídico não tem contradições. A primeira regra que Nino (1989, p. 92) expõe é a da unidade sistemática: “não é admissível como conclusão de uma interpretação que duas normas jurídicas se contradigam”³².

É o intérprete que confere consistência ao sistema. Para tanto, ele passa por quatro planos de linguagem em um texto jurídico: o plano da literalidade textual, o do conteúdo dos enunciados prescritivos, o das formações normativas e o da forma superior do plano normativo (CARVALHO, 2006, p. 84). Os cruzamentos entre tais planos revelam

a unidade do sistema jurídico, visto como um todo, tecido pelo intérprete numa concepção que salvaguarda, acima de tudo, o

³¹ Para fazer analogia com o juiz Hércules de Ronald Dworkin.

³² Tradução livre.

dado de sua integridade existencial, uniforme e consistente, adaptando-se o predicado de ‘consistência’ que convém à função pragmática com que o direito positivo utiliza sua linguagem prescritiva.

O intérprete nunca deve ler um só artigo, pois “qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo” (FERRAZ JÚNIOR, 1999, p. 289). No mesmo sentido, Carvalho (2006, p. 66) alerta que, geralmente, a leitura de um só dispositivo é insuficiente para se compreender a regra jurídica.

Trata-se do círculo hermenêutico jurídico: “el derecho no puede pensarse a partir de un elemento aislado, sea cual sea éste, y sea cual sea su importancia, sino como un entramado plural de elementos que constituyen un todo que nunca hay que perder de vista” (MORCHÓN, 2006, p. 176).

A parte deve ser entendida pelo todo e o todo também deve ser entendido pela parte. Morchón (2006, p. 177) recomenda que

tenemos que contemplarlo [o ordenamento jurídico], y construirlo en su conjunto, como un todo armonioso [...]; pero ello solo es posible si lo construimos elemento a elemento, norma a norma, institución a institución, decisión a decisión.

A partir do ordenamento jurídico, por meio dos métodos que investiga, a dogmática jurídica³³ construirá o sentido do todo, criará o sistema jurídico. O sistema é uma construção da ciência jurídica, pois “es imposible exigir a los órganos creadores del derecho – como el legislador – que de su obra resulte un todo armonioso dotado de sentido unitário” (MORCHÓN, 2006, p. 121-122).

A correlação entre ato normativo e ato hermenêutico existe na medida em que o juiz completa a tarefa legiferante com seu agir judicante. Mas os momentos são bem distintos: “enquanto a lei olha para o futuro, a sentença judicial afeta acontecimentos ou fatos que já pertencem ao passado [...] Para o legislador este caso individual é futuro; para o juiz é passado” (COELHO, 2010, p. 180-181). Coelho lembra que “o julgador é convocado a completar a tarefa do legislador, a legislar com ele ou para ele”.

³³ A teoria da dogmática estuda os meios que possibilitarão a criação do sistema jurídico a partir do ordenamento. A dogmática jurídica, efetivamente, construirá o sistema. A teoria da dogmática não trabalha com um ordenamento concreto, a dogmática sim. São objeto da teoria da dogmática: “a teoria da interpretação dogmática, a teoria da sistematização, a teoria da formação dos conceitos, a relação entre dogmática jurídica e prática jurídica, e a teoria da justiça institucionalizada ou intrasistêmica” (MORCHÓN, 2006, p. 123-125).

6.2. Concretização Constitucional

É de fundamental importância a interpretação constitucional devido ao caráter aberto da Constituição, que faz surgirem problemas de interpretação com grande frequência (HESSE, 2009, p. 102). A linguagem constitucional é mais abstrata. Toda sentença é feita com concretização. A densidade da concretização da linguagem constitucional é maior do que nas outras áreas do Direito.

O tribunal constitucional é o órgão competente para fixar o conteúdo da Constituição, com eficácia vinculante (para o cidadão e para os órgãos do Estado). Nem por isso, o tribunal está acima da Constituição, pois deve a ela a sua existência (HESSE, 2009, p. 103). Este é o primeiro limite da interpretação: a Constituição, que é o fundamento da própria existência do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro.

Na teoria de Müller (2000, p. 200), o pragmático ganha grande ênfase, por meio de sua “teoria jurídica estruturante”. Dá-se ao intérprete-aplicador a real função de criador do Direito.

Maximiliano (2004, p. 5) explica que aplicação “consiste no enquadrar um caso concreto em a (sic) norma jurídica adequada”.

A diferença entre concretização e aplicação está em que, pela concretização, cria-se a norma de decisão, que, então, poderá ser aplicada.

6.3. Criação Judicial do Direito

É natural, com a complexidade da vida atual, crescentes as situações de conflito, que não é mais dado ao legislador o caráter fechado de resolver antecipadamente a respeito da adequação da norma. Esse papel de legislador Hércules, que deve prever todas as situações, é uma ficção, impossível de atingir. A história incumbiu-se de alterar “a atribuição institucional a um legislador” (GÜNTHER, 2004, p. 395). O legislador deve prever várias situações sim, mas não todas, por ser infactível. A legislação deve estar clara e sem contradições, e é o intérprete que deve terminar o trabalho do legislador: a adequação passa cada vez mais a ser papel da jurisprudência.

Cappelletti (1993, p. 31) lembra que, no século passado, não era possível reconhecer-se tranquilamente a atividade criativa do juiz:

Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século. Como escreve Lord Reid, outro eminentíssimo juiz inglês, em tempos anteriores ‘entendia-se quase escandaloso sugerir que os juízes criassem o direito’, em vez de meramente ‘declará-lo’.

Entretanto, alguns ainda crêem num Direito pré-existente. Para Günther (2004, p. 410), “Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito”.

Assim como a linguagem natural não possui um significado desligado da realidade, as normas tampouco possuem sentido fora do cotejo com os fatos. Os juristas do novo milênio devem admitir e reconhecer que a interpretação não é “um exemplo de cálculo, mas uma actividade criadora do espírito” (LARENZ, 2005, p. 489).

O juiz interpreta os fatos jurídicos e as normas aplicáveis, tudo em conjunto, e cria a norma do caso. A aplicabilidade e a validade da norma para o caso são verificadas no momento da aplicação, pois, “se experiências futuras não podem ser antecipadas, uma norma apenas obtém a sua validade obrigatória na respectiva situação de interpretação” (GÜNTHER, p. 398). Trata-se do “balançar de olhos” entre norma e fato, do “olhar que corre para lá e para cá” (COELHO, 2007, p. 24-28).

Günther (2004, p. 398) trata da interpretação da norma na forma de um círculo, pois “a norma indeterminada somente será definida pela realidade factual, e a realidade factual, pela norma nos seus sinais característicos relevantes”.

Como resultado, no dizer de ATIENZA (2006, p. 53),

el enunciado interpretativo emitido por un juez no describe algo preexistente, pero tampoco puede verse simplemente como una prescripción, sino que se trata más bien de una creación peculiar, un desarrollo guiado – aunque no predeterminado en todos sus aspectos – por ciertos criterios (algo intermedio entre crear y aplicar) y que, en cierto modo, tiene algo de descriptivo y de prescriptivo.

Ferraz Jr. (1999, p. 261) lembra que Kelsen “coloca a questão de saber se é possível uma teoria científica da interpretação jurídica, que nos permita falar da verdade de uma interpretação, em oposição à falsidade”. Por sua Teoria Pura do Direito, Kelsen pretende expurgar o subjetivismo, pretende delinear critérios “puros”, objetivos, para a interpretação. Com esse propósito, classifica a interpretação em dois tipos: a) autêntica, pois cria Direito, tendo em vista ser proveniente do órgão que o aplica; e b) não-autêntica, proveniente de indivíduos externos aos órgãos aplicadores do Direito. Autêntica é a interpretação que tem por finalidade a criação do Direito. É o aplicador que promove a sentença – o juiz, o administrador –, ao interpretar a norma em pertinência a um caso concreto. Não-autêntica é a interpretação que não cria direito novo (caso do cidadão que interpreta a norma para a ela adequar sua conduta). É também o que acontece quando um estudioso analisa a norma e faz a sua interpretação científico-jurídica (KELSEN, 2000, p. 387-388).

Após a leitura dos juristas citados, resta, então, clara a diferença entre texto e norma. Aquele é o sinal linguístico e esta é “o que se revela ou designa” (CANOTILHO, 2003, p. 1218).

No dizer do Ministro Eros Grau (Reclamação n. 4.335-5/Acre),

uma das marcantes oposições que se manifestam no bojo do direito é a que se põe entre a necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, e a função da interpretação no desenvolvimento do direito, de outro. Dizendo-o na síntese de PAOLO GROSSI(1), são duas as forças que, em direções opostas, percorrem o direito, uma tendente à rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: a da [i] certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua [ii] 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.**

(destacado)

Assim, o processo normativo é iniciado após o momento em que a lei ou a Constituição entra no ordenamento jurídico. É a decisão, diante da

realidade da vida, que, juntamente ao texto, norteará a norma.

6.4. Teoria da Argumentação

À hermenêutica jurídica devem-se aliar “as regras pragmáticas de argumentação” (TOLEDO, 2008, p. 25). Isso se deve ao fato de que além dos métodos de interpretação, existem outras formas de interpretação jurídica baseadas em tipos especiais de argumento jurídico, como: o uso do precedente, com o qual o juiz se alia à jurisprudência existente; o recurso aos princípios gerais do Direito; e a dogmática (doutrina), pela qual o intérprete faz uso de conceitos dados pelos estudiosos (FETERIS, 2007, p. 26-27).

Acrescente-se que além do papel do intérprete em conferir sentido à norma aplicável ao caso, é dever do aplicador demonstrar as razões que o levaram a tomar a decisão proferida. A fundamentação tem como “propósito informar as partes, outros juízes (que possam ter que revisar a decisão), e a sociedade, das razões que respaldam a decisão” (FETERIS, 2007, p. 24). Tal controlabilidade é “quesito indispensável para a promoção da legalidade e da legitimidade em um Estado Democrático de Direito” (TOLEDO, 2008, p. 26).

Na argumentação, reconhece-se o contexto de descobrimento, que se refere ao processo de busca da decisão correta, o contexto de justificação, que se relaciona à exposição das razões da decisão e às normas de valoração que se usam para avaliar a decisão. O objetivo da teoria do Direito é “analisar e avaliar a qualidade das justificações legais tal como se apresentam na defesa de uma decisão jurídica” (FETERIS, 2007, p. 29).

Argumentar significa ‘dar razões’ que “avalen la decisión como una decisión justa o, al menos, no injusta”; significa fundamentar a decisão (MORCHÓN, 2006, p. 118-130).

Ademais da necessidade de demonstração das razões como parte integrante do controle, a argumentação presta grande serviço na busca de uma resposta a um caso difícil: “si queremos saber qué regla es aplicable en un caso difícil, debemos recurrir necesariamente a la argumentación”, pois precisamos saber quando nossos argumentos jurídicos são corretos, e como controlar tais argumentos (MATEOS, 2006, p. 109).

Perelman (2004, p. 167-168) ensina que

enquanto os axiomas de um sistema formal fazem abstração de qualquer contexto – o que permite comparar um sistema formal a um jogo como o de xadrez – a argumentação insere-se necessariamente em um contexto psicossocial, que não pode ser totalmente separado das forças subjacentes, sejam elas militares, econômicas, institucionais ou ideológicas. Falar de um (sic) argumentação pura, ou de uma teoria pura do direito, é desprezar elementos sem os quais o raciocínio prático funcionaria, por assim dizer, no vazio: essa é uma perspectiva que só pode atrair os que ignoram tudo sobre a argumentação e vêm o raciocínio prático conforme o modelo do raciocínio teórico e de preferência, de um raciocínio formal.

Essa aproximação é que levou bom número de filósofos, em busca dos primeiros princípios da moral, a apresentá-los como evidentes ou, ao menos, como não controvertidos em seu meio, de tal modo parecem impor-se em dado clima ideológico. Ora, basta demonstrar que tais princípios são numerosos, que parecem à primeira vista incompatíveis, ainda que possamos nos esforçar para conciliá-los, para nos darmos conta do que têm de vago e de quanto é duvidosa sua evidência. De fato, trata-se antes de presunções do que de evidências.

Ora, não é possível extrair sentido de um copo d'água (CARVALHO, 2009). Os princípios não possuem uma hierarquia evidente (como preconiza Dworkin). A suposta evidência é, em verdade, presunção. A resposta, que é a única prolatada pelo julgador, pode ter vários conteúdos. Assim, a argumentação presta importante papel.

Enquanto que, para as ciências da natureza, a racionalidade apresenta-se sob a forma de “verdade”, para a ciência normativa, revela-se como “correção” (TOLEDO, 2008, p. 17). A concepção da teoria consensual da verdade habermasiana, que Alexy adota, revela que racionalidade se identifica com correção: “é correto o que é discursivamente racional” (TOLEDO, 2008, p. 19).

A objetivação das valorações é possível por meio da “apresentação sistemática de uma série de condições, critérios ou regras”. A verdade, ou correção, é construída discursivamente – por meio de um discurso racional, fundamental à sua validade –, é produção cultural humana, resultado do consenso – obtido por meio do “cumprimento de regras e critérios que possibilitam a justificação e comprovação da premissa de que se parte” –, sendo, portanto, subordinada à refutabilidade e, consequentemente, à

provisoriedade, mas, por essa forma alcançada, é universal (TOLEDO, 2008, p. 19-21).

É por meio da “reconstrução racional” (reconstrução da argumentação, uma avaliação da decisão, para ver sua racionalidade) que se põe a decisão à prova das partes, de outros juízes e da sociedade (FETERIS, 2007, p. 30).

Isso se encaixa na intersubjetividade de Ricoeur como critério de busca de validade de uma interpretação de um texto qualquer. Especificamente no Direito, a validade da interpretação adentra o campo do “justo”, pois “o que é justo é o que é racional, o que é discursivamente correto, uma correção obtida argumentativamente pelo cumprimento das regras formadoras da lógica do discurso” (TOLEDO, 2008, p. 26).

Nem sempre é possível um discurso exclusivamente dogmático. Pela tese da secundariedade, “o discurso jurídico, em todos os casos em que a solução não pode ser obtida exclusivamente da lei, não seria outra coisa senão um discurso prático geral com uma fachada jurídica” (ALEXY, 2005, p. 48-49). Pela tese da adição, “a argumentação jurídica chega até um determinado ponto em que já não são possíveis outros argumentos especificamente jurídicos e, nesse momento, tem de entrar em jogo a argumentação prática geral”. A tese da integração recomenda que “o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais”.

Alexy (2005, p. 48-50) contesta a tese de Viehweg, de que “a ciência do Direito deve ser entendida como tópica”. Lembra a definição de tópica que, para G. Otte (*Zwanzig Jahre Topik-Diskussion*, 1970, apud Alexy, 2005, p. 50), pode ter três sentidos: técnica de busca de premissas, em que “a tópica pressupõe a busca de todos os pontos de vista que se possam levar em conta”, motivo pelo qual os teóricos elaboraram catálogos de topoi; teoria sobre a natureza das premissas, por meio da qual o intérprete deve registrar certa verdade e certa falsidade aos argumentos, atribuindo-lhes as qualidades de “verossímeis, plausíveis geralmente aceitos ou prováveis”; e teoria do uso dessas premissas na fundamentação jurídica.

Alexy alerta que algumas fórmulas “dizem muito pouco, mostrando que o que conta é a análise lógica de tais argumentos” (ALEXY, 2005, p. 51). A

cada tópico pode-se atribuir quase qualquer coisa, pois sua vaguença é intrínseca e viabiliza muito a subjetividade do intérprete.

Assim, o que os teóricos da argumentação jurídica propõem é que o intérprete não pode simplesmente se ater à tópica. Deve haver uma argumentação, um discurso racional de exposição das razões que conduzem à conclusão do caso.

Tarello classificou quinze tipos de argumentos jurídicos (apud MATEOS, 2006, p. 143): 1 - argumento *a contrario*; 2 - argumento *a simili ad simile* (analogia legis); 3 - argumento *a fortiori*; 4 - argumento de integridade; 5 - argumento de coerência; 6 - argumento psicológico (vontade do legislador); 7 - argumento histórico; 8 - argumento apogógico (de redução ao absurdo) 9 - argumento teleológico; 10 - argumento econômico; 11 - argumento de autoridade; 12 - argumento sistemático; 13 - argumento da natureza das coisas; 14 - argumento de equidade; e 15 - argumento dos princípios gerais (analogia *iuris*).

Para Mateos (2006, p. 143-145), o argumento *a contrario* é um argumento logicamente inválido, parecido com a falácia da negação do antecedente. Exemplificando, para entender-lhe o sentido, se a uma classe de sujeitos A, uma norma atribui determinada consequência normativa, todos os sujeitos fora de A não estão sujeitos a tal consequência. Será válido, se considerarmos que “se e somente se” ocorrer o antecedente, ocorrerá o consequente. Entretanto, se entendida a norma dessa maneira, não teria havido a lacuna. Isto é, a lógica não pode aqui ajudar o direito (MATEOS, 2006, p. 143-145).

Pelo argumento *a simili ad simile* (analogia legis), produz-se nova norma para preencher uma lacuna normativa (MATEOS, 2006, p. 150). A justificativa para tanto é a semelhança entre dois casos.

O argumento *a fortiori* parece com a analogia, mas é mais específico. Se uma norma prescreve uma consequência jurídica à classe F', e a classe F'' merece com mais razão aquela consequência jurídica, então ela lhe é aplicável. Supõe uma lacuna na lei. É um método de integração. É como uma analogia, mas também como uma interpretação extensiva. O argumento se

funda sobre o merecimento, e não sobre a semelhança (GARCÍA, 2000, p. 97-98):

se entiende que no es que estemos en presencia de una laguna legal, sino que ha querido [el legislador] llamar la atención sobre algunos casos más frecuentes o típicos que son los mencionados, y que implícitamente estaba teniendo en cuenta todas aquellas hipótesis que merezcan con mayor razón lo que se presume que tuvo en cuenta el legislador para no incluir ciertas hipótesis en la previsión legal.

O argumento *a fortiori* pode ser classificado em: i) *a minori ad maius*, em que se atribui a norma a casos de maior amplitude, como no seguinte exemplo: se é proibido fumar nos vôos nacionais (que duram menos), também é proibido fumar nos vôos internacionais (que duram mais); e ii) *a maior ad minus*, cujo sentido é o contrário do anterior, isto é, atribui-se a norma a casos de menor amplitude, tal qual se verifica no seguinte caso: se é permitido beber álcool nos voos internacionais, também é permitido nos voos nacionais (MATEOS, 2006, p. 151).

Assim como o argumento por analogia, o argumento *a fortiori* não é, à primeira vista, válido logicamente. Se a premissa for alterada para abrigar a semelhança, o argumento transforma-se em logicamente válido. Um exemplo dado por Mateos (2006, p. 151) consiste no seguinte: “é proibido fumar em lugares nos quais fumar é tão prejudicial ou mais do que nos lugares proibidos”.

O argumento de integridade (plenitude) baseia-se no dogma de que o sistema jurídico é completo. Assim, se um comportamento não está proibido, está, então, permitido.

Para o argumento de integridade, Mateos (2006, p. 152) distingue um sentido débil, pelo qual tudo o que não está proibido está permitido em sentido débil, isto é, não há uma norma que proíba; e um sentido forte, segundo o qual um comportamento determinado está permitido em sentido forte somente se há uma norma que o autorize, reconhecível em enumeração exaustiva.

O argumento de coerência pressupõe que o sistema jurídico não contém antinomias, que o legislador é racional (sendo que um dos critérios da racionalidade é a coerência) (MATEOS, 2006, p. 153). Aí entram as regras de prevalência (critério hierárquico, da especialidade etc.).

O argumento psicológico, por meio do qual se busca a vontade do legislador, já teve larga utilização no momento da hermenêutica pré giro linguístico.

Na perspectiva do argumento histórico, o texto normativo é interpretado dentro da tradição jurídica a que pertence.

O argumento apogógico (de redução ao absurdo) pressupõe que o legislador seja racional, e que, portanto, as autoridades não editariam normas absurdas (MATEOS, 2006, p. 154). Consiste em descartar-se uma determinada interpretação por conduzir ao absurdo (GARCÍA, 2000, p. 84).

Pelo argumento teleológico, o intérprete procura definir o sentido da norma de acordo com os fins perseguidos. Se S é obrigatório, e sem o comportamento X não se chega a S, então X é obrigatório (MATEOS, 2006, p. 154).

O argumento econômico pressupõe que o legislador seja racional, e que, portanto, duas normas não devem ter o mesmo significado. Se duas normas aparentam ter o mesmo significado, a interpretação deve ser de modo que uma seja diferente da outra (MATEOS, 2006, p. 155).

Na Constituição Federal de 1988, quando se compararam o art. 60, que trata das hipóteses em que o texto pode ser emendado, e o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que trata da revisão constitucional, a ser feita num prazo mínimo de cinco anos, após promulgada a Carta, é possível a interpretação de que os textos parecem diferenciar os termos “revisão” e “emenda”, como o faz o dicionário. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2007, p. 200-215) acredita que a CF trata do mesmo instituto. Assim, a diferenciação de termos, no texto legal, traz problemas de interpretação. Pelo argumento econômico, revisão e emenda, dos dispositivos mencionados, tratam de assuntos diferentes, uma vez que o constituinte, pressuposta sua “economicidade”, não disporia em dois ambientes o mesmo assunto.

Cabe ressaltar que a Lei Complementar n. 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, tenta

uniformizar e consolidar um padrão de técnica para a elaboração legislativa. As normas ali constantes não são, a rigor, constitutivas de uma boa redação, mas apenas reconhecem padrões já utilizados e os recomenda. Seu art. 11, no inciso II, alínea “b”, preconiza que se deve “expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinônima com propósito meramente estilístico”. Assim, e pelo argumento econômico, analisando-se, ainda, os requisitos de quorum para votação da emenda e da revisão, é possível considerar que a Constituição realmente diferenciou os termos.

Ferreira Filho esclarece que na Constituição de 1934 havia uma distinção clara: “a modificação das matérias principais era ‘revisão’, a das menos importantes, ‘emenda’. E em razão dessa diferença de importância, as regras procedimentais concernentes à revisão eram mais rigorosas”. Após a Constituição de 1988, no entanto, algumas emendas, como a EC 19, “Reforma Administrativa”, a EC 20, “Reforma da Previdência”, ou a EC 45, “Reforma do Judiciário”, são mais substanciais do que algumas revisões, como a Emenda de Revisão n. 4 ou a n. 6, que alteram pontualmente o texto constitucional.

Prof. Manoel assevera que

a razão determinante da ‘revisão’ prevista [na Constituição de 1934] foi a tomada de consciência de que o texto da Constituição era insatisfatório, inadequado, prolixo, de modo que rapidamente seria necessário refazê-lo (ou revisá-lo) por inteiro.

Isso não foi observado pelo constituinte derivado de 1988.

Analizando ainda o argumento econômico, e, principalmente, o significado possível a ser extraído dos termos utilizados no Direito, colhe-se, na jurisprudência da suprema corte, o HC n. 82.424/RS. O Min. Moreira Alves, ao considerar que não existem raças, mas que apenas existe a “raça humana”, faz desaparecer a proteção constitucional constante do inciso IV do art. 3º. Ora, sob o argumento econômico, o Direito não usa palavras inúteis, e, portanto, cada termo tem o seu significado e sua razão de ser. A expressão constitucional desaparece se o jurista considera que só existe a raça humana.

Quanto ao argumento da autoridade, pode-se dizer que ocorre quando o intérprete utiliza-se da opinião de alguém que detém prestígio. Segundo Mateos (2006, p. 155), tal argumento coincide com a falácia *ad verecundiam*. Isso acontece quando a afirmação sobre a qual se utiliza tal argumento é

baseada simplesmente na autoridade, sem explicação. Soares (2003, p. 135) afirma que “nem sempre esse argumento é falaz, pois quando nos utilizamos de opinião de determinado especialista, quando essa opinião condiz com sua especialidade, ela serve para reforçar a conclusão, embora não a prove”.

O argumento sistemático pode, às vezes, ser uma simples reconstrução como argumento lógico (MATEOS, 2006, p. 156). É muito presente nas decisões constitucionais, em que as normas devem ser cotejadas com a Constituição.

De acordo com o argumento da natureza das coisas, as expressões usadas nos textos normativos devem ser interpretadas segundo sua essência, isto é, a natureza das coisas a que se refere (MATEOS, 2006, p. 157).

O argumento de equidade vincula-se à justiça e recomenda que, se a aplicação rígida de normas acarreta resultados injustos, então sua interpretação deve ser flexibilizada, de modo a imprimir justiça ao caso (MATEOS, 2006, p. 157).

O argumento a partir dos princípios gerais (*analogia iuris*) utiliza-os como premissa de uma conclusão. Para Mateos (2006, p. 158), os princípios não devem ser considerados como obrigações incondicionais, mas sim como ponto de partida para a argumentação.

Há de se mencionar, também, o argumento pragmático e o da não-redundância, tratados por García (2000, p. 100 e ss.).

O argumento pragmático consiste em justificar a eleição do significado que parece mais efetivo; eleger, entre dois significados, o mais eficaz (GARCÍA, 2000, p. 84). Uma causa é reconhecida pelos efeitos gerados. No dizer de Perelman (2004, p. 171)

os argumentos fundamentados na estrutura do real utilizam as ligações de sucessão ou as de coexistência. As ligações de sucessão concernem aos acontecimentos que se seguem no tempo, tais como a causa e o efeito. Permitem buscar a causa a partir dos efeitos, chegar à conclusão da existência da causa pela dos efeitos, ou apreciar a causa pelos efeitos.

O citado argumento é de largo uso pelos utilitaristas mas não pelos formalistas, que consideram o seu uso inviável, pois esperam que haja uma maior relação com a lei.

Mencionem-se alguns princípios e manifestações do argumento pragmático: i) princípio *pro actione*, que tende a ponderar o rigor do formalismo radical (é antiformalista); ii) princípio da segurança jurídica; iii) princípio do favor *libertatis*, que confere maior efetividade aos direitos fundamentais (GARCÍA, 2000, p. 87); iv) princípio *in dubio pro reo*, que é diferente da presunção de inocência (que opera até haver uma prova), pois, naquele, houve prova, mas ainda há dúvidas; v) princípio *in dubio pro operario*, que serve para nortear a interpretação das normas trabalhistas, quando há dúvidas.

O argumento da não-redundância permite eleger entre dois significados de um enunciado o que não resulta na eficácia do outro significado (GARCÍA, 2000, p. 100).

Há outras formas de interpretação e classificação dos argumentos. MacCormick e Summers (apud FETERIS, 2007, p. 27-28) estudaram os diferentes métodos de interpretação de vários países (Argentina, Alemanha, Finlândia, França, Itália, Polônia, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos da América) e desenvolveram uma lista de preferências entre as muitas regras de interpretação: 1 - argumentos linguísticos (argumentos com significado ordinário comum ou significado técnico comum); 2 - argumentos sistêmicos (argumentos analógicos, *a contrario*, *a fortiori*); e 3 - argumentos teleológico-avaliativos (argumentos que se referem ao propósito da norma, argumentos políticos, princípios legais e argumentos de absurdidade).

Deve-se aceitar a decisão como justificada, de forma convincente, se houver argumentos do tipo 1, a não ser que haja razão suficiente que leve o juiz a usar argumentos do tipo 2, que deixarão a decisão justificada, de forma convincente, a não ser que haja razões para descer ao tipo 3, que, então, deverá satisfazer a justificação da sentença (FETERIS, 2007, p. 28).

Registre-se que argumentação jurídica não significa o mesmo que lógica jurídica. Por lógica formal, entendem-se os argumentos como encadeamento, no sentido de que se parte de premissas (que são argumentos) para se chegar a uma conclusão (que também é um argumento). A concepção de argumentação jurídica de Atienza (2006, p. 11-13) é ampla, pois abrange os problemas do método jurídico desde sua vertente argumentativa, mas não é

muito diferente do que se costumou chamar método jurídico ou metodologia jurídica. A pequena diferença reside no fato de que a argumentação se foca mais no discurso referido na decisão e seu caráter justificativo e explicativo, enquanto que o método jurídico abrange operações outras, por vezes não ligadas ao caráter argumentativo. Registre-se também que equivalente ao método jurídico é a expressão “legal reasoning” (“razonamiento jurídico”, “raciocínio jurídico”).

Alguns dos motivos mais relevantes pelos quais os estudos sobre o tema têm crescido, notadamente nas décadas de 50 e de 70 do século XX, são: o interesse pelo aprofundamento do assunto, até então não promovido; o relevo que algumas culturas têm dado para decisões motivadas, seja socialmente, seja por meio de dispositivos legais; a passagem do “Estado Legislativo” para o “Estado Constitucional”³⁴; o ensino do Direito, que demanda um aspecto prático maior, no sentido de que o Direito deva ser mais voltado ao manejo, essencialmente argumentativo, do material jurídico; e a ascensão da democracia, ligada à legitimidade das decisões (ATIENZA, 2006, p. 15-19).

³⁴ Estado Constitucional não é o Estado que possui uma Constituição vigente, mas sim o Estado cuja Constituição contenha: a) um princípio de distribuição formal do poder entre órgãos estatais; b) certos direitos fundamentais que limitam ou condicionam a produção, interpretação e aplicação do Direito; e c) mecanismos de controle de constitucionalidade das leis (ATIENZA, 2006, p. 17).

CONCLUSÃO

Pode-se, portanto, concluir que é necessária uma nova consciência interpretativa, pois a hermenêutica tradicional não é suficiente. A atividade criativa do juiz é incontornável e deve ser assumida juntamente com a necessidade de justificação das decisões, o que viabiliza seu controle. Para tanto, servem os métodos e princípios da interpretação, que, embora possam não conduzir à melhor solução, justifica e rationaliza a decisão.

Pelo lado legislativo, há que se reconhecer não ser possível atingir-se a lei perfeita. Os métodos da Legística são fundamentais à melhoria da legislação, mas não à sua perfeição. A norma não é o ato legislativo. O Direito é feito a quatro mãos: o juiz complementa o trabalho do legislador. Assim, há que se integrar Legística e Hermenêutica, à luz do dinamismo social vigente.

A univocidade também é ficção. Os métodos hermenêuticos podem conduzir a soluções diferentes. A realidade de cada caso compõe uma norma única. A multiplicidade de interpretações semânticas e pragmáticas, tanto da norma, quanto do referente do fato, passando pela lente da subjetividade do intérprete, encaminha a decisão não para a solução única, mas, diante de uma justificação razoável, para uma decisão aceita, no âmago da intersubjetividade da sociedade.

O trabalho do intérprete é afetado pelo do legislador na medida em que o texto, escrito por um, é o suporte de interpretação do outro. É apenas a ponta do iceberg. Somente. Tudo o mais é criação do intérprete: a interpretação; a aplicação, que abrange o referente do fato e a realidade vigente; e, por fim, a norma do caso.

A lei não está pronta. O julgador completa o legislador, pois os casos decididos pelo juiz completam a regulação: as normas são elaboradas em dois tempos e a quatro mãos (COELHO, 2010, p. 181-182).

Confirma-se, portanto, a hipótese inicialmente deflagrada, no sentido de que a nova interpretação proposta pela filosofia da linguagem oferece os meios necessários a uma boa consistência do sistema, por meio da prática integradora e criadora do intérprete. A aplicação judicial, fruto da interpretação

de um juiz, é atividade criadora e subjetiva, que deve passar apenas pelo teste da racionalidade.

Os meios da Legística, sejam técnicos, sejam científicos, influenciam bastante na qualidade da lei, mas isso não significa que ela terá apenas uma voz. A vida real é sempre capaz de surpreender o legislador com novos fatos, impossíveis de previsão à época da legiferância.

Quando utilizados os métodos da Legística, e apresentados os da Hermenêutica e os da Teoria da Argumentação, as interpretações ganham sustentabilidade e aceitação. São, portanto, racionais, e a melhor solução será alcançada. A melhor solução é a solução racional.

A interpretação da Constituição tem como suporte uma linguagem mais aberta do que a linguagem geral do Direito. A plurissignificação é sempre possível, o que eleva o ônus da demonstração da racionalidade. Ainda que a política jurídica seja um forte fator a influenciar a decisão, a demonstração dos meios que levaram à conclusão é o que mais legitima a corte constitucional. A Constituição não é um texto morto: é uma realidade viva. Cada fato, ao ser por ela tocado, deve ser examinado de acordo com o dinamismo da vida social vigente, com a equidade e tendo-se presentes os métodos e princípios consagrados da interpretação constitucional.

O círculo hermenêutico jurídico se arma pelo cotejo da norma com o fato. A cada decisão, fato a fato vão se integrando ao ordenamento. O intérprete não se vincula à vontade do legislador nem aos fatos por ele previstos. O contexto social e normativo vigentes ao momento da aplicação são os elementos de correlação necessária.

A correlação entre ato normativo e ato hermenêutico se faz pela exposição das razões de uma interpretação que agrupa argumentação, nem sempre unicamente jurídica. A argumentação faz a ponte.

Pode-se afirmar que muitos dos tópicos e dos métodos e princípios jurídicos funcionam como os significados em um dicionário dos sonhos – o significado de cada sonho é tão genérico que cada um interpreta segundo seus próprios interesses e diante da própria realidade. A interpretação, seja classificada como subjetiva ou objetiva, é sempre expressão da subjetividade

do intérprete. A sentença do juiz é o texto daquele intérprete. Sua validade, por mais métodos e argumentos que sejam apresentados, dependerá da recepção pela sociedade. A intersubjetividade importa: é o pilar da correlação.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo, Landy Editora, 2005.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Marta Tavares de Almeida. Avaliação Legislativa em Portugal - Avaliação da Legislação. In: **Legislação** n. 33/34, 2003.
- _____. **A Contribuição da Legística para uma Política de Legislação.** Palestra proferida no Congresso Internacional de Legística, Belo Horizonte, 2007.
- APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia - 1: Filosofia Analítica, Semiótica, Hemenêutica.** Tradução de Paulo Astor Soethe. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- _____. **Transformação da Filosofia - 2: O A Priori da Comunidade de Comunicação.** Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2000.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Tradução de Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980.

BOBBIO, Norberto. As antinomias. *In: Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Unb, p. 81-114.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Baden-Baden: Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. **A Profissão de Sociólogo – preliminares epistemológicas**. Petrópolis: Vozes, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, 2003.

_____. **Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação**, 1990.

CAPELLA, Juan-Ramon. **El Derecho como Lenguaje**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores**. 1. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. Preâmbulo. Semiótica e textos jurídico positivos - a interpretação do Direito. *In: Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61-84.

_____. **Interpretação das Normas Jurídico-Tributárias**. Palestra conferida no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2009.

CERVI, Taciana Marconatto Damo. Transexualidade, Redesignação Sexual e o Livre Desdobramento da Personalidade. *In: Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Vol. 9, n. 2, 2009. Disponível em

<<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/viewArticle/1091>>. Acesso em 25/8/2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRISTAS, Assunção. Legística ou a Arte de Bem Fazer Leis. *In: Revista CEJ*, Brasília, n. 33, abr./jun. 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **El Debate Filosófico Sobre Hermenêutica Jurídica**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad, 1995.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação. *In: Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, p. 220-284, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Pinto. Técnica Legislativa como a Arte de Redigir Leis. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, 23, n. 89, jan./mar., 1986.

FETERIS, Eveline T. **Fundamentos de La Argumentación Jurídica: revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá, Universidade Externado de Colômbia, 2007, p. 21-32.

FREIRE, Natália de Miranda. **Técnica e Processo Legislativo: comentários à Lei Complementar n. 95/98**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **El Giro Hermenéutico**. Cátedra Teorema, 1995.

- _____. **Verdade e Método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- _____. **Verdade e Método**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- GARCÍA, Manuel Calvo (Editor). **Interpretación y Argumentación Jurídica**. Zaragoza: PUZ, 2000, p. 19-106.
- GRAU, Eros. **Constituição e Realidade**. Palestra disponível em <<http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1929&sid=41>>, 2008. Acesso em 21/2/2011.
- GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**. São Paulo: Landy, 2004.
- HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JAPIASSU, Hilton. **O Mito da Neutralidade Científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1975.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. A interpretação. In: **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 387-397.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2005.
- LUHMANN, Niklas. Direito como generalização congruente. In: **Sociologia do Direito**. Vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 109-123.
- MADER, Luzius. Legislação e Jurisprudência. In: **Cadernos da Escola do Legislativo** – vol. 9, n. 14, jan./dez., Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de

Minas Gerais, Escola do Legislativo, 2007.

MATEOS, Josep Joan Moreso i. **Lógica, Argumentación e Interpretación en el Derecho**. Barcelona: UOC, 2006, p. 109-160.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. Aplicação do Direito. Interpretação e construção. Sistema de hermenêutica e aplicação do direito. *In: Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 5-43.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. Da Constituição da Inglaterra. *In: O Espírito das Leis*, Brasília: UnB, 1995, p. 118-125.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de Legística – Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor**. Editorial Verbo, 2007.

MORCHÓN, Gregorio Robles. **El Derecho como Texto: cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho**. 2. ed. Menor (Navarra): Thompson-Cívitas, 2006.

MÜLLER, Friedrich. Esboço de uma metódica do direito constitucional. *In: Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 50-70.

_____. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. *In: Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil*. São Paulo: Martins Fontes,

2006, p. 196-213.

NIETZSCHE, Friedrich. **Para Além do Bem e do Mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NINO, Carlos Santiago. **Consideraciones sobre La Dogmática Jurídica**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. Algumas Notas sobre Temas de Legística Formal. *In: Legislação*, n. 41, out./dez. 2005.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. **Poder Legislativo Brasileiro: Institutos e Processos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. Filósofos e Juristas à procura do concreto. *In: Teoria Tridimensional do Direito*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

RESTREPO, Gabriel Mora. **Justicia Constitucional y Arbitrariedad de los Jueces: teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales**. Buenos Aires: Ed. Marcial Pons, 2009.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Brasília: Senado Federal, 23, n. 89, jan./mar. 1986, p. 172.

RICOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação**. Lisboa: Edições 70, 1987.

- _____. **Do Texto à Acção.** Porto-Portugal: RÉS-Editora, 198?.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Bauru, SP: Edipro, 2. ed., 2007.
- SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe.** Rio de Janeiro: Agir, 2004.
- SCHAFF, Adam. **Introdução à Semântica.** Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1968.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. *In: Cad. Esc. Legisl.*, Belo Horizonte, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.
- SOARES, Edvaldo. **Fundamentos de Lógica: elementos de lógica formal e teoria da argumentação.** São Paulo: Atlas, 2003.
- TOLEDO, Cláudia. Introdução à Edição Brasileira. *In: ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* 2. ed. São Paulo, Landy Editora, 2005, p. 15-31.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Tradução da 5. ed. alemã, por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas.** Tradução de M. S. Lourenço. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002.
- XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo & Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- ZACCARIA, Giuseppe & VIOLA, Francesco. Derecho e Interpretación. *In: Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho.* Madrid: Dykinson, 2007.