

A MISSÃO DA INTERPRETAÇÃO NO PROCESSO DE APLICAÇÃO DA LEI: CONTRAPOSIÇÃO ENTRE AS LIÇÕES DE HANS KELSEN E KARL LARENZ

THE MISSION OF THE INTERPRETATION IN THE PROCESS OF LAW: ENFORCEMENT. CONTRAST BETWEEN THE LESSONS FROM HANS KELSEN AND KARL LARENZ

*Patrícia da Costa Santana**

RESUMO

O pensamento de dois juristas será contraposto. O objetivo é fixar e explorar o poder criador da interpretação do Direito. Para Kelsen, existe uma pluralidade de significações em cada norma jurídica, rejeitando o encontro de apenas um sentido, embora se refira à impossibilidade de conhecer o exato conteúdo das normas, sendo essa função não científica. Larenz rejeita que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando obscuros. A interpretação legal e o desenvolvimento judicial do Direito devem ser vistas como distintos graus do mesmo processo. Interpretar implica produção de um novo texto, mediante adição de sentido que o intérprete lhe dá.

Palavras-chave: Interpretação. Criação do Direito. Atividade do intérprete.

* Doutoranda em Direito Público (UFBA); mestre em Direito Público (UFBA); procuradora federal. Contato: patriciasantana@uol.com.br

ABSTRACT

Two thought of two lawyers will be opposed; the goal is to establish and explore the creative power of interpretation of law. For Kelsen there are a plurality of meanings in each legal standard, rejecting the meeting only one sense, although it should be impossible to know the exact content of the standards, being this a unscientific function. Larenz rejects that the legal texts only need of interpretation when obscure. The legal interpretation and judicial development of the Law should be seen as varying degrees of the same process. Interpreting involves the production of a new text, by adding a sense that the interpreter gives.

Keywords: Interpretation. Creation of the law. Interpreter's activity.

INTRODUÇÃO

O pensamento de dois teóricos, Hans Kelsen e Karl Larenz, será contraposto. O propósito da confrontação é fixar e explorar um ponto específico, o poder criador da interpretação do Direito, expondo o quanto suas formulações se aproximam e se afastam.¹ A escolha dos autores deve-se à grande difusão que o pensamento de ambos conquistou no Brasil² e à influência que exercem sobre o modo de ver, ensinar, produzir e exercitar o Direito no País. Faz-se necessário, em primeiro lugar, apresentar aspectos gerais de suas obras, para depois enfocar suas singularidades.

Kelsen, apesar de conferir grande importância ao que ele chama de interpretação autêntica, a produzida pelos órgãos legitimados pelo Estado, o que poderia constituir o motivo para um desenvolvimento criador do Direito, não dedica senão poucas linhas ao tema. Se a eliminação das diferenças nas interpretações da norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas tão somente por um ato de vontade, cabe à doutrina unicamente elencar as significações possíveis, deixando à autoridade a sua escolha e silenciando sobre a pertinência ou não dela.

Existe uma pluralidade de significações cientificamente pertinentes em cada norma jurídica, rejeitando-se a possibilidade de encontro de apenas um sentido.

Se não se pode conhecer com rigor o exato conteúdo das normas, já que afirmar o seu sentido único é função não científica, também não pode ser criadora a função de interpretação não autêntica, já que não se pode preencher uma lacuna do Direito, que somente pode ser realizada por um órgão aplicador.

Larenz, tomando como partido ideias da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, não poderia conceber sua visão do Direito senão como um grande papel destinado ao momento criador decorrente da interpretação e aplicação do texto normativo que, em todo caso, é coconstruído pelo jurista. As ciências sociais ocupam-se de atos humanos e não podem se abstrair do sentido destes. Todo aquele que queira compreender um texto deve tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto e, a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra aceita e retificar este ou sua ulterior compreensão do texto tanto quanto seja preciso. Para isso, terá de lançar mão das circunstâncias hermeneuticamente relevantes.

A pré-compreensão de que o jurista carece não se refere só à coisa Direito, à linguagem em que se fala e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, as decisões e os argumentos, mas também a contextos sociais, situações de interesses e estruturas da vida a que se reportam as normas jurídicas. Constitui um equívoco acreditar que a aplicação em si das normas, cujo elemento de previsão está configurado, se esgota no procedimento lógico da subsunção. A aplicação é um momento inerente a todo compreender. Ela é um elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender ou o interpretar.

A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

Na Teoria Pura do Direito, encontra-se um trabalho de epistemologia do Direito.³ O estudo é voltado para o conhecimento das normas jurídicas, já que o Direito é uma ordem normativa da conduta humana.⁴ Quando se considera que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen exige a despolitização com relação à Ciência do Direito, e não ao próprio Direito, que é essencialmente político, tanto na sua criação,

quanto na sua aplicação e, portanto, função determinada por juízo de valor, a tarefa que se impôs de elaborar uma teoria global ou geral do Direito não fica imune à crítica que se faz ao positivismo em geral e, em especial, ao positivismo jurídico.

O grande objetivo da obra de Kelsen foi discutir e propor os princípios e métodos da teoria jurídica. Suas preocupações se inseriram no contexto dos debates metodológicos do final do século XIX e começo do século XX que, por um lado, enlaçavam a ciência jurídica a outras ciências humanas e mesmo naturais e, por outro, propugnavam a liberação da ciência jurídica de forma a desembocar em critérios de livre valoração. A sua tentativa foi conferir à ciência jurídica um método e um objeto próprios, com o fim de dar ao jurista autonomia científica para a construção de um conhecimento rigoroso, confiável e verdadeiro sobre o conteúdo das normas jurídicas.⁵

Para Kelsen, demonstrada a impossibilidade de se superar a multiplicidade de sistemas morais, o mais correto é renunciar à avaliação da justiça ou injustiça da ordem jurídica. Se a eliminação das diferenças nas interpretações da norma jurídica não se pode fazer pela ciência, mas tão somente por um ato de vontade, cabe à doutrina unicamente elencar as significações possíveis, deixando à autoridade, seja o legislador, seja o juiz, a sua escolha e silenciando sobre a pertinência ou não dela.⁶

Com esse intuito, propôs um princípio de pureza, segundo o qual o enfoque deveria ser somente normativo. O Direito deveria ser encarado apenas como norma (não como fato ou valor),⁷ o que valia para o objeto de estudo e também para o método.⁸ A pureza da ciência jurídica decorre da definição de seu objeto (corte epistemológico) e de sua neutralidade (corte axiológico) e se aplica tanto às normas, quanto às decisões judiciais.⁹

Tal pensamento deriva da formulação originária de Hume, que não via possibilidade de fundar empiricamente enunciados axiológicos. Antes dele, formulações jusnaturalistas afirmavam a possibilidade de se concluir racionalmente, da natureza humana, os postulados que direcionam as condutas em sociedade. Assim, a teoria pura é o ápice da trajetória da modernidade, no sentido de alicerçar na ciência o conhecimento da organização da sociedade estabelecida por meio de normas.¹⁰

Em Kelsen firma-se a mais relevante característica do paradigma da ciência moderna, conforme ensina Boaventura de Souza Santos, que é o medo do contágio do conhecimento científico pela política e pela moral.¹¹ Tão grande era a fé na ciência natural, como aquisição da civilização avançada,¹² que se procurava alicerçar nela e na sua filosofia todas as outras teorias decorrentes das ciências não naturais.

Para conferir credibilidade ao método, Kelsen estabelece um critério de investigação controlada. O cientista do Direito apenas descreve as condições e as consequências segundo os critérios de verificação, podendo antecipar acontecimentos, antevendo o que é aplicável e o que não é aplicável. Designa essas previsões de proposições normativo-jurídicas, com caráter análogo às leis naturais formuladas pelas ciências naturais: enunciados hipotéticos comprováveis. O cientista do Direito pode afirmar que, sob certas condições, um ato é lícito, ou não, e quais consequências advêm da sua ocorrência.¹³

Enunciados relativos a condutas humanas não são essencialmente diversos dos formulados pelas ciências naturais,¹⁴ embora o vínculo que as envolva seja de imputação naquelas e de causalidade nestas. A sanção não é causada pela conduta, mas deve ser aplicada diante de sua ocorrência. Enquanto o conseqüente da relação causal segue o antecedente na órbita do ser, e se não ocorre o enunciado é falso, o conseqüente na relação de imputação pode não seguir o antecedente fático, sem que isso torne falsa a proposição de que deveria ocorrer.¹⁵ Como diz Kelsen, o Direito não é uma ciência de previsão, mas de prescrição. Mas, enquanto o Direito estabelece uma relação de autoridade, a ciência jurídica firma uma relação de conhecimento. O cientista apenas trabalha com dados verdadeiros e, portanto, seguros.¹⁶ A pluralidade de normas se converte em um sistema unitário e coerente,¹⁷ permitindo predições.

Fábio Ulhoa Coelho diz que há dois Kelsens: o da primeira página e o do restante de sua obra, em que conduziu com rigor o seu primado metodológico, que estava voltado para a criação de um método científico para o conhecimento jurídico.¹⁸ A contribuição que a Teoria Pura do Direito trouxe ao mundo jurídico se expressa na grande parte dos conhecimentos transmitidos e utilizados ainda hoje em virtude do projeto de Kelsen de elevar o Direito à posição de ciência jurídica

e de elaborar uma teoria do Direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país, de uma ordem jurídica especial.¹⁹ A Teoria Pura do Direito é considerada uma das mais importantes obras de todo o século XX e traz a mais influente exposição dos conceitos fundamentais do Direito até os dias de hoje,²⁰ a exemplo das ideias sobre sanção, ilícito, dever jurídico, responsabilidade, direito subjetivo, capacidade jurídica, relação jurídica. Esses temas são abordados pela teoria estática do Direito, em que o conhecimento é dirigido às normas jurídicas. Na teoria dinâmica, voltada aos atos de produção, aplicação ou observância, determinados por normas jurídicas, ele desenvolve os conceitos de validade, unidade lógica, fundamento do Direito, legitimidade, eficácia, fontes do Direito, conflito entre normas, lacunas etc.

É preciso compreender que, em Kelsen, a palavra “pura” expressa o que os teóricos do Direito ainda não conseguiram obter, mas que ele busca viabilizar, que é uma leitura da juridicidade sem interferências de outros campos do conhecimento que não agem na delimitação do Direito,²¹ ou da norma jurídica. Para o autor, aspectos de fato, políticos, psicológicos e éticos, se não auxiliam na descrição jurídica das normas, devem ser afastados de seu campo explicativo.²² O autor se propõe a “[...] garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.²³

A teoria pura pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental. O autor explica que o papel da ciência jurídica é diverso do da política, cabendo àquela identificar e descrever as normas que compõem determinada ordem jurídica. A descrição presta-se à caracterização e não deve partir de compreensões que possam obscurecer o caráter informativo do que se examina. Para valer como ciência, o Direito deve ser separado da política.²⁴

Mas foi uma ilusão do historicismo querer afastar os preconceitos por meio de métodos seguros para possibilitar algo como objetividade nas ciências do espírito.²⁵ Por essa tentativa Kelsen foi qualificado de reducionista, por esquecer as dimensões sociais e valorativas do fenômeno jurídico. Era intenção do jusfilósofo escolher um caminho

que pertencesse apenas ao jurista, para que não se ocupasse de tudo e se perdesse em debates estéreis, sem impor os critérios de rigor que exigiam o pensamento científico, conforme disseminado no seu meio.²⁶

Os cientistas da natureza, por meio da observação e de testes, formulam leis gerais com o objetivo de transmitir o conhecimento aprendido, prevendo que certos eventos novamente ocorram.²⁷ Kelsen quer o mesmo para o conhecimento jurídico. Quer formulações que permitam trazer segurança ao que se diz sobre o Direito, ou sobre as normas jurídicas.²⁸ Somente assim o conhecimento jurídico atinge o *status* de conhecimento científico e, para tanto, precisa ser neutro. O conhecimento da norma jurídica deve necessariamente prescindir daqueles relativos à sua produção e abstrair os valores envolvidos com sua aplicação. O cientista precisa ignorar tais aspectos sob pena de viciar a veracidade de suas afirmações.²⁹

Para adequar a ciência jurídica aos moldes das ciências naturais, ao princípio da causalidade, próprio das ciências da natureza, Kelsen opõe o princípio da imputação, peculiar às ciências normativas, segundo o qual se assume um fato como condição de um outro conectado com o anterior por uma vontade atributiva do vínculo.³⁰ Aqui a relação é estabelecida pela vontade humana. A norma sem o comportamento e a condição nada significam para o Direito.³¹ A relação de imputação não é necessariamente dependente de alguma consequência anterior, nem dela decorre obrigatoriamente uma nova consequência.³²

Diferentemente dos acontecimentos causais, a relação entre fatos diferenciados é encontrada nas normas que os vinculam, transformando as ações humanas em ações normativamente qualificadas.³³ É exatamente pelo fato de as normas pertencerem à vontade humana que não existem necessariamente as mesmas normas em ordens jurídicas diversas, assim como perpetuidade de normas em uma mesma ordem jurídica. Variações normativas no mesmo sistema, em Kelsen, somente aparecem nas possibilidades de revogações, a partir de mobilizações valorativas e discussões políticas que são tomadas de tempos em tempos nas sociedades em que são aplicadas as normas.

Embora seja produzida por ato de vontade, a norma não se confunde com ele, nem dele depende para sua existência.³⁴ Normas têm validade. Não são verdadeiras nem falsas, assim como os fatos

de que se ocupam as ciências naturais. O que pode ser verdadeiro ou falso são as assertivas da ciência sobre os fatos ou, no caso da ciência jurídica, sobre as normas.³⁵ A aplicação de preceitos lógicos poderia ser no máximo de forma indireta, uma vez que aplicados às proposições jurídicas que descrevem as normas.³⁶

Na Teoria Pura do Direito, o termo validade expressa a compreensão de que a norma existe e é juridicamente obrigatória: tanto para os sujeitos normativos, quanto para os órgãos jurisdicionais, os quais devem aplicá-la coativamente quando tiver sido descumprida. Cada norma vale porque está ligada a outras, superiores, por laços de validade,³⁷ numa série que termina na norma fundamental, a qual é considerada fonte de juridicidade e de legitimidade, sendo valorativamente neutra. Não se pode aferir ou exigir que uma norma fundamental seja justa. “Apenas um fato da ordem do ser pode, quando comparado com uma norma, julgado valioso ou desvalioso, ter valor positivo ou negativo. É a realidade que se avalia”.³⁸ Mesmo uma norma injusta legitima o direito que nela se funda.³⁹

Apenas de uma norma pode advir a validade de outra norma. Daí decorre a organização do ordenamento jurídico apresentar-se como uma estrutura de normas superiores-fundantes e inferiores-fundadas. Uma norma válida apresenta um significado objetivo, porquanto é um ato dotado de significado atribuído pela norma. A norma atua como um padrão de avaliação objetivo diante da subjetividade das opiniões.⁴⁰ Isso porque a autoridade, ao editar normas, costuma dar ao seu ato um sentido, em que pode haver ou não coincidência entre o sentido objetivo e o subjetivo. Aquele que cria pode fazer acompanhar a norma de informações sobre como pretende vê-la interpretada, o que constitui particularidade das ciências humanas e especialmente da ciência jurídica.⁴¹

Ao cientista cumpre o papel de conferir se estão compatíveis o sentido atribuído pela autoridade e o decorrente da ordem jurídica em vigor. Kelsen afirma que o Direito regula sua própria criação e que toda criação do Direito é, ao mesmo tempo, aplicação do Direito.⁴² Produzir e aplicar não são movimentos separados, porque, quando o legislador produz leis, ele está aplicando a Constituição e, quando o Judiciário aplica leis, está criando outras normas, as sentenças.^{43,44} Mesmo quando

o Tribunal está autorizado a criar normas gerais para casos não previstos, o que se tem é uma conferência de poder ou de competência por uma ordem jurídica. De qualquer modo, cuida-se de aplicação da Constituição no estabelecimento de poder ou função de legislar.⁴⁵

À pergunta por que uma norma vale, ou o que constitui seu fundamento de validade, Kelsen responde remetendo-nos ao código que autoriza o juiz a decidir o caso e, posteriormente, à autorização constitucional para o legislador editar leis. “A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica”.⁴⁶

É um problema que Kelsen resolve com a teoria da norma fundamental o do encontro do fundamento normativo ou de validade das normas. Para fornecer resposta ao regresso provocado por se indicar sempre como válida uma norma superior, o filósofo diz que a norma fundamental corresponde à postura, necessária, de se considerar válida a Constituição histórica primeira não mais em disputa, pois essa pressuposição é indispensável.⁴⁷ Não se trata de uma norma posta, mas pressuposta, ou hipotética, a qual é identificada não pela pesquisa da anterioridade temporal, mas a partir das normas positivas.^{48,49}

Embora diga que sem os fatos não há materialidade do direito, estabelece como pilar de sua Teoria Pura a norma hipotética fundamental, que torna possível pensar o sentido subjetivo dos fatos de modo objetivo.⁵⁰ Kelsen aproxima-se das ideias de Kant ao assimilar a noção de que enxergamos o mundo pelos nossos sentidos e que nosso alcance não é o dos objetos como eles são. Dessa lição extrai que, em qualquer ramo do conhecimento, existe alguma pressuposição.⁵¹ Kelsen declara que a teoria da norma fundamental desempenha papel similar ao exercido pelas categorias do entendimento de Kant.

Immanuel Kant, ao se perguntar sobre o valor dos nossos conhecimentos e o que se deve entender por conhecer, viu-se perplexo diante do marco explicativo. Tinha por objetivo superar o racionalismo e o empirismo. Quanto ao primeiro, entendia que não era acertado considerar que tudo quanto pensamos vem de nós mesmos. Do empirismo criticava, por não considerar correto, o entendimento de que tudo o que conhecemos vem dos sentidos. Esses dois marcos assinalavam que nada em nós participava da construção do objeto e não agradavam a Kant.

Kant dizia que, para se conhecer, precisamos da matéria, ou seja, da coisa, e da forma que organiza essa matéria, ou seja, nós, que estabelecemos conceitos *a priori*. Com isso ele afirma que, para conhecer, precisamos da experiência organizada pela nossa sensibilidade, precisamos partir do referencial do tempo e do espaço, que somente existem na realidade interna. A única forma de participar da experiência, de conhecer um objeto, é participando da construção do que conhecemos. Nosso olhar é ordenador do mundo. Daí por que designou sua obra de *Crítica da razão pura*: ela questiona a possibilidade de uma razão independente de toda experiência.⁵²

Como Kant, Kelsen concebe as normas sob uma única ideia ou razão. Com a norma fundamental busca uma razão legisladora para o conhecimento jurídico. Ela teria a função de conferir poder criador de direito ao ato do primeiro legislador e a todos os outros atos nele calcados.⁵³ Ao considerar o conhecimento como constitutivo de seu objeto,⁵⁴ revela seu perfil neokantiano,⁵⁵ pois todo conhecimento tem caráter constitutivo e produz o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido.

Sobre a peculiaridade do conhecimento científico, cabe dizer que foi herança de seu professor Max Weber. Na investigação de um tema, um cientista é inspirado por seus próprios valores e ideais. Por isso deve estar capacitado a estabelecer uma distinção entre reconhecer e julgar e a cumprir o dever científico de ver a verdade dos fatos e o dever de defender os próprios valores que devem ser expostos e jamais disfarçados. É essencial distinguir a política e a ciência e considerar que a última não está isenta de valores. Apesar da existência desses valores, a objetividade nas ciências é alcançada, segundo Weber, com a incorporação dos valores à pesquisa, conscientemente, para controle por meio de procedimentos rigorosos de análise.⁵⁶ Adverte Boaventura Santos que toda ciência é interpretativa e as ciências sociais são duplamente interpretativas. A verificação ou falsificação das explicações causais estão sempre subordinadas à avaliação do sentido da interpretação que lhe subjaz.⁵⁷

A ação do cientista é valorativa, na medida em que escolhe certo objeto, mas, a partir daí, ele definirá certa direção para a sua explicação e os limites da cadeia causal que ela é capaz de estabelecer. As relações

de causalidade, construídas na forma de hipóteses, constituirão um esquema lógico-explicativo, cuja objetividade é garantida pelo rigor do pensamento científico.⁵⁸ Weber explica que o cientista precisa isolar da realidade cultural infinita um fragmento que considera relevante e aplicar a ele os métodos científicos. Mas a explicação do fato significativo nunca estará livre de pressupostos porque ele foi escolhido em função de valores. Com isso Weber rejeita a possibilidade de uma ciência social que reduza a realidade empírica a leis. Na medida em que o cientista procede a uma seleção, esta vem a corresponder às suas próprias concepções e a sua construção não se correlaciona necessariamente com as de outro cientista.⁵⁹

A ideia de que não existe apenas um sistema de valores morais afirmável absoluto⁶⁰ é uma referência filosófica para a teoria pura do Direito.⁶¹ Imiscuir, no campo do conhecimento científico, questões atinentes à ética importa não distinguir entre Direito, que decorre de atividade humana, e Moral, que advém de autoridade supra-humana.

A INTERPRETAÇÃO NA TEORIA PURA

No capítulo dedicado à interpretação jurídica, Kelsen desenvolve uma ideia muito particular, em que se diferenciam os advogados, os juízes e os juristas quando se mantêm, ou não, adstritos à moldura de possibilidades de sentido das normas.⁶² Para o jusfilósofo, como visto, a atividade desenvolvida pelos profissionais do Direito é distinta da necessária para conhecer, de modo científico, o conteúdo de normas jurídicas.⁶³

Há diferença entre a atividade de aplicação do Direito, em que se faz uma interpretação das normas, das sentenças, das ordens administrativas, dos negócios jurídicos, e a desenvolvida pelo cientista do Direito. A doutrina é um conjunto de proposições descritivas de normas. A norma jurídica, editada pela autoridade, tem caráter prescritivo ou de mandamento, comando ou imperativo.⁶⁴ Por conta dessa diferenciação, Kelsen distingue duas espécies de interpretação. Uma realizada pelo órgão com competência para aplicar a norma jurídica, que denomina autêntica, e outra procedida pela ciência do Direito e pelas pessoas em geral, chamada por ele de não autêntica.

É inerente à posituação das normas a existência de uma margem de indeterminação relativa, que pode ser, inclusive, intencional. Ela pode decorrer da pluralidade de significações das palavras, da distância entre a real vontade e a expressão linguística da norma e de antinomias. A interpretação científica da norma fixa os limites da moldura de significados, mas não pode ir além. A determinação do sentido exato cumpre à autoridade que vai aplicar a norma: é manifestação de vontade. Todo ato jurídico em que o Direito é aplicado é em parte determinado pelo Direito e em parte indeterminado.⁶⁵

Aqui reside a particularidade da hermenêutica kelseniana. Existe uma pluralidade de significações cientificamente pertinentes em cada norma jurídica, rejeitando-se a possibilidade de encontro de apenas um sentido.⁶⁶ Kelsen atribui a todos os sentidos possíveis o mesmo valor, sem desqualificar qualquer deles. Admite até que a interpretação autêntica não acolha qualquer daqueles indicados pela ciência jurídica.⁶⁷

Se o conhecimento do Direito somente seria científico se reduzido à apresentação do elenco das significações atribuíveis a cada norma, impondo silêncio à questão acerca de qual delas deveria prevalecer, então não se pode conhecer com rigor o exato conteúdo das normas, já que afirmar o seu sentido único é função não científica.⁶⁸ Daí por que também ele não entende como possa ser criadora a função de interpretação não autêntica – ela não é criação jurídica, já que não pode preencher uma lacuna do Direito, que somente pode ser realizada por um órgão aplicador.

A METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO EM KARL LARENZ

Karl Larenz caracteriza a Jurisprudência⁶⁹ como a ciência que dela se ocupa sob o aspecto normativo. Como tal não pretende significar que ela mesma dê normas; ela se compreende a si própria como um sistema de enunciados sobre o Direito vigente. Os seus enunciados não deixam de ter influência sobre o conteúdo daquilo a que se referem, e assim se distinguem das denominadas ciências científicas, que partem da independência do objeto de conhecimento em face ao sujeito cognoscente⁷⁰.

Decerto que o jurista não pode, com métodos jurídicos, levar a sua indagação para além da validade normativa da Constituição. Tal representa um problema de filosofia do Direito. A vinculação do legislador ordinário aos princípios do Estado de Direito e aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição confere à atividade decisória judicial uma importância considerável em relação ao legislador. Os enunciados sobre a validade, bem como sobre o conteúdo das normas jurídicas não são enunciados sobre fatos perceptíveis, acessíveis à observação e suscetíveis de corroboração experimental. A resposta a essa questão não é o resultado de uma observação fática, mas o de uma comprovação normativa, na qual o evento compreendido no sentido intencionado há de ser avaliado em consonância com o sentido das normas competentes para o efeito e que são pressupostas como válidas. Mesmo quando os eventos do mundo exterior levam a colocar uma questão jurídica, trata-se sempre do seu sentido jurídico. Enunciados sobre fatos perceptíveis podem ser verdadeiros ou errados, enunciados sobre a validade de uma norma, como corretos ou incorretos, o que exprime um grau de certeza mais débil.

Quem comungar da crença de que só podem ser ciências empíricas as ciências cujo objeto é quantificável terá também que excluir as ciências sociais do campo das ciências. As ciências sociais ocupam-se de atos humanos e não podem se abstrair do sentido destes. As relações de sentido interessam ao investigador social só na medida em que motivam a conduta social, na medida em que contribuem para a articulação de sistemas de relação social.⁷¹

Para Karl Larenz, na Jurisprudência, trata-se, para além da compreensão de expressões linguísticas, do sentido normativo que a elas corresponde. A compreensão de expressões linguísticas ocorre, de modo irreflexivo, mediante o acesso imediato ao sentido da expressão, ou de modo reflexivo, mediante o interpretar. É irreflexivo porque, para quem ouve e compreende, não é problemático o sentido do discurso, não se lhe torna presente a possibilidade de diferentes interpretações. Interpretar é uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto. O acesso a algo nunca é direto e objetivante, mas ocorre pela mediação do significado e do sentido. Não existe acesso às coisas sem a mediação do significado.⁷²

Nesta atividade de mediação, o intérprete interroga o contexto textual e o seu próprio conhecimento do objeto de que no texto se trata, examina a situação que deu origem ao texto ou ao seu discurso, assim como outras circunstâncias hermenêuticas relevantes que possam ser consideradas como indícios relativamente ao significado procurado. A conclusão a que chega é uma opção, devidamente fundamentada, entre diferentes possibilidades de interpretação.⁷³

Seria, desse modo, um erro aceitar que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente obscuros, pouco claros ou contraditórios. Não só as leis e os contratos, mas também as sentenças judiciais carecem de interpretação. Querendo-se que a aplicação do Direito e o processo hermenêutico, que a precede, se realizem convenientemente, não pode a Ciência do Direito, que os condiciona, ser vista de modo restritivo segundo o cânone positivista.⁷⁴

A interpretação de um texto não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas também com o de uma sequência de palavras e frases que expressam um contínuo nexos de ideias. Qual seja, o significado que aqui foi levado em conta ou que se haja de entender resulta do posicionamento da palavra na frase e da conexão total de sentido dentro da qual ela surja. Daí resulta uma especificidade do processo de compreender que é conhecida sob a denominação de círculo hermenêutico.⁷⁵ Todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso em relação a cada palavra deve tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto e, a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra aceite e retificar este ou sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso e, para isso, terá de lançar mão das circunstâncias hermeneuticamente relevantes. A imagem do círculo não será adequada senão na medida em que não se trata do movimento de retornar ao seu ponto de partida, mas de se elevar a um novo estágio de compreensão. A conjectura de sentido tem o caráter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida. Deve-se fazer a mediação das próprias opiniões para que o texto possa apresentar-se em sua condição e obtenha a possibilidade de confrontar a sua verdade objetiva com as próprias opiniões prévias.⁷⁶ Esse modo de pensamento é na Jurisprudência de um grande alcance; não só a propósito da interpretação de textos,

mas também no processo de aplicação da norma a uma determinada situação fática.

Conforme assevera Larenz, “[...] a base comum que estabelece a ligação do texto com o intérprete e que permite a este o acesso àquilo que o texto diz é para Gadamer a linguagem e, para além dela, a cadeia de tradição em que ambos se inserem”.⁷⁷ A linguagem, além de ser condição de possibilidade, é constituinte e constituidora do saber e do nosso modo de ser no mundo e dita as condições que temos para compreender e agir.⁷⁸

A pré-compreensão de que o jurista carece não se refere só à coisa Direito, à linguagem em que se fala e à cadeia de tradição em que se inserem sempre os textos jurídicos, às decisões e aos argumentos, mas também a contextos sociais, a situações de interesses e a estruturas da vida a que se referem as normas jurídicas. O jurista que não chegue a vislumbrar nada dos outros aspectos, tampouco chegará a compreender a sua disciplina jurídica.

Aqui se descortina um dos pontos em que os autores mais se distanciam, uma vez que Kelsen, com sua teoria pura, pretendia uma assepsia do fenómeno jurídico, algo que Larenz, além de não admitir, revela ser impossível de ocorrer, uma vez que o jurista terá que se debruçar continuamente, mediante um processo de pré-compreensão, sobre o sentido intencionado, desde que seu entendimento prévio se consolide em uma convicção de justiça. Certamente isso pressupõe que a eleição do método não seja pura e simplesmente deixada ao seu livre alvedrio e que o ordenamento lhe forneça uma resposta plausível no sentido de um conteúdo mínimo de justiça da decisão.

As normas são interpretadas para serem aplicadas a casos concretos. Só aparentemente se trata de um processo em que a norma aplicável se coloca sobre a situação de fato a julgar e esta é por ele mensurada. Isso pressuporia que a norma aplicável estivesse já em si tão determinada, que o seu conteúdo estivesse fora de questão. Se assim fosse, não careceria de interpretação. Não é o que acontece. A maior parte das situações fáticas é por demais complexa. A norma tem que simplificar porque quer abarcar uma série de situações fáticas e por isso apreende em cada uma delas apenas alguns aspectos ou elementos. “Mas isto conduz não raramente à questão de se alguns

dos elementos descurados na norma são, no entanto, tão relevantes no caso concreto, que a sua consideração seja aqui ineludível, se não se quiser (a partir da noção de Direito) tratar o desigual como igual e assim resolver injustamente".⁷⁹

Se é assim, surge a questão se a norma não permitirá uma restrição ou diferenciação que haja de possibilitar uma solução justa e que não deva ser convocada outra norma que não pareça, à primeira vista, aplicável, se existe uma lacuna no edifício jurídico. Com isso as normas e o edifício normativo recebem continuamente novos estratos. No começo está o texto da lei e no final, entretecida, em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula sua aplicação no caso singular e que transmudou seu conteúdo a ponto de, em casos extremos, quase o tornar irreconhecível.

Para Gadamer, como observa Larenz, a aplicação é um momento inerente a todo compreender; ela é um elemento tão integrante do processo hermenêutico como o compreender ou o interpretar. O jurista terá de ter em conta, no caso de aplicar uma lei já algo envelhecida, se a situação para que esta foi criada ainda subsiste ou se uma alteração de situação normativa requer uma interpretação modificada. O problema fundamental para quem aplica a norma não é a distância temporal, mas a distância entre a generalidade da norma e a singularidade de cada caso concreto. Gadamer acrescenta que a distância entre a generalidade da lei e a situação concreta de cada caso particular é insuperável.⁸⁰ Gadamer critica o cientificismo e o metodologismo modernos para reivindicar a busca da verdade além dos limites do método científico positivo, a começar pela verdade da experiência, como ato interpretativo.⁸¹

Gadamer descura, no entanto, a função regulativa da norma. Há que observar que toda concretização de um critério retor estabelece uma medida para o julgamento de outros casos semelhantes, em face de pontos de vista valorativos.

O PENSAMENTO ORIENTADO A VALORES NA JURISPRUDÊNCIA

Ao interpretar as leis, não se pode descurar que nelas não se trata de um tipo qualquer de enunciado, mas de preceitos que hajam de ser se-

guidos, de bitolas de julgamento, de normas estatuídas por um legislador que se deixa guiar por certas intenções de regulação e por considerações de justiça e oportunidade, valorações, enfim. Compreender uma norma jurídica requer o desvendar da valoração nela imposta e o seu alcance. Constitui um equívoco acreditar que a aplicação em si das normas, cujo elemento de previsão está configurado, se esgota no procedimento lógico da subsunção. “Por isso, a Jurisprudência é tanto no domínio prático (o da aplicação do Direito) como no domínio teórico (o da dogmática), um pensamento em grande medida orientado a valores”.⁸²

Segundo Karl Larenz, é necessário fazer a distinção entre conceito e tipo. Só se pode falar de um conceito em sentido estrito, quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam. Não é raro que uma definição legal contenha um elemento que não permita uma mera subsunção. Não é suficiente uma consideração baseada unicamente nas notas distintivas particulares, mas requer-se um juízo que leve em conta diferentes pontos de vista, combináveis de modo diverso. O juízo que se requer não é de valor, mas um juízo mediatizado por certas vivências sociais.⁸³

Às vezes trata-se da indicação de um tipo que descrevemos, esclarecemos e assim tornamos aplicável, mas que não podemos definir com a indicação de algumas notas já estabelecidas como ocorre em todos os casos e que são suficientes. O tipo não se define, descreve-se. Não se pode subsumir à descrição do tipo; mas pode-se, com sua ajuda, ajuizar se um fenômeno pode ou não integrar-se no tipo.

A pretensa definição do conceito é uma descrição de tipos considerada exemplar.⁸⁴

Se o legislador conforma um conceito para a caracterização de uma situação de fato, é-lhe necessário estabelecer essa situação de modo tão preciso quanto possível, de tal forma que a sua ocorrência no caso singular possa ser constatada por via da subsunção, sem se recorrer a pontos de vista valorativos. Mas as notas características do conceito serão escolhidas por ele de tal modo que, ao aplicar o conceito, a questão relativa às notas seja suscetível de subentrar no lugar da questão da valoração. A subsunção ao conceito é, pelo menos no caso ideal, um procedimento isento de valoração.⁸⁵

O pensamento tipológico cuida sempre da relação com o ponto de vista valorativo, retor ao descrever os grupos de casos, pois todos os traços distintivos que se nos apresentam estão orientados a esse valor como meio constitutivo da unidade do todo e só assim têm significado. A coordenação ao tipo é, ao invés da subsunção a um conceito, um processo de pensamento orientado a valores.

Tipo e conceito não são contraposições rígidas, admitindo-se pontos de comunicação. A necessidade de um pensamento orientado a valores surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento, para delimitar uma hipótese legal ou consequência jurídica. Tais pautas são, por exemplo, a boa-fé, a justa causa, a relação adequada, o prazo razoável ou o prudente arbítrio. Elas não são destituídas de conteúdo, mas contêm sempre uma ideia jurídica específica que se subtrai a toda a definição conceitual, mas que pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceitos. Essas pautas alcançam o seu preenchimento de conteúdo mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, não só cunhada pela tradição, mas estando em permanente reconstituição.

Na dogmática atual, adquire importância crescente a descrição de tipos, em vez da formação de conceitos passíveis de subsunção. A isso acresce o peso decisivo de pontos de vista teleológicos para a interpretação de conteúdos de regulação legais. Uma grande parte dos conceitos com que o jurista trabalha é, de resto, de natureza puramente técnico-jurídica: trata-se de conceitos elaborados com base na lógica formal e são classificatórios; proporcionam simplesmente clareza e facilidade da aplicação do Direito, uma vez que tornam possível uma subsunção. De acordo com as regras da lógica formal, podem aduzir-se numa relação de supra e infraordenação, de mútua exclusão ou numa relação de similitude, mas não enriquece o conteúdo do conhecimento.⁸⁶

Os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que, todavia, não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar fundamentos justificativos delas.⁸⁷

No que respeita à caracterização da dogmática como uma doutrina elementar autonomizada num sistema próprio e à sua pretensa

aspiração a uma autoridade plenamente autossuficiente, há que ver que esta se adapta apenas ao sistema abstrato-conceitual da Jurisprudência dos conceitos. O que é certo é que as ideias jurídicas que lhe são subjacentes sofreram uma positivação e consolidação que passam a permitir à atividade jurisprudencial servir-se delas como máxima segura de decisão. É de resto problemático se o termo dogmática é ainda apropriado em relação a uma Jurisprudência teórica que está aberta a novas questões e que se compreende a si mesma, não tanto como inferência lógica de premissas estáveis, mas como pensamento compreensivo e orientado a valores.⁸⁸ Todavia, o termo dogmática pode designar também uma atividade que consiste na desenvolvimento de conceitos determinados pelo conteúdo, no preenchimento adicional de princípios e na recondução de normas e complexos normativos a esses conceitos fundamentais e a princípios.

É algo que deveria ser pacífico que a Jurisprudência intenta cumprir, sobretudo uma tarefa prática, porque está empenhada, por meio de um tratamento adequado do material que lhe é dado nas leis e nas sentenças dos tribunais, a alcançar critérios precisos para a solução de questões jurídicas e para a decisão de casos jurídicos e, bem entendido, nos quadros do Direito que em cada momento vigora e das suas valorações fundamentais.⁸⁹ A relação entre a Jurisprudência teórica e a dogmática jurídica, por um lado, e a prática, especialmente a dos tribunais, por outro, é recíproca; a dogmática põe à disposição da prática critérios de solução. A Jurisprudência dos tribunais fornece à dogmática o material a partir do qual ela procura obter novos critérios. Uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência teórica consiste em descobrir problemas jurídicos que até agora não cobraram solução do Direito vigente; os novos problemas jurídicos surgem porque novos fatos sociais supervenientes reclamam uma regulação em conformidade com os pontos de vista da Justiça distributiva, da proteção da parte socialmente mais débil ou da prevenção de perigos. É precisamente a amplitude de variações da situação fática que se apresenta sempre plasmada de forma algo diversa, que torna necessário examinar continuamente a anterior interpretação de uma norma, corrigi-la e desenvolvê-la.⁹⁰

Que a Jurisprudência é susceptível de proporcionar um contributo cognoscitivo é algo posto em causa, por um lado, por todos

aqueles que só esperam tal contributo das ciências científicas e, por outro, pela maioria dos juristas que vê a missão da Jurisprudência exclusivamente na sua utilidade para a prática. Se isso continua a ser dito da Jurisprudência, é porque se acredita que só se podem obter conhecimentos no âmbito do pensamento valorativamente neutro e dos métodos de quantificação. Pelo menos desde Max Weber parece ser, para a maior parte das pessoas, um dogma irrefutável: sobre os valores e aquilo que é valioso não é possível qualquer conhecimento científico.

Aqui se trata da questão de saber se, nos quadros de um dado sistema de pautas valorativas, podem ser produzidas asserções sobre o seu conteúdo, alcance e significado, que aspirem à correção, em relação a esse sistema. À tal questão Larenz responde afirmativamente.⁹¹ Willis Santiago afirma que nesse passo encontra o que seria o “ponto fraco” da ciência propriamente jurídica, responsável maior, segundo alguns, por sua incapacidade de se constituir como verdadeira ciência ou, pelo menos, como uma “ciência normal”. É certo que é particularmente difícil uma neutralização axiológica, podendo-se mesmo duvidar que isso seja desejável por não cumprir um dos principais compromissos que se deveria assumir ao fazer ciência em geral e ciência do Direito em particular: o compromisso com a democracia e a emancipação social.⁹²

Pode ser que não seja possível produzir asserções sobre valores que sejam convincentes para todos, mas já é possível tornar praticáveis pautas de valoração que nos são dadas de qualquer modo. Que não alcancem o grau de exatidão e rigor lógico das medições, cálculos e operações puramente lógicas não é razão para lhes recusar qualquer valor cognoscitivo. O erro de todos os positivistas é o de que só consideram as regulações legais na sua pura positividade como postas, mas não como respostas possíveis a problemas jurídicos, sob a ideia diretriz de uma ordenação justa dessas relações que ao mesmo tempo garanta a segurança. Com isso não se quer dizer que a Jurisprudência seja apenas uma ciência de problemas jurídicos de modo que, na total independência disso, pudessem ser objeto de uma ciência própria. Trata-se, na ciência do Direito, de um continuado retorno a respostas que foram dadas sob uma outra situação legislativa. Por isso o Direito comparado não só pode e quer proporcionar conhecimentos sobre ordenamentos alheios, mas também obter conhecimentos sobre possíveis soluções de problemas jurídicos e o seu diferente valor.

A metodologia de qualquer ciência é, antes do mais e em primeiro lugar, a reflexão dessa ciência sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que lança mão. A reflexão sobre esse procedimento não ocorre separado da sua aplicação, mas acompanha-a ou segue-a de imediato e está na mais estrita conexão com a ciência em causa. Isso é válido também para a metodologia da Jurisprudência.⁹³

A reflexão sobre a própria maneira de proceder cria ao mesmo tempo, no entanto, um certo distanciamento. A metodologia descreve não só como se há de proceder de fato, mas coloca também a questão do valor, do êxito possível de determinados métodos. O escopo cognoscitivo da Jurisprudência é a elaboração e exposição do Direito vigente aqui e agora e não de um conteúdo de regulação simplesmente dado; é uma tentativa de respostas concordantes entre si a problemas jurídicos enquanto tais. A meta do trabalho juscientífico é, assim, a descoberta de uma unidade interna, de uma contínua conexão de sentido das normas e a sua concretização tendo em vista distintas constelações de casos. Somente a filosofia do Direito pode responder a uma ciência que tematize sua peculiaridade, sua metodologia. Mas, se determinados métodos são ou não apropriados para fomentar ou não o escopo cognoscitivo da Jurisprudência, se existem métodos específicos de pensamento orientado a valores, tudo isso são questões que pertencem ao mais vasto campo da hermenêutica, entendida como a doutrina sobre as condições de possibilidade e os modos específicos do compreender em sentido estrito.

A metodologia da Jurisprudência pode tornar claro que a aplicação do Direito não pode separar-se da interpretação e do desenvolvimento do Direito, que tal aplicação só em escassa medida se baseia na subsunção lógica e em juízos de índole totalmente distinta e que o pensamento orientado a valores é imprescindível na Jurisprudência e não pode equiparar-se a valores pessoais. A metodologia jurídica não é nem lógica jurídica formal, nem instrução sobre a técnica de solução de casos. A interpretação, e tudo o que ela em si coenvolve, não é uma atividade que possa realizar-se somente de acordo com regras estabelecidas; carece sempre da fantasia criadora do intérprete.⁹⁴

Terá também a metodologia de proceder a uma autorreflexão. Uma das exigências mais relevantes é, no nosso sistema jurídico, a vinculação da Jurisprudência dos tribunais à lei e ao Direito. Como deve a metodologia comportar-se, quando o ordenamento jurídico de cuja Jurisprudência se trata não se limita a indicar ao juiz que proceda de acordo com a doutrina aceite, mas também ele mesmo oferece indicações pormenorizadas para a interpretação e integração de lacunas? As regras metodológicas da interpretação e da concretização de normas jurídicas têm, por um lado, que cumprir, naturalmente, as condições hermenêuticas e, por outro, estão, por sua vez, assim como as normas a interpretar, a serviço de uma criação e do desenvolvimento do Direito, conforme o sentido e a substância e, portanto, devem ser vistas sempre sob esse aspecto.⁹⁵

As proposições jurídicas são regras de conduta ou de decisão⁹⁶ expressas em forma de linguagem. Para cumprir essa função, têm de ser aplicadas.⁹⁷ A problemática do procedimento silogístico referido reside, principalmente, como desde há muito se reconheceu, na correta constituição das premissas, especialmente da premissa menor. No que respeita à premissa maior, não se pode, decerto, admitir que possa ser retirada simplesmente do texto da lei. Ao invés, toda lei carece de interpretação e nem toda proposição jurídica está, de modo algum, contida na lei.⁹⁸ No silogismo que serve de base à aplicação do Direito, não se subsumem conceitos mais restritivos a outros mais extensos, mas fatos à previsão configurada na lei. Vendo bem, não são os fatos que são subsumidos, mas enunciados sobre uma situação de fato ocorrida como tal.

Como o processo de definição e o de derivação lógica por meio do silogismo de subsunção não podem ser indefinidamente prosseguidos, necessita-se, mais cedo ou mais tarde, de certos juízos elementares que se assentam em percepções (próprias ou alheias) ou em determinadas experiências, em especial as que pertencem ao âmbito das experiências sociais. Já por esse motivo é problemático qualificar a formação da premissa menor somente como subsunção, pois com isso se obstaculiza a participação decisiva do ato de julgar.

A coordenação de um fenómeno da vida a um tipo ou esfera de sentido de uma pauta carecida de preenchimento não é subsunção, mas coordenação valorativa. Por isso, em vez de processo de subsun-

ção, dever-se-ia falar da coordenação da situação de fato à previsão de uma norma jurídica. A conclusão do silogismo de determinação da consequência jurídica tampouco é suficiente para a determinação da consequência jurídica no caso particular. O esquema do silogismo simplifica de maneira inapropriada. Para a determinação definitiva e precisa da consequência jurídica, requerem-se indagações ulteriores, frequentemente muito pormenorizadas.⁹⁹

A MISSÃO DA INTERPRETAÇÃO NO PROCESSO DE APLICAÇÃO DA LEI

A interpretação da lei é um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de fato definitiva como enunciado, a partir da situação de fato em bruto, atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis. Precisa-se, então, o conteúdo das normas a aplicar, atendendo à situação de fato, tanto quanto seja necessário. O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica de acordo com a aplicabilidade da norma precisamente a uma situação de fato dessa espécie.¹⁰⁰

Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende do fato de a linguagem corrente de que a lei se serve não utilizar, ao contrário de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências (exatas), conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas de termos mais ou menos flexíveis, cujo significado oscila dentro de uma margem que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objetiva, o contexto do discurso, a colocação da frase, a entonação da palavra etc.

Muitos conceitos jurídicos e precisamente os mais importantes não estão definidos na lei ou resultam incompletos ou equívocos. Com frequência, uma mesma expressão é usada em diferentes leis, e na mesma lei, em sentidos diferentes. O juiz que se ocupa da interpretação de disposições legais especiais tem de indagar que conteúdo e que delimitação o legislador deu ao conceito em geral, mas em particular à lei especial a aplicar e por último à norma singular aplicável.

A necessidade da interpretação pode ainda resultar de que duas proposições jurídicas prescrevem para a mesma situação de fato duas

consequências jurídicas que reciprocamente se excluem. Mas mesmo quando as consequências não se excluem, surge a questão se deve ter lugar uma a par com a outra, ou se uma norma repele a outra. A missão da interpretação da lei é evitar a contradição entre normas, responder a questões sobre concurso de normas e concurso de regulações e delimitar, uma em face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível.

Objeto da interpretação é o texto legal como portador do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação. Interpretação é desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto mas, de certo modo, ainda oculto. Evidentemente, o intérprete nunca se comporta aí de modo puramente passivo. O texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata. Só responde a quem o interroga corretamente. A pergunta é previamente dada àquele que quer aplicar a lei pela situação de fato em bruto e pela sua transformação em situação de fato definitiva.¹⁰¹ Pelo menos aí reside a participação do intérprete no resultado da interpretação. A formulação da pergunta limita também as respostas possíveis, e cada nova interpretação de uma norma pelo tribunal modifica a aplicação efetiva da norma, sua prática. O intérprete não quer dar a sua interpretação se bem que seja sempre a sua.

Embora toda e qualquer interpretação encerre a pretensão de ser uma interpretação correta, não existe uma interpretação absolutamente correta, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade e permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma perante novas questões; tampouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação tem sempre uma referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes.

Para Cruet, a Jurisprudência é uma coleção de experiências jurídicas renovadas constantemente, nas quais se pode tomar ao vivo a reação dos fatos sobre as leis.¹⁰²

Só a uma mutação fundamental, que contrarie a continuidade da Jurisprudência e a confiança do cidadão de que a sua questão será resolvida de acordo com as pautas até aí vigentes, o intérprete não se

deve subtrair, mormente quando ela tenha encontrado expressão em leis mais recentes ou se assente num amplo consenso.

O procedimento da interpretação não é o de um pensamento linear que avança só numa direção, mas o de um esclarecimento recíproco, e a confirmação ou rejeição que dele decorre, de cada conjectura de sentido. Tais enunciados estão, assim como qualquer enunciado, submetidos à exigência de correção. Mas, enquanto atividade conduzida metodicamente, que está dirigida a obter enunciados corretos, ou seja, adequados, a interpretação só é atividade científica se nos libertarmos da estreiteza do conceito cientificista de ciência.¹⁰³

Na lei, como objetivação da vontade do seu autor dirigida à criação de uma regulação jurídica, confluem tanto as suas ideias subjetivas e metas volitivas, como certos fins e imperativos jurídicos objetivos, em relação aos quais o próprio legislador não necessita de ter consciência, ou de a ter na plenitude. Todo legislador tem que partir das ideias jurídicas e também das possibilidades de expressão da sua época. Com o decurso do tempo, certas questões perdem importância, e outras vêm a surgir. Quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo. Acontece com isso que a própria lei participa até certo ponto do fluir do tempo; todavia está presa à sua origem. Assim a interpretação não deve descurar a intenção reguladora e as decisões valorativas do legislador histórico, a não ser que estejam em contradição com as ideias reitoras da Constituição atual ou com seus princípios jurídicos reconhecidos.

O escopo da interpretação só pode ser o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, ou seja, o sentido normativo da lei, que há de considerar as intenções de regulação e as ideias normativas concretas do legislador histórico. A expressão vontade da lei encerra uma personificação injustificada da lei, que só é apropriada para encobrir a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo em permanente reformulação da lei.

Dentre os fatores que dão motivo a uma revisão e a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma grande importância à alteração da situação normativa.¹⁰⁴ Mas nem toda a modificação de relações acarreta por si só uma alteração do conteúdo da norma. Existe

a princípio uma relação de tensão que só impele a uma solução, por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito, quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser evidente.

A nova interpretação, para continuar a ser interpretação, tem de se manter ainda nos quadros do sentido literal e também no contexto da lei, não sendo lícito sobrepor-se ao escopo da lei. Algo distinto ocorre quando o escopo originário se tornou inatingível ou se desvaneceu. Então há de logo perguntar-se se a lei é capaz de cumprir outro fim racional nos quadros da ordem jurídica atual e atendendo às relações atuais. Se não for esse o caso, então a lei é inaplicável.

Mas frequente é o caso em que também o fim originário, para continuar a ser atingível, reclama, em face à alteração das relações, outra interpretação, quer mais ampla, quer mais restrita.

De par com a alteração da situação normativa, existem fatos tais como modificações na estrutura da ordem jurídica global, uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da *ratio legis* ou dos critérios teleológico-objetivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Durante um tempo intermédio, podem ser plausíveis ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia conforme a Constituição deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme de acordo com a Constituição.

Igualmente as decisões judiciais representam uma enunciação linguística da ideia jurídica nelas expressada. Carecem de interpretação em maior medida ainda do que as leis. A interpretação de resoluções judiciais tem sido surpreendentemente descurada na teoria, ao contrário da interpretação das leis e dos preceitos jurídicos. Na interpretação de resoluções judiciais, trata-se de reconstituir o processo de raciocínio do tribunal e de pôr a claro o alcance das ideias expressas, de delimitá-las

mais claramente, e também de separar os fundamentos que estão na base da resolução daquilo que é só adorno decorativo. Para averiguar a opinião jurídica do tribunal, não se dispõe em regra de outra fonte de conhecimento que não seja a própria sentença reduzida a escrito. São decisivos o sentido literal e o contexto significativo.

Não raras vezes os tribunais tendem a expressar, em relação ao caso a decidir, uma concepção jurídica que vai mais longe do que o que teria sido necessário para a resolução desse caso, tendo o próprio tribunal tomado consciência disso. Num tal caso, a missão da interpretação é reconduzir a formulação, demasiado ampla, ao âmbito de aplicação mais estrita. Os próprios tribunais procedem desse modo para fazer ver que uma resolução anterior não representa um precedente para a decisão que há de encontrar-se agora.

Tais teses não são outra coisa senão destilações dos fundamentos da resolução, que, por seu lado, estão referidos ao caso e carecem em grande medida de interpretação. Com a sua formulação ao jeito de proposições jurídicas, cria-se a aparência de que, desligadas da situação de fato resolvida, cabe-lhes o caráter de uma regra já estabelecida e uniformemente aplicável. Desconhece-se que o juiz, que tem justamente o caso a decidir, está ainda muito menos em posição de examinar todas as possibilidades futuras de aplicação da sua tese do que o legislador. As resoluções judiciais e as suas fundamentações não são só objeto de interpretação, mas também de crítica científica, que não raras vezes se orienta a uma ideia jurídica não expressada, ou que o é só de modo alusivo, na fundamentação, e da qual o próprio tribunal não teve de todo consciência, mas que permite fundamentar mais ajustadamente a resolução final, torná-la consciente e pôr a claro o seu alcance.¹⁰⁵

Por outro lado, embora a interpretação da lei constitua a tarefa imediata de uma Jurisprudência dirigida à prática jurídica, a Jurisprudência nunca se esgotou nisso. Sempre se reconheceu que toda lei contém inevitavelmente lacunas e que os tribunais têm competência para colmatar as lacunas da lei. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito “superador da lei” só deve ter lugar em consonância com os princípios diretivos da ordem no seu conjunto; mas muitas vezes será motivado precisamente pela aspiração a fazer valer esses princípios em maior escala do que aconteceu na lei.¹⁰⁶

Do ângulo hermenêutico, discute-se a legitimidade de a interpretação ir além da *ratio legis*, configurando novas hipóteses normativas, quando se admite a possibilidade de que o ordenamento vigente não as prevê, ou até mesmo quando as prevê, mas de modo julgado insatisfatório. Trata-se de um problema interessante, mormente quando se sabe que a hipótese do legislador racional supõe a omnicomprensividade.¹⁰⁷ A interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não devem ver-se como diferentes, mas como distintos graus do mesmo processo de pensamento. A simples interpretação da lei, que seja a primeira ou se afaste de uma interpretação anterior, representa um desenvolvimento do Direito, desenvolvimento do Direito *imaneente à lei*. O desenvolvimento do Direito que esteja para além desse limite, mas dentro do quadro e dos princípios diretivos do ordenamento jurídico no seu conjunto, é desenvolvimento do Direito *superador da lei*. A isso acresce que o juiz, a quem não é lícito denegar a resolução, está em todo o caso obrigado a interpretar a lei e, sempre que ela contenha lacunas, a integrá-las, ao passo que só pode decidir por um desenvolvimento do Direito que supere a lei quando o exijam razões de grande peso.¹⁰⁸

Uma época que identifica o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador, assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça, propende a reduzir a faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e a negar o desenvolvimento aberto do Direito.¹⁰⁹ No século XIX, foi reconhecida a proibição de denegação de justiça, ao atribuir aos tribunais a tarefa de preenchimento das lacunas, contra o que se levantaram vozes que, baseando-se numa avaliação exagerada do pensamento conceitual e de uma plenitude lógica do ordenamento jurídico, afirmavam que esse era isento de lacunas. Contra isso surgiram a Jurisprudência dos interesses e a doutrina do Direito livre, que explicam a grande importância dada ao conceito de lacuna, para permitir ao juiz a faculdade de desenvolver o Direito, em todo o caso dentro dos limites do ordenamento. Se, de um lado, as condições (distinção das atividades legislativa, executiva e judiciária) permitiram a concepção do Direito como norma posta e encarada pelo intérprete como ponto de partida inegável, as necessidades de uma sociedade em mudança, de outro, exigiam o rompimento dessa pretensa atitude acrítica perante o Direito posto.¹¹⁰

A faculdade de desenvolver o Direito cabe indiscutivelmente aos tribunais, sempre que a lei ou o conjunto das normas jurídicas conformadas em lei e no Direito consuetudinário, assim como na Jurisprudência constante, contenham lacunas. Na maioria dos casos em que falamos de uma lacuna da lei, não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto, quer dizer: não existe nenhuma regra para uma certa questão que precisa de regulação. Essas lacunas Larenz qualifica de lacunas de regulação. Não se trata de lei que não possibilite uma resposta em absoluto, a qual teria que ser justamente que a questão não está regulada e que a situação de fato fica sem consequência jurídica. Mas tal resposta significa uma denegação de justiça, se se tratar de uma questão que cai no âmbito da regulação jurídica intentada pela lei e não seja de atribuir ao espaço livre do Direito.

Tanto as lacunas normativas, como as lacunas de regulação são lacunas dentro da conexão reguladora da própria lei. A existência ou não de tal lacuna há de aferir-se do ponto de vista da própria lei, da intenção reguladora que lhe serve de base, dos fins com ela perseguidos e do plano legislativo. O plano regulador que serve de base à lei há de inferir-se dela mesma pela via da interpretação histórica e teleológica.

A fronteira entre uma lacuna da lei e uma falha da lei, na perspectiva da política legislativa, só pode traçar-se na medida em que se pergunta se a lei é incompleta comparada com a sua própria intenção reguladora ou somente a decisão nela tomada não resiste a uma crítica de política legislativa. Certamente, em ambos os casos, trata-se de uma questão de valoração e não, por exemplo, de um juízo sobre fatos ou de uma conclusão lógica. Mas a pauta de valoração posta como base é diferente em cada passo: num caso, é a intenção reguladora e a teleologia imanente à própria lei; no outro caso, são pautas de uma crítica, fundamentada em termos de política legislativa e dirigida à lei. Se a lei não está incompleta, mas defeituosa, então o que está indicado é não uma integração de lacunas, mas, em última instância, um desenvolvimento do Direito superador da lei.¹¹¹

Resta uma parte que Canaris denomina de lacunas de princípios ou de valores. Além disso, os casos em que a evolução da técnica, das relações econômicas e sociais tornam exigível a regulação de um

setor que antes podia ficar por regular. Para integrar essas lacunas, é chamado primeiro o legislador. Só ele está em situação de promulgar normas cujo cumprimento será daí em diante obrigatório para todos. A divisão de poderes, estabelecida no Estado de Direito, exige da administração da Justiça que respeite o primado de criação de normas pelo legislador, o que não exclui que, perante a recusa do legislador, ela não tente encontrar regras sempre que de outro modo surja uma situação que não seja compatível com as exigências elementares do Direito relativamente a um mínimo de segurança jurídica e de justiça. Daí, todavia, não se pode deduzir uma faculdade genérica ou simplesmente obrigação da Jurisprudência de colmatar tais lacunas de Direito que não são lacunas da lei.

Contra o conceito de uma lacuna do Direito, há que objetar que não se ajusta à ideia de uma interpretação contrária ao plano. Só se pode falar de um plano em relação à lei, não em relação à ordem jurídica no seu conjunto, que está demasiadamente ramificada e concebida em constante evolução para poder ser arrumada em todas as partes num plano unitário. É certo que, para todas as regras de uma ordem jurídica, vale o requisito da ausência de contradição lógica, da compatibilidade material e da concordância de valores; mas a dissociação temporal da regulação de diferentes setores cuida que nem sempre seja possível evitar as contradições de valoração. A concordância interna das normas jurídicas e dos complexos de regulação é uma tarefa que constantemente se depara ao legislador, à jurisprudência dos tribunais e à ciência do Direito. O sistema interno não é um sistema fechado, mas um sistema aberto, que nunca está concluído. É suscetível de evolução e está sujeito a ela.

Ao juiz deve certamente exigir-se a busca de uma resolução que seja juridicamente fundada, tanto quanto isso seja ainda possível. Na maioria dos casos, as valorações da lei, os princípios imanentes à ordem jurídica ou à natureza das coisas possibilitar-lhe-ão uma resposta fundamentada para a questão jurídica em aberto na lei.¹¹² Mas também poderá sair-se do impasse com analogias ou com o recurso aos princípios gerais de um processo próprio de um Estado de Direito.

Se se diz com frequência que só a lei ou o Direito conformado em regras podem ter lacunas, mas não o Direito como um todo de sentido, contra essa concepção há que objetar que ela desconhece o momento

criador de todo o desenvolvimento do Direito, em especial da integração de lacunas. Assim como o Direito, como espírito objetivo, só existe, só está temporalmente presente, em virtude de aqueles a quem se dirige e que o aplicam dele terem consciência, uma norma jurídica que tem primeiro que ser achada não existe ainda. É, em todo o caso, Direito em potência, mas não em ato, quer dizer, existente na aplicação. Converte-se em Direito em ato, vigente pelo menos factualmente (*Law in action*), só quando é declarada por um tribunal e é tomada, pelo menos num caso, como fundamento da sua resolução.¹¹³ É por isso inteiramente justificado falar de um desenvolvimento judicial do Direito, no sentido de uma nova criação. Isso se reveste para o Direito de particular importância, porque nele não se trata somente da compreensão, mas da sua realização. Assim, no conhecimento judicial, a compreensão da resolução dotada de força jurídica desemboca num ato de configuração do Direito.¹¹⁴

Os tribunais resolvem casos concretos. Uma opinião jurídica expressa por um tribunal, quer se apresente como interpretação, quer como desenvolvimento do Direito imanente à lei ou superador da lei, tem unicamente importância direta para o caso a resolver. Mas o tribunal pretende que a sua resolução esteja de acordo com o Direito vigente. Desse modo, afirma que a interpretação que realiza é adequada, que é necessário integrar lacunas, que está justificado um desenvolvimento do Direito superador da lei. Aqui se inclui simultaneamente a afirmação de que, no futuro, todo caso semelhante há de ser resolvido de acordo com a máxima assim estabelecida. Indiretamente, qualquer resolução judicial pode por isso atuar mediante o conteúdo da sua fundamentação, para além do caso concreto decidido. Vale como precedente não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal no quadro da fundamentação da sentença a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora. Tais precedentes desempenham, na prática dos tribunais, e, portanto, sobretudo no desenvolvimento do Direito, um papel que só dificilmente será sobreavaliado. Se se trata de resoluções de tribunais superiores que, em grande parte, são publicadas, os tribunais inferiores procuram orientar-se por elas na maioria dos casos.¹¹⁵

Apesar disso, a questão se os precedentes são fontes do Direito vigente, se eles se equiparam ao Direito legal não pode ser simples-

mente respondida de modo afirmativo. Tampouco estão os tribunais vinculados aos precedentes como estão, por exemplo, à lei. Não é o precedente como tal que vincula, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada. Porém, todo juiz que haja de julgar de novo a mesma questão pode e deve decidir independentemente, segundo a sua convicção formada em consciência. Portanto, o juiz não deve aceitar cegamente o precedente. Não só está habilitado, mas obrigado a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorreta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão tem de ser resolvida de outro modo por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto.

Quando se formaram novas regras e mesmo institutos jurídicos pela via do desenvolvimento judicial do Direito, isso não aconteceu as mais das vezes de forma que, de imediato, se tivesse a regra acabada ou mesmo uma regulação detalhada, mas pouco a pouco, de certo modo por via experimental. Primeiramente foi expresso somente o princípio, que só foi concretizado em resoluções posteriores; ou, então, a regra primeiramente expressa para um grupo de casos rigorosamente delimitados foi posteriormente alargada a outros grupos de casos.¹¹⁶ Tem que se evitar que o processo de ulterior esclarecimento, desenvolvimento e precisão, que só pode ter lugar em relação a outros grupos de casos, seja rompido demasiado depressa pelo comprometimento imediato em relação a um precedente, ou seja, dirigido numa falsa direção. Mas era o que aconteceria se se quisesse atribuir a todo precedente a autoridade e vinculatividade de uma lei. Os precedentes e o Direito judicial deles procedentes podem, por isso, se os tribunais os seguem e o tráfego jurídico se orienta por eles, conseguir a mesma vigência fática ou efetividade que uma lei. Em contrapartida, a validade normativa, quer dizer, uma exigência que devem cumprir os tribunais, os órgãos administrativos e os indivíduos não lhes cabe em regra. Qualificá-los como fontes do Direito depende daquilo que por tal se entenda. Se se qualificam como fontes do Direito todos aqueles fatores que cooperam na criação e no desenvolvimento posterior do Direito, então a Jurisprudência, mas também a ciência do Direito são fonte de Direito. Em contrapartida, se por fonte de Direito se entende só a base do nascimento de uma norma jurídica que pretende validade

normativa, no sentido de vinculatividade, nesse caso fontes de Direito estadual interno só o são a legislação e o uso originário numa convicção jurídica geral (como fonte de Direito consuetudinário).

Mas, nesse caso, tem que se acrescentar que as normas só podem desenvolver a sua produção de efeitos segundo o modo como sejam entendidas por aqueles que são chamados à sua aplicação. Os precedentes contribuem para isso e são por essa razão uma fonte de conhecimento jurídico.

Uma Jurisprudência constante pode, certamente, adquirir vinculatividade se se converte em base de um Direito consuetudinário. Mas, para isso, de modo algum é já suficiente um período considerável de tempo em que se manifesta constante; o fator tempo não deve sequer considerar-se decisivo. O fundamento da validade do Direito consuetudinário é a convicção jurídica geral que se manifesta num uso constante. Para isso não basta que uma determinada orientação jurisprudencial seja aceita sem contradição ou quase sem contradição; antes é necessária a formação de uma convicção jurídica nos círculos participantes, isto é, não somente entre os juristas.¹¹⁷ Por convicção jurídica não se há de entender só a expectativa de que os tribunais procederão segundo essa máxima, mas a convicção de que isso deve ser de Direito, de que se trata de uma exigência que indubitavelmente é a do Direito. Nem sempre é fácil julgar se existe uma tal convicção jurídica. Dependerá de a Jurisprudência em questão achar predominante aceitação ou também contradição na literatura e na opinião pública, de quão rapidamente se impõe e da medida em que está de acordo com convicções já manifestadas. Onde mais genuinamente se poderá afirmar a formação do Direito consuetudinário pela via da Jurisprudência dos tribunais é quando se trata de uma concretização de princípios ético-jurídicos que há muito tempo foram acolhidos como tais na consciência jurídica geral; em contrapartida, será em termos mínimos no âmbito de regulações predominantemente técnico-jurídicas.

Se tampouco os tribunais estão vinculados aos precedentes, cabe perguntar se não tem o seu próprio peso determinante o fato de um tribunal superior ter já resolvido num certo sentido uma determinada questão jurídica. Se a Jurisprudência muda, sem que tal fosse previsível, podem advir para eles sérios inconvenientes, o que deve ser levado em

consideração. Isso conduziria a que os tribunais estivessem vinculados a uma Jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou econômicas.

A ASPIRAÇÃO A UMA RESOLUÇÃO JUSTA DO CASO

O juiz que interpreta uma lei o faz à vista de um caso concreto que tem de resolver, assumindo como missão resolver justamente o caso que lhe foi submetido.¹¹⁸ É lícito supor na lei a tendência para possibilitar soluções que satisfaçam a Justiça. O juiz entende por uma resolução justa do caso aquela que dê conta do interesse legítimo de ambas as partes, estabelecendo uma ponderação equilibrada e que, por isso, pode ser aceita pelas partes, na medida em que também considera adequadamente o interesse da parte contrária. Mesmo que essa meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem moral.¹¹⁹

A justiça da resolução do caso é, portanto, certamente, uma meta desejável da atividade judicial, mas não um critério de interpretação de par com os outros. Isso não quer dizer que a aspiração a uma solução equitativa não deva desempenhar qualquer papel na interpretação, pois é dela que parte continuamente o impulso para repensar de novo a interpretação da lei e para achar novos pontos de vista. Qual a solução justa no caso concreto é algo que pode ser muito problemático: para alguns casos não existe seguramente uma solução que seja a única justa, mas existem resoluções que são de modo evidente injustas.

Que o juiz está subordinado à Justiça não altera nada em relação a que ele há de, nos termos da Constituição, resolver segundo a lei, e não segundo uma convicção de retidão pessoal, já não coberta pela lei; a não ser que a própria lei deixe ao juiz uma margem de apreciação e valoração pessoal em relação à sua interpretação e à concretização das pautas e valoração nelas contidas. A aspiração a uma justiça do caso é assim um fator legítimo no processo de decisão judicial, conquanto não induza o juiz a manipular a lei de acordo com as suas convicções. O Estado de Direito não pode renunciar, sobretudo nas complexas

relações do nosso tempo, nem às leis bem pensadas, nem a uma magistratura que tome a sério a sua vinculação à lei e ao Direito.

Para Jacques Derrida, para ser justa, a decisão de um juiz deve não apenas seguir uma regra de Direito ou uma lei geral, mas deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor, por um ato de interpretação reinstaurador, como se a lei não existisse anteriormente, como se o juiz a inventasse ele mesmo em cada caso.¹²⁰ O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá.¹²¹

Para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que ela seja ao mesmo tempo regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para reinventá-la em cada caso, (re)justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio.¹²²

CONCLUSÃO

A despeito de suas diferentes matrizes de pensamento e do diverso desenvolvimento que proporcionam, alguns pontos em comum podem ser extraídos das lições de Hans Kelsen e de Karl Larenz. Assim, pode-se dizer que os dois teóricos pensam o Direito como uma ciência basicamente normativa. É certo que a perspectiva normativa em Kelsen é mais acentuada que em Larenz; embora a relação entre normas e valores não tenha passado despercebida a Kelsen, o peso atribuído às primeiras, como necessária à obtenção de uma verdadeira ciência, obscurece a importância dos últimos.

Por outro lado, a atividade judicial assume em ambos um importante relevo em face da atividade do legislador. Eles não compreendem como se pode encontrar uma única resposta correta para os problemas jurídicos que se apresentam. Uma pluralidade de significações pode ser encontrada.

Outra semelhança, por fundamento completamente diverso, é a que existe quanto à possibilidade de criação jurídica por um órgão aplicador do Direito, que em Kelsen é um intérprete autêntico e somente ele pode preencher lacunas.

Todavia, um dos temores de Kelsen, o de que a ciência do Direito pudesse se perder em meio a valorações, que não seriam absolutas, deixando a cientificidade de ser uma marca, porque não caberia à doutrina discutir em que medida uma lei ou decisão atenderia aos valores buscados pelo Direito, demonstra Larenz ser infundado.

Não é possível que nenhuma ciência, dita humana ou social, possa estar isenta de valorações, seja porque as ciências sociais se ocupam de atos humanos e não podem abstrair do sentido destes, seja porque a estrutura do compreender e a do fazer ciência não estão isentas de valores, seja, ainda, por outro lado, porque a forma de conceber e trabalhar o Direito exige, com a presença do tipo, o necessário preenchimento valorativo. Em verdade, mesmo a ausência de tipo normativo impele a realização de escolhas axiológicas, entendidas por Kelsen como atos de vontade, mas que não se situam fora do âmbito da Ciência do Direito, como demonstra Larenz.

Divergem os autores quanto ao entendimento da simultaneidade que conferem aos momentos de criação/interpretação e aplicação da norma. Em Kelsen ele não passa de manifestação de sua cadeia de normas superiores-fundantes e inferiores-fundadas, de questão de competência conferida pela ordem jurídica, de obediência à Constituição.

Especificamente no tocante ao problema que moveu o questionamento inicial, qual seja, o papel da interpretação, pode-se dizer que ali onde Kelsen parece parar suas análises, é onde Larenz mais avança e contribui de forma inovadora para o entendimento do Direito em sua dimensão criativa, complementadora de lacunas, e que busca alcançar uma decisão, mais que necessária para superar conflitos, a que melhor se adapta ao caso em análise.

Nesse ponto suas lições se distanciam tanto quanto é possível conceber entre um rio duas margens, em que de um lado exista uma teoria que se pretende pura, por considerar que a isenção de valores estabiliza e confere cientificidade a uma ciência humana, e de outro lado, uma concepção que, assumindo toda a herança da hermenêutica filosófica, com a inegabilidade da presença de (pré)conceitos e da inerente carga axiológica do sujeito-cientista, agrega à postura do intérprete, em especial à do juiz, o relevante papel de desenvolver o Direito, dentro e para além dos marcos já existentes.

A ordem jurídica não existe de forma independente do processo de compreender; ela é constituída por esse mesmo processo. Para Karl Larenz, interpretar é antes de tudo uma atividade de mediação, pela qual o intérprete compreende o sentido do texto. Mas para isso ele interroga o contexto, o seu próprio conhecimento do objeto de que o texto trata, a situação que deu origem ao texto, assim como outras circunstâncias relevantes, chegando a uma conclusão de que é uma opção entre diferentes possibilidades de interpretação, com o fim de aplicar o Direito, o que requer o desvendar da valoração nele imposta, e de possibilitar uma solução justa.

A aplicação do Direito não pode separar-se da interpretação e do desenvolvimento do Direito. Assim, ao lado de manter e reafirmar a integridade do sistema, ao juiz, o intérprete que nunca se comporta de modo puramente passivo, cabe a tarefa de compreendê-lo, desenvolvê-lo, colmatando suas lacunas e às vezes superá-lo, conduzindo-o por onde o legislador ainda não trilhou, procedendo a uma transformação que reaviva sua função social.

NOTAS

- 1 Como declara Willis Santiago, “Na verdade, [...] nunca houve uma ruptura de paradigma em ciência jurídica, ou seja, ele vem evoluindo, desde que se tornou visível, em Roma, até nossos dias, sem as ‘revoluções’ detectadas por T. S. Kuhn no terreno da física. A nossa ciência, portanto, para usar os seus termos, sempre teria sido ‘normal’, o que talvez se explique pela circunstância de ela ser ‘normativa’” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 248).
- 2 Willis Santiago Guerra Filho fala de um paradigma científico-jurídico predominante em nosso país, especialmente na área do Direito Público, ainda fortemente influenciado pela ortodoxia kelseniana (**Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159).
- 3 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 33.
- 4 *Ibidem*, p. 5, 16.
- 5 COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. 6^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65.
- 6 *Ibidem*, p. 65
- 7 KELSEN, Hans, op. cit., p. 20.
- 8 COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., p. XV.
- 9 *Ibidem*, p. 61.
- 10 *Ibidem*, p. 68.
- 11 SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 61-62.
- 12 KELSEN, Hans, op. cit., p. 92.
- 13 *Ibidem*, p. 43, 80.
- 14 *Ibidem*, p. 86.
- 15 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 53.

- 16 SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 60.
- 17 KELSEN, Hans, op. cit., p. 82.
- 18 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. IX.
- 19 KELSEN, Hans, op. cit., p. 1.
- 20 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 32.
- 21 KELSEN, Hans, op. cit., p. 85.
- 22 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 33.
- 23 KELSEN, Hans, op. cit., p. 1.
- 24 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 33.
- 25 GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 186.
- 26 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. XVI.
- 27 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 34.
- 28 *Ibidem*, p. 34.
- 29 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 3.
- 30 KELSEN, Hans, op. cit., p. 87.
- 31 *Ibidem*, p. 27.
- 32 *Ibidem*, p. 101.
- 33 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 39.
- 34 KELSEN, Hans, op. cit., p. 8-9, 11.
- 35 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 9.
- 36 KELSEN, Hans, op. cit., p. 84.
- 37 *Ibidem*, p. 33.
- 38 *Ibidem*, p. 19.
- 39 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. XVII.
- 40 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 43.
- 41 KELSEN, Hans, op. cit., p. 3.
- 42 *Ibidem*, p. 80, 270.
- 43 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 43.
- 44 Cabe destacar que, em Kelsen, a Constituição é apenas resultado de criação, já que não há norma que lhe anteceda, e a decisão judicial é apenas aplicação, pois dela nenhuma outra norma é produzida.
- 45 KELSEN, Hans, op. cit., p. 271, 279.
- 46 *Ibidem*, p. 283.
- 47 KELSEN, Hans, op. cit., p. 51.
- 48 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 12.
- 49 Informa Fábio Ulhoa Coelho que, em obra póstuma, Kelsen afirma tratar-se a norma fundamental uma ficção, no sentido de que contraria a realidade e é contraditória em si mesma, já que não existe como norma. **Para entender Kelsen**. 4. ed. 6ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15.
- 50 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 54.
- 51 *Ibidem*, p. 48.
- 52 *Ibidem*, p. 51.
- 53 *Ibidem*, p. 51.
- 54 KELSEN, Hans, op. cit., p. 81.
- 55 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 56.
- 56 QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003. p. 108-109.
- 57 SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. São Paulo: Graal, 2003. p. 90.
- 58 QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de, op. cit., p. 109.
- 59 *Ibidem*, p. 113.
- 60 KELSEN, Hans, op. cit., p. 72, 75.
- 61 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 19.

- 62 SGARBI, Adrian, op. cit., p. 32.
63 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 2.
64 KELSEN, Hans, op. cit., p. 80-81.
65 *Ibidem*, p. 389.
66 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 59.
67 KELSEN, Hans, op. cit., p. 395.
68 COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 70.
69 Expressão por ele utilizada para significar Ciência do Direito.
70 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 270.
71 LARENZ, Karl, op. cit., p. 274, 275.
72 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 173.
73 LARENZ, Karl, op. cit., p. 283.
74 AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 93.
75 Conferir GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2004. p. 354 e seg.
76 STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 206.
77 LARENZ, Karl, op. cit., p. 289.
78 STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 197-198.
79 LARENZ, Karl, op. cit., p. 294.
80 STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 214.
81 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18.
82 LARENZ, Karl, op. cit., p. 299.
83 *Ibidem*, p. 302.
84 *Ibidem*, p. 307.
85 *Ibidem*, 308-309.
86 *Ibidem*, p. 316.
87 *Ibidem*, p. 316.
88 *Ibidem*, p. 319.
89 *Ibidem*, p. 326.
90 *Ibidem*, p. 329-330.
91 *Ibidem*, p. 334.
92 GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., p. 252.
93 LARENZ, Karl, op. cit., p. 339.
94 *Ibidem*, p. 344.
95 *Ibidem*, p. 346.
96 *Ibidem*, p. 353, 358.
97 *Ibidem*, p. 379.
98 *Ibidem*, p. 383.
99 *Ibidem*, p. 388-389.
100 *Ibidem*, p. 439.
101 *Ibidem*, p. 441.
102 Apud BEZERRA, Paulo César Santos. **A produção do direito no brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2. ed. Ilhéus: Editus, 2008, p. 46.
103 LARENZ, Karl, op. cit., p. 443-444.
104 *Ibidem*, p. 495.
105 *Ibidem*, p. 509.
106 *Ibidem*, p. 519.
107 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 298-299.

- 108 “Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível para construção do Direito” (LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, 1990).
- 109 LARENZ, Karl, op. cit., p. 521. Conforme Plauto Faraco de Azevedo, “Foi a Escola da Exegese, em França, que a partir do Código Civil de 1804, pretendeu reduzir a aplicação do direito à formulação de um silogismo judiciário, ‘cuja premissa maior era formada pela regra de direito apropriada ao caso, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra estavam satisfeitas, sendo a decisão proferida pela conclusão do silogismo’. Refletiu essa Escola uma época e uma situação histórica bem definidas. A burguesia ascendente, vitoriosa com a Revolução Francesa, tendo vazado sua visão de mundo no direito positivo, não poderia admitir sua modificação pela via hermenêutica. Para isto, concebeu um sistema hermenêutico cerrado, sem brechas, em que nada ficava ao arbítrio do juiz, não lhe restando, por conseguinte, nada a criar” (op. cit., p. 96).
- 110 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit., p. 299.
- 111 LARENZ, Karl, op. cit., p. 531.
- 112 *Ibidem*, p. 571.
- 113 *Ibidem*, p. 572-573.
- 114 “Vê-se, portanto, como efetivamente se pode sustentar a tese, que talvez seja a principal, que a mim interessa defender no momento: a de que o Judiciário deve assumir, na atualidade, a posição mais destacada, dentre os demais Poderes estatais, na produção do Direito” (GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., p. 226-227).
- 115 LARENZ, Karl, op. cit., p. 611.
- 116 *Ibidem*, p. 614.
- 117 *Ibidem*, p. 616.
- 118 “Os juízes são independentes e estão sujeitos apenas à lei [...] tornam-se livres para operar com o Direito, a partir do próprio Direito, transformando, pela interpretação, os institutos em que se assentam as bases sociais: propriedade, contrato, família” (GUERRA FILHO, Willis Santiago, op. cit., p.222).
- 119 LARENZ, Karl, op. cit., p. 492.
- 120 DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Tópicos), p. 44.
- 121 STRECK, Lenio Luiz, op. cit., p. 209.
- 122 DERRIDA, Jacques, op. cit., p. 44.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BEZERRA, Paulo César Santos. **A produção do direito no Brasil**: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça. 2. ed. Ilhéus: Editus, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. 6^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Tópicos)

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2004.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (Colab.). **Teoria da ciência jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Ajuris**, 49, Porto Alegre, n. 49, 1990.

QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos**. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. São Paulo: Graal, 2003.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Artigo recebido em: 31-8-2012

Aprovado em: 18-10-2013