

MOISÉS MOURA SAURA

**INVIABILIDADE DA ÚNICA SOLUÇÃO CORRETA: INSUFICIÊNCIA DOS
MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO E DESVELAMENTO
DO PROBLEMA HERMENÊUTICO DO DIREITO**

**CURITIBA
2005**

MOISÉS MOURA SAURA

**INVIABILIDADE DA ÚNICA SOLUÇÃO CORRETA: INSUFICIÊNCIA DOS
MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO E DESVELAMENTO
DO PROBLEMA HERMENÊUTICO DO DIREITO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito, Curso de Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Celso Luiz Ludwig

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

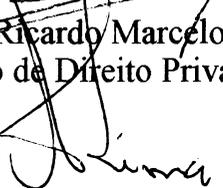
MOISÉS MOURA SAURA

INVIABILIDADE DA ÚNICA SOLUÇÃO CORRETA: INSUFICIÊNCIA DOS
MÉTODOS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO E DESVELAMENTO DO
PROBLEMA HERMENÊUTICO DO DIREITO

Monografia aprovada como requisito para a conclusão do curso de bacharel em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:  Prof. Doutor Celso Luiz Ludwig
Departamento de Direito Privado


Prof. Doutor Ricardo Marcelo Fonseca
Departamento de Direito Privado


Prof. Doutor Abili Lázaro Castro de Lima
Departamento de Direito Privado

Curitiba, 26 de outubro de 2005

AGRADECIMENTOS

À minha família, pelo apoio, carinho e tudo quanto eu aprendi e aprendo com eles.

Aos meus amigos, pelo companheirismo.

Ao professor Celso Luiz Ludwig, pela orientação e encorajamento para o estudo do tema.

A todos aqueles com quem trabalhei, especialmente aos juízes, pelo exemplo de comprometimento com a Justiça.

A todos os demais que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

**"É um mal-entendido - explica - e nós
estamos morrendo desse mal-entendido!"
("Um Velho Manuscrito", Franz Kafka)**

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 HERMENÊUTICA TRADICIONAL	3
2.1 HERMENÊUTICA, INTERPRETAÇÃO E MÉTODO	3
2.2 MÉTODOS JURIDICOS TRADICIONAIS	5
2.2.1 Método Gramatical	7
2.2.2 Método Histórico	9
2.2.3 Método Teleológico	12
2.2.4 Método Sistemático	15
2.3 UTILIDADE DOS MÉTODOS PARA SOLUÇÃO DOS CASOS CONCRETOS	17
3 ALGUMAS CRÍTICAS À HERMENÊUTICA TRADICIONAL	19
3.1 CRÍTICAS PONTUAIS AOS MÉTODOS	19
3.2 CRÍTICAS AO MÉTODO EM GERAL	25
4 PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO DA HERMENÊUTICA TRADICIONAL	29
4.1 EROS GRAU E A MOLDURA DA NORMA	29
4.1.1 Críticas	33
4.2 CASTANHEIRA NEVES E UMA NOVA CONCEPÇÃO METÓDICA	36
5 NOVA CRÍTICA DO DIREITO	40
5.1 VIRAGEM PARADIGMÁTICA	40
5.2 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA OU A NOVA CRÍTICA DO DIREITO	42
5.3 NOVO PAPEL DO INTÉRPRETE E DO TEXTO	52
6 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

RESUMO

A interpretação do Direito é problema do qual os profissionais do Direito se ocupam diuturnamente. A hermenêutica tradicional diz que nessa atividade o intérprete deve buscar a única solução correta ou o verdadeiro sentido da norma. Para tanto, é preciso a utilização dos métodos jurídicos, os quais são, essencialmente, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Entretanto, contemporaneamente, essa concepção é objeto de muitas críticas, as quais são referidas aos métodos tanto de modo pontual quanto de forma geral, bem assim aos fundamentos teóricos dessa visão. Diversas propostas de superação dessa hermenêutica tradicional foram formuladas, mas, diante do exposto, a que melhor realiza esse mister é a da hermenêutica filosófica ou Nova Crítica do Direito. Representa ela uma mudança do paradigma da consciência (no qual está inserida a hermenêutica tradicional) para o da Linguagem, no qual esta, a linguagem, passa a ser condição de possibilidade do conhecimento. A interpretação/hermenêutica funda-se na compreensão, a qual é realizada a partir do modo-de-ser ou condição de ser-no-mundo do intérprete. Por conta disso, o intérprete, inevitavelmente, compreenderá os textos normativos a partir de uma pré-compreensão, cujo desvelamento, porém, mostra-se necessário. Por fim, diante desse cenário, o papel do hermeneuta sofre profunda alteração, já que não se admitirá mais que ele se esconda atrás do anonimato dos métodos e não se considere responsável pela sua escolha/interpretação.

Palavras-chave: hermenêutica, métodos, interpretação, paradigma da linguagem, compreensão, pré-compreensão, responsabilidade.

1 INTRODUÇÃO

Os profissionais do Direito nos deparamos freqüentemente com decisões judiciais conflitantes sobre situações quase idênticas e com, hipotéticos ou ainda não decididos, casos jurídicos para os quais é difícil dizer com certeza qual é a solução exigida pelo Direito.

Esse é um dado da realidade. Contudo, se procurarmos explicação na doutrina tradicional, o que se encontrará é, de um lado, um absoluto silêncio a respeito do que foi dito e, de outro, uma apresentação científica do Direito e de sua interpretação, como se eles fossem certos e previsíveis.

Dessa forma, frente ao confronto teoria-prática, a conclusão necessária só poderia ser a de que decisões divergentes nada mais são do que o sintoma de um mau-funcionamento e de uma incompleta compreensão do sistema jurídico.

Entretanto, a importância do tema merece um estudo mais aprofundado. Neste trabalho pretende-se procurar entender como se dá a interpretação dos textos legais, colhendo, especialmente da doutrina mais atenta à realidade, subsídios para melhor compreender o problema hermenêutico do Direito.

A intenção desse trabalho segue na mesma linha daquilo que disse Eros GRAU, em sua obra a respeito da interpretação/aplicação do Direito: "Não pretendo produzir, aqui, um discurso prescritivo, no sentido de propor pautas para a interpretação do direito. Minha exposição é descritiva - desejo relatar como se processa a interpretação do direito."¹

Nessa toada, no primeiro capítulo procurar-se-á apresentar, em linhas gerais, como a doutrina tradicional lida com o tema, ou seja, o que para ela é a hermenêutica, a interpretação e o método, e de que modo esses fatores atuam naquilo que ela entende ser a *descoberta do verdadeiro sentido da lei* ou a busca da única solução correta.

¹ GRAU, E. R. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. [São Paulo]: Malheiros, 2003, p. 22.

Em seguida, serão descritos os métodos tradicionalmente utilizados pela hermenêutica tradicional, quais sejam, o gramatical, o histórico, o teleológico e o sistemático, procurando deixar consignado, ainda, que tanto a doutrina como a jurisprudência - contemporâneas, cumpre frisar - fazem uso de todos eles.

A crítica a esse pensamento tradicional, prioritariamente no tocante aos métodos, será o tema do segundo capítulo. Apontamentos que serão dirigidos aos métodos de forma pontual, procurando evidenciar algumas das deficiências de cada um, mas também, e principalmente, à não-funcionalidade dos métodos na busca do aludido *verdadeiro sentido da lei*.

No terceiro, tratar-se-á, sucintamente, de duas das principais propostas de superação desse modo de enfrentar o problema hermenêutico. Nomeadamente, das concepções de EROS GRAU, sendo que à deste será dirigida uma crítica específica, de que a interpretação consiste na determinação de uma moldura da norma dentro da qual vários são os sentidos possíveis e que caberá ao aplicador do Direito a escolha do melhor deles; e de CASTANHEIRA NEVES, para quem um novo modelo metódico para a interpretação jurídica é possível, desde que informado por uma metodologia diversa da tradicional.

No quarto e último capítulo, a pretensão será a de apresentar os principais fundamentos de outra proposta, a da hermenêutica filosófica (batizada de Nova Crítica do Direito por STRECK), e porque ela representa uma mudança paradigmática em relação à hermenêutica tradicional. Ao fim, tentar-se-á fazer a indicação de quais s(er)ão os principais reflexos dessa nova mirada na hermenêutica jurídica.

2 HERMENÊUTICA TRADICIONAL

2.1 HERMENÊUTICA, INTERPRETAÇÃO E MÉTODO

Mesmo para a doutrina tradicional, hermenêutica e interpretação são termos que não se confundem.

De acordo com MAXIMILIANO, "esta [interpretação] é aplicação daquela [hermenêutica]; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar."²

Em sua visão, "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 [grifo nosso]; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém."³

Não há como se dizer que se trata de concepção isolada ou plenamente ultrapassada, afinal alguns respeitados doutrinadores contemporâneos repetem-na.

Por todos⁴, pode-se citar DINIZ, para quem "interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. (...) Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo [grifo nosso], extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão."⁵

² MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 1.

³ *Ibid.*, p. 9.

⁴ Definições essencialmente iguais acerca de hermenêutica e interpretação encontram-se em BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 103.

⁵ DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 415.

Quanto ao método⁶, pode-se afirmar que "se tiene um método cuando se dispone de, o se siegue, cierto 'camino', para alcanzar um determinado fin, propuesto de antemano."⁷

Dada sua importância para a história da ciência moderna, inclusive a jurídica⁸, vale ser destacada, de modo específico, a posição de Descartes, que define o

⁶ Em Castanheira Neves pode-se obter precisão conceitual e interessante reflexão acerca do tema. Esclarece ele que método é o caminho (*odos*) para algo além (*meta*). É, em suma, o caminho que se percorre em busca de algo. Ao passo que a metodologia, segundo ele, é a "*razão intencional de um método* [grifo do autor]- a racionalidade ou o pensamento de (ou sobre) esse método."

A relação entre essa racionalidade e os métodos pode ser vista sob o ângulo de três tipos básicos. 1) "como uma relação de exterioridade construtiva, na qual o método será objecto [grifos do autor] da razão que o modela como um instrumentum (uma operatória instrumental) finalisticamente predeterminado...". É dizer, estabelece-se um conjunto de procedimentos que devem ser observados - há verdadeira prescrição - para que o conhecimento verdadeiro seja alcançado. O autor frisa que a ciência moderna trabalha justamente com essa concepção acerca do método. 2) "como uma *relação de imanência constitutiva* [grifo do autor], em que a razão é o constituens da prática e apenas pela prática manifestado...", ou seja, o conhecer é metódico por natureza, de modo que aos métodos cabe o papel de descrever, posteriormente, o caminho percorrido pelo pensamento. 3) "como uma *relação de reconstrução crítico-reflexiva* em que a razão não prescreve *a priori* um método à prática e também o não descobre apenas *a posteriori* [grifos do autor] na descrição de uma prática metódica...", mas age sim crítico-reflexivamente.

A partir do que foi dito, pode-se afirmar que o resultado não é fruto/decorrência do método utilizado, e sim da racionalidade que o sobrepaira. É nesse sentido que ser metódico não é necessariamente ser positivista ou conservador, conquanto seja essa a regra, pois os métodos poderão estar sendo utilizados, por exemplo, em uma perspectiva pós-positivista ou transformadora. NEVES, A. C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. [Coimbra]: Coimbra, 1993. (Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra), p. 9-12.

⁷ MORA, J. F. **Diccionario de filosofia**. 5. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1984, v. 3, p. 2217. *Livre tradução*: "tem-se um método quando se dispõe de, ou se segue, certo 'camino', para alcançar um determinado fim, proposto de antemão".

⁸ Nas palavras de BRUM, "essa concepção cartesiana de método conquistou a preferência da maioria dos juristas dogmáticos, convencidos de (ou tentando convencer) que a interpretação da lei é um ato de conhecimento e não de vontade e de que, tal como nas ciências exatas, as questões jurídicas podem resolver-se em proposições de falso e verdadeiro." BRUM, N. B. de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 14

Complementando essa afirmação e já adiantando parte das críticas que serão lançadas no decorrer do trabalho, tem-se a denúncia de que "a teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* [grifo do autor] solução correcta (ajustada) e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em acção o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura actividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correcta (justa) no sentido do Direito positivo."

método como "um conjunto de regras certas e fáceis às quais todos aqueles que as seguirem jamais tomarão por verdadeiro aquilo que é falso e (...) obterão o conhecimento verdadeiro de todas as coisas de que forem capazes."⁹

Na articulação desses conceitos, impende frisar que a hermenêutica tradicional defende que o método funciona como instrumento de acesso a esse *verdadeiro sentido*, e mais, como garantia de cientificidade¹⁰ da interpretação. Entendem, pois, que será verdadeiro o saber que for alcançado metodicamente.¹¹

2.2 MÉTODOS JURÍDICOS TRADICIONAIS

Especificamente no âmbito jurídico, há muitos autores que acreditam que para um adequado conhecimento e aplicação do Direito, os métodos ainda são uma alternativa válida.

Uma das que cuida do assunto, DINIZ afirma que os métodos (ou técnicas interpretativas, como ela os chama) "nada mais são do que meios técnicos, lógicos ou não, utilizados para desvendar as várias possibilidades de aplicação da norma."¹²

MAXIMILIANO também acredita na validade dos métodos (os quais chama de processos de interpretação), porém, faz a ressalva¹³ de que "no meio termo está a virtude: *os vários processos completam-se* [grifo do autor] reciprocamente, todos os

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução de: João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. (Coleção Stvdium), p. 467.

⁹ *Apud* NEVES, op. cit., p. 10.

¹⁰ "O método é a garantia de veracidade de um conhecimento." DINIZ, op. cit., p. 18.

¹¹ A confirmar o que foi dito, DINIZ: "...só ele [método] é que possibilita fundamentar a certeza e a validade desse saber, por demonstrar que os enunciados científicos são verdadeiros." *Ibid.*, p. 20; e REALE: "Assim sendo, a Ciência do Direito, como investigação positiva desse campo da realidade social que chamamos experiência jurídica, não pode deixar de obedecer às regras da Lógica, nem deixar de seguir métodos adequados às suas finalidades". REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, p. 82-83.

¹² DINIZ, op. cit., p. 423.

¹³ Também feita, ainda que em outros termos, por DINIZ, op. cit., p. 427-428.

elementos contribuem para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça. (...) Cada qual tem os defeitos das suas qualidades; é em tirar de cada processo o maior proveito possível, conforme as circunstâncias do caso em apreço, que se revela a habilidade e a clarividência do intérprete."¹⁴

Da mesma forma, BARROSO confia nessa concepção metódica para a interpretação, e sua ressalva segue na mesma linha da anterior, ou seja, no sentido de que:

a interpretação, a despeito da pluralidade de elementos que devem ser tomados em consideração, é una. Nenhum método deve ser absolutizado: os diferentes métodos empregados ajudam-se uns aos outros, combinando-se e controlando-se reciprocamente. A interpretação se faz a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica).¹⁵

Contudo, a despeito das ressalvas quanto às dificuldades práticas, o que se percebe implícito em todas essas posições é a crença de que os métodos oferecem meios eficientes e rigorosos para alcançar um conhecimento realmente científico do direito, pois supostamente fixam limites ou regras para a interpretação.

Vale, nesse momento, pois, apresentar, ainda que sumariamente, quais são esses métodos de que a doutrina tradicional se vale¹⁶ para alcançar o *verdadeiro sentido da norma*.

¹⁴ MAXIMILIANO, op. cit., p. 127.

¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 125.

¹⁶ Esclarece BARROSO que "com pequena variação, este é o catálogo dos métodos ou elementos de interpretação jurídica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica." Op. cit., p. 125.

2.2.1 Método Gramatical¹⁷

Em essência, cuida ele de uma análise da linguagem.

A semiótica, que pretende ser uma teoria geral da significação, aponta três matrizes de análise da linguagem: a sintaxe, a semântica e a pragmática. Sinteticamente, pode-se dizer que esses níveis ocupam-se, respectivamente, da forma/da função/da relação das palavras entre si, do conteúdo/do significado/da finalidade dessas palavras, e da prática/dos efeitos/do uso que se faz das palavras.¹⁸

Por esse método, por exemplo, procura-se definir, estabelecer o preciso sentido de cada um dos termos da disposição normativa, tarefa especialmente relevante devido à polissemia das palavras, bem assim definir se as palavras da lei foram utilizadas em sentido comum/leigo ou técnico/científico, havendo predisposição pela afirmação dessa segunda opção.

Com a utilização do método gramatical, DINIZ sustenta que "o hermenauta busca o sentido literal do texto normativo, tendo por primeira tarefa estabelecer uma definição, ante a indeterminação semântica dos vocábulos normativos, que são, em regra, vagos ou ambíguos, quase nunca apresentando um sentido unívoco."¹⁹

De acordo com BRUM, "utilizando a sinonímia e as regras sintáticas de um idioma, o método gramatical permite o conhecimento do significado de base dos discursos normativos. Daí que não se pode fugir ao seu uso mesmo quando se utilizam outros métodos."²⁰ Para ele, esse método serve como primeira forma de aproximação do texto normativo, porém é incompleto, pois se atém apenas em reflexões sintáticas e

¹⁷ Também chamado de textual, literal, filológico, exegético, verbal ou semântico.

¹⁸ "A sintaxe possui como objeto a estrutura formal da linguagem (dos signos para alguns), por meio da análise lógico-lingüística, a semântica visa averiguar o sentido das proposições, a partir das relações dos enunciados com a realidade e a pragmática, dirigida ao uso e às intenções das proferências discursivas." ROCHA, L. S. da. *Epistemologia jurídica e democracia*. [Porto Alegre]: Unisinos, 1998, p. 20-21.

¹⁹ DINIZ, op. cit., p. 423.

²⁰ BRUM, op. cit., p. 16.

semânticas, descurando dos questionamentos trazidos pela pragmática, os quais, na sua visão, são os mais importantes.

O que há de praticamente unânime entre os doutrinadores é que a grande contribuição e importância desse método é que ele estabelece tanto o ponto de partida como o limite da interpretação. Nas palavras de BARROSO, "a interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete"²¹, ao que complementa afirmando que essa interpretação "consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação."²²

Os seguintes julgados são uma amostra da utilização do método em comento:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE FILANTRÓPICA. ISENÇÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. CONDICIONAMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO ESPECIAL. 1. Se o contribuinte não deu cumprimento ao comando do artigo 55, § 1º, da Lei 8.212/91 em relação aos exercícios de 1997/1998 não reveste a qualidade de "isento" devendo, pois, pagar as contribuições sociais inadimplidas. 2. Às entidades cabe o cumprimento cumulativo de todos os requisitos legais para que possam usufruir da isenção pleiteada. É do conhecimento médio de quem trilha a seara do direito tributário que, relativamente às regras de isenção, a interpretação deve ser literal nos termos do artigo 111 do CTN. (...) (grifo nosso) (STJ, REsp. nº 463335 / PR, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, j. 16.12.2003)²³

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SALMÃO. IMPORTAÇÃO. ICMS. PAÍS SIGNATÁRIO DO GATT. CHILE. NÃO OCORRÊNCIA DE ISENÇÃO. 1. (...) 4. Havendo similar nacional em confronto com o salmão importado e que não goza de isenção, benefício esse, de interpretação estrita, não há como se conferir a alforria fiscal. 5. **Interpretação literal** que se impõe na defesa da ordem tributária (art.

²¹ BARROSO, op. cit., p. 127.

²² Ibid., p. 126-127.

²³ Interessante fazer referência a entendimento de outro ministro do mesmo Areópago acerca da interpretação do mesmo artigo, *in verbis*: "ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. MOLÉSTIA GRAVE. CARDIOPATIA. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 111, INCISO II, DO CTN. LEI N. 4.506/64 (ART. 17, INCISO III). DECRETO N. 85.450/80. PRECEDENTES. 1. O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas. (...)" (STJ, REsp. nº 192.531 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.02.2005)

111, CTN) e do produto nacional. Precedente do STJ. (grifo nosso)
(STJ, AgRg no Ag nº 590239 / SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.12.2004)

2.2.2 Método histórico²⁴

A grande marca desse método é a busca pela vontade do legislador. O caso extremo dessa busca é o *originalismo*, movimento originariamente estadunidense que defende a estrita fidelidade ao pensamento do legislador, sem qualquer atualização ou visão prospectiva²⁵.

Para BARROSO, "a interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *occasio legis*"²⁶. Sustenta ele, no entanto, visão que não restringe o método histórico ao *originalismo*, porquanto admite uma interpretação histórica evolutiva. Em suas palavras, "esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos."²⁷

Acerca da mencionada *occasio legis*, MAXIMILIANO esclarece que ela é o "complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanção do texto; (...) conjunto de motivos

²⁴ Por sua racionalidade assemelhada, subsume o chamado método sociológico.

²⁵ BARROSO menciona em sua obra uma decisão emblemática dessa concepção, a saber: "Um exemplo caricato de interpretação histórica não evolutiva, pelo apego ao originalismo, foi dado pela Suprema Corte americana no julgamento *Olmstead vs. United States*, onde o *Chief Justice* Taft considerou que a interceptação telefônica não violava a 4ª Emenda (que veda provas ilegais e buscas e apreensões sem ordem judicial) porque, quando seu texto foi redigido, em 1791, não existia telefone[!]." Op. cit., p. 134-135.

²⁶ Ibid., p. 131.

²⁷ Id.

ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese..."²⁸.

Acrescenta o mesmo autor que "é dupla a utilidade do elemento histórico. Disposições antigas, restabelecidas, consolidadas ou simplesmente aproveitadas em novo texto, conservam a exegese do original. (...) Por outro lado, pelo espírito das alterações e reformas sofridas por um preceito em sua trajetória histórica, chega-se ao conhecimento do papel que ele é chamado a exercer na atualidade."²⁹

O ponto crucial dessa técnica interpretativa é, assim, a análise das circunstâncias em que surgiu a lei, desiderato conseguido, quer seja enfocando o processo legislativo de criação da lei, quer seja analisando a realidade que lhe era exterior, vale dizer, o contexto social, econômico, político e jurídico da época.

No entanto, conquanto a regra e a pretensão da ciência política seja a de que os legisladores sejam a efetiva "voz do povo", o fato é que algumas vezes há descompasso entre uns e outra³⁰, de modo que, na utilização desse único método, algumas vezes poderá o intérprete se deparar com uma vontade do legislador distinta da vontade do povo.

A partir desse dado, a Escola Histórica Alemã, que teve em SAVIGNY seu maior representante, procurou sustentar, de forma bastante incisiva, que a investigação histórica não deve se ater à vontade do legislador - mero representante/intermediário -, mas procurar seu fundamento nos costumes e nas convicções sociais historicamente sedimentadas, vale dizer, no "espírito do povo".³¹

Note-se que nesse caso ainda se estaria utilizando o método histórico, porém, agora, sob um viés mais sociológico.

A respeito da contribuição dessa nova visão, BRUM observa que:

não se pode negar, entretanto, que a Escola Histórica alargou os horizontes da interpretação

²⁸ MAXIMILIANO, op. cit., p. 148-149.

²⁹ Ibid., p. 140.

³⁰ O que pode ser atribuído, precipuamente, ora à maior velocidade de mudança da sociedade, ora à falta de interlocução entre os espaços político e social, ou, em outras palavras, aos déficits da democracia representativa.

³¹ BRUM, op. cit., p. 23.

e acrescentou novos recursos na direção da equidade, já que descartou a vontade do legislador como única instância de sentido, dando maior plasticidade às palavras da lei. Incentivando a pesquisa retrospectiva dos institutos jurídicos, essa escola tornou possível uma maior conscientização da evolução desses institutos. Se é verdade que a história das nações serviu como cortina de fumaça para sustentar ideologias extremistas, também não é falso que o estudo da história dos institutos jurídicos serviu para dar maior objetividade ao estudo do direito e enriquecer a criatividade do hermeneuta, agilizando o trabalho de interpretação em todas as suas linhas.³²

A título ilustrativo, colacionam-se os seguintes julgados que se valerem desse método:

LEI Nº 7.102/83. EMPRESA DE VIGILÂNCIA PRIVADA. APLICABILIDADE. 1. (...)
4. O art. 10, § 4º, da Lei nº 7.102/83 dispõe que as empresas que exerçam atividade diversa das de vigilância ostensiva e do transporte de valores, mas que utilizam pessoal de quadro funcional próprio, para execução dessas atividades, ficam obrigadas ao cumprimento do seu teor. Referido dispositivo deve ser analisado sob a **exegese sistemática, ou seja, à luz do contexto da norma em questão. Assim sendo, o art. 10, § 4º, da citada lei destina-se às empresas que velam pela guarda e movimentação de valores, assim como às empresas particulares que exploram serviços de vigilância em geral, categoria em que se enquadra a recorrida. 5. **Interpretação que se funda na exegese histórica da Lei** principalmente na sua exposição de motivos onde se destaca: A matéria de há muito vem sendo estudada, tanto no âmbito do Poder Legislativo como no do Executivo, visando ao estabelecimento de novas normas para a segurança das instituições financeiras de forma a atender à realidade atual, assim como a regulamentação da atividade das empresas de serviços de vigilância e de transporte de valores com o fito precípua de preservar a segurança nacional. 6. Recurso Especial provido. (grifo nosso)**
 (STJ, REsp. nº 575473 / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.02.2005)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LESÃO À MORALIDADE PÚBLICA. 1. (...) 5. A **lógica jurídica** sugere que legitimar-se o Ministério Público como o mais perfeito órgão intermediário entre o Estado e a sociedade para todas as demandas transindividuais e interditar-lhe a iniciativa da Ação Popular, revela contraditio in terminis. 6. **Interpretação histórica** justifica a posição do MP como legitimado subsidiário do autor na Ação Popular quando desistente o cidadão, porquanto à época de sua edição, valorizava-se o parquet como guardião da lei, entrevendo-se conflitante a posição de parte e de custos legis. 7. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo (...). (grifo nosso)

(STJ, REsp. nº 427140 / RO, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 20.05.2003)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. LEIS 8542/92 E 8700/93. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO PARA

³² Ibid., p. 25.

URV. CONSTITUCIONALIDADE DA PALAVRA "NOMINAL" CONTIDA NO INCISO I DO ARTIGO 20 DA LEI 8880/94. ALEGAÇÃO PROCEDENTE. 1. (...) 2. Conversão do benefício para URV. Observância das Leis 8542/92, 8700/93 e 8880/94. Inconstitucionalidade da palavra nominal contida no inciso I do artigo 20 da Lei 8880/94, por ofensa à garantia constitucional do direito adquirido (CF, artigo 5º, XXXVI). Improcedência. O referido vocábulo apenas traduz a vontade do legislador de que no cálculo da média aritmética do valor a ser convertido para a nova moeda fossem considerados os reajustes e antecipações efetivamente concedidos nos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994. Recurso extraordinário conhecido e provido. (grifo nosso) (STF, REExt. 313382 / SC, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.09.2002)

2.2.3 Método teleológico³³

Aqui, o sentido será revelado pelo fim da norma. Segundo MAXIMILIANO, por esse método "o hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma (...) será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida."³⁴

Nessa mesma linha, de acordo com BARROSO, "chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito."³⁵

O que está em jogo, pois, não é mais a *vontade do legislador* ou a *occasio legis*, mas a *vontade da norma* ou a *ratio legis*. Pode-se dizer que esse novo enfoque visa, em grande medida, a empreender uma reação contra os excessos do método histórico, especialmente dos *originalistas*.

O legislador não tem a capacidade de prever todos os acontecimentos futuros e transformações por que passará a sociedade. Sua vontade só pode estar ligada às

³³ Também referido por alguns como método axiológico.

³⁴ MAXIMILIANO, op. cit., p. 151-152.

³⁵ BARROSO, op. cit., p. 137.

circunstâncias contemporâneas ao nascimento da lei, e elas quase sempre mudam, a sociedade muda, nada obstante a disposição, em seu sentido literal, permaneça sendo a mesma.

Desse modo, evidencia-se a necessidade de uma outra técnica interpretativa, que permita ao preceito legal continuar se referindo de modo adequado à sociedade ao longo do tempo, haja vista que a *occasio legis* é passageira, o contexto histórico-político-social muda, ao contrário da *ratio legis*, isto é, da finalidade da lei, a qual "...é uma 'força vivente móvel' que anima a disposição e a acompanha em toda a sua vida e desenvolvimento."³⁶

Por esse motivo, tem muito prestígio esse método, cabendo notar, inclusive, que o ordenamento jurídico pátrio contém regra expressa determinando ao juiz sua utilização. Trata-se do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, cuja redação é a seguinte: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."³⁷

Fins e exigências que devem ser encontrados, dada a supremacia desta, na Constituição Federal, a qual, em título específico, traz que "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Por fim, BRUM sintetiza a apresentação do método afirmando que, com ele:

Não mais se quer saber quem fez a lei ou quando e porque esta foi feita, mas para quem e para que foi ela promulgada e, principalmente, se quer saber quais serão as repercussões sociais da aplicação de uma lei. Busca-se, então, o sentido prescritivo da lei com vistas ao futuro. O direito é pensado como um conjunto de instrumentos legais, jurisprudenciais e

³⁶ Ibid., p. 138.

³⁷ O art 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente contém disposição semelhante: "Na interpretação desta Lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

doutrinários que devem ser empregados com uma finalidade prático-social.³⁸

A respeito desse método, seguem exemplos de seu uso pela jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ARTIGO 115 DO CÓDIGO PENAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. IDADE DO RÉU NA DATA DO ACÓRDÃO. PRECEDENTES. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. (...) 2. A interpretação lógica ou teleológica, consistente na indagação da real intenção da norma inserta na lei, reclama o entendimento do termo sentença do artigo 115 do CP em seu sentido lato. 3. Contando, o réu, com mais de 70 anos na data do acórdão que ratifica ou retifica a sentença, deve incidir a norma inserta no artigo 115 do CP, para efeitos de prazo prescricional. 4. Precedentes. 5. Recurso não provido. (grifo nosso)
(STJ, REsp. nº 705456 / PR, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 14.06.2005)

PROCESSO CIVIL. SENTENÇA ILÍQUIDA. PEDIDO CERTO. "ART. 459, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC". NULIDADE RELATIVA CUJA SUSCITAÇÃO SOMENTE AO AUTOR INCUMBE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO DESACOLHIDO.I – (...) II - Construção afinada com os fins teleológicos do processo, e com a instrumentalidade deste tem entendido que não se deve decretar a nulidade da sentença na hipótese contemplada no parágrafo único do art. 459, CPC, uma vez que a mesma retardaria a prestação jurisdicional, contrariando o princípio da celeridade, principal objetivo da norma. (...) (grifo nosso).
(STJ, REsp. nº 145246 / SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.08.1998)

LIMINAR - ALCANCE - CO-RÉUS - ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. A interpretação teleológica do artigo 580 do Código de Processo Penal é conducente à aplicação de benefício outorgado a co-réu no bojo do habeas corpus, inclusive no campo da liminar. (grifo nosso)
(STF, HC 84181 / RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.06.2004)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE PREFEITO. ELEIÇÕES DE 2004. ART. 14, §7º DA CF. CANDIDATO SEPARADO DE FATO DA FILHA DO ENTÃO PREFEITO. SENTENÇA DE DIVÓRCIO PROFERIDA NO CURSO DO MANDATO DO EX-SOGRO. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA SEPARAÇÃO DE FATO ANTES DO PERÍODO VEDADO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA REGRA DE INELEGIBILIDADE. 1. A regra estabelecida no art. 14, §7º da CF, iluminada pelos mais basilares princípios republicanos, visa obstar o monopólio do poder político por grupos hegemônicos ligados por laços familiares. Precedente. 2. Havendo a sentença reconhecido a ocorrência da separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há falar em perenização no poder da mesma família (Consulta nº 964/DF - Res./TSE nº 21.775, de minha relatoria). 3. Recurso extraordinário provido para restabelecer o registro de candidatura. (grifo nosso)
(STF, REExt. 446999 / PE, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.06.2005)

³⁸ BRUM, op. cit., p. 26.

2.2.4 Método Sistemático³⁹

Segundo a definição de MAXIMILIANO, esse método consiste "em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras."⁴⁰

Todavia, a sua utilização pressupõe que se entenda que o Direito, em si, forma efetivamente um sistema ou sub-sistema. Para o mero efeito de apresentação dessa técnica interpretativa, pode-se prescindir de investigar e descrever o sistema jurídico - se aberto ou fechado, composto por quais elementos etc - para simplesmente deixar frisado os princípios constitutivos de qualquer sistema: ordem e unidade.

Admitida essa premissa, necessariamente se entenderá que a multiplicidade de preceitos legais não forma um conjunto caótico e aleatório, mas um todo harmônico e lógico, em que cada um dos elementos contribui para a significação dos demais. Por conseguinte, nenhum texto normativo deverá ser interpretado isoladamente, de forma atomizada. Pragmatically, pode-se dizer que, para encontrar o *verdadeiro sentido*, é preciso, no mínimo, ler o *caput* do artigo, seus parágrafos, alíneas e assim por diante⁴¹.

Afinal, os textos normativos estão inseridos num sistema geral, relacionando-se uns com os outros. Nesse sentido, "se um dispositivo legal parece ambíguo, obscuro ou incompleto, dever-se-á buscar seu sentido no corpo do sistema, partindo-se das normas mais próximas para as mais remotas, ou seja, primeiro se busca

³⁹ Alguns doutrinadores falam em um método lógico, sem que o apresentem, no entanto, com peculiaridades suficientes a ponto de justificar uma exposição autônoma desse método em relação ao sistemático.

⁴⁰ MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 128.

⁴¹ É o que leciona DINIZ, reproduzindo conselho de Horst Bartholomeyzik, isto é, que "...na leitura da norma, nunca se deve ler o segundo parágrafo sem antes ter lido o primeiro, nem deixar de ler o segundo depois de ter lido o primeiro; nunca se deve ler um só artigo, leia-se também o artigo vizinho. Deve-se, portanto, comparar o texto normativo, em exame, com outros do mesmo diploma legal ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto, pois por umas normas pode-se desvendar o sentido de outras." *Op. cit.*, p. 425-426.

integrar o sentido do dispositivo com o auxílio de outras normas do mesmo diploma legal; depois, há que se buscar essa integração nas normas dos estatutos aparentados com esse diploma legal e assim por diante."⁴²

No ponto, divergindo dos autores já utilizados, FREITAS sustenta que o método sistemático não é simplesmente um momento ou fase da interpretação jurídica. Vai além e defende que "ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação."⁴³

Diz ele que é preciso conhecer todos os elementos do sistema jurídico, vez que, no momento da aplicação do Direito, todos eles estarão envolvidos e significando a particular disposição incidente sobre o caso concreto. Com efeito, para esse autor, "a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos."⁴⁴

Seguem adiante alguns dos julgados encontrados que utilizam o método sistemático:

**PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ARGÜIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. DESPACHO CITATÓRIO. ART. 8º, § 2º, DA LEI 6.830/80. ART. 174 DO CTN. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. 1. (...) 2. Tratando-se de suspensão do prazo prescricional em matéria tributária deve-se prestigiar o corolário da interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, com o art. 174, parágrafo único, do CTN. 3. Agravo Regimental desprovido. (grifo nosso)
(STJ, AgRg no REsp. nº 715059 / RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16.08.2005)**

⁴² BRUM, op. cit., p. 20.

⁴³ FREITAS, J. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 49.

⁴⁴ Ibid., p. 54.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - CRIME HEDIONDO - COMPATIBILIDADE. A interpretação sistemática dos textos relativos aos crimes hediondos e à suspensão condicional da pena conduz à conclusão sobre a compatibilidade entre ambos. (grifo nosso)

(STF, HC nº 84414 / SP, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.09.2004)

Por fim, na esteira da lição de BARROSO⁴⁵, não parece demais lembrar que o que confere unidade e está no centro do ordenamento jurídico - ou, numa visão kelseniana, no vértice da pirâmide - é a Constituição, lei fundamental que se irradia e conforma todos os demais diplomas legais. Atualmente, já não se tem mais dúvida de que *qualquer* interpretação deve ser conforme a Constituição, em respeito a sua superioridade formal e material.

Dada a racionalidade do método em análise, cabe observar que é na interpretação sistemática que tal postulado pode ser cumprido e observado de forma mais aguda.

2.3 UTILIDADE DOS MÉTODOS PARA SOLUÇÃO DOS CASOS CONCRETOS

Apresentados, então, os métodos utilizados pela doutrina tradicional para revelar o *verdadeiro sentido da norma*, resta a indagação: isso é suficiente para se alcançar a solução para os casos concretos?

Paradoxalmente, porém, se analisadas as palavras de um dos autores acima trabalhados, a resposta negativa se impõe. Isso porque BARROSO alega, em suma, que os métodos servem à sociedade em alguns casos, mas não em outros, pondo em xeque, assim, sua garantia de acesso ao *verdadeiro e único* sentido da lei, *in verbis*:

Da aplicação dos diferentes métodos a uma dada espécie concreta podem ocorrer duas possibilidades: (a) ou todos eles conduzem a um mesmo resultado; (b) ou apontam eles para resultados divergentes. Na primeira hipótese, o caso será facilmente resolvido, pela incidência da solução única resultante da convergência dos diferentes métodos. Tratar-se-á

⁴⁵ BARROSO, op. cit., p. 136.

de um caso *fácil* [grifo do autor]. Na segunda, estar-se-á diante de um caso *difícil* [grifo do autor]. Para sua solução exige-se do intérprete maior indagação. Não existe, a rigor, nenhuma hierarquia predeterminada ente os variados métodos interpretativos, nem um critério rígido de *desempate* [grifo do autor].⁴⁶

Contudo, cumpre relevar que para superação da aporia verificada nos casos *difíceis* o autor propõe que sejam observadas duas regras complementares. A primeira, "a atuação do intérprete deve conter-se sempre dentro dos limites e possibilidades do texto legal"⁴⁷; a segunda, "os métodos *objetivos*, como o sistemático e o teleológico, têm preferência sobre o método tido como *subjetivo*, que é o histórico"⁴⁸.

Sem maiores indagações ou problematizações essa é a solução apresentada. Ver-se-á, na seqüência, que essa resposta não é suficiente para descrever como se dá a interpretação, tampouco fornece a tão almejada segurança e certeza na aplicação jurídica.

⁴⁶ Ibid., p. 125-126.

⁴⁷ Ibid., p. 126.

⁴⁸ Id.

3 ALGUMAS CRÍTICAS À HERMENÊUTICA TRADICIONAL⁴⁹

Em que pese ainda se encontrar, na doutrina e na jurisprudência, adeptos dessa hermenêutica tradicional, contemporaneamente se percebe uma crescente tendência ao apontamento de seus defeitos, os quais dizem tanto com os fundamentos teóricos dessa concepção quanto com a utilização dos métodos de interpretação.

No pertinente à primeira ordem de críticas, por ora não se as abordará de modo específico, para o fazer apenas quando da apresentação da proposta da hermenêutica filosófica. Quanto aos métodos, observam-se críticas que são pontualmente referidas a algum deles, como também endereçadas a questionar a função e a funcionalidade dos métodos em geral.

3.1 CRÍTICAS PONTUAIS AOS MÉTODOS

A insuficiência do método gramatical como método isolado de interpretação é tão evidente que, abandonado o pensamento da Escola da Exegese⁵⁰, hodiernamente nem mesmo os próprios defensores desse método defendem tal posição⁵¹, mas sim, como visto, que ele esteja conjugado com os demais métodos.

⁴⁹ Serão apresentadas apenas algumas das críticas, as principais, que podem ser opostas à hermenêutica tradicional, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema.

⁵⁰ A qual defendia um respeito absoluto à lei escrita e, especialmente, aos Códigos, por considerá-los perfeitos. Caberia ao intérprete tão-somente extrair o sentido da lei e aplicá-lo ao caso concreto de forma subsuntiva, sem que se aventasse de qualquer dificuldade nesse processo. Uma afirmação emblemática do pensamento dessa escola foi feita por Bugnet: "Não conheço o direito civil, ensino somente o Código de Napoleão." *apud* DINIZ, op. cit., p. 50.

⁵¹ Nada obstante, impende não esquecer das possibilidades emancipatórias da utilização desse método. Exemplo disso é o direito alternativo, que, na sua vertente do "positivismo de combate", defende que o intérprete não deve utilizar outros métodos, verdadeiros subterfúgios nesse caso, para frustrar a realização da justiça quando esta puder ser alcançada com a simples observância da *literalidade* da lei.

Além da já superada visão de que o Direito está todo contido nos Códigos, é de se mencionar que um dos principais motivos para essa nova conclusão é o reconhecimento de que as palavras são, inelutavelmente, polissêmicas, vale dizer, não têm um sentido único, quer seja ao longo da história, quer seja tendo em consideração apenas o presente.

Isso é especialmente realçado nas assim denominadas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados. Nestas, a indeterminação é de tal ordem que, por si só, e numa perspectiva meramente semântica ou sintática, pouco ou nada esclarecem ao intérprete acerca de seu sentido⁵². Inúmeros exemplos podem ser encontrados no ordenamento jurídico, incluindo tanto princípios - que, por sua estrutura, já são bastante imprecisos - como os da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, inc. III, CF) e o da "igualdade de todos perante a lei" (art. 5º, *caput*, CF); como regras - que, em tese, deveriam ser mais precisas -, tais como as que exigem, para sua aplicação, a definição do que seja "mulher honesta" (arts. 215, 216 e 219, CP), "dano moral" (art. 5º, inc. X, CF) ou "ordem pública" (art. 312, CP).

Ademais, fosse tão simples compreender o Direito a partir apenas da leitura de dispositivos legais, qualquer pessoa alfabetizada poderia ser um operador jurídico. Nesse sentido, Paulo de Barros CARVALHO, afirma, com propriedade, que

O desprestígio da chamada interpretação literal, como critério isolado da exegese, é algo que dispensa meditações mais sérias, bastando argüir que, prevalecendo como método interpretativo do Direito, seríamos forçados a admitir que os meramente alfabetizados, quem sabe com o auxílio de um dicionário de tecnologia, estariam credenciados a descobrir as substâncias das ordens legisladas, explicitando as proporções do significado da lei. O reconhecimento de tal possibilidade roubaria à Ciência do Direito todo o teor de suas conquistas, relegando o ensino universitário, ministrado nas faculdades, a um esforço

⁵² Não se ignora que há critérios mais ou menos desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência para estabelecer o significado desses termos, bem assim de quaisquer outras das "palavras da lei", contudo, o que se quer sustentar, e parece evidente que seja assim, é que essa atribuição de significado não é - nem pode ser - feita a partir de uma leitura tão-só do texto legal que os anuncia.

inútil, sem expressão e sentido prático de existência.⁵³

No entanto, afirmam os defensores desse método: ele serve como ponto de partida, mas, principalmente, como *limite da interpretação*. Todavia, a prática - mesmo a legítima, cumpre frisar - demonstra que o método, conforme será exposto adiante, não consegue realizar essa função delimitativa, pelo menos tal como ela é ordinariamente concebida.

Tampouco o método histórico apresenta-se imune às críticas. A procura do sentido do texto normativo na vontade do legislador ou no espírito do povo não é tarefa que se realize com a segurança e a cientificidade almejadas pela hermenêutica tradicional, pois, como bem alerta BRUM,

"se há outra coisa tão permeável à ideologia quanto o direito, essa coisa é a história. Os historiadores, tal como os juristas, não podem evitar que suas concepções políticas influam em suas obras. Os fatos históricos, os costumes, as lendas, a arte, o folclore etc., também dependem de interpretação. As aspirações populares e a opinião pública podem ser distorcidas e até mesmo fabricadas pela propaganda e outros meios massivos de comunicação."⁵⁴

Afora isso, subjacente à idéia de que é preciso voltar ao passado para explicar a realidade atual, está, invariavelmente, uma concepção positivista da história, porquanto a concebe de modo linear, isto é, como o produto de um transcurso lógico e inexorável de evolução do passado⁵⁵.

O método histórico, tal como trabalhado ordinariamente, ou seja, sob a

⁵³ CARVALHO, P. de B. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 56 *apud* STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 588.

⁵⁴ BRUM, *op. cit.*, p. 23.

⁵⁵ As palavras de MAXIMILIANO, por todas, bem expressam o que foi dito sobre a visão tradicional. Afirma ele: "O que hoje vigora, abrolhou de germes existentes no passado; *o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução* [grifo nosso], adaptado ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem. (...) *A lei aparece como último elo de uma cadeia* [grifo nosso], como um fato intelectual e moral, cuja origem nos fará conhecer melhor o espírito e o alcance do mesmo". *Op. cit.*, p. 137-138.

lógica do positivismo histórico, acaba, na precisa observação de FONSECA⁵⁶, de um lado, ignorando características exclusivamente contemporâneas dos institutos jurídicos e, de outro, legitimando a estrutura jurídica vigente, supostamente a mais evoluída, ignorando que a história do Direito, tal como a História em geral, é feita também de saltos e eventuais retrocessos.

O método sistemático também tem seus defeitos. Muito embora pareça ser o melhor dos métodos⁵⁷, dadas sua lógica e abrangência, o fato é que, talvez até mesmo devido a essa pretensão de tudo abranger e de dar todas as respostas, a sua função como método - modo ordenado de proceder em busca de algo - fica prejudicada, eis que, diante da complexidade do ordenamento, pouco esclarece em relação à pergunta de como descobrir o dito *verdadeiro sentido da norma*.

⁵⁶ "Não é incomum, efetivamente, notarmos nossos 'historiadores' do direito buscando os 'precedentes' de inúmeras instituições jurídicas atuais em épocas onde tais instituições pouco ou nada tinham em comum com o modo como elas são encaradas no presente, numa verdadeira subversão de sentido que somente se presta para poder legitimar, pelo procedimento histórico, uma visão de mundo presente. António M. Hespanha, ao abordar este problema da 'falsa continuidade' dos institutos, exemplifica como o conceito de 'obrigação' no direito romano envolvia um vínculo jurídico muito diverso da compreensão atual, já que a vinculação era 'materialística' com o próprio corpo do devedor. Da mesma forma, a noção de 'família' em Roma abrangia parentelas muito vastas, como também os não parentes e escravos (famuli) e até os bens da casa. Isto nos demonstra como passado e presente não têm uma relação tão linear, harmônica e contínua quanto supõem a maioria de nossos manuais e o estabelecimento de conexões diretas entre eles pode ser um procedimento um tanto temerário.

A segunda distorção se dá justamente na medida em que neste discurso a experiência jurídica é apresentada como um desenrolar de eventos que desembocarão de modo natural e lógico no presente, demonstrando os institutos jurídicos atuais como um resultado consequente da experiência histórica. O direito atual é como que naturalizado pela história, passando a ser legitimado pela própria tradição, que de modo mais poderoso que qualquer outra racionalidade que se possa construir, demonstra como o direito de hoje somente poderia ser assim, e não de outra forma. Isto é: baseado numa noção de progresso que lhe serve de substrato, a história do direito seria capaz de demonstrar como o envolver da dogmática e das leis no tempo culminou naquele que seria o direito mais evoluído, mais racional, mais moderno e científico e que, por tudo isto seria também aquele que está mais isento de quaisquer críticas: o direito atual. Em suma, este discurso histórico do direito (que aqui eu chamaria de historicismo jurídico) acaba desempenhando a função de justificar e legitimar o direito de hoje, contribuindo, em certa medida, para imunizá-lo de críticas em prol de uma suposta 'tradição histórica'." FONSECA, R. M. **A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault**. Disponível em: <<http://www.historiadodireito.com.br/textos/genesis.htm>> Acesso em: 23 ago. 2005.

⁵⁷ A ponto de, não é demais repetir, FREITAS, que estudou a fundo o assunto, chegar a afirmar que "...a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." Op. cit., p. 49.

Diz-se, desse modo, que ele acaba sendo uma *carta branca*⁵⁸ à disposição do intérprete, haja vista que é muita vaga a orientação que lhe dá. Nesse quadro, não é desarrazoado sustentar que existirão muitas situações em que, em face de um dado caso concreto, o argumento sistemático poderá sustentar posições diametralmente opostas⁵⁹.

A corroborar tais considerações, tem-se o alerta de BRUM de

...que a aparente cientificidade do método sistemático não nos deve enganar, pois ele não nos livra de sutis engodos. Partindo do pressuposto dogmático e falacioso de que a ordem jurídica é consistente, completa e coerente, o intérprete pode escamotear incoerências e omissões do legislador e, combinando os dispositivos legais dispersos de forma a constituir conjuntos íntegros, pode articular várias linhas de argumentação diferentes e até mesmo conflitantes. Tal como o jogador que combina suas cartas na forma mais conveniente ao seu jogo, pode o hermenêuta sistemático combinar os elementos do sistema legal de conformidade com sua ideologia ou conveniência.⁶⁰

A dita cientificidade do método teleológico também não se mostra incólume. Afirma-se que toda lei que é promulgada tem em vista uma dada finalidade, e será esta que lhe conformará o sentido. Caberia, assim, ao intérprete a tarefa de viabilizar a consecução do fim proposto.

Mas para problematizar a questão, há perguntas que podem ser opostas com o objetivo de saber: "que finalidade é essa?" ou "o(s) fim(ns) legitima(m) o(s)

⁵⁸ STRECK, op. cit., p. 237.

⁵⁹ Um exemplo recente que pode ilustrar o que foi dito diz respeito à discussão sobre a constitucionalidade da reserva de cotas nas universidades públicas para negros e alunos da escola pública. Com o método sistemático poder-se-ia argumentar, de um lado, que, se analisada a Constituição como um todo, ver-se-ia que ela não só estabeleceu a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, CF), como também quando admitiu a possibilidade de haver uma "discriminação positiva" o fez de modo expresso e taxativo (art. 37, inc. VIII, CF), bem assim estabeleceu que o acesso ao ensino superior se dá através do mérito individual (art. 208, inc. V, CF). De outro, em defesa das cotas poderiam vir as ponderações de que o sentido da garantia de igualdade de todos perante a lei deve ser alcançado em conjunto com análise de outros dispositivos constitucionais, como os que dispõem serem objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inc. I, CF) e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 5º, inc. III), bem assim, a já existência de uma previsão constitucional sobre a admissão da "discriminação positiva" (art. 37, inc. VIII, CF) antes de constituir um óbice para que se tenha outras é, na verdade, um precedente em prol de medida semelhantes.

⁶⁰ BRUM, op. cit., p. 21-22.

meio(s)?" Vai nesse sentido a ponderação de BRUM, quando aduz que "essa tendência interpretacional possui hoje diversas variantes e abriga posturas ideológicas contraditórias que se identificam apenas pelo fato de que supervalorizam os fins em detrimento dos meios."⁶¹

Não é incomum que haja divergência acerca do esclarecimento da finalidade de uma disposição legal ou mesmo do Direito como um todo⁶². Do mesmo modo, determinar a finalidade de determinados ramos⁶³ do Direito ou instituto não é algo que se realize sem dificuldade e eventual controvérsia.

Em possível síntese do que foi dito em relação a cada um dos métodos, é de se ter em mente que a utilização deles é problemática pelo fato de que eles próprios também não escapam de serem interpretados⁶⁴.

Não obstante essas ponderações, o contra-argumento dos defensores dos métodos certamente seria o de que estão ciosos de que os métodos, vistos isoladamente, possuem, cada qual, determinadas insuficiências e, justamente por isso, propugnam que eles devem ser usados conjuntamente.

Entretanto, mesmo essa solução preconizada pela hermenêutica tradicional não se mostra satisfatória.

⁶¹ Ibid., p. 26.

⁶² Conforme a orientação do intérprete, a finalidade deste pode ser, por exemplo, a manutenção do *status quo*, a transformação social, a proteção da liberdade, da igualdade, da propriedade, e assim por diante. Por mais que se possa dizer que todos são escopos do Direito, e de fato o são, em algum momento a solução de determinado caso concreto exigirá a escolha sobre a prevalência de algum deles.

⁶³ Por exemplo, durante a faculdade, tema bastante discutido em sala de aula dizia respeito a saber se o Processo Penal é um mecanismo de punição ou um instrumento de garantia do cidadão frente ao Estado, bem assim se a autonomia do Processo Civil visa apenas a erigir um conjunto de regras auto-referidas acerca das forma dos atos e dos ritos procedimentais ou se é antes de tudo um instrumento de realização do direito material.

⁶⁴ GRAU, op. cit., p. 98.

3.2 CRÍTICAS AO MÉTODO EM GERAL

Com efeito, a par dessas considerações pontuais, o que se nota é que, conforme expressão utilizada por GRAU, "o calcanhar de Aquiles da interpretação" é a ausência de uma meta-regra ordenadora da aplicação, em cada caso, dos métodos⁶⁵.

Mesmo Kelsen, certamente o maior representante do positivismo jurídico no âmbito epistemológico, não enxergou a possibilidade de prever cientificamente o resultado da interpretação ou impor limites rígidos e certos a essa tarefa. Afirmou ele que "de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar, possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método - capaz de ser classificado como de Direito positivo - segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como 'correcta'..."⁶⁶

E, até a partir dos aportes dos doutrinadores ao início mencionados, não há que se negar que operador jurídico algum poderia se valer em sua atividade de apenas um método. Daí que o problema surgiria quando ele se deparasse com situação em que os métodos não apontassem todos para uma mesma solução, isto é, não revelassem o mesmo sentido para o texto normativo em análise.

Tratar-se-ia, então, segundo diz BARROSO, de um caso *difícil*, em que não há regra que diga qual deve ser o método que deve ser utilizado. Os critérios complementares colacionados por BARROSO⁶⁷, além de não passarem de meras sugestões, são frágeis e muito genéricos.

Dizer que o intérprete deve se ater à moldura não só é fazer tabula rasa de todos os problemas atinentes a essa tarefa, como também é avançar pouco na determinação do preciso sentido que a disposição deve ter no caso concreto. Quanto à

⁶⁵ Ibid., p. 99.

⁶⁶ Kelsen, op. cit., p. 469.

⁶⁷ Apresentados no capítulo 2.3 desta obra.

prevalência dos métodos objetivos (sistemático e teleológico) sobre o subjetivo (histórico), pode-se argumentar que, não bastasse o problema de um eventual conflito entre os métodos sistemático e teleológico ficar sem solução de preferência⁶⁸, tal assertiva ignora situações em que, caracterizado o conflito, seria o método gramatical ou o histórico, por exemplo, aquele que melhor realizaria a justiça no caso concreto⁶⁹.

É, pois, pelo fato de não esclarecer por que um determinado método deve ser, em determinado caso, escolhido que a hermenêutica contemporânea não compactua com a metodologia tradicional da interpretação, notadamente quanto à utilização dos métodos⁷⁰.

Nessa mesma linha segue NEVES quando afirma que diante da crucial indagação sobre como conjugar os métodos interpretativos numa mesma interpretação "a teoria tradicional não logrou uma solução - não obstante a importância que para ela teria definir um esquema fixo ou um algoritmo metódico para a interpretação (a estrita vinculação da decisão concreta, a certeza e a segurança jurídicas, a uniformidade e a igualdade da aplicação da lei, etc., potenciavam essa importância) e as muitas propostas doutrinárias feitas nesse sentido."⁷¹

Em verdade, o que se vê, segundo GRAU, é a utilização arbitrária das técnicas de interpretação, sendo que a escolha por uma delas é determinada pela sua (da técnica ou método) capacidade de, ao justificar racionalmente, legitimar o resultado que o intérprete se predeterminara a alcançar. Por isso é que ele afirma que os métodos acabam sendo usados pelos intérpretes como "reserva de recursos de

⁶⁸ De mais a mais, ainda que, como hipótese de argumentação, determinasse-se um método que devesse prevalecer sobre os demais - o sistemático, por exemplo -, ainda restaria o problema, conforme antes apontado, de saber qual é o sentido determinado por esse método.

⁶⁹ A título ilustrativo, a defesa de interpretações "legalistas" em matéria criminal, da posição dos positivistas de combate, bem assim a correção de evidentes equívocos do legislador quando da redação da lei são situações em que a prudência poderia apontar para um caminho diverso do indicado pelos aludidos critérios.

⁷⁰ GRAU, op. cit., p. 98.

⁷¹ NEVES, op. cit., p. 106.

argumentação⁷².

É dizer, diante desse cenário de regras e limites nebulosos, o intérprete faz uso de instrumentos que, retoricamente, são precisos e neutros, mas, verdadeiramente, não o são. Não só por causa da deficiência das técnicas de interpretação, mas, especialmente, devido à racionalidade, ao intuito com que elas são utilizadas ser incompatível com essa cientificidade.

Na prática, como o intérprete, do ponto de vista normativo, é completamente livre para escolher qual método utilizará, o que ocorre é que a intenção do intérprete é, invariavelmente, a de encontrar o instrumento⁷³ mais adequado para servir a sua vontade. Por conta de tudo isso é que BRUM conclui:

Esses métodos podem ser vistos como instâncias retóricas que têm a função de canalizar, de forma aparentemente neutra e científica, determinados valores que se quer preservar. Conforme o método ou conjunto de métodos que se use, pode-se trocar a linha de decisão, extraindo-se da mesma norma legal diferentes conseqüências jurídicas. Assim, a fungibilidade dos métodos transforma a interpretação jurídica num jogo de cartas marcadas.⁷⁴

E, conquanto possam parecer singelas, por óbvias⁷⁵, as seguintes colocações, impende transcrevê-las aqui, vez que apontam o dedo diretamente para a ferida da hermenêutica tradicional e revelam, de modo sutil, mas decisivo, a inconsistência desta, *in verbis*:

Acreditar na tese da única resposta correta é, no mínimo, deixar de enxergar um enorme número de decisões judiciais contraditórias que se mantêm válidas no sistema, todas elas decorrentes da enorme complexidade axiológica das sociedades modernas. Diante dessa riqueza de crenças, valores e opiniões, somente uma pessoa com habilidades sobre-humanas seria capaz de *desvendar* [grifo do autor] a 'verdade única e absoluta' que se encontra por detrás das palavras imprecisas da lei; e essa pessoa teria que ser um superjuiz, à moda do juiz Hércules de Ronald Dworkin.

⁷² GRAU, op. cit., p. 98.

⁷³ "A evidência da instrumentalidade dos métodos de interpretação está no fato indesmentível de que, trocando o método, chega-se a resultados diferentes, vale dizer, configuração de sentidos diversos. Isto prova que os métodos não são inocentes e que, em matéria de interpretação jurídica, haverá tantas verdades quantos forem os métodos existentes." BRUM, op. cit., p. 14-15.

⁷⁴ Ibid., p. 40.

⁷⁵ Muito embora não se deva "...esquecer, jamais, que o óbvio está no anonimato, devendo ser des-velado..." STRECK, op. cit., p. 573.

Não somos idealistas a ponto de acreditar em superjuizes, mas em seres humanos que possuem experiências, vivências e ideologias diversas e que, portanto, decidem diversamente. Apropriada, pois, a transcrição da seguinte passagem do livro de Perelman: 'Se as decisões importantes da Corte Suprema dos Estados Unidos são raramente tomadas em unanimidade pelos juizes, cumprirá acusar pelo menos alguns destes juizes tão respeitadas de serem desarrazoados ou desonestos, ou cumprirá tirar disso a seguinte conclusão, que me parece mais verossímil: em direito o desacordo se explica por razões específicas? A tradição judaica, que jamais procurou conceber o direito a partir do modelo científico, relata a esse respeito uma história bem significativa. Sabe-se que, no Talmude, duas escolas de intérpretes da Bíblia estão constantemente em oposição, a escola de Hillel e a de Chamai. O Rabino Abba conta que, perturbado por estas interpretações contraditórias do texto sacro, o Rabino Samuel se dirige ao céu para saber quem diz a verdade: uma Voz do alto lhe responde que as duas teses expressavam a palavra do Deus Vivo. A lição deste relato é clara: duas interpretações opostas podem ser igualmente respeitáveis, e não é necessário condenar como desarrazoado pelo menos um dos intérpretes'.^{76/77}

⁷⁶ NOJIRI, S. Discricionarietà judicial na apreciação de pedido de medida liminar em mandado de segurança. In: BUENO, C. S.; ALVIM, E. A.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 784-785.

⁷⁷ A mesma sorte de considerações vale ser dirigida também ao trabalho empreendido pela doutrina, que, talvez até mais intensamente do que a jurisprudência, vê-se comumente envolvida em controvérsias acerca da melhor interpretação de um dispositivo legal. Que juízo haveria de se fazer em relação a isso: estaria apenas uma concepção certa e todas as demais seriam fruto de uma má compreensão de incautos doutrinadores?!

4 PROPOSTAS DE SUPERAÇÃO DA HERMENÊUTICA TRADICIONAL

Pois bem. Delineado, em linhas gerais, em que consiste a hermenêutica tradicional, bem assim apresentadas algumas das suas insuficiências, é de se perguntar quais são as principais alternativas que a doutrina contemporânea apresenta no propósito de explicar de forma mais realista a interpretação e/ou fundar um novo modelo interpretativo.

Em busca desse esclarecimento, serão abordadas, posto que sinteticamente, as posições de Eros GRAU e de Castanheira NEVES. Noutro capítulo será apresentada mais detalhadamente a nova visão trazida pela hermenêutica filosófica, nomeadamente a partir das reflexões de STRECK.

4.1 EROS GRAU E A "MOLDURA DA NORMA"

Para melhor compreender sua proposta, cabe observar que GRAU não identifica o texto da norma com a norma. Isso porque, afirma, a norma é produzida a partir da análise do texto normativo - enunciado, disposição, preceito - e da consideração de dados da realidade - caso concreto, fatos -, de modo que ao intérprete é reservada a tarefa não só de precisar o sentido de determinado texto, mas também a de interpretar os fatos e, com a análise conjunta de ambos, construir a norma⁷⁸. Daí que a moldura da norma é, antes, moldura do texto e, concomitantemente, moldura do caso⁷⁹.

⁷⁸ "O intérprete procede à interpretação dos textos normativos e, concomitantemente, dos fatos, de sorte que o modo sob o qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam vai também pesar de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso". GRAU, op. cit., p. 22.

⁷⁹ Ibid., p. 32.

No que diz propriamente com a interpretação do texto normativo, GRAU, como visto, repudia completamente a utilização dos métodos de interpretação para determinação de seu sentido. Devido não só aos motivos já expostos, mas também porque não acredita na possibilidade de o intérprete encontrar no enunciado jurídico uma resposta verdadeira única ou um único sentido possível.

Acompanhando a opinião de KELSEN acerca do assunto, afirma que, na verdade, da interpretação do texto normativo resultará apenas uma moldura dentro da qual múltiplos serão os sentidos possíveis de serem encontrados⁸⁰.

No ponto, vale relembrar as lições de KELSEN:

Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor...⁸¹

Segundo esse autor, a atividade interpretativa é formada por dois momentos. No primeiro, realiza-se um ato de conhecimento em que é determinada a moldura da norma. No segundo, há manifestação de um ato de vontade, em que o órgão aplicador do Direito escolhe uma das significações emolduradas⁸².

Atualmente, GRAU sistematiza essas considerações e afirma que cada uma das várias significações atribuíveis a dado dispositivo legal é capaz de conformar uma norma jurídica (naquele sentido por ele preconizado). A interpretação completa-se no

⁸⁰ Muito embora o faça amparado em premissas diversas das dos autores ora trabalhados, interessante transcrever aqui o excerto em que STRECK pondera que "não pode causar maior perplexidade a afirmação de que uma lei (texto normativo) pode ter mais de um sentido, havendo hipóteses em que o próprio Supremo Tribunal Federal já entendeu que duas interpretações, embora contraditórias acerca do mesmo texto, podem - ambas - ser razoáveis. Relembre-se, a esse propósito, a vigência - e validade - entre nós, durante décadas, da conhecida Súmula 400, do STF, cujo teor era (é) o seguinte: *'Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra a do art. 101, III, da Constituição Federal'*. [grifo do autor]". STRECK, op. cit., p. 649.

⁸¹ KELSEN, op. cit., p. 467.

⁸² Ibid., p. 470.

momento em que o órgão judicante opta - dentre as várias produzidas(íveis) - pela norma jurídica que lhe parece mais adequada para solucionar o caso concreto, a qual consubstancia a norma de decisão.

A grande diferença entre a posição de ambos está no fato de que, enquanto para Kelsen "a produção do acto jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o acto"⁸³, para GRAU essa determinação da norma de decisão não é discricionária, tampouco irrelevante para o estudioso do Direito.

Segundo GRAU, nesse momento o intérprete age informado pela razão prática⁸⁴, a *phrónesis* ou prudência à qual faz referência Aristóteles. Trata-se da razão utilizada para se conhecer e julgar a ação humana; âmbito da Ética, da Política e do Direito, por exemplo.

Nas palavras de GRAU, na escolha da norma de decisão:

O intérprete, então, atua segundo a *lógica da preferência*, e não conforme a *lógica da consequência* (Comparato): a *lógica jurídica* é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (Larenz). A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo

⁸³ Id.

⁸⁴ Racionalidade própria das ciências práticas que "...são aquelas ciências nas quais o agente, a ação e a finalidade da ação são uma só e mesma coisa, ou, como se costuma dizer, são inseparáveis ou imanentes. (...) as ciências práticas diferem das teóricas porque, além de não serem contemplativas, seu objeto não é necessário nem universal, mas contingente e particular, porque este objeto - a ação, a *práxis* [grifo do autor] - é aquilo que pode acontecer ou deixar de acontecer (contingente ou meramente provável), dependendo da vontade racional do agente, e é aquilo que acontece de uma maneira determinada (particular), dependendo das características pessoais do agente. Apesar da contingência e da particularidade, Aristóteles fala em *ciências* práticas porque é possível conhecer as ações humanas, pois existe algo que confere uma certa necessidade e uma certa universalidade a elas: *finalidade* [grifo do autor]. As ações verdadeiramente racionais e refletidas são aquelas que se realizam para alcançar um Bem. Este, evidentemente, não possui a universalidade de um princípio teórico ou de uma causa teórica, mas é uma referência estável e geral, válida para todos, e oferece um *critério* [grifo do autor] (uma medida: *métron*) para o agente escolher entre várias ações possíveis." CHAUI, M. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. [S.l.]: Brasiliense, v. 1, p. 248-249.

comporta sempre mais de uma solução (Heller) [grifos do autor].⁸⁵

Como visto, para que o jurista "diga o direito" (*jurisdictio*) não basta um ato de conhecimento, de índole teórica, com vistas a uma suposta apreensão do sentido pré-existente - hipótese em que a decisão já estaria *contida* na lei. É preciso uma ação, uma escolha. As características dessa ação são as de ser particular (varia conforme o local e a vontade da pessoa) e contingente (pode ser de uma forma ou de outra), isto é, há diversas formas de agir/interpretar. Contudo, o fato inafastável de a ação humana ser sempre orientada a um fim - segundo Aristóteles, a busca pelo Bem - imprime a essa ação certa universalidade (a escolha não deve ser fruto de um *capricho pessoal*, mas orientada pelo sentido possa ser *sustentado intersubjetivamente*) e necessidade (a escolha deve ser pelo *melhor* sentido, e não por *qualquer* sentido).

Desse modo, não se pode admitir que o intérprete julgue que as significações reunidas sob a moldura têm rigorosamente o mesmo valor, eis que a prudência permite e exige que se distinga o que é melhor ou pior conforme uma dada situação concreta.

Em suma, a atividade do intérprete não está jungida ao determinismo consubstanciado na descoberta do *verdadeiro sentido da norma*, único e imutável, todavia também não está à mercê da indiferença à escolha feita, com a tão-só exigência de que se observe a forma, ou seja, a moldura. Por isso, GRAU nega, peremptoriamente, que a verificação do caráter parcialmente voluntarista da interpretação implique a admissão da discricionariedade judicial.

A um, porque também a "prudência é sempre implementada segundo certas regras, que asseguram um mínimo de previsibilidade à decisão nela fundada..."⁸⁶

A dois, e para GRAU principalmente, porque "a *abertura dos textos de direito* [grifo do autor], embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. *Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido* [grifo nosso]. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do *texto* [grifo do autor]."⁸⁷

⁸⁵ GRAU, op. cit., p. 95-96.

⁸⁶ Ibid., p. 96.

⁸⁷ Ibid., p. 200.

4.1.1 Críticas

A atualidade hermenêutica da noção aristotélica de uma razão prática (prudência) geralmente não é objeto de discórdia, pelo contrário, é até ressaltada por autores como GADAMER⁸⁸ como um aspecto importante a ser considerado pela hermenêutica contemporânea.

No entanto, a concepção de que a interpretação se dá pela escolha de um sentido contido em uma suposta moldura do texto é sim objeto de muitas críticas.

STRECK, por exemplo, pergunta "*quais os sentidos possíveis de um texto?*" [grifo do autor] Quais as condições de possibilidade que terá o intérprete para dizer que um sentido é melhor que o outro e, mais do que isso, quais as condições de possibilidade que terá o jurista para afirmar que esse sentido (que sempre é atribuído/adjudicado, portanto, produzido) se enquadra na concepção de 'sentidos possíveis do texto'?"⁸⁹

No ponto, falando desde um novo paradigma (da linguagem), STRECK afirma que a dificuldade, quiçá impossibilidade, de resolução da questão reside no fato de que ela está colocada - e, da forma como posta, só nele se pode colocar - sobre as bases de um paradigma já superado⁹⁰ (da consciência), que trata a linguagem como se fosse algo à disposição do intérprete, um objeto a ser apreendido e explicado pela razão humana.

A par da objeção de ordem teórica, STRECK também aponta, pragmaticamente, que essa contenção dos intérpretes pelos limites do texto é falaciosa, haja vista a constatação de que historicamente "têm sido elaboradas decisões que redefinam o conteúdo de base do texto jurídico."⁹¹ Em seu entender, grande exemplo

⁸⁸ GADAMER, H. G. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 465-482.

⁸⁹ STRECK, op. cit., p. 583.

⁹⁰ Essa mudança paradigmática será mais bem apresentada no capítulo 5.1.

⁹¹ STRECK, op. cit., p. 608-609.

disso é a existência de inúmeras súmulas que podem ser consideradas *contra legem* e *extra legem*. Na primeira categoria alude às súmulas 521 e 554 do STF, 2, 52, 174 e 203 do STJ e ao Enunciado 310 do TST. Na segunda, cita como exemplos as súmulas 7 do STJ e 400 do STF⁹².

Seguindo na análise pragmática da validade da afirmação de que o limite da interpretação é o texto, interessante trazer à colação a ponderação de BERBERI no sentido de que:

em verdade, a segurança jurídica não passa de mito, sobre o qual qualquer decisão se mostra possível. Tome-se, por exemplo, a interpretação acerca da regra contida no art. 262, do Código de Processo Penal. Dispõe o referido artigo: 'Ao acusado menor dar-se-á curador.' Remetendo-se, depois, ao art. 564, III, 'c', do mesmo Código, verifica-se que a ausência de curador para acusado menor de 21 anos é causa de nulidade processual. Pois bem, o Supremo Tribunal Federal, pretensamente interpretando as referidas disposições legais, editou a Súmula 352, nos seguintes termos: 'Não é nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo.' A interpretação dada ao texto não criou norma para o caso, mas sim *outra regra* [grifo do autor], parece visível.⁹³

Claro que há a possibilidade de se sustentar que certas súmulas são ilegítimas - como o próprio STRECK o faz em relação a algumas - ou que, nas palavras de GRAU, elas *subverteram* o texto. Porém, ainda assim restariam as demais súmulas que legitimamente foram além do texto, as quais a proposta de GRAU aparentemente não conseguiria explicar e justificar. Certamente, essa situação só se agravaria se fossem analisadas também criações jurisprudenciais não sumuladas.

Não se pretende aqui problematizar a questão a fundo, porém cabe apontar uma outra dificuldade do modelo. Como estabelecer a moldura do texto sendo que as palavras que o formam são invariavelmente de contornos difíceis de precisar, ou seja, são polissêmicas? Em face disso, há uma clara dificuldade na definição do limite, vez que ele próprio só é definido através e após a interpretação⁹⁴.

⁹² Ibid., p. 605-607.

⁹³ BERBERI, M. A. L. *Os princípios na teoria do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 91-92.

⁹⁴ NEVES, op. cit., p. 115.

Afirma NEVES que o critério de que os sentidos possíveis do texto são o quadro e o limite da interpretação carrega consigo uma impossibilidade essencial, porquanto "essa incerteza ou determinação dos limites dos sentidos que haviam de ser delimitativos só poderá ser superada por uma determinação interpretativa, e então os limites que deviam impor-se à interpretação é afinal a interpretação que os decide, não podendo assim determinar (pré-objectivar e delimitar) a interpretação o que a própria interpretação determina."⁹⁵ Em outras palavras, o critério, ao invés de ser um *prius* à interpretação conforme pretendido, é na verdade um *posterius*, um resultado desta⁹⁶, o que acaba por afetar decisivamente sua funcionalidade.

Em defesa da teoria de GRAU poder-se-ia dizer que a moldura é estabelecida de uma forma complexa ou que ela não se restringe àquele imediato sentido que surge da análise de um texto legal. Vale dizer, ela seria determinada não só a partir deste, mas também com a conjugação de inúmeras outras regras e princípios, inclusive implícitos, de modo que uma decisão que aparentemente desbordou da moldura, em verdade o teria feito apenas em relação àquele imediato sentido antes referido, mas estaria contida na moldura resultante desse ato complexo de conjugação de enunciados normativos.

A crítica de NEVES, todavia, ainda não estaria afastada. É que como o critério não delimita previamente a moldura, parafraseando o que se disse acerca da metodologia tradicional, corre-se o risco de a referência a ela funcionar tão-só como instrumento retórico de justificação da decisão ao apresentá-la como contida na moldura.

Seguindo na afirmação da impossibilidade metodológica do critério, esse autor apresenta o vocábulo *noite* como um interessante exemplo da impossibilidade de uma análise meramente lingüística definir os significados possíveis de um significante. Segundo ele, numa verificação abstrata e ideal da abrangência do termo, certamente há

⁹⁵ Id.

⁹⁶ Ibid., p. 118.

um número razoável de situações que podem ser enquadradas dentro da categoria dos candidatos positivos (noite), da mesma forma em relação aos candidatos negativos (dia) e àqueles que se situam numa zona de penumbra (crepúsculo) entre uns e outros.

Contudo, a realidade jurídica é a de que o significado das palavras só é atribuído num contexto prático, numa concreta situação de fala e de compreensão, de modo que o que parecia certo e definido semanticamente pode exsurgir como incerto e ambíguo pragmaticamente. Nesse sentido, voltando ao exemplo mencionado, NEVES aduz "que na realidade da experiência o dia liga-se à noite sem solução de continuidade através da mediação indeterminada do crepúsculo - um certo acontecimento verificado, já no início da noite, passou-se de dia ou ao crepúsculo ou de noite? As distinções são conceitualmente determinadas, mas os limites entre dia e crepúsculo e noite são experimentalmente difusos ou indeterminados."⁹⁷

Mesmo que a prática - nomeadamente doutrina e jurisprudência - sedimente determinadas definições, não se pode considerar que elas sejam definitivas, mas sim alteráveis, pois uma nova situação "normativo-juridicamente problemática" pode "suscitar dúvidas que imponham o alargar do campo dos candidatos positivos, transformando assim a qualificação certa em vaguidade."⁹⁸

4.2 CASTANHEIRA NEVES E UMA NOVA CONCEPÇÃO METÓDICA

Consentâneo com o que entende por método e metodologia⁹⁹, NEVES sustenta que o "calcanhar de Aquiles" da hermenêutica tradicional não está na utilização dos métodos, mas, sim, na sua metodologia.

Afinal, os métodos são basicamente forma; por si só pouco dizem ou

⁹⁷ Ibid., p. 140.

⁹⁸ Ibid., p. 140-141.

⁹⁹ Vide nota de rodapé nº 6.

prescrevem, isto é, são meros instrumentos à disposição do intérprete. A pertinência de seu uso e o resultado a que se vai chegar é algo determinado pela *intencionalidade* com que são manejados.

Daí que, como tentativa de superação da hermenêutica tradicional, propõe que se altere essa racionalidade para a que considera mais adequada para realização do direito: a crítico-reflexiva - "Racionalidade que se estrutura segundo duas dimensões capitais que temos insistido - o sistema e o problema -, e opera através de uma particular dialética que dinamiza e integra essas dimensões estruturais."¹⁰⁰

Embora postule a abordagem dessas duas dimensões, em sua perspectiva o caso jurídico deve ser o *prius metodológico*, "e com isto pretende afirmar-se que o caso jurídico não é apenas o objecto decisório-judicativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemática-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido."¹⁰¹

Para cumprimento desse mister, propõe, então, um novo modelo metódico informado por essa racionalidade. Faz a ressalva, porém, de que não pretende elaborar um modelo que se traduza num *prévio enunciado de algoritmos metódicos* (equivalente a um receituário de regras instrumentais) a serem utilizados, tampouco que se limite a ser uma simples descrição e justificação do que acontece na prática¹⁰².

Assim, como a decisão terá que se constituir prioritariamente na perspectiva tópica, e não sistemática, dever-se-á buscar a decisão jurídica a partir da compreensão e descrição do caso jurídico concreto (o *prius metodológico*)¹⁰³. Cumpre reiterar que o

¹⁰⁰ NEVES, op. cit., p. 155.

¹⁰¹ Ibid., p. 142.

¹⁰² Ibid., p. 14. Em outra passagem reitera que "a concreta decisão jurídica (a judicativa decisão jurídica), posto recuse o tradicional 'determinismo jurídico' (o determinismo lógico-substantivo), nem por isso tem de entregar-se ao pólo contrário do decisionismo (e irracionalismo) jurídico - cumpre antes uma 'terceira via', o *tertium modus* da mediação judicativa que um adequado *modelo metódico* [grifo do autor] deverá definir." Ibid., p. 33-34.

¹⁰³ "É um 'caso' porque nele se põe um *problema*; é 'concreto' porque esse problema se põe numa certa *situação* e para ela; é 'jurídico' porque desta emerge um *sentido juridico* [grifos do autor]..." Ibid., p. 162.

processo interpretativo não se esgota na análise do caso - o que seria uma rendição ao casuísmo -, mas tão-só se inicia nele; o viés sistemático estará presente na medida em que o esse caso problematiza e exige uma resposta do sistema jurídico, ou seja, "...é na perspectiva problemática do caso que a norma é interrogada e só nessa sua interrogação para o caso oferecerá ela a sua normatividade."¹⁰⁴

De acordo com a proposta metódica de NEVES, a adequada análise do caso jurídico concreto exige que sejam dissociados dois momentos metodológicos, a *questão-de-fato* e a *questão-de-direito*¹⁰⁵.

A *questão-de-fato* exige a análise dos problemas atinentes à "determinação do âmbito de *relevância* [grifo do autor] jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática" e à "*comprovação* [grifo do autor] dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos."¹⁰⁶.

A *questão-de-direito*, do mesmo modo, pode ser desmembrada em outros momentos analíticos, quais sejam, o da *questão-de-direito em abstracto* e o da *questão-de-direito em concreto*¹⁰⁷. Pode-se dizer, em síntese, que aquela visa a selecionar e determinar a norma aplicável - o que, na visão do autor, é na verdade a determinação do critério hipotético-normativo que deverá incidir -, ao passo que esta cuida da concretização do sentido abstratamente afirmado.

O modelo proposto pretende, ainda, apontar a solução metodológica para as situações em que aparentemente o sistema não oferece uma norma aplicável ou adequada ao problema colocado pelo caso em julgamento. Para tanto, aborda a questão da "autônoma constituição normativa", cuja verificação se dá especialmente quando se recorre à analogia¹⁰⁸.

Haja vista os limites desse trabalho, não há possibilidade nem intenção de

¹⁰⁴ Ibid., p. 144.

¹⁰⁵ Ibid., p. 163.

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Ibid., p. 165.

¹⁰⁸ Ibid., p. 205-286.

apresentar de modo mais exaustivo a proposta de NEVES. Entretanto, do que foi apresentado pode-se perceber uma clara tentativa do autor de explicar, e ao mesmo tempo estruturar, a atividade interpretativa como sendo científica e metódica, inclusive nas hipóteses de lacunas.

5 NOVA CRÍTICA DO DIREITO

5.1 VIRAGEM PARADIGMÁTICA

A hermenêutica tradicional cuida, essencialmente, de uma investigação epistemológica, vale dizer, postula-se que interpretar é conhecer (descobrir por meio da razão epistemológica) o (verdadeiro e científico) sentido da norma. Trata-se de concepção que está inserida no Paradigma da Consciência, pois nesse contexto estão envolvidos no processo de conhecimento apenas o sujeito e o objeto, sendo reservado à linguagem o papel tão-só de ser um instrumento que se interpõe entre um e outro ou, em outras palavras, de ser mera exteriorização daquilo que é conhecido pela razão.

Ocorre que em meados do século passado ocorreu a mudança de paradigma que se convencionou chamar de viragem lingüística¹⁰⁹. A linguagem deixou de ser "uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade"¹¹⁰, vale dizer, começou-se a se entender que nada pode ser

¹⁰⁹ "A viragem (reviravolta) lingüística do pensamento filosófico do século XX vai se centralizar justamente 'na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige a reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística. Pensa-se, enfim, à inexorabilidade da mediação lingüística, onde a hermenêutica e a pragmática passam a ocupar o centro do palco, na feliz expressão de Carrilho.

Por isso, 'o acesso a algo nunca é direto e objetivante, o acesso a algo é pela mediação do significante e do sentido. (...) Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado. Então, se não existe acesso às coisas sem a mediação do significado, não podemos compreender as coisas sem que tenhamos um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição e este modo de compreender é exatamente este como que sustenta a estrutura fundamental do enunciado assertótico *algo enquanto algo, algo como algo* [grifo do autor]. Esta expressão revela que não temos acesso aos objetos assim como eles são, mas sempre de um ponto de vista, a partir de uma clivagem, *a cadeira enquanto cadeira, a árvore enquanto árvore* [grifo do autor]. Isto é mediação do significado!." STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma nova crítica do direito*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 171.

¹¹⁰ STRECK, *op. cit.*, p. 197.

conhecido sem a intermediação, não mais instrumental, mas constitutiva, da linguagem. Tudo se estrutura como linguagem; ela passa a ser considerada instituinte do mundo.

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, *condição de possibilidade, e, mais do que isto, é constituidora do próprio saber*. Isto porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. *Não há coisa alguma onde falta a pá-lavra. (...) Somente quando se encontrou a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser à coisa*. Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. *Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas* [grifos do autor].¹¹¹

Não obstante, é preciso ter em mente o limite e o alcance dessa afirmação.

A linguagem como totalidade não implica dizer que ela - linguagem - cria o mundo; este existe independentemente de nós. *As coisas do mundo só existem se compreendidas, interpretadas* [grifo do autor]. A linguagem sempre nos precede; ela nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre, nela. A centralidade da linguagem, é dizer, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo, como mundo, se o nomearmos, é dizer, se lhe dermos sentido como mundo. Não há mundo em si. O mundo e as coisas somente serão (mundo, coisas) se forem interpretados (como tais).¹¹²

Nesse cenário, em contraponto ao paradigma anterior (marcado pela razão epistêmica), elaboraram-se algumas teorizações incorporadas a esse novo paradigma, notadamente a da razão comunicativa (Habermas e Appel), da razão sistêmica (Luhmann) e da razão hermenêutica (Gadamer). É desta última que se tratará na seqüência.

¹¹¹ STRECK, *Jurisdição...*, p. 204-205.

¹¹² *Ibid.*, p. 206.

5.2 HERMENÊUTICA FILOSÓFICA OU A NOVA CRÍTICA DO DIREITO

A base dessas novas reflexões vem do trabalho elaborado por HEIDEGGER, maior expoente da filosofia hermenêutica. A hermenêutica filosófica, por sua vez, que tem em GADAMER seu principal teórico, procurou sistematizar essas reflexões e aplicá-las na abordagem das disciplinas envolvidas com o problema do sentido. No Brasil, STRECK é um dos teóricos que cuida dessa hermenêutica filosófica, a qual batiza de Nova Crítica do Direito (NCD).

A problemática do sentido é algo que sempre perpassou toda a discussão hermenêutica e não houve mudança em relação a isso. Todavia, antes, entendia-se que um intérprete neutro descobria-o, extraia-o de um objeto (do Direito, de um texto normativo etc.) por meio dos métodos¹¹³. Agora, defende-se que ele é atribuído a um ente (que pode ser o Direito, um texto, um fato, uma ação etc.) a partir da compreensão feita pelo intérprete (que é o homem, o *Dasein*, o *ser-aí*) desde seu lugar-no-mundo.

A perseguição da objetividade no terreno interpretativo submeteu a razão prática inerente à decisão jurídica e seus mecanismos de razoabilidade a imperativos excessivamente rigorosos. Pretendia-se lançar o intérprete na penumbra, exaltando a resplandecência científica de métodos que, uma vez aplicados corretamente, conduziriam a resultados sobre o *verdadeiro* [grifo do autor] sentido de uma norma. Uma decisão interpretativa seria assim o resultado mais ou menos previsível pela aplicação de um determinado método. Considerada desse modo, a interpretação não seria nada além de um simples ato de conhecimento. E toda a estrutura da argumentação judicial organizou-se para exibir silogisticamente como, depois de empregados *certos* [grifo do autor] métodos, e subsumidos *certos* [grifo do autor] fatos, era dada ao conhecimento uma determinada conclusão. No entanto, qualquer apreciação empírica, mesmo rápida, da psicologia da decisão jurídica revela-nos a artificialidade fantasiosa desse processo. Nenhum julgador

¹¹³ "A hermenêutica jurídica predominante no pensamento dogmático (na doutrina e na jurisprudência) continua refém das práticas dedutivas-subsumitivas, que pressupõem a existência de categorias ou significantes primordiais fundantes. Em outras palavras, a hermenêutica tradicional (de cunho reprodutivo) calca-se ainda na subsumção do particular ao geral-abstrato-universal. E sustentando a 'correção' do resultado desse processo subsumitivo-dedutivo está o método, supremo momento da subjetividade. Por tais razões assume absoluta relevância o rompimento paradigmático na hermenêutica proporcionada por Verdade e Método, de Hans-Gerog Gadamer, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica não mais será uma 'questão de método', passando a ser filosofia." Ibid., p. 230.

aproxima-se tão perplexo de uma norma, nada sabendo sobre seu significado, para, logo após a aplicação de um método, deparar-se com a revelação de seu sentido. Não é assim que as coisas efetivamente se passam. Qualquer intérprete já se aproxima de uma norma a partir da pré-compreensão de seu contexto problemático, tratando sempre de sucessivamente reformular essa sua apreensão preliminar a fim de se decidir por um dado sentido. Esse processo de sucessivas reformulações da pré-compreensão envolve a comensuração entre caso e norma, desde a qual fica inviabilizada a hipótese de qualquer efeito de *tabula rasa* [grifo do autor] sobre o intérprete.¹¹⁴

A hermenêutica filosófica lida com esse problema afirmando que "É a condição de ser-no-mundo que vai determinar o sentido do texto (e não o método de interpretação...)"¹¹⁵. O núcleo dessa nova mirada está em que agora se entende que "a compreensão é condição de possibilidade para a interpretação. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Definitivamente, compreender (e, portanto, interpretar) *não depende de um método* [grifo do autor]; por isso, com a hermenêutica da faticidade (fenomenologia hermenêutica), *salta-se da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão* [grifo nosso]."¹¹⁶ Dentro desse novo paradigma, "verdade será, assim, des-velamento, desocultação (*aletheia* = isto aí que foi arrancado da ocultação). O des-velamento do ser é o que primeiramente possibilita o grau de revelação do ente. A verdade (des-coberta) deve sempre ser arrancada primeiramente dos entes. *O ente é retirado do velamento. Esse des-velamento ocorre na clareira do ser* [grifo do autor]."¹¹⁷

A atribuição de sentido é dada pela compreensão que o *Dasein* (ele próprio um ente) tem de um outro ente, mas para tanto ele precisa, como visto, procurar compreender o ser, o ser do ente. Mas o que é esse *ser* de que se fala? STRECK afirma que "o conceito de ser é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. Por ser o mais universal dos conceitos, prescinde de definição."¹¹⁸

¹¹⁴ ARRUDA JÚNIOR, E. L.; GONÇALVES, M. F.. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002, p. 238.

¹¹⁵ STRECK, *op. cit.*, p. 198.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 250.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 207.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 199.

Essencialmente porque o ser não é um ente, uma categoria metafísica, um dado ou um objeto. O ser não tem um fundamento, ele "se manifesta fenomenologicamente. (...) O ser, enquanto fundamento do ente, é fundamento sem fundo (*grund-los*), abismo (*Abgrund*)."¹¹⁹

Retomando a questão da compreensão e da distinção com a hermenêutica tradicional¹²⁰, STRECK enfatiza que sujeito e objeto não estão separados, conforme fica evidente na noção de ser-no-mundo.

*O Dasein, nas palavras do próprio Heidegger, na sua intimidade com a significatividade, é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo no modo de ser da prestabilidade. Daí que para o estar-aí, ser-no-mundo equivale a ter originariamente intimidade com uma totalidade de significados. O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de 'objetos' com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhes os seus significados e funções. As coisas já vêm dotadas de uma função, isto é, de um significado e podem manifestar-se como coisas, unicamente enquanto se inserem numa totalidade de significados de que o Dasein já dispõe. O mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele 'sujeito' do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um 'objeto' entendido como simples-presença. O estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir ter com o mundo; o Dasein já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto. O conhecimento como interpretação não é o desenvolvimento e articulação das fantasias que o Dasein como sujeito individual, possa ter sobre o mundo, mas, sim, a elaboração da constitutiva e originária relação com o mundo que o constitui. E essa idéia do conhecimento como articulação de uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) originária que Heidegger chama de 'círculo hermenêutico' [grifos do autor].¹²¹*

Nesse cenário, impende ter presente que a explicação lógico-semântica não

¹¹⁹ Ibid., p. 228.

¹²⁰ Conquanto se saiba que a hermenêutica é avessa a definições, tanto que não se encontra em STRECK uma apresentação pontual e sucinta do que seja a nova hermenêutica, interessante, no ponto, trazer à colação a tentativa de CAMARGO em apresentá-la, *in verbis*: "... a visão hermenêutica atual é aquela que privilegia a busca do conhecimento de algo que não se apresenta de forma clara. A complexidade das ciências sociais, sempre referidas a valores, faz com que a verdade se apresente de forma oculta ou que seja, ao menos, discutível. Cabe falarmos em hermenêutica nesta área do conhecimento que não se submete à certeza da investigação científica. E o direito não foge à regra. A hermenêutica jurídica refere-se, assim, a todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implica a compreensão total do fenômeno que requer solução." CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14-15.

¹²¹ STRECK, *op. cit.*, p. 200-201.

dá conta de expor todos os pressupostos que estão no universo hermenêutico, pois algo sempre escapa. Não só porque o modo-de-ser do *Dasein* é complexo e multiangular, composto por instâncias significativas e existenciais as mais diversas (política, psíquica, histórica, moral, cultural etc.), mas também pelo fato de que "*por que estamos no mundo há uma compreensão que se antecipa a qualquer tipo de explicação* [grifo do autor]."¹²²

A linguagem, como já ressaltado, tem papel fundamental na NCD. Nós que desde-sempre interpretamos/compreendemos as coisas só o fazemos através e com a linguagem. Sua posição de ser condição de possibilidade é, portanto, tanto fundamento quanto limite dessa compreensão.

Nesse contexto, é possível (e necessário) desmi(s)tificar a tese corrente no senso comum teórico dos juristas (*habitus*), de que o juiz primeiro decide e depois justifica/fundamenta sua decisão. Hermeneuticamente, é razoável afirmar, a partir da Nova Crítica do Direito cujas raízes são aqui fincadas, que o julgador não decide para depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só decide porque já encontrou o fundamento. O fundamento, no caso, é condição de possibilidade para a decisão tomada.¹²³

A compreensão é um elemento que faz parte do modo de ser-no-mundo. Daí que a interpretação, que se funda na compreensão, exsurge, em seu momento inicial, da pré-compreensão¹²⁴ (pré-juízos ou pré-conceitos) que o intérprete, inevitavelmente (dada sua condição de ser-no-mundo¹²⁵), possui acerca daquilo que está a interpretar (ou compreender).

Não há como pretender que o intérprete (seja ele quem for), antes de se deparar com um texto, desvencilhe-se do patrimônio de idéias e convicções, sejam

¹²² Ibid., p. 203.

¹²³ Ibid., p. 210.

¹²⁴ "Concorrem nessa complexidade concepções de teoria do direito, formação ética, conhecimentos sociológicos e filosóficos, crenças e convicções de variadas índoles, interesses imediatos, alinhamentos ideológicos, adesões a sistemas principiológicos e até aquelas razões mais idiossincráticas da história pessoal de cada um." ARRUDA JÚNIOR, op. cit., p. 244.

¹²⁵ A interpretação é "produto da antecipação de sentido (estrutura prévia de sentido que desde sempre é dada pelo *Dasein* enquanto ser-no-mundo), isto porque, como assinala Stein, não há conhecimento de objetos no mundo sem que tenhamos uma relação significativa com o mundo ou com o mundo que nos envolve e nos carrega." STRECK, op. cit., p. 230.

conscientes ou inconscientes, que *desde-já-sempre* possui. A tentativa de forjar, por exemplo, um juiz supostamente neutro redundará em fracasso ou enganação, afinal "a compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos."¹²⁶

Não obstante, isso não significa rendição, mas apenas reconhecimento. Nesse sentido, por exemplo, STRECK não procura desqualificar ou ignorar a questão da pré-compreensão, mas sim alertar que é preciso romper com o senso comum teórico que possa ser o "*véu do ser autêntico do Direito!* [grifo do autor]"¹²⁷ O alerta serve, no Brasil, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, que, segundo o autor, está tomada por um histórico de baixa constitucionalidade, de inefetividade e de arbitrariedade.

Para colocar isso a des-coberto é que STRECK faz uma análise histórica do desenvolvimento do Direito e das instituições jurídicas brasileiras, notadamente da jurisdição constitucional, para ao fim afirmar:

Em face de tudo isso, fazendo um breve inventário, não é temerário afirmar que temos [pouco] a comemorar em termos de jurisdição constitucional no Brasil. Afinal de contas, excluindo o período colonial, onde sequer se falou em controle de constitucionalidade, os primeiros 50 anos da República pouco significaram para aquilo que se denomina de jurisdição constitucional. A isso se deve agregar que mesmo a inovação consistente na remessa da decisão do Supremo Tribunal Federal para o Senado não representou grandes avanços, mormente se compararmos os modelos brasileiros com os sistemas de controle de constitucionalidade vigorantes no resto do mundo. (...)

A partir disso, é possível afirmar que, no campo jurídico brasileiro, esses pré-juízos, calcados em uma história que tem relegado o direito constitucional a um plano secundário, constituindo-se em algo que se pode denominar de "baixa constitucionalidade", que, hermeneuticamente, *estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito* [grifo do autor], impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito).¹²⁸

Para romper com essa tradição que considera inautêntica, STRECK afirma que é preciso compreender o sentido de Constituição, que é aquilo que-constitui-a-

¹²⁶ Ibid., p. 216.

¹²⁷ Ibid., p. 217.

¹²⁸ Ibid., p. 215.

sociedade¹²⁹. E isso será efetivado com a abertura do intérprete para o novo paradigma constitucional (cujos objetivos são o da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade etc.), sendo que, para tanto, "*o intérprete deve(ria) ter a angústia do estranhamento; a angústia do sinistro* [grifo do autor]."¹³⁰

Para alcançar esse mister, afirma que "é da adequada suspensão dos pré-juízos (pré-compreensão) que o intérprete tem sobre o que significa a Constituição, que dependerá o sucesso dessa 'filtragem' [hermenêutico-constitucional]."¹³¹ Aqui está a tarefa primordial da hermenêutica: provocar os pré-juízos; apresentá-los como tais para que o intérprete possa (se) dar conta disso¹³².

E essa tarefa de perguntar de forma autêntica pelo sentido da Constituição é de tal modo importante para a NCD que, para refutar a idéia de que o intérprete possa compreender os textos normativos de forma arbitrária e sem limites, STRECK aduz que "É evidente que ele [o intérprete] não é livre pra dizer o sentido que melhor lhe aprouver, o que o lançaria no autoritário mundo da relativização sofisticada. O sentido necessariamente exurgirá na conformidade do texto constitucional, entendido no seu todo principiológico, isto é, *no seu sentido ontológico-existencial, e não meramente ôntico-existencial* [grifo do autor]."¹³³

Outrossim, afigura-se oportuno tocar em um dos assuntos mais delicados e que causa maior estranhamento na NCD, qual seja, o da ausência de preocupação com a cientificidade - ao menos no sentido tradicional de ser demonstrável, unívoca e rigidamente controlada - da atividade interpretativa. Isso não é negado por STRECK quando assevera:

De tudo o que foi dito até aqui, fica claro que a hermenêutica de cariz filosófico não depende de procedimentos. Não é, portanto, normativa; é atribuição de sentido; é expressão do modo-de-ser-no-mundo, a partir da pré-compreensão do intérprete. Essa pré-

¹²⁹ Ibid., p. 218.

¹³⁰ Ibid., p. 219.

¹³¹ Ibid., p. 221.

¹³² "A inautenticidade, enfim, os pré-juízos não esclarecidos perdem-se na quotidianidade, no impessoal, na repetição continuada daquilo que 'sempre-tem-sido'." Ibid., p. 222.

¹³³ Ibid., p. 583.

compreensão é produto da relação intersubjetiva que o intérprete tem no mundo. O intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito objeto. Estará, sim, sempre inserido em uma situação hermenêutica. Há uma "situação lingüística", não sendo a linguagem algo que esteja à disposição do intérprete, circunstância que inexoravelmente transformaria a atividade de interpretar em um ato voluntarista. Ao contrário disto, o intérprete "pertence" a essa lingüisticidade. Ele é refém da linguagem. Nesse sentido, a atividade hermenêutica ex-surge desse processo de (auto)compreensão. Desse modo, se hermenêutica é modo-de-ser e não um procedimento, sendo antes de tudo, filosofia, ela não se limita, nas palavras de Gadamer, a prestar conta dos procedimentos que a ciência aplica.¹³⁴

A eventual elaboração de um novo esquema metódico ou a tentativa de impor limites rígidos e esquemáticos ao intérprete não se coaduna, assim, com essa hermenêutica filosófica.

Em síntese, pensar na interpretação jurídica como produto de método(s), é pensar que o conjunto normativo (ou o sistema jurídico e tudo o que o cerca) é, inicialmente, algo nu/carente de sentido, que irá receber, da nossa compreensão *subjetiva* [grifo do autor] determinada significação, como se essa significação fosse dada pelo sujeito a um objeto, quando com ele "confrontado"... Pensar assim é pensar a interpretação como sendo um instrumento de conhecimento! Ora, isso é um equívoco, porque - e o socorro vem novamente de Grondin - o que existe, de início, é precisamente nossa relação com o mundo (com o Direito, os textos normativos, Constituição, etc.), 'no *modus* de pré-esboços da compreensão. A consideração meramente teórica do mundo, cuja possibilidade Heidegger nunca exclui,' acentua o mesmo autor, 'consiste numa explícita *suspensão de tais zelosos esboços* [grifo do autor]. O primário é, no entanto, esse hermenêutico 'como', no qual tudo vem ao nosso encontro e nos importa.' Nossos esboços sobre o Direito, por exemplo, de início, não são de nossa escolha. Somos, antes 'jogados' neles, na lingüisticidade do mundo.¹³⁵

Há que se frisar, contudo, que a afirmação da fragilidade hermenêutica dos métodos de interpretação¹³⁶ e da inviabilidade de uma abordagem tecnicista/procedimental da interpretação tem como efeito colateral trazer à tona o papel a ser desempenhado pelo intérprete. Pondo-o em destaque - não mais no sentido

¹³⁴ Ibid., p. 247.

¹³⁵ Ibid., p. 249.

¹³⁶ Nesse sentido, "é preciso insistir que a partir dos marcos de uma Nova Crítica do Direito calcada na fenomenologia hermenêutica, a 'escolha' de um método não implica uma elaboração prévia, que propiciaria a *posteriori* - como que a repetir as fases próprias da hermenêutica clássica (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*) - o acesso à compreensão 'correta' dos textos. Pelo contrário, o *Dasein* já interpretou sempre e como tal não está em causa um método prévio (Lamego). Por isso, quando o intérprete do Direito diz 'eu interpreto desse modo porque estou baseado no método tal', o *Dasein* se pronuncia (e já se pronunciou) como ser-no-mundo [grifos do autor]." Ibid., p. 272.

cartesiano de personagem principal do conhecimento, mas, sim, no de partícipe necessariamente implicado -, chama-o à responsabilidade pelas escolhas e atos que toma. Afinal, ele não poderá mais se esconder atrás dos métodos e da ciência ou deixar de se considerar envolvido naquilo que faz.

A denúncia do alheamento provocado pela hermenêutica tradicional vem tanto da "contundente observação de Dallari, para quem o juiz/intérprete, ao utilizar 'tantos modelos de interpretação da lei', considera-se exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças"¹³⁷ como da observação de STRECK no sentido de que

"o vir-à-presença da situação concreta não pode ser obscurecido pelo método. Isto acarretaria o alheamento do intérprete, que assim estaria descompromissado eticamente com a solução 'justa' daquele caso. Afinal, e Gadamer insiste neste ponto, já em Aristóteles a tarefa da decisão ética era encontrar o que era adequado na situação concreta, isto é, ver concretamente o que nela era correto e lançar-se a ela. *Mas essa 'situação concreta' não é perceptível objetificadamente; o intérprete dela faz parte* [grifo do autor]."¹³⁸

Não que a partir de agora a referência aos métodos seja absolutamente despicienda. É só que não é através deles que se chegará à compreensão de algo. Tendo isso em mente, a NCD entende que se poderia recorrer aos métodos quiçá como uma forna (não ornamental, frise-se) de explicitar as condições pelas quais ocorre o processo de concretização do Direito, ou seja, utilizá-los no âmbito de uma racionalidade discursiva-argumentativa¹³⁹. Todavia, STRECK bem alerta que "temos de tomar especial cuidado, porque uma coisa é o processo de compreensão, manifestativo a partir do 'como hermenêutico', *que nada tem a ver com os cânones e as técnicas argumentativas, uma vez que a compreensão não depende de 'procedimentos'* [grifo do autor]; outra coisa bem diferente é a explicitação desse compreendido a partir dos diversos recursos lingüísticos de que dispõe o sujeito..."¹⁴⁰

¹³⁷ Ibid., p. 247

¹³⁸ Ibid., p. 266.

¹³⁹ Ibid., p. 260.

¹⁴⁰ Id.

Em outra passagem, STRECK reitera essa posição assinalando que:

Levando em conta as diferenças existentes entre o compreender (*standard* de racionalidade estruturante) e a explicitação do compreendido (que ocorre através de uma racionalidade discursiva-argumentativa), parece claro que 'a tarefa (da hermenêutica) não é desenvolver um procedimento da compreensão, *mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão* [grifo do autor]. Mas essas condições não têm todas o modo de ser de um 'procedimento' ou de um método de tal forma que quem compreende poderia aplicá-los por si mesmo - essas condições têm de estar dadas'. Este parece ser o ponto em que se desata o nó da controvérsia: não é possível substituir o *standard* de racionalidade estruturante da compreensão pela (mera) racionalidade discursiva, de cunho argumentativo (nas suas diversas versões e dimensões); fazer hermenêutica é, então, esclarecer as condições nas quais ocorre a compreensão, com a qual sempre já estamos, que nos estrutura, que nos coloca no mundo.¹⁴¹

Como o Direito é linguagem e com a viragem lingüística chegou-se à conclusão de que as palavras não carregam em si o sentido, tem-se que o intérprete não pode desacoplar esse sentido delas. Nada obstante, a visão tradicional continua a, retoricamente, utilizar certas categorias lingüísticas (leis, súmulas, conceitos etc.) - "significantes primordiais fundantes" nas palavras de STRECK - para delas extrair a solução mediante um processo lógico-dedutivo de subsunção do fato à norma. Se assim fosse, bastaria uma atividade intelectual e teórica do intérprete para alcançar o sentido contido na pauta geral. Não é assim que acontece. Dada a especificidade de o Direito ser sempre referido a uma situação concreta (afinal ele é sempre também aplicação), interpretar é um problema de filosofia prática.

Trata-se, assim, como diz Lamego, de reabilitar a filosofia prática, não um conhecimento-de-objeto, mas uma atualização, um saber constitutivamente ligado com a *particularidade da situação* [grifo do autor]. No saber prático, os dados normativos não são algo a que se aceda de um ponto de vista externo, um *ob-jectum* [grifo do autor], mas uma diretiva para a conduta, que só cobra a integralidade do seu significado na relação com a situação concreta.¹⁴²

Nessa toada, não se pode perder de vista que o Direito não pode ser compreendido apenas a partir de uma teoria consubstanciada em conceptualizações universalizantes. Não que elas não sejam necessárias e até corretas/verdadeiras;

¹⁴¹ Ibid., p. 266-267.

¹⁴² Ibid., p. 269-270.

sustenta-se apenas que isso não é suficiente. O Direito não se resume a ser conceitos e leis.

A experiência e a concretude também devem ter espaço para determinar a melhor solução e compreensão de um dado caso. Trata-se de deixar que-o-ser-seja ou que a singularidade do caso tenha espaço para aparecer¹⁴³. No entanto, a esse respeito, complementa STRECK:

Entender que o Direito é concretude não satisfaz a Nova Crítica do Direito. Dito de outro modo, que o Direito é concretude ou que o Direito é feito para resolver casos particulares, parece evidente. *O que não é evidente é o fato de que o processo interpretativo é applicatio, entendida a applicatio no sentido da coisa mesma (Sache selbst), isto é, do não esquecimento da diferença ontológica* [grifo do autor]. Uma coisa é "deduzir" (*sic*) de um *topos* ou de uma lei o caso concreto; outra é entender o Direito como aplicação: no primeiro caso, estar-se-á entificando o ser; no segundo caso, estar-se-á realizando *a aplicação de índole hermenêutica* [grifo do autor], a partir da idéia de que o ser é sempre ser-em. Esta é, pois, a *holding* que constitui a Nova Crítica do Direito, porque a pretensão fenomenológica da hermenêutica é chegar às coisas mesmas.¹⁴⁴

Em suma, a atualidade hermenêutica da filosofia prática não se vê somente na questão da aplicação do Direito *stricto sensu*, vale dizer, no reconhecimento de que cada caso é diferente do outro e, por conseguinte, exige reflexão e compreensão singular e particularizada. Ela serve, também, para questionar a atitude dogmática - doutrinária e jurisprudencial - de fornecer explicações, a priori e abstratas, cuja pretensão é a de dar conta de dizer o que é algo (um texto normativo, um instituto jurídico, um ente, enfim), a despeito do que possa demandar a situação concreta. Essa atitude é caracterizada por STRECK como o esquecimento da diferença ontológica, ou seja, é a ignorância de que o ser é sempre o ser de um ente¹⁴⁵.

¹⁴³ Ibid., p. 276.

¹⁴⁴ Id.

¹⁴⁵ "Ora, como bem assinala Heidegger, não é possível transformar o ser em um ente. Assim agindo, o pensamento dogmático objetifica o ser do Direito, olvidando que o ser não é um ente, conforme Heidegger deixa claro em *Ser e Tempo*: *o ser não pode ser concebido como ente; o ser não pode ser determinado, acrescentando-lhe em ente* [grifo do autor]. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores. Nós não sabemos o que diz 'ser', alerta o filósofo. *Mas quando perguntamos o que é 'ser' nós nos mantemos numa compreensão do 'é', sem que possamos fixar conceitualmente o que significa esse 'é'* [grifo do autor]. O ser dos entes não 'é' em si mesmo um outro ente. Na medida em que o ser

5.3 NOVO PAPEL DO INTÉRPRETE E DO TEXTO

Feitas essas considerações, resta essa indagação acerca de qual é o papel reservado (ou exigido) do intérprete e do texto no âmbito da NCD. Cabe perguntar, em suma, quais as implicações¹⁴⁶ na práxis jurídica de tudo o que foi dito acerca da interpretação, especialmente em face das afirmações que causam maior impacto no senso comum teórico dos juristas, quais sejam, as de que: a) a interpretação se funda na compreensão, a qual, por sua vez, surge a partir da pré-compreensão; b) o intérprete não pode se eclipsar atrás dos métodos ou confiar que eles o conduzirão à solução do caso jurídico; c) a mudança de paradigma mostrou que a linguagem não é algo à disposição do intérprete, mas condição de possibilidade.

Em relação ao primeiro ponto destacado, o que parece necessário ressaltar é que é preciso aprender a conviver com essa constatação. A pré-compreensão faz parte do nosso modo de ser no mundo, de modo que dela não podemos dispor. Diante disso, como já foi ressaltado, uma das principais tarefas da hermenêutica é a de colocar os pré-juízos a descoberto, para que eles sejam confrontados com a situação concreta e desse confronto possam se afirmar como autênticos ou não. A esse respeito e indo além, STRECK assinala que

...é importante que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, desde as opiniões prévias que lhe subjazem, senão que examine tais opiniões enquanto a sua legitimação, isto é, enquanto a sua origem e validade [grifo do autor]. Frente a todo o texto, nossa

constitui o questionado e ser diz sempre ser de um ente, o que resulta como interrogado na questão do ser é o próprio ente. Este é como que interrogado em seu ser." Ibid., p. 277.

¹⁴⁶ É prudente deixar consignado, contudo, que a pretensão é a de expor apenas as principais implicações e, mesmo assim, de uma maneira bastante singela e sucinta.

Sem embargo do que ficar aqui pontuado, impende frisar, outrossim, o reconhecimento de que o que foi aqui exposto enseja muitas outras implicações e reflexões. Por exemplo, achar o equilíbrio na convivência entre decisões divergentes e a isonomia da prestação jurisdicional; enfrentar mais detidamente os desdobramentos da redefinição do papel (agora de referência) do texto normativo; reconhecer os limites da possibilidade de revelação das pré-compreensões; e cuidar de desenvolver uma pauta mais prescritiva e propositiva para a hermenêutica são apenas algumas das outras preocupações que surgiram com a realização deste trabalho, mas não foram enfrentadas especificamente.

tarefa não é introduzir direta e acriticamente nossos próprios hábitos lingüísticos, contrariamente a isto, Gadamer reconhece como tarefa fundamental o conseguir a compreensão do texto apenas desde o hábito lingüístico do seu tempo ou do seu autor. Quem quer compreender um texto realiza sempre um projetar, acrescenta.

Quando se ouve a alguém ou quando se empreende uma leitura, não é que tenhamos que esquecer todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo, ou todas as opiniões próprias, diz o mestre. *O que se exige é que simplesmente tenhamos abertura para o texto* [grifo do autor]. Entretanto, essa abertura implica sempre que se coloque a opinião do outro sempre em alguma classe de *relação com o conjunto de opiniões próprias* [grifo do autor] ou que um se coloque em *certa relação com as do outro* [grifo do autor]. Para Gadamer, aquele que pretende compreender não pode entregar-se desde o princípio à sorte de suas próprias opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e conseqüentemente possível opinião do texto. *Aquele que pretende compreender um texto tem que estar em princípio disposto a que o texto lhe diga algo* [grifo do autor]. Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para a condição do texto. Entretanto, esta receptividade não pressupõe nem neutralidade frente às coisas, nem auto-cancelamento, senão que inclui uma matizada incorporação das próprias opiniões prévias e pré-juízos. O que importa, aduz o autor, é que se faça a mediação com a finalidade de que o texto mesmo possa apresentar-se em sua condição e obtenha, assim, a possibilidade de confrontar a sua verdade objetiva com as próprias opiniões prévias.¹⁴⁷

No que concerne ao segundo aspecto, vale afirmar que a atribuição de sentido que ocorre em toda compreensão/interpretação não é explicada pelos métodos. Assim, o intérprete não pode se esconder atrás do anonimato dos métodos ou considerar inexistente sua participação nessa tarefa de atribuição de sentido¹⁴⁸, cuja característica é, afinal, justamente a de ser produtiva - ele não reproduz um sentido pré-existente. Vale dizer, a decisão é fruto da sua intervenção; e o que se cobra nesse quadro é que os intérpretes se dêem conta e assumam isso.

No apogeu do êxtase cientificista, o clamor por métodos rigorosos, inspirados nas ciências naturais, transpareceu como um imperativo da assepsia ideológica guiada pela idéia de neutralidade. No interior da pré-compreensão da subjetividade do intérprete deveria reinar um pleno vácuo axiológico. Caso fossem realizadas investigações psicanalíticas sobre a perseverança desses métodos nos dias atuais, provavelmente chegaríamos a sinuosos esquemas de auto-engano, pelos quais certos julgadores encontram maneiras de suportarem, perante o tribunal de suas consciências, o remorso pelas atrocidades

¹⁴⁷ STRECK, *Hermenêutica...*, p. 202.

¹⁴⁸ Da mesma forma, BRUM já sustentara: "...em que pese as desilusões e incertezas a que esta conclusão pode levar, consideramos que é muito salutar a conscientização de que não somos neutros e imparciais porque, assim, descobrimos que somos responsáveis pelas nossas decisões e que não podemos transferir nossas injustiças ao fantasma do legislador nem à cômoda cobertura da 'jurisprudência mansa e pacífica'." BRUM, *op. cit.*, p. 42.

resultantes da combinação entre seus conformismos, comodismos, covardias e irresponsabilidades sociais. Absolvidos perante seus remorsos e tormentos, tais intérpretes desfrutam do conforto propiciado pelo seguinte credo: não decidem nada, apenas são levados a decidir. Vigorou assim uma espécie de cumplicidade entre o discurso jurídico dos métodos hermenêuticos e seus intérpretes-consumidores. Embora sejam por diversas ocasiões comunicados sobre as reais cores do mundo exterior, de muitas maneiras esses juristas ainda têm preferido permanecer na segurança de sua caverna platônica. No conforto da sombra dessa caverna podem seguir professando seu anonimato irresponsabilizante, talvez com a consciência um pouco mais tranqüila.¹⁴⁹

Para romper com esse estado de coisas, "o problema metodológico dos cientistas sociais não pode ser mais o do distanciamento, mas o da máxima honestidade no seu engajamento. São, portanto, essas mesmas pré-compreensões dos intérpretes que devem ser elevadas à condição de verdadeiras posições, das quais possamos exigir algum tipo de fundamentação."¹⁵⁰ A esse respeito, ARRUDA JÚNIOR acrescenta, de modo bastante interessante, a seguinte observação: "eis uma nova maneira de se perceber inclusive a própria segurança jurídica: o direito a ter clareza a respeito das pré-compreensões desde as quais somos julgados."¹⁵¹

Trazer o intérprete à tona e chamá-lo a se considerar responsável pelos seus próprios atos/decisões significa reconhecer-lhe um grau maior de liberdade do que fazia a hermenêutica tradicional, mas é, também, conferir aos demais a possibilidade de questionar e cobrar explicações acerca desses mesmos atos/decisões. Nesse sentido, BERBERI afirma que:

O principal ponto de relevância desta nova mirada é que, pela primeira vez, dá-se a possibilidade de o intérprete *criar* as normas sem *culpa* [grifos do autor], ou seja, assim o faz porque é seu mister, por sinal como se percebe todos os dias, mormente quando se freqüentam os foros e os tribunais. A diferença é que, agora, do intérprete, cobra-se uma postura ideológica, uma *assunção*, não se lhe permitindo esconder-se atrás de um discurso *neutral* [grifo do autor], descompromissado e marcado pela retórica fácil de projeção psicanalítica (principalmente), através da qual atribui a outrem a *sua* [grifo do autor] posição.

Em democracia, cada um responde - e deve responder - por seus atos e posições porque, se for o caso, deve ter respeitado o seu espaço de agir. Afinal, é nisso que se consubstancia o

¹⁴⁹ ARRUDA JÚNIOR, op. cit., p. 250.

¹⁵⁰ Ibid., p. 242.

¹⁵¹ Ibid., p. 246.

respeito pela diferença, único espaço em que se pode forjar a democracia.¹⁵²

No atinente ao papel a ser desempenhado nesse novo cenário pelo texto normativo, calha repisar o que foi dito quando se fez a crítica à concepção da moldura da norma (a qual é, antes, moldura do texto), ou seja, que ela não contém o intérprete, pois ele não é limitado, ao menos não no sentido convencional, pelo texto. Este não contém *o* sentido, ou mesmo *os* sentidos possíveis. Isso não significa dizer, todavia, que eles - os textos normativos - são dispensáveis ou que se pode ignorá-los.

Em verdade, eles devem funcionar como referenciais necessários. Nas palavras de NEVES, um texto jurídico será compreendido em sentido hermenêutico (não-positivista) "se a significação jurídica a atingir pela interpretação houver de exprimir-se *através* [grifo do autor] do texto, ou enquanto se considera este a sua objectivação cultural ou seu 'ícone' (Ricoeur), mas se constituir para além dele ou transcendendo-o - pelo relevo, desde logo, já do todo ou contexto significante em que se insere, já da pré-compreensão do referente, já da situação histórico-concreta da compreensão."¹⁵³

Nessa toada, BERBERI arremata dizendo que:

De qualquer sorte, não se pode descartar a *lei* (e nela as *regras*) [grifos do autor] porque, em verdade, nada há a disposição para colocar no lugar; e não porque absoluta (não-manipulável, a ponto de garantir a segurança jurídica), mas porque, no âmbito de suas limitações, permite uma certa organização da sociedade que vai, passo a passo e mediante reajustes (porque evolui), achando seu caminho, seu sentido. Portanto, é de se ter a *lei* [grifo do autor], mas não se deve torná-la fetiche.¹⁵⁴

¹⁵² BERBERI, op.cit., p. 86.

¹⁵³ NEVES, op. cit., p. 95.

¹⁵⁴ BERBERI, op. cit., p. 96.

6 CONCLUSÃO

Em face do problema hermenêutico do Direito, viu-se que a doutrina tradicional defende que o intérprete deve procurar o verdadeiro e único sentido do texto normativo e aplicá-lo subsuntivamente ao caso jurídico concreto. Nesse processo, o principal enfoque é sobre a questão da descoberta ou extração do sentido da lei, o que, segundo ela, será conseguido de forma científica e controlada com a utilização dos métodos, cujos principais no âmbito jurídico são o gramatical, o histórico, o teleológico e o sistemático.

Além dos doutrinadores contemporâneos mencionados neste trabalho, a jurisprudência dos Tribunais Superiores do Brasil demonstra que essa concepção apoiada nos métodos ainda encontra espaço no universo jurídico.

Sem embargo, o que se procurou mostrar foi que essa não é uma descrição fidedigna do que é a interpretação do Direito.

A um, porque, não raras vezes, a utilização de um único método pode apontar sentidos distintos para um mesmo texto normativo. Isso porque os métodos também carecem de ser interpretados/compreendidos.

A dois, a principal insuficiência dessa concepção tradicional, apoiada nos métodos, está na ausência de uma meta-regra ordenadora da utilização destes. É bastante comum que no caso concreto os métodos referidos não conduzam todos para uma mesma solução. Nessa situação, entretanto, ainda não se formulou critério seguro que diga qual método deve prevalecer.

A três, porque, diante desse quadro, os métodos acabam funcionando apenas como recursos argumentativos para sustentar decisões que o julgador/intérprete se predeterminara a alcançar. Dessa forma, os métodos acabam funcionando apenas como instrumentos retóricos de legitimação das interpretações.

Mostrou-se que umas das principais propostas de superação desse modelo

tradicional de interpretação - a de Eros GRAU - apresenta dificuldades de se impor como uma alternativa melhor. A defesa de que a interpretação consiste não na descoberta do único sentido da lei, mas na escolha de um dos sentidos contidos dentro de uma suposta "moldura da norma" é objeto de muitas críticas.

Uma delas é a de que a prática, mesmo a legítima, demonstra o contrário, ou seja, vêm-se inúmeras decisões que extrapolam os limites da moldura. Não socorre a proposta o possível contra-argumento de que mesmo essas decisões atêm-se dentro de uma moldura complexamente definida. No ponto, incide o segundo principal argumento contra essa concepção, vale dizer, o de que a moldura só é definida através e após a interpretação. Nessa situação, a proposta fica completamente prejudicada, haja vista que a moldura não limita *a priori* a atividade interpretativa, e sim apenas delimita *a posteriori* o que foi interpretado.

Apresentou-se, também, a proposta de Castanheira NEVES, que pretende formular um novo modelo metódico para a interpretação do direito. Posto que não tenham sido feitas críticas pontuais e específicas a ela, cabe dizer que ela se mostra incompatível com a proposta que, a nosso ver, melhor enfrenta o problema hermenêutico, dado que esta desacredita qualquer proposição metódica de enfrentamento do problema.

Trata-se da nova hermenêutica, chamada de hermenêutica filosófica por alguns e de Nova Crítica do Direito por STRECK, a qual representa um rompimento paradigmático com a hermenêutica tradicional, vez que está inserida dentro de um novo paradigma, o da Linguagem. Segundo este, a linguagem não é mais um mero instrumento que se interpõe ente o sujeito cognoscente (intérprete) e o objeto (texto). Ela é, em realidade, condição de possibilidade desse conhecimento, pois é somente através dela que se tem acesso ao mundo, enquanto mundo.

Desse modo, a linguagem não é mais concebida como se fosse algo à disposição (como se fosse um objeto) do intérprete, a quem caberia apreendê-la e dela retirar, através de métodos, o seu conteúdo. Trazendo essa afirmação para a discussão

jurídica, isso é o mesmo que dizer que o texto não contém em si *o*, ou mesmo *os*, sentido(s) da lei.

Não que a lei, agora, nesse novo paradigma, possa ser ignorada. O intérprete deve tê-la em consideração como um referencial necessário, buscando alcançar a significação jurídica não *no* texto, mas *através* do texto.

Ademais, restou evidenciado que o sentido não é reproduzido (extraído da lei), mas, antes, produzido, pois é atribuído ao texto. Este é apenas significante, sendo que seu significado é definido por aquele que o interpreta/compreende. E assim o faz não mais através da razão epistemológica, mas com a razão hermenêutica, que se funda na compreensão. Compreensão que se realiza a partir do modo-de-ser ou da condição de ser-no-mundo do intérprete.

Dessa forma, saltar da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão implica, dentre outras coisas, ter que trabalhar com a pré-compreensão, condição de possibilidade da própria compreensão. É dizer, necessariamente o intérprete se deparará com os textos normativos a partir de algumas pressuposições ou antecipações de sentido. Nesse cenário, uma das principais tarefas da hermenêutica é a de colocar os pré-juízos a descoberto, para que eles sejam confrontados e possam se afirmar como autênticos ou não.

A constatação, enfim, de que a utilização dos métodos não conduz à descoberta de uma solução única, bem assim de que a subjetividade do intérprete não pode, porque impossível, ser ignorada, leva a uma outra constatação: os intérpretes têm responsabilidades pelos seus atos e decisões. Isto é, não podem atribuir a outrem - especialmente à lei - aquilo que é fruto de sua intervenção. Não há intérpretes meros "bocas-da-lei".

A esse propósito, as palavras do poeta João Cabral de Melo Neto com certeza demonstram de forma muito mais clara o que se pretendeu dizer acerca da inafastável implicação do intérprete no ato interpretativo e da impossibilidade de ele se

esconder atrás do anonimato dos métodos, *in verbis*:

Sempre evitei falar de mim,
Falar-me. Quis falar de coisas.
Mas na seleção dessas coisas
Não haverá um falar de mim?

Não haverá nesse pudor
De falar-me uma confissão,
Uma indireta confissão,
Pelo avesso, e sempre impudor?

A coisa de que se falar
Até onde está pura ou impura?
Ou sempre se impõe,
mesmo impuramente,
A quem dela quer falar?

Como saber, se há tanta coisa
De que falar ou não falar?
E se o evitá-la, o não falar,
É forma de falar da coisa?

(“Dúvidas Apócrifas de Marianne Moore”)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA JÚNIOR, E. L.; GONÇALVES, M. F. **Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito**. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERBERI, M. A. L. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRUM, N. B. de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CAMARGO, M. M. L. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAUÍ, M. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. [S.l.]: Brasiliense, v. 1.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONSECA, R. M. **A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault**. Disponível em: <<http://www.historiadodireito.com.br/textos/genesis.htm>> Acesso em: 23 ago. 2005.

FREITAS, J. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GADAMER, H. G. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRAU, E. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. [São Paulo]: Malheiros, 2003.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução de: João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. (Coleção Studivm).

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MÉTODO. In: MORA, J. F. **Diccionario de filosofía**. 5. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1984, v. 3, p. 2217-2220.

NEVES, A. C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. [Coimbra]: Coimbra, 1993. (Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra).

NOJIRI, S. **Discrecionariiedade judicial na apreciação de pedido de medida liminar em mandado de segurança**. In: BUENO, C. S.; ALVIM, E. A.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 773-786.

ROCHA, L. S. da. **Epistemologia jurídica e democracia**. [Porto Alegre]: Unisinos, 1998, p. 20-21.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma nova crítica do direito**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.