



Janeiro de 2021

Universidade do Minho
Escola de Direito

Thiago Coutinho de Oliveira

Entre princípios e regras: os limites interpretativos da
jurisdição





Universidade do Minho
Escola de Direito

Thiago Coutinho de Oliveira

**Entre princípios e regras: os limites interpretativos da
jurisdição**

Dissertação de Mestrado
Ramo de conhecimento: Direito Judiciário – Direitos processuais e
organização judiciária

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Joana Maria Madeira de Aguiar e Silva

Janeiro de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações

CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Universidade do Minho, Braga, 18 de janeiro de 2021.



THIAGO COUTINHO DE OLIVEIRA

Texto futuro

*O que vão descobrir em nossos textos,
não sabemos.*

Temos intenções, pretensões inúmeras.

*Mas o que vão descobrir em nossos textos,
não sabemos.*

*Desamparado o texto,
desamparado o autor,
se entreolham, em vão.*

*Órfão,
o texto aguarda alheia paternidade.*

*Órfão,
o autor considera
entre o texto e o leitor
– a desletrada solidão.*

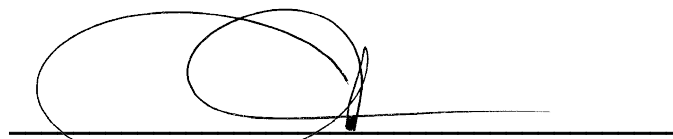
Affonso Romano de Sant'Anna

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, Braga, 18 de janeiro de 2021.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right, positioned above a solid horizontal line.

THIAGO COUTINHO DE OLIVEIRA

RESUMO

O direito é uma linguagem e, como tal, relaciona-se a complexas discussões a respeito dos limites que se podem impor sobre a atividade interpretativa. Nesse contexto, a pesquisa tem por intuito analisar a repercussão sobre o pensamento jurídico do amadurecimento da filosofia da linguagem e da hermenêutica, simbolizados principalmente pelo giro ontológico-linguístico; os problemas que envolvem a tradicional sistematização das fontes do direito (formais e materiais) e dos padrões normativos consagrados pelo pensamento jurídico atual (regras e princípios); e os constrangimentos que se operam sobre o intérprete no desempenho de sua atividade à luz das dimensões da linguagem (hermenêutica e apofântica), tendo em conta a constante busca de legitimidade que deve orientar a atividade jurisdicional. A técnica de pesquisa utilizada foi o levantamento bibliográfico, que foi associado à eventual consulta de pesquisas e decisões judiciais na internet. Os resultados atingidos apontam para a impossibilidade de se estabelecerem limites à atividade compreensiva do intérprete, mas ratifica a viabilidade de se imprimirem critérios de racionalidade sobre a interpretação, que explicita a compreensão, especialmente na esfera de fundamentação das decisões judiciais.

Palavras-chave: Interpretação jurídica; hermenêutica; padrões normativos; fundamentação das decisões judiciais.

ABSTRACT

Law is a language and, as such, is related to complex discussions about the limits of interpretation by judges. In this context, this research aims to analyze the repercussion on the legal thinking of the maturation of the philosophy of language and hermeneutics, symbolized mainly by the linguistic and ontological turn; the problems that involve a traditional systematization of the sources of law and the normative standards enshrined in current legal thinking (rules and principles); and the constraints that operate on the interpreter in the performance of his activity in the light of the dimensions of language (hermeneutic and argumentative), taking into account the constant search for legitimacy that should guide the jurisdictional activity. The research technique used was the bibliographic survey, which was associated with the eventual consultation of court decisions and news on the internet. The results achieved point to the impossibility of establishing limits to the understanding activity of the interpreter, but it confirms the feasibility of printing some rationality on the interpretation, which explains the understanding, especially in the context of reasoning of judicial decisions.

Keywords: Legal interpretation; hermeneutics; normative standards; grounds for judicial decisions.

ÍNDICE

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
Introdução.....	1
Capítulo 1 – Linguagem e interpretação como questões centrais na atividade jurídica.	3
1.1. Língua e linguagem à prova do tempo. Perspetivas lógico-filosóficas sobre o tema.....	3
1.2. A interpretação como atividade inerente à vivência humana. O desenvolvimento da hermenêutica.....	14
1.3. O direito como linguagem. Repercussões do amadurecimento da filosofia da linguagem e da hermenêutica sobre o direito. Interpretação e argumentação no pensamento jurídico atual.	27
Capítulo 2 – A interpretação (aplicação) do direito.....	45
2.1. Interpretação e norma jurídica: o papel construtivo do intérprete.	45
2.2. O problema das fontes do direito I – O conceito de direito.....	55
2.3. O problema das fontes do direito II – Padrões normativos consolidados no pensamento jurídico: regras e princípios.....	67
Capítulo 3 – Os limites impostos à interpretação jurídica. Motivação das decisões e sua relação com o Estado democrático de direito.	80
3.1. Tradição, autoridade e a distinção semântico-estrutural dos padrões normativos consolidados.....	80
3.2. Os princípios na voz de Hermes: a ponderação como subterfúgio do arbítrio.	89
3.3. Discurso e argumentação; consenso e verdade. Limites da interpretação no campo do direito.	101
CONCLUSÕES.....	112
BIBLIOGRAFIA.....	116

Introdução

O fascínio pela linguagem é algo que acompanha o homem em sua escalada pelo conhecimento e entendimento da própria existência. Considerada por alguns um instinto pelo qual se acede à natureza humana, a linguagem é uma rica fonte de discussões que atravessam os séculos e ganham voz em expoentes do pensamento filosófico. O fenômeno interpretativo, pelo qual o mundo, vertido em linguagem, é assimilado, também é imerso em debates que cruzam tempo e espaço em busca de compreensão. No meio desse campo, o direito¹, uma linguagem peculiar sedimentada nos ideais comunitários de justiça, probidade e retidão, funciona como elemento aglutinador dos questionamentos que se lançam sobre os limites que se podem impor aos juízes e tribunais no exercício da função jurisdicional, compreendida como um ato essencialmente interpretativo. E esse é o palco em que se desenvolve esta dissertação.

No primeiro capítulo, busca-se analisar de que forma a linguagem e a interpretação constituem a própria essência do direito. Inicia-se pelo amadurecimento da maneira pela qual a linguagem é compreendida, partindo da filosofia clássica grega, passando pelos expoentes da filosofia ocidental e chegando, com a viragem linguística, ao prestígio da linguagem como atributo intersubjetivo dotado de função performativa. Em seguida, o enfoque recai sobre o desenvolvimento da hermenêutica, desde as primeiras análises de Aristóteles até à concepção gadameriana de hermenêutica filosófica. Na última parcela do capítulo, expõem-se as repercussões sobre o pensamento jurídico das mudanças narradas anteriormente, no intuito de apontar a viragem linguística e o giro ontológico como acontecimentos que se fizeram sentir nesse ramo do conhecimento.

O segundo capítulo aborda o fenômeno da interpretação do direito, que se confunde com a sua própria aplicação. Começa-se pela distinção entre texto e norma jurídica e pelo papel criativo desempenhado pelo intérprete, que efetivamente «constrói» o sentido extraído do texto interpretado numa operação que não é asséptica. Segue-se, então, para a análise das fontes do direito, primeiro com destaque para a concepção de direito e para a problemática estruturação das fontes em formais e materiais. Na sequência, o estudo se direciona aos padrões normativos

¹ Por opção estilística, o presente texto adota iniciais maiúsculas exclusivamente nas hipóteses de uso segundo a norma culta. Nas situações em que o uso é facultativo, a exemplo dos nomes que se referem a áreas do saber e correntes científicas ou filosóficas, serão utilizadas iniciais minúsculas. Quanto à formatação das referências, utilizam-se as diretrizes da NP 405.

consagrados pelo pensamento jurídico atual, notadamente as regras e princípios, e à maneira como esses padrões repercutem na esfera de aplicação do direito.

A etapa final desta dissertação se concentra nos constrangimentos que se impõem sobre o intérprete na aplicação do direito e na relação existente entre fundamentação das decisões judiciais e legitimidade. Seu primeiro subcapítulo está voltado à complexidade da linguagem em suas dimensões hermenêutica e apofântica, à necessidade de se reconhecer a primeira como constituidora de sentido e ao caráter enunciativo da distinção que se propõe entre princípios e regras. O segundo se projeta sobre a arbitrariedade capaz de inquinar a atuação jurisdicional, ainda que travestida de tecnicidade, e a relação desse fenômeno com a negligência da dimensão compreensiva da linguagem. O terceiro foca nos constrangimentos epistemológicos e linguísticos que se impõem sobre o intérprete em sua atividade e no exposto tratamento desses constrangimentos no bojo da fundamentação das decisões judiciais como vetor de legitimidade democrática.

Capítulo 1 – Linguagem e interpretação como questões centrais na atividade jurídica.

1.1. Língua e linguagem à prova do tempo. Perspetivas lógico-filosóficas sobre o tema.

É conhecido o mito segundo o qual o homem, na tentativa de alcançar Deus, ergueu uma enorme torre numa época em que todo o mundo falava apenas uma língua. A audácia e a ambição humanas enfureceram a divindade, que derrubou a torre e espalhou as pessoas em territórios distintos, falando diferentes idiomas, no intuito de confundi-las como punição ao seu atrevimento. Essa narrativa tem respaldo na Bíblia (Torre de Babel)², mas não apenas; o conto sumério «O encanto de Enki – A confusão das línguas», integrante da obra «Enmerkar e o Senhor de Aratta», narra que Enmeru, de Uruk, construiu um imenso zigurate e implorou ao Deus Enki que restaurasse a unidade linguística dos que habitavam aquela grande região para que todos pudessem adorá-lo numa mesma língua, após essa divindade, magoada, ter instalado a discórdia na fala do homem que havia sido única até então³. Em verdade, vários povos, de distintas culturas, têm a sua própria versão do mito de Babel para tentar explicar a diversidade linguística como vetor do pensamento humano.

A existência de tantas línguas talvez reflita a riqueza não somente da humanidade, mas do homem em si. A linguagem é o espelho do espírito, nas palavras de Noam Chomsky⁴. Steve Pinker a considera uma janela para a natureza humana⁵; seu estudo permite descobrir princípios abstratos que governam sua estrutura e uso, princípios que são universais por necessidade biológica – não por mero acaso – e que decorrem de características mentais da espécie humana, representando o que Pinker chamou de o “instinto da linguagem” em seu famoso livro *The language instinct*⁶. Com efeito, a linguagem é indissociável de nossa história, funcionando como intrigante e indispensável engrenagem da máquina sociocultural produto da inteligência humana que, repercutido em cada sujeito, ultrapassa o alcance da vontade ou da consciência.

² Gênesis, 11:5-9: “Então desceu o Senhor para ver a cidade e a torre que os filhos dos homens edificavam; E o Senhor disse: Eis que o povo é um, e todos têm uma mesma língua; e isto é o que começam a fazer; e agora, não haverá restrição para tudo o que eles intentarem fazer. Vinde, desçamos e confundamos ali a sua língua, para que não entenda um a língua do outro. Assim o Senhor os espalhou dali sobre a face de toda a terra; e cessaram de edificar a cidade. Por isso se chamou o seu nome Babel, porquanto ali confundiu o Senhor a língua de toda a terra, e dali os espalhou o Senhor sobre a face de toda a terra.”

³ BORGHI, Martina – **Enmerkar inventa la scrittura**. Sanremo: Leucotea, 2017. Edição digital, *passim*.

⁴ **Reflections on language**, 1971. trad. port. Carlos Vogt (et. al.), *Reflexões sobre a linguagem*. São Paulo: Cultrix, 1980, pp. 9-10.

⁵ Trata-se do subtítulo de sua obra «The stuff of thought», publicada em 2007.

⁶ SOUSA FILHO, Danilo Marcondes – **Textos básicos de linguagem: de Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Edição digital, p. 127.

O fascínio pela linguagem é algo corrente no pensamento de muitos estudiosos que precederam os professores do *Massachusetts Institute of Technology* e de Harvard. A expressão «filosofia da linguagem», representativa dessa área de atuação, pode ser compreendida de duas formas: a primeira delas, estrita, resulta da investigação filosófica sobre o funcionamento da linguagem, razão pela qual é conhecida como «análise da linguagem»; a segunda, mais larga, caracteriza-se pela abordagem crítico-linguística de problemas filosóficos em geral – algo como «crítica da linguagem»⁷. Não são recentes os estudos que desbravaram esse quadrante do saber humano.

Desde os primórdios da filosofia ocidental, na Grécia Antiga, o tema tem sido um de seus pontos de maior interesse. De modo geral, são dois os conjuntos de questões nos quais se desenvolve o pensamento filosófico sobre a linguagem⁸: o primeiro deles se refere ao «sujeito linguístico», enfocando na relação entre a linguagem e o pensamento (é a linguagem sempre uma expressão do pensamento previamente constituído e que por ela se explicita? Trata-se de uma maneira de compreender o pensamento?); o segundo se relaciona à «praxe da linguagem», ou seja, ao seu caráter «intersubjetivo», na análise de Habermas em seu *The theory of communicative action* – o que será adiante tratado. As duas abordagens são exuberantes em reflexões, obras e questionamentos que fazem enriquecer ainda mais o pensamento filosófico geral, desnudando a indelével relação da linguagem com tudo o que nos rodeia e mesmo o que nos é interno.

O ponto inicial desse fecundo processo de reflexões sobre a linguagem, para muitos, está em Platão (428–347 a.C.)⁹. No diálogo travado entre Sócrates e Teeteto, Platão retrata que o conhecimento é indissociável da linguagem, de maneira que analisá-lo é se debruçar, antes de tudo, sobre a própria linguagem. Esse diálogo é encerrado num impasse conhecido como «aporia da diferença»¹⁰, a respeito das relações conflituosas entre linguagem e realidade – o que vem a

⁷ COSTA, Cláudio Ferreira – **Filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Zahar, pp. 7-8.

⁸ SOUSA FILHO, *op. cit.*, p. 135.

⁹ São exemplos R. Harris e T. Taylor, «Landmarks of linguistic thought». (*Ibidem*, nota 1).

¹⁰ Aporia, como se sabe, é um dilema filosófico invencível, incontornável. Especificamente quanto à aporia da diferença, Deleuze a denomina também de *diaphora* e a sintetiza da seguinte forma: “assim como o pensamento exige para a diferença uma transcendência em relação à ‘opinião’, também a opinião exige para si mesma uma imanência da diferença” (DELEUZE, Gilles – **Différence et répétition**, 1968. trad. por. Luiz Orlandi e Roberto Machado, *Diferença e repetição*. São Paulo: Paz e Terra, 2018. Edição digital, p. 147). A compreensão do impasse não é das mais simples, a nosso ver. Sócrates questiona Teeteto sobre o significado do conhecimento e recebe como resposta a indicação de várias artes e disciplinas. Diante disso, o filósofo ateniense insiste afirmando que gostaria de saber a própria essência do conhecimento, e não as suas várias modalidades, e seu interlocutor assevera que o conhecimento seria não mais do que uma «sensação». Entretanto, em assim sendo, qual seria então a distinção entre o conhecimento e os sonhos, as alucinações e os delírios psiquiátricos? Prosseguindo no diálogo, Sócrates, de maneira quase poética, afirma

ser desenvolvido no diálogo complementar ao Teeteto, Crátilo. Este, a seu turno, traz-nos o que se conhece como «aporia da origem da linguagem»: para atribuir nome às coisas, terá sido necessário conhecê-las; mas para conhecê-las, terá sido necessário dar-lhes nome. Afinal, qual a contribuição do significado das palavras para o conhecimento das coisas que denominam, diante desse impasse?

Duas são as possibilidades levantadas pelo filósofo ateniense baseado no pensamento daqueles que o antecederam. A primeira, consubstanciada no «naturalismo», aponta que existe uma relação natural entre palavras e coisas, de maneira que aquelas contribuem para o conhecimento destas. A segunda consiste no «convencionalismo», segundo o qual é puramente convencional, arbitrária, a relação entre signos e coisas significadas. Por esta segunda linha, a linguagem seria pouco relevante para a filosofia na medida em que o signo não contribui para o conhecimento da realidade a que se refere. O discurso assumido pelo discípulo de Sócrates no desenvolvimento do diálogo, especialmente quanto ao problema da «variação linguística»¹¹ e à «tese da imitação»¹², acabou por prestigiar a convencionalidade do signo¹³, o que veio a moldar a tradição filosófica e chegou a ser assumido e redescoberto por Saussure séculos depois no desenvolvimento da linguística.

Avançando no tempo, Aristóteles (384–332 a.C.), discípulo de Platão, dedicou-se ao estudo da argumentação, distinguindo argumentos válidos de falaciosos por meio de sua teoria da inferência – entre tantos outros feitos intelectuais do pensador de Estagira. A conhecida lógica aristotélica foi o ponto de partida de significativas investigações voltadas à identificação dos

que pensamento é “um discurso que a alma mantém consigo mesma, acerca do que ela quer examinar” e, quando chega a algum julgamento, tem-se o que se chama de “opinião”. Ao cabo desse trajeto maiêutico, chega-se à ideia de que o conhecimento consiste na “opinião verdadeira acompanhada de explicação racional” e que essa explicação diz respeito à «diferença» entre as coisas. Afinal, o real conhecimento sobre qualquer coisa se dá a partir dos elementos que a distinguem das demais. Contudo, Sócrates adverte Teeteto a respeito da contradição existente nessa ideia: não se pode definir o conhecimento como sendo “a opinião certa aliada ao «conhecimento» da diferença”; trata-se de uma cobra devorando a própria cauda (PLATÃO – **Teeteto – Crátilo**. trad. port. Carlos Alberto Nunes, *Diálogos*, vol. IX, *Teeteto – Crátilo*. Belém: Universidade Federal do Pará, 1973, *passim*).

¹¹ Se há termos distintos para nomear as mesmas coisas em línguas diferentes, como defender que há uma relação natural entre signos e coisas significadas? O naturalismo assume o argumento frágil de que teria existido uma língua originária, ideal, representativa da verdadeira natureza das coisas. Há, em última análise, uma referência ao mito de Babel que não oferece pistas racionais de como essa alegada língua ideal teria se transformado nas inúmeras línguas faladas na prática.

¹² As onomatopeias são o exemplo mais relevante da tese da imitação, segundo a qual as palavras imitariam as características das coisas. Entretanto, as várias línguas têm também onomatopeias distintas entre si para representar as mesmas coisas. Além disso, Sócrates, no Crátilo, apresenta vários contraexemplos que fazem cair por terra a tese.

¹³ Sendo um diálogo aporético, o Crátilo termina em um impasse insolúvel. O convencionalismo, portanto, também não chega a ser admitido por Platão sem questionamentos. A tese, por exemplo, não é capaz de explicar a origem das convenções linguísticas, visto que, sendo a linguagem essencial à sua materialização, como poderiam ser-lhe anteriores?

raciocínios falaciosos, nomeadamente os que incorrem em falsidade (ou falta de fundamento) ou incorreção da argumentação¹⁴. A Aristóteles, portanto, pode ser tributado o mérito de iluminar o campo de equívocos da linguagem.

Mas é ao abordar a aporia da origem da linguagem, desenvolvida por Platão no Crátilo, que o Estagirita ataca a noção de convencionalidade trazida por seu mestre. Em seu «Tratado da Interpretação»¹⁵, Aristóteles apresenta as «afeções da alma» como uma entidade mental que intermedeia palavra e coisa, de maneira a superar a pura arbitrariedade ou convencionalidade do signo sugerida em Platão. Os signos podem ser arbitrários – isso é admitido pelo pensamento aristotélico –, mas essas afeções derivam do conhecimento das coisas, não representando simples arbitrariedade, portanto.

A reflexão platônica sobre a linguagem foi também assimilada e desenvolvida por Santo Agostinho (354-430), cuja filosofia, dotada de originalidade singular, influencia os mais notáveis filósofos que o sucederam¹⁶. O diálogo «Sobre o mestre» é iniciado pelo intrigante capítulo «Finalidade da linguagem», no qual Agostinho faz alguma referência às afeções da alma desenhadas por Aristóteles¹⁷. Já em seu Capítulo X, a obra conclui que a convencionalidade do signo (ou sinal, tudo aquilo que serve para indicar outra coisa) o torna irrelevante, do ponto de vista cognitivo, sobre as coisas, tal qual pensou Platão. A linguagem é incapaz de transmitir conhecimento ou, nas palavras de Agostinho, “as coisas não se aprendem pelas palavras”¹⁸.

Mais de um milênio após Santo Agostinho refletir sobre a linguagem, Descartes (1596-1650), tido como o fundador da filosofia moderna¹⁹, sustentou que a diferença essencial entre o homem e os animais, simples autômatos, é exposta mais claramente por meio da linguagem, particularmente pela habilidade de formar sentenças que expressam novos pensamentos atrelados a novas situações. Apesar de não ter dedicado nenhum texto específico à linguagem,

¹⁴ PENCO, Carlo – **Introduzione alla filosofia del linguaggio**, 2004. trad. port. Ephraim F. Alves, *Introdução à filosofia da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2006, pp. 19-22.

¹⁵ ARISTÓTELES – **Organon**. trad. port. Edson Bini, *Órganon: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas*. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2010, pp. 81-110.

¹⁶ No início de seu «Investigações filosóficas», Wittgenstein faz longa citação às «Confissões» de Agostinho que remete à essência da linguagem humana, o que exemplifica a relevância do pensador para a filosofia da linguagem sistematizada nos séculos subsequentes (**Philosophische Untersuchungen**, 1953. trad. port. José Carlos Bruni, *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pp. 27-28).

¹⁷ AGOSTINHO, Aurélio – **Confessionum, libri tredecim, de magistro**. trad. port. J. Oliveira Santos, A. Ambrósio de Pina e Ângelo Ricci, *Confissões. De magistro (do mestre)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 349-351.

¹⁸ *Ibidem*, p. 388.

¹⁹ RUSSELL, Bertrand – **History of western philosophy**, 1945. trad. port. Hugo Langone, *História da filosofia ocidental*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 91.

Descartes concluiu em seu «Discurso do método» que, sendo a linguagem algo essencialmente humano, as características gerais da estrutura gramatical são comuns a todas as línguas e refletem determinadas propriedades da mente²⁰ – pensamento que dá base ao que Noam Chomsky denomina de “linguística cartesiana”²¹, especialmente considerando o teor da carta de Descartes a Mersenne, de 1629 –, ao passo que em seu «Princípios da filosofia» grifa a linguagem como uma das principais fontes de erro, haja vista que serve de veículo a preconceitos do passado²².

Essa ideia de que a linguagem seria uma fonte de erros foi desafiada por John Locke (1632-1704). Na obra *An essay concerning human understanding*, destacou o aspecto intersubjetivo da palavra, instrumento indispensável para a comunicação. E apesar de ratificar a ideia corrente a respeito do abuso ou imperfeição das palavras, Locke enquadra a linguagem como um instrumento de vital importância para a humanidade, essencial à difusão do conhecimento, inclusive científico, bem como à vida em sociedade²³.

No século seguinte, compreendendo a língua como uma verdadeira invenção dos homens diante da necessidade surgida com o comércio doméstico dos pais, mães e filhos, Rousseau (1712-1778) propõe que a primeira linguagem do homem foi o «grito da natureza», somente emitido em ocasiões urgentes, em decorrência de um tipo de instinto, para clamar por socorro diante de perigos ou por acentuado alívio²⁴. Com o tempo, segundo o filósofo genebrino, passou-se a uma comunicação mais estreita, mediante inflexões de voz e gestos, para denominar objetos e, ao cabo de séculos, explorar discursos sobre a natureza das coisas²⁵.

²⁰ DESCARTES, René – **Discours de la méthode**, 1637. trad. port. Maria Ermantina Galvão, *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 47-66.

²¹ CHOMSKY, Noam – **Cartesian linguistics: a chapter in the history of rationalist thought**. New York: Harper & Row, 1966.

²² SOUSA FILHO, *op. cit.*, p. 708.

²³ **An essay concerning human understanding**, 1689. trad. port. Anoar Aiex, *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, pp. 147-150.

²⁴ George Herbert Mead, a seu turno, sustentou que a linguagem gestual antecedeu a falada, ao contrário do que sugeriu Rousseau. A partir dos gestos, surgiram os sinais, símbolos e, posteriormente, as convenções semânticas intersubjetivas, o que fez com que a linguagem passasse em definitivo a fazer parte da conduta social (SOUSA, Renato Ferreira – George Herbert Mead: contribuições para a história da psicologia social. **Psicologia & Sociedade**. ISSN 1807-0310. vol. 23, n° 2 (2011), pp. 369-378).

²⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques – **Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes**, 1755. trad. port. Laurent de Saes, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: EDIPRO, 2015, pp. 74-80.

Humboldt (1767-1835) empregou abordagem bastante distinta e, digamos, inovadora²⁶ a respeito da linguagem entre os séculos XVIII e XIX. Ele se referiu explicitamente à sua dimensão comunicativa, tal qual Locke pouco antes, mas grifando seu caráter dialógico, abrindo as portas de seu campo pragmático posteriormente desenvolvido diante do caráter eminentemente comunicativo e, portanto, intersubjetivo por ele reconhecido à linguagem²⁷. Para o pensador alemão, uma vez que a linguagem vive na boca do povo, é ela uma produção e reprodução progressiva da capacidade geradora de palavras no seu uso cotidiano de fala, o que viria a se tornar posteriormente o foco do pragmatismo²⁸.

A investida pragmática ensaiada por Humboldt teve seu prosseguimento frustrado no início do século XX. Inspirado na lógica aristotélica²⁹ e valendo-se de sua sólida formação como matemático, Gottlob Frege (1848-1925) falhou ao tentar conferir fundamento lógico à aritmética³⁰. Entretanto, tal qual Cristóvão Colombo – que navegou em busca das Índias e acabou por levar o Velho Mundo à América –, Frege descobriu todo um continente intelectual: a nova lógica e os problemas da filosofia da linguagem, terreno fértil para os filósofos que lhe sucederam³¹. Nesse sentido, Russel (1872-1970), Wittgenstein (1889-1951) e Carnap (1891-1970) se esforçaram para, partindo do logicismo fregeano, formalizar a linguagem comum, traduzindo-a de maneira lógica³².

²⁶ Como se verá adiante, Humboldt antecipou em mais de um século o giro pragmático da filosofia contemporânea que será desenvolvido por pensadores como Head, Wittgenstein (em sua segunda fase), Taylor e Habermas (LAFONT, Cristina – **La razón como lenguaje: una revisión del giro lingüístico en la filosofía del lenguaje alemana**. Madrid: Visor, 1993, p. 54.). Seu papel como iniciador da linguística moderna também pode ser conferido em ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni – **Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi. tomo III**, 1984. trad. esp. Juan Andrés Iglesias, *Historia del pensamiento filosófico y científico*. tomo III. Barcelona: Herder, 1988, pp. 349-352.

²⁷ NIGRO, Rachel – A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**. ISSN 1516-6104. n. 34 (jan./jun. 2009), pp. 170-211.

²⁸ LAFONT, *op. cit.*, p. 54.

²⁹ Frege era um platônico, como tradicionalmente era Cambridge (de Russel e Wittgenstein), por ele profundamente influenciada, ao contrário de Oxford (de Austin), aristotélica em essência. Quando dizemos que Frege se inspirou em Aristóteles, queremos dizer que a lógica aristotélica foi por ele assimilada, digerida e repaginada, desta vez voltada à aritmética e, em seguida, à linguagem em sua estrutura (SANTOS, Fausto dos – O platonismo estético de Gottlob Frege. **Artefilosofia**. ISSN 1809-8274. n.º 9 (set. 2010), pp. 171-179).

³⁰ Em 16.6.1902, Bertrand Russel dirigiu a Frege uma carta que destruiu as bases em que sustentava seus projetos de reconduzir a aritmética à lógica, expondo o que ficou conhecido como «Paradoxo de Russel». Em sua resposta, em 22.6.1902, Frege admitiu a existência da contradição em sua obra. Sobre o tema, MIGUENS, Sofia – **Filosofia da linguagem**. Uma introdução. Porto: Universidade do Porto, 2007, pp. 89-90.

³¹ PENCO, *op. cit.*, p. 23.

³² Apesar de perspectivas muito distintas, Frege e Saussure tinham em comum a busca de uma forma de tratamento da linguagem como estrutura lógica ou sistema de signos com regras internas, independentes do sujeito linguístico. Obviamente, enquanto a análise fregeana era atrelada à filosofia da linguagem, o foco do estudo do filósofo suíço era a linguística, mas isso não impede o reconhecimento de afinidades entre os dois pensadores (SOUSA FILHO, *op. cit.*, p. 157).

Em paralelo à iniciativa fregeana sobre a filosofia da linguagem, Charles Sanders Peirce (1839-1914) fincou as bases do pragmatismo em seu «Como tornar nossas ideias claras», de 1878. Voltado ao estudo dos signos, Peirce lança o tema ao centro da filosofia em texto posterior, publicado em 1894 («O que é um signo?»), no qual distingue ícone, índice e símbolo em razão das funções desempenhadas por cada um desses signos, os quais são empregados pelos usuários sempre em contextos que são relevantes para a sua significação. Sua filosofia viria a influenciar profundamente o pensamento de Josiah Royce (1855-1916), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952)³³.

Contemporâneo de Peirce, o suíço Ferdinand de Saussure se consagrou como um dos mais influentes linguistas de todo o século XX por meio de sua teoria, conhecida como «estruturalismo», que se espalhou sobre as ciências humanas em geral, incluindo a antropologia (Claude Lévi-Strauss), a história, a teoria literária (Tzvetan Todorov) e a psicanálise (Jacques Lacan)³⁴. A sua obra póstuma «Curso de linguística geral», produzida a partir de seus manuscritos e das anotações de seus alunos em três cursos de Linguística Geral ministrados na Universidade de Genebra entre 1906 e 1911 – conforme exposto no prefácio da própria obra –, materializa o esforço do pensador suíço em conferir caráter científico à linguística³⁵, focada no estudo da língua. Sua análise do signo, refletida entre significante (*signifiant*) e significado (*signifié*)³⁶, construiu ampla relevância histórica no âmbito das conhecidas «dicotomias saussurianas».

Se a linguística experimentava singular desenvolvimento com Peirce e Saussure, a filosofia da linguagem também atravessava período particularmente prolífico. Aconselhado por Frege a buscar tutoria em Russel, de quem se tornou pupilo, o jovem Wittgenstein elaborou o que viria a se tornar um paradigma teórico na filosofia e na linguística: o «*Tractatus Logico-Philosophicus*»³⁷, publicado em 1921. Sua juventude o fez imaginar ter elaborado um estudo intocável e definitivo,

³³ PEIRCE, Charles Sanders – **The collected papers of Charles Sanders Peirce**, 2000. trad. port. José Teixeira Coelho Neto, *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2005, *passim*.

³⁴ SOUSA FILHO, *op. cit.*, p. 1485.

³⁵ Para Saussure, a linguística (ciência que tem por objecto a língua) é apenas uma parte da semiologia, conceituada como “a ciência que estuda a vida dos signos no seio da vida social” ou “o lugar da língua nos fatos humanos” (SAUSSURE, Ferdinand de – **Cours de linguistique générale**, 1916. trad. port. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein, *Curso de linguística geral*. 27ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006, pp. 7, 15-17 e 23-24). Sobre a semiologia de Saussure e a semiótica de Peirce, Cfe. WARAT, Luis Alberto – **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, pp. 19-62.

³⁶ O tema será retomado na parcela final deste capítulo.

³⁷ A obra será doravante denominada apenas de *Tractatus*.

solucionador de todos os problemas em essencial³⁸. Como não poderia ser diferente, nenhuma obra é inabalável, isenta de questionamentos, o que eventualmente viria a ser compreendido pelo próprio Wittgenstein em sua trajetória. Contudo, a definitividade é realmente um traço distintivo do *Tractatus*, mas não no sentido de sua eterna aceitação pela comunidade acadêmica como verdade absoluta, e sim como divisor de águas no desenvolvimento da filosofia da linguagem, afluyente de preciosas reflexões que viriam a definir os rumos do pensamento filosófico.

O *Tractatus*, representativo do que se costuma chamar «primeiro Wittgenstein», propõe que a linguagem, tal qual o mundo (totalidade de fatos no espaço lógico³⁹), possui estrutura lógica formada por elementos simples (palavras) organizados em complexos (frases), de maneira que somente fatos possíveis ou reais, necessariamente do mundo, podem ser expressados por meio da linguagem (teoria da figuração). Tudo o que há de subjetivo, a exemplo da ética⁴⁰ e da filosofia⁴¹, assim como aquilo que diz respeito tão somente à forma dos fatos (não aos fatos em si), é carente de significação e não pode ser dito, apenas mostrado. Trata-se do inexprimível, do indizível, do místico, nas palavras de Wittgenstein, que acaba por defender que “o que não se pode falar, deve-se calar”⁴².

A essa altura, consolida-se a denominada Escola Analítica de Cambridge, integrada por Frege, Russel e o primeiro Wittgenstein. Seu pensamento moldará o positivismo lógico⁴³ – neopositivismo ou empirismo lógico – do Círculo de Viena (Schlick, Hahn, Carnap e Neurath, entre outros), segundo o qual a filosofia não é uma doutrina, mas uma atividade – tal qual proposto no *Tractatus* –, de forma que somente são significativas as proposições da lógica formal ou da ciência, passíveis de constatação fática (princípio de verificabilidade)⁴⁴. A filosofia, portanto, teria como

³⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig - *Logisch-philosophische abhandlung*, 1921. trad. port. José Arthur Giannotti, *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 54.

³⁹ *Ibidem*, §§ 1.12 e 1.13, p. 55.

⁴⁰ “É claro que a ética não se deixa exprimir. A ética é transcendental” (*Ibidem*, § 6.421, p. 127).

⁴¹ “O método correto em filosofia seria propriamente: nada dizer a não ser o que pode ser dito, isto é, proposições das ciências naturais – algo, portanto, que nada tem a ver com a filosofia” (*Ibidem*, § 6.53, p. 129).

⁴² *Ibidem*, § 7, *loc. cit.*

⁴³ Como se sabe, a origem do positivismo, em sua aceção clássica, é atribuída ao francês Augusto Comte (1798-1857), que deu base à ideia de que o único conhecimento significativo é o da ciência baseada na observação. Suas ideias serviram de ponto de partida para o positivismo lógico defendido pelo Círculo de Viena, pautado em uma teoria do significado atrelada ao princípio da verificabilidade e num programa para a unificação das ciências, tanto sintática quanto semanticamente (LACERDA, Gustavo Biscaia – Augusto Comte e o positivismo redescobertos. *Revista de sociologia e política*. ISSN 1678-9873. vol. 17, n° 34 (out. 2009), pp. 319-343).

⁴⁴ CHALMERS, Alan Francis – *What is this thing called science?*, 1976. trad. port. Raul Filker, *O que é ciência, afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1993, pp. 20-21.

propósito interpretar as proposições científicas, deixando de lado a metafísica e a atenção a proposições impassíveis de verificação.

O apego à lógica e a ideia de uma linguagem ideal, postulados no *Tractatus*, são abandonados por Wittgenstein em sua segunda fase⁴⁵, representada na obra póstuma «Investigações filosóficas»⁴⁶, publicada em 1953. Em guinada autocrítica, no contexto do fim da Segunda Guerra, o pensador austríaco deixa de lado a compreensão de que as palavras e frases são representações lógicas dos fatos mundanos e de que tudo aquilo que está fora das raias das ciências naturais seria inexprimível. Palavras, símbolos, proposições devem ter seu sentido buscado à luz dos usos empregados nos «jogos de linguagem», expressão utilizada para designar o todo formado pela linguagem com as atividades com as quais ela está atrelada⁴⁷.

O segundo Wittgenstein entende, assim, que o sentido das proposições e sentenças depende da situação em que empregadas. Os jogos a que se refere em suas *Investigações* são formas de linguagem mais simples do que a totalidade de uma linguagem própria, “pondo em relevo o fato de que o falar da linguagem é parte de uma atividade, ou de uma forma de vida”⁴⁸, que lhe confere significado. Assim, a mudança de perspectiva, quanto ao *Tractatus*, é brutal: a busca da linguagem ideal, milimetricamente lógica, dá lugar à primazia do contexto de sua utilização; a compreensão dos nomes como referências diretas a objetos simples⁴⁹, sem mediação cognitiva ou conceitual, abre espaço à ideia segundo a qual as proposições linguísticas somente podem ter seu significado desnudado diante do uso que lhes é dado. “A linguagem é um labirinto de caminhos” para esse amadurecido Wittgenstein⁵⁰.

A mudança de rumo adotada pelo filósofo austríaco foi representativa de algo muito maior do que a revisão crítica de sua obra. A filosofia da linguagem, antes desenvolvida em sua vertente analítica (focada numa linguagem ideal, lógica), passa a investigar a linguagem ordinária e seu

⁴⁵ A hipótese segundo a qual existiria uma fase intermediária entre a filosofia do *Tractatus* e a das *Investigações filosóficas*, representada nas obras póstumas «Observações filosóficas» (1929-1930), «A gramática filosófica» (1932-1934), «Livro azul» (1933-1934) e «Livro verde» (1934-1935), não será aqui abordada, dado o limitado âmbito da pesquisa aqui desenvolvida.

⁴⁶ A obra será denominada apenas de «Investigações» deste ponto em diante.

⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig – *Philosophische Untersuchungen*..., § 7, p. 29. Noutros termos, pode-se dizer que “um jogo de linguagem é um contexto de ações e palavras no qual uma expressão pode ter um significado” (PENCO, *op. cit.*, p. 135).

⁴⁸ *Ibidem*, § 23, p. 35.

⁴⁹ Wittgenstein não chegou a definir o que seria *objecto simples*, nem a exemplificá-lo, circunstância que levou Frege a sugerir-lhe, por meio de carta, que produzisse mais exemplos e aprofundasse o tema em seus próximos estudos (SCHIMITT, Richard Henry – Frege's letters to Wittgenstein about the *Tractatus*. *The Bertrand Russell Society Quarterly*. ISSN 1547-0334. n. 120 (nov. 2003), pp. 13-31). Como se percebe, esse conselho foi aceito por Wittgenstein em suas *Investigações*.

⁵⁰ *Ibidem*, § 203, p. 93.

uso efetivo nos diversos contextos cotidianos, inaugurando tempos profícuos de sua nova vertente. Debruçado sobre essa mudança, Richard Rorty (1931-2007) lhe atribui a expressão «giro linguístico» (*linguistic turn*⁵¹) e a ela associa o surgimento de uma concepção de «justificação social» de crenças fundada no argumento intersubjetivo, diante das então aceitas concepções subjetiva e objetiva⁵².

O novo Wittgenstein, protagonista do giro linguístico, pode ser encarado como um representante da filosofia da linguagem comum ou ordinária, atrelada a filósofos que, na década de 1950, em Oxford, conduziram investigações que respeitaram sobremaneira a linguagem vulgar⁵³, dentre os quais se destaca John Langshaw Austin (1911-1969). Distinguindo proposições performativas (com as quais se executa uma certa ação) das constatativas (descrevem um estado de coisas)⁵⁴, o autor do emblemático *How to do things with words*, de 1962, sacou seu florete e esgrimiu contra o critério de significação entre os enunciados adotado pelos neopositivistas. A função descritiva da linguagem era tida como a única dotada de significação pelo Círculo de Viena, pois descrevia efetivamente situações de fato passíveis de verificação científica, ao passo que os demais enunciados seriam desprovidos de valor cognoscitivo, visto que puramente emotivos. Entretanto, Austin elenca proposições da linguagem comum que não descrevem coisas, não representam simplesmente emoções e que, apesar disso, são dotadas de pleno sentido, a exemplo da placa que enuncia “é proibido fumar” em determinado ambiente fechado ou do sujeito que celebra aposta verbal com interlocutor.

A denominada «teoria dos atos de fala», cujo desenvolvimento está originalmente atrelado a Austin, chega a um dos filósofos mais influentes da contemporaneidade, vinculado à conhecida

⁵¹ A expressão foi, em verdade, cunhada pelo austriaco Gustav Bergmann, *sprachwende*, vertida ao inglês por Rorty, *linguistic turn*. (AGUIAR E SILVA, Joana – **Para uma teoria hermenêutica da justiça: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 15)

⁵² Rorty considera a existência das concepções subjetiva e objetiva de justificação de uma crença. A primeira se refere à sentença que reflete uma certeza subjetiva imediata, a exemplo de «eu sou», «eu sinto dor»; a segunda, à sentença que relata uma observação neutra, como «vermelho aqui agora». Ao lado dessas duas vertentes, há uma terceira relacionada à sentença que pode ser defendida de maneira argumentativa, indicando sua compatibilidade com uma rede de crenças compartilhadas intersubjetivamente. Essa terceira concepção, fruto do giro linguístico, decorre da adoção da linguagem como ferramenta de comunicação e substitui a objetividade da experiência, de maneira que a relação entre mundo e linguagem se torna dependente da comunicação entre falantes e ouvintes (HABERMAS, Jürgen – Richard Rorty's pragmatic turn. In BRANDON, Robert B., **Rorty and his critics**. Malden: Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-631-20981-6. pp. 31-55).

⁵³ MIGUENS, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁴ AUSTIN, John Langshaw – **How to do things with words**, 1962. trad. port. Danilo Marcondes de Sousa Filho, *Quando dizer é fazer. Palavras e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, pp. 21-28.

Escola de Frankfurt⁵⁵: Jürgen Habermas (1929–), para quem a linguagem é essencialmente intersubjetiva, ou seja, utilizada como ferramenta de interação humana, segundo se extrai de sua obra «Teoria da ação comunicacional». O filósofo alemão contemporâneo classifica os atos de fala em quatro espécies vinculadas a determinadas pretensões de validade tematizadas, distintas entre si por razões ontológicas, tudo no intuito de esclarecer as condições que precisam ser satisfeitas em quaisquer ações comunicativas na linguagem natural. A conhecida «pragmática universal» de Habermas considera a existência de atos de fala comunicativos, constataativos, regulativos e representativos; esses atos são vinculados a pretensões de inteligibilidade (os comunicativos, em especial), de verdade (constataativos), de correção (regulativos) e de veracidade (representativos).

O pensamento habermasiano, como se percebe, tem como traço a conceção da linguagem em sua dimensão performativa: sua utilidade vai além de dizer algo sobre a realidade física e social, mas também para transformá-la⁵⁶, tal qual frisado por Austin. Entretanto, Habermas se propõe a desenvolver uma teoria crítica da sociedade na linguagem enquanto elemento essencial às relações intersubjetivas, partindo de uma análise necessariamente pragmática da comunicação aceita em seu conteúdo normativo, particularmente⁵⁷.

Desde a semente lançada por Platão (discussão sobre a origem da linguagem e o seu papel no conhecimento das coisas) à ideia habermasiana da linguagem como ferramenta voltada à interação social, trazida também (apesar de arcaicamente) por Locke, Humboldt e Austin, passando pela reflexão acerca da sua inerência na natureza humana (Rousseau, Chomsky, Pinker) e a respeito da arbitrariedade do signo (Aristóteles, Agostinho, Peirce, Saussure), a compreensão da linguagem atravessou – e continua a atravessar – sinuoso e abundante desenvolvimento. Consolidaram-se, no decorrer do tempo, duas espécies de filosofia da linguagem: a filosofia da linguagem ideal, conduzida pela lógica simbólica tendente a revelar a verdadeira estrutura da linguagem (Frege, Russel, Ryle, primeiro Wittgenstein), e a filosofia da linguagem ordinária, que toma como modelo a linguagem do cotidiano (segundo Wittgenstein, Austin), tendo esta última prevalecido na tradição contemporânea, eminentemente pragmática.

O nascimento da filosofia da linguagem, a primazia de sua vertente analítica, o desenvolvimento da linguística, o giro linguístico e a guinada pragmática são etapas de uma

⁵⁵ Fundada na década de 1930 por Max Horkheimer, essa escola filosófica teve por foco o desenvolvimento de uma Teoria Crítica Geral das sociedades contemporâneas por meio de uma investigação interdisciplinar (MIGUENS, *op. cit.*, p. 247).

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen – **Sprachpragmatik und philosophie, Zur rekonstruktion des historischen materialismus**, 1976. trad. ing. Thomas McCarthy, *Communication and the evolution of society*. Boston: Beacon Press, 1979, pp. 1-68.

⁵⁷ MARCONDES, Danilo – **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, pp. 35-40.

trajetória que não marcou apenas a análise da, digamos, «linguagem ordinária» quanto ao seu próprio funcionamento e à sua natureza. Atingiu também várias outras áreas do saber e aspetos da vida social. Como se verá adiante, na terceira parcela deste capítulo, o direito não atravessou incólume esse cenário de profundas mudanças: ao contrário, foram fortemente alterados os paradigmas pelos quais se analisa a sua natureza, limites e finalidades.

A linguagem passou a ser compreendida como um elemento indispensável às relações de cunho intersubjetivo, como se viu. Entendeu-se que a interação entre os sujeitos se dá por meio da linguagem, que funciona como meio de condução da informação, das ideias e pensamentos que se querem transmitir. Mas se esse fluxo se dá necessariamente entre dois ou mais interlocutores, é absolutamente relevante questionar não apenas a origem da ação comunicativa, mas também a sua receção pelo destinatário; analisar a maneira como o interlocutor recebe, internaliza e resinifica a mensagem enviada é de suma importância, até mesmo porque, no fim das contas, essa operação representa a finalidade última da comunicação (a transmissão em si da informação).

Se a compreensão sobre a linguagem foi tão alterada, de modo a se considerar o significado como uso (segundo Wittgenstein) e a ser priorizada a função performativa da comunicação (Austin, Habermas), sem perder de vista os seus aspetos semiológicos (Saussure, Peirce), convém analisar a forma como a interpretação, enquanto operação pela qual determinado significante é ligado a certo significado, desenvolveu-se no curso da história. Esse é o foco do próximo tópico.

1.2. A interpretação como atividade inerente à vivência humana. O desenvolvimento da hermenêutica.

A tragédia é a maior expressão do teatro grego, consistindo em gênero particularmente capaz de transmitir às pessoas as sensações experimentadas pelos personagens, ou seja, de promover o reconhecimento dessas sensações e sentimentos pelo público. E a obra «Édipo Rei», de Sófocles, é a mais bela de todas as formas de reconhecimento, no dizer de Aristóteles⁵⁸.

⁵⁸ **Poietikés**. trad. port. Eudoro de Sousa, *Poética*. 4ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1994, § 62, p. 118. A propósito: “Édipo Rei exige, como nenhuma outra tragédia da Antiguidade, uma comparação entre a forma antiga da tragédia e a moderna, pois, se de acordo com a interpretação de Aristóteles é considerada como a tragédia-modelo, segundo a estética moderna é exatamente uma tragédia ruim, porque nela a ‘antinomia entre destino absoluto e culpa’ permanece sem solução” (NIETZSCHE, Friedrich - **Einleitung in die Tragödie des Sophocles**, 1870. trad. port. Ernani Chaves, *Introdução à tragédia de Sófocles*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 20).

“Decifra-me ou devoro-te”, anunciava ameaçadoramente o monstro fabuloso com cabeça, busto e voz de mulher, corpo e garras de leoa, cauda de serpente e asas de ave – a Esfinge, vencida por Édipo em conhecido enigma⁵⁹.

Tal qual a Esfinge impunha a todos os seus mortais questionamentos, a vida nos traz incontáveis enigmas diários, os quais temos de decifrar num contínuo processo existencial. Deciframos o clima, os olhares de amigos e familiares, as observações dos colegas de academia, o contexto político nacional e internacional e, claro, uma diversidade de textos de distintas origens – mensagens no telemóvel, livros, artigos de revistas e jornais etc. Atribuímos a esses contextos determinados sentidos: do ar seco e quente, concluímos que o tempo não é propício à chuva; de olhares amistosos, inferimos recetividade; do relógio que desperta ao lado da cama, compreendemos a urgência em levantar. A interpretação, assim, é o ato essencial do pensamento, de modo que a própria existência humana pode ser considerada um processo constante de interpretação, compreendida nesse sentido amplo⁶⁰.

É a interpretação o objeto da hermenêutica. Já se disse que a origem desta palavra («hermenêutica») seria relacionada a Hermes, filho de Zeus e da ninfa Maia, o mensageiro divino da mitologia grega encarregado de transmitir e esclarecer o conteúdo das mensagens remetidas pelos deuses aos mortais (*hermēneuein*), razão pela qual se afirma que nunca se soube o que os deuses disseram; somente se tomou conhecimento daquilo que Hermes disse do que os deuses disseram⁶¹. Independentemente da correção ou não dessa análise etimológica, o importante é compreender a hermenêutica como ramo da filosofia dedicado à arte da interpretação (ou

⁵⁹ O mais famoso dos enigmas propostos pela Esfinge foi o seguinte: “que animal anda com quatro pernas de manhã, duas ao meio-dia e três à tarde?”. Diante dele, Édipo respondeu que era o homem, que na infância (manhã da vida) usa as mãos e os pés para engatinhar; depois, na juventude (meio-dia), usa os pés e, na velhice (tarde), recorre a uma bengala para poder caminhar (SÓFOCLES – *Oídipus Týrannos*. trad. port. Mário da Gama Kury, *Édipo Rei*, in *Trilogia tebana*, vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2002, nota 7).

⁶⁰ Aliás, mesmo os animais parecem exercer operações interpretativas. Para além da possibilidade de comunicação entre animais de mesma espécie (a exemplo dos golfinhos, que agem em grupo e interagem uns com os outros de maneira espantosa), é sabido que há atos de compreensão do ambiente que transmitem aos animais sinais de perigo, animosidade, segurança, oferta de alimentos etc. Animais marítimos interpretam determinadas circunstâncias como indicativas da existência de correntes marítimas e de mudanças climáticas, assim como as aves o fazem quanto às frentes frias, ondas de calor, chuvas. Assim, pode-se dizer que a interpretação ultrapassa o mundo linguístico em que o homem vive.

⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio – *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 308. Richard Palmer parece também subscrever essa versão: “a palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuiein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?). E é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. As várias formas da palavra sugerem o processo de trazer uma situação ou uma coisa, da inteligibilidade à compreensão. Os gregos atribuíam a Hermes a descoberta da linguagem e da escrita – as ferramentas que a compreensão humana utiliza para chegar ao significado das coisas e para o transmitir aos outros” (*Hermeneutics: interpretation theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*, 1969. trad. port. Maria Luisa Ribeiro Ferreira, *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 24).

compreensão), sendo esta encarada não apenas em seu aspecto epistemológico, mas também ontológico. “Uma obra literária não é um objeto que compreendemos através da conceptualização ou da análise; é uma voz que devemos ouvir, e, ouvindo-a (mais do que a vendo), compreendemo-la”⁶².

Dito isto, passa-se à exposição do amadurecimento da hermenêutica, partindo dos marcantes contributos de Schleiermacher, Dilthey, Heidegger e Gadamer, que marcam quatro momentos decisivos nessa trajetória. Obviamente, as limitações metodológicas mencionadas na primeira parte deste capítulo aplicam-se também a esta parcela; somente será tratado o tema no que for indispensável à compreensão das passagens seguintes deste texto, que não tem – nem poderia ter – a pretensão de esgotar as ideias de cada um desses pensadores. Cada um deles – além de tantos outros expoentes da filosofia que prestaram também contribuição relevante nessa área do saber, ainda que indiretamente, a exemplo de Droysen, Betti, Joachim Wach, Karl-Otto Apel, Hegel, Ricoeur, Hirsch e Habermas – merece explanação detalhada em momento e espaço adequados.

No diálogo de Fedro, Sócrates entende a palavra escrita como algo particularmente problemático; uma vez consolidado em texto, determinado pensamento passa a circular entre aqueles que o entendem, mas também entre os que não o compreendem perfeitamente; o escrito não pode distinguir entre os bons e os maus leitores, sendo incapaz de se defender contra o seu mau uso⁶³. É assim que Platão sugere a importância da hermenêutica, compreendida como o estudo da compreensão, tarefa de compreender textos, cujo foco é o processo de decifração do significado de determinada obra⁶⁴. Essa visão será levada historicamente adiante e conduzirá à noção de que se as denominadas ciências da natureza se valem de métodos para conhecer seus objetos naturais, as obras – necessariamente culturais – demandam análise hermenêutica para que sejam desnudados os seus meandros, sentidos, origens e destinos.

⁶² PALMER, *op. cit.*, p. 21.

⁶³ “O maior inconveniente da escrita, parece-se, caro Fedro, se bem julgo, com a pintura. As figuras pintadas têm atitudes de seres vivos, mas, se alguém as interrogar, manter-se-ão silenciosas, o mesmo acontecendo com os discursos: falam das coisas como se estivessem vivas, mas, se alguém os interroga, no intuito de obter um esclarecimento, limitam-se a repetir sempre a mesma coisa. Mais: uma vez escrito, um discurso chega a toda a parte, tanto aos que o entendem como aos que não podem compreendê-lo e, assim, nunca se chega a saber a quem serve e a quem não serve. Quando é menoscabado, ou justamente censurado, tem sempre necessidade da ajuda de seu autor, pois não é capaz de se defender nem de se proteger a si mesmo” (PLATÃO – **Fedro**. trad. port. Pinharanda Gomes, *Fedro ou da beleza*. 6ª ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000, pp. 122-123).

⁶⁴ PALMER, *op. cit.*, p. 19.

Por seu turno, é de Aristóteles a noção de que cada disciplina deve ter seu próprio, autônomo e distinto método, e essa ideia certamente recebeu acolhimento histórico. Quanto à hermenêutica, percebe-se o surgimento de nichos especializados de cânones interpretativos, a exemplo daqueles empregues na crítica literária, no direito, na filosofia e na teologia – o que é, de certa forma, intrigante, pois um jurista costuma interpretar melhor a lei do que um crítico literário não em virtude de utilizar métodos específicos de interpretação, mas por ser dotado de mais ampla escala de conhecimento relevante sobre o tema. Essa concepção aristotélica sobre especificidade dos métodos⁶⁵, portanto, quanto à hermenêutica, consiste na ideia de que cada problema exige o domínio intelectual do contexto em análise⁶⁶.

A hermenêutica tem seu início ligado à compreensão da Bíblia (teológica), passando depois à interpretação da literatura clássica (filológica) e da jurisprudência (jurídica). A cada uma dessas áreas foram atreladas várias teorias hermenêuticas específicas que empregam distintas regras de interpretação; todas elas, entretanto, precisam de justificação numa teoria universal, segundo o teólogo protestante Friedrich Schleiermacher (1768-1834), considerado o pai da moderna hermenêutica como disciplina geral⁶⁷. Analisando criticamente Friedrich Ast (1778-1841) e Friedrich August Wolf (1759-1824)⁶⁸, Schleiermacher acusa, à sua época, o tratamento da hermenêutica como um simples estudo preparatório de acesso à esfera de outras disciplinas – quadro contra o qual lutou em sua obra, centrada na ideia de que “a hermenêutica enquanto arte de compreensão ainda não existe universalmente, mas somente várias hermenêuticas especiais”⁶⁹.

⁶⁵ HIRSCH JR, Eric Donald – **Validity in interpretation**. New Haven: Yale University Press, 1967, p. VII. O tema dos métodos de interpretação no campo do direito será abordado com mais profundidade no segundo capítulo desta dissertação.

⁶⁶ É também por isso que Richard Palmer sustenta que a hermenêutica atinge a sua dimensão mais autêntica quando deixa de ser entendida como um conjunto de artifícios e de técnicas de explicação de texto e passa a analisar o problema hermenêutico dentro do horizonte de uma avaliação geral da própria interpretação, na medida em que esta permeia toda a existência humana, das trivialidades aos atos complexos da mais profunda compreensão (*Ibidem*, pp. 19-20).

⁶⁷ *Ibidem*, p. 103.

⁶⁸ Naturalmente, Schleiermacher não foi o primeiro a contribuir para o desenvolvimento da hermenêutica. Por exemplo, os citados Ast e Wolf, seus contemporâneos, eram eruditos da filologia que trataram o tema de maneira bastante distinta e, digamos, incipiente. Wolf encarava a hermenêutica sob um enfoque bastante prático, como um corpo teórico que ajudava na tarefa de tradução de textos antigos. Ast, a seu turno, imprimia caráter enciclopédico à sua obra, baseando-se num idealismo metafísico rechaçado por Schleiermacher. Faltava-lhes (a Ast e Wolf) impeto de estudar o ato fundamental da hermenêutica: a compreensão. Ademais, conforme dito, não havia uma hermenêutica geral, um pensamento sistematizado sobre o tema, mas apenas frações voltadas a nichos específicos, a exemplo da filologia, da teologia e do direito (PALMER, *op. cit.*, pp. 91-92).

⁶⁹ SCHELEIERMACHER, Friedrich D. E. – **Hermeneutik und kritik**, 1977. trad. port. Aloisio Ruedell, *Hermenêutica e crítica*. vol. I. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 91.

A expressão «arte da compreensão», que sintetiza a maneira pela qual o autor concebe a hermenêutica, diz algo sobre seu pensamento. Está-se diante de «arte» (e não propriamente uma ciência⁷⁰), no sentido de «saber fazer algo», porque não há regras que definam como o fluxo entre «pessoa» e «linguagem» deve se dar⁷¹. Assemelha-se, nesse aspeto, à «retórica», arte do discurso, em relação à qual o pensador polaco-germânico⁷² faz interessante paralelo: o discurso se move do pensamento interno para sua expressão externa da linguagem, ao passo que a hermenêutica se move da expressão externa de volta para o pensamento como significado dessa expressão⁷³. Essa arte se volta à «compreensão» porque toda expressão linguística, falada ou escrita, precisa justamente ser compreendida pelo destinatário, que consegue captar o sentido do discurso ou texto mediante misterioso processo mental.

A hermenêutica pensada por Schleiermacher seria estruturada em dois pilares: o gramatical⁷⁴, pelo qual se interpreta o enunciado como algo derivado da linguagem, e o psicológico⁷⁵, que encara o enunciado como um fato dentro do pensador. Ambos são essenciais à

⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg – *Warheit und methode II*, 1982. trad. port. Ênio Paulo Gianchini, *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 113.

⁷¹ “Se apenas fosse realizado o aspeto gramatical, então precisaria haver um conhecimento perfeito da linguagem; em outro caso, um verdadeiro conhecimento do ser humano. Uma vez que as duas coisas não se podem dar ao mesmo tempo, é preciso passar de uma a outra. Como isso deve acontecer, não é possível estabelecer regras a esse respeito. A verdadeira tarefa da hermenêutica deve ser entendida como obra de arte, mas não como se a execução terminasse numa obra de arte, e sim no sentido de que a atividade apenas traz em si o caráter da arte, porque com as regras não está dada também a aplicação, isto é, não pode ser mecanizada” (SCHELEIMACHER, *op. cit.*, p. 99).

⁷² Schleiermacher nasceu em Breslau, que à época integrava a Alemanha, mas hoje corresponde à Polónia.

⁷³ “Falar é, em verdade, também uma mediação do pensar para o indivíduo. O pensar constitui-se por uma fala interior, e, nesse sentido, a fala é apenas o próprio pensamento constituído. Onde aquele que pensa julgar necessário fixar o pensamento para si mesmo aí também surgirá uma arte do discurso, transformação do original, e, conseqüentemente, será também necessária uma interpretação. O vínculo entre a hermenêutica e a retórica consiste no fato de que todo ato de compreender é a inversão do ato de falar, pelo que deve chegar à consciência qual o pensamento que está na base do discurso. A dependência de ambas da dialética consiste no fato de todo o constituir-se do saber depender das duas (do falar e do compreender)” (*Ibidem*, pp. 93-94).

⁷⁴ Segundo Schleiermacher, a interpretação gramatical é regida por princípios. Um deles estabelece que tudo num dado enunciado que requer uma determinação mais precisa só pode ser determinado através da área linguística comum ao autor e sua plateia original. Por força desse raciocínio, pressupõe-se o uso comum da linguagem entre autor e leitor, inclusive quanto ao tempo em que foi empregue. Outro princípio sustenta que o sentido de cada palavra num dado local precisa ser determinado através de sua conexão com as palavras ao seu redor (*Ibidem*, pp. 70-85).

⁷⁵ Também denominada de «técnica» pelo autor em várias partes de sua obra. Em seus últimos textos, entretanto, passou a adotar apenas a expressão «psicológica». Seu objetivo é a compreensão do pensamento do autor, ou seja, a sua individualidade expressa no texto, e dois são os métodos indicados por Schleiermacher para a sua concretização. O primeiro deles, denominado «divinatório», conduz à reconstrução das circunstâncias que levaram o autor a elaborar aquela determinada obra (não é possível, obviamente, substituir-se ao autor em seus pensamentos, mas é permitido ao intérprete intuir como ele pensava em comparação com a nossa maneira de pensar, o que será exitoso a depender do talento hermenêutico do intérprete e de circunstâncias relativas ao seu conhecimento sobre o autor, o contexto de sua vida, suas demais obras etc.); o segundo, chamado de «comparativo», vale-se do cotejo entre a obra do autor e as demais existentes sobre aquele tema (SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. – *Hermeneutik*, 1959. trad. port. Celso Reni Braidá, *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, pp. 93-102).

interpretação, sendo impossível prescindir da compreensão sobre a linguagem (gramática, de foco universal ou sistemático) e sobre a pessoa (psicológica, de foco individual), apesar de eventualmente ser priorizado determinado parâmetro. A interpretação gramatical é impossível sem a psicológica, assim como esta é impossível sem aquela: “por onde conheço eu o homem senão apenas através de seu discurso, tanto mais que em referência a este discurso?”, questiona Schleiermacher⁷⁶, para quem a hermenêutica depende tanto do «talento» para a linguagem quanto do talento para o conhecimento de pessoas individuais⁷⁷. O hermeneuta talentoso teria, assim, uma capacidade um tanto quanto presunçosa: a de compreender um enunciado melhor do que o seu próprio autor, pois além de conhecer o que foi por ele dito, seria capaz de descortinar o que está inconsciente no processo criativo, avançando sob os aspectos psicológicos em que foi gerado o conteúdo analisado.

Esse processo de compreensão baseado na separação entre a esfera da linguagem e a esfera do pensamento (esta relacionada à reconstrução dos processos mentais do autor do texto) é assentado no «círculo hermenêutico», cujos contornos traçados por Schleiermacher são até hoje utilizados⁷⁸. Para saber o que significa determinada frase, recorreremos ao sentido individual das palavras que a compõem; contudo, alcançar o sentido dessas palavras pressupõe a análise de seu contexto, da frase como um todo. Eis o círculo hermenêutico: uma fascinante relação dialética entre todo e parte, entre célula e tecido linguístico, pela qual se dá o processo de compreensão. É possível que se questione: se alcançar o significado do todo pressupõe a compreensão das partes e se a captação das partes exige o conhecimento do todo, não haveria uma contradição lógica intrínseca no conceito de círculo hermenêutico, que, em consequência, seria desprovido de validade?

A maneira como Schleiermacher trata esse problema dá o tom de sua obra, em grande medida. O funcionamento do círculo hermenêutico envolve a «intuição» do intérprete, que deve, inclusive, saber do que virá a ser apresentado, como se partilhasse com o autor do texto uma área de entendimento. O que vem a ser compreendido já deve ser sabido, ao menos em parte – o que pode parecer contraditório. “Mas não será esse o caso? Não será vão falar de amor a quem não

⁷⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁷⁷ SCHIMIDT, Lawrence K. – **Understanding hermeneutics**, 2006. trad. port. Fábio Ribeiro, *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2012. Edição digital, p. 373.

⁷⁸ O círculo hermenêutico não é uma criação recente, remetendo a Aristóteles em seu *Peri Hermeneias*, mas foi Schleiermacher quem fincou suas bases e contornos, que viriam a ser redefinidos por Heidegger, baseado em Dilthey (STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. Edição digital, posição 239).

conheceu o amor, ou das alegrias de aprender a quem renunciou a elas? Temos que previamente possuir, até certo ponto, um conhecimento do tema em causa”⁷⁹. Sem esse conhecimento prévio, não há possibilidade de acesso ao círculo hermenêutico, segundo Schleiermacher, para quem o leitor deve partir de uma despreziosa leitura preliminar e, a partir dela, obter uma visão panorâmica da obra em estudo⁸⁰.

Schleiermacher teve a grandiosidade de compreender a hermenêutica não como uma ferramenta secundária, auxiliar das demais áreas do saber, mas como uma arte da compreensão que merece tratamento autônomo, como campo do conhecimento que integra o cenário filosófico, protagonizando o que se denomina “giro hermenêutico”⁸¹. Sua preocupação com o outro, em suas peculiaridades subjetivas, marca o seu pensamento e define o padrão de sua obra: o autor do texto (ou do discurso) deve ter a sua dimensão individual subjetiva privilegiada pelo hermeneuta, pois o estabelecimento de um sentido sobre determinada obra pressupõe a investigação de sua gênese. Ele contribuiu na superação da ideia segundo a qual o texto tem um significado determinado, segregado da sua compreensão, e conferiu ao intérprete a tarefa de, na contramão do racionalismo em voga desde o fim do século XVIII, permear as trilhas psicológicas componentes do processo criativo da obra sob interpretação – motivo pela qual a sua hermenêutica é designada como «romântica», em referência ao romantismo, movimento que se seguiu ao iluminismo e ao racionalismo. Firmou-se, assim, que a arte da compreensão é atrelada ao problema interpretativo e que esse processo de compreender é complexo, ultrapassando as raias simplesmente gramaticais do texto sob análise.

Partindo da concepção universalizante desenvolvida por Schleiermacher – de quem foi biógrafo⁸² –, o filósofo alemão Wilhelm Dilthey (1833-1911) se propôs a encontrar uma base metodológica para as ciências focadas na compreensão das expressões humanas (sociais e artísticas), assumindo o seu caráter peculiar e distante das ciências naturais, cujos métodos

⁷⁹ PALMER, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁰ “Também no interior de um escrito particular, o elemento singular somente pode ser compreendido a partir do todo e, por isso, uma leitura mais rápida precisa preceder uma interpretação mais rigorosa, para obter uma visão panorâmica do todo”. Essa postura integra um conjunto de regras metodológicas gerais defendido por Schleiermacher: “a) início com visão panorâmica geral; b) ser simultaneamente concebido nos dois sentidos, gramatical e psicológico; c) somente se pode ir adiante quando, numa passagem particular, os dois exatamente coincidem; d) necessidade de voltar para trás quando eles não combinam, até que, por reflexão, se tenha descoberto o erro” (*Hermeneutik und Kritik...*, pp. 118-119).

⁸¹ RUEDELL, Aloisio – Schleiermacher e a atual discussão filosófica. *Veritas*. ISSN 1984-6746. vol. 44, nº 1 (mar. 1999), pp. 27-32.

⁸² DILTHEY, Wilhelm – *Einleitung in die geisteswissenschaften*, 1883. trad. port. Marco Antônio Casanova, *Introdução às ciências humanas: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 9.

mecanicistas não se aplicariam às humanidades. As ciências humanas⁸³ «compreendem», enquanto as ciências naturais «explicam» (ou demonstram), diz ele⁸⁴. Nessa tarefa, Dilthey sustenta que a hermenêutica – não a psicologia, por exemplo – é a fundamentação das ciências humanas vistas como um todo⁸⁵, tendo como tarefa compreensiva a reconstrução da base comum vivencial de uma época⁸⁶, com todas as suas complexidades interpretativas, culturais, humanas e sociais. O problema da interpretação deve, assim, ser objeto de estudo firme e universal, tal qual defendido por Schleiermacher, mas sob as lentes da historicidade.

Entretanto, como se pode imaginar, «reconstruir a base vivencial de um tempo» não é tarefa fácil (ou mesmo possível), diante de todas as nuances e infinitas possibilidades que integram o olhar humano sobre o mundo. A forma como se dá esse processo reconstrutivo nunca chegou a ser delineada por Dilthey, que ficou conhecido justamente pela incompletude e fragmentariedade de sua obra⁸⁷. Isso não compromete, entretanto, seu contributo para a hermenêutica; seu estudo ampliou-lhe os horizontes, inserindo-a no âmbito de discussão das humanidades como ferramenta de leitura da própria vida, com suas nuances e toda a historicidade que rodeia as disciplinas humanísticas.

Ao desenvolver o que se veio a denominar de «hermenêutica histórica», Dilthey deu um passo em direção à «fenomenologia», palavra que deriva dos termos gregos *phainomenon* e *logos*; o primeiro significa «aquilo que se mostra, o manifesto, o revelado», ao passo que o segundo deve ser compreendido como «aquilo que é transmitido na fala ou pela razão». Assim, à luz da

⁸³ Saliente-se que a expressão utilizada pelo autor para esse campo científico é *geisteswissenschaften*, que significa «ciências do espírito».

⁸⁴ Apesar disso, o filósofo alemão sustenta que mesmo as ciências naturais, com seu empirismo, não estão isentas da subjetividade que é peculiar ao ser humano. “A impossibilidade da dedução de fatos espirituais a partir da ordem mecânica da natureza, uma impossibilidade que está fundada na diversidade de sua proveniência, não impede a inserção dos fatos espirituais no sistema da ordem mecânica. É somente quando as relações entre os fatos do mundo espiritual se mostram incomparáveis em seu modo de ser com as uniformidades do transcurso da natureza que uma subordinação dos fatos espirituais aos fatos constatados pelo conhecimento mecânico da natureza é excluída; é somente nesse caso que não se mostram barreiras imanentes do conhecimento, mas limites junto aos quais finda o conhecimento da natureza e se inicia uma ciência humana (uma ciência do espírito) autônoma que se forma a partir de seu próprio ponto central” (*Ibidem*, pp. 22-23).

⁸⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁸⁶ O autor utiliza a expressão “construção do mundo histórico”, que teria por significado “a conexão ideal na qual, estendendo-se sobre a base da vivência e da compreensão em uma série de níveis de realizações, o saber objetivo do mundo histórico tem a sua existência”. Dilthey buscava um método que revelasse a vida nos seus próprios termos, motivo pelo qual é considerado um «filósofo da vida» (**Der aufbau der geschichtlichen welt in den geisteswissenschaften**, 1907. trad. port. Marco Antônio Casanova, *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. São Paulo: UNESP, 2010, p. 31).

⁸⁷ Boa parte dos textos de Dilthey nunca foi concluída. Muitos deles apresentam excessivos “etc.” e reticências, além de frases inacabadas que tornam bastante difícil compreender o seu raciocínio. A sua principal obra, por exemplo, foi publicada apenas em seu primeiro volume, a deixar pendente a segunda parcela – que seria, inclusive, mais ampla e de extrema relevância, consistente na base epistemológica das ciências humanas, segundo a sua visão (*Ibidem*, pp. 3-9).

fenomenologia, as coisas se manifestam segundo o que são, livres de nossas projeções sobre elas. As coisas não são determinadas por nós; antes se nos revelam, e é nesse poder de se revelar que reside a essência do conhecimento verdadeiro⁸⁸. Trata-se da primazia da experiência sobre o experimentado: “prestar atenção à experiência em vez de àquilo que é experienciado” é característico da fenomenologia⁸⁹. E foi a partir desse contexto, desse alicerce construído por Dilthey, que a hermenêutica, num passo seguinte, passou a ter base na temporalidade da autocompreensão⁹⁰.

Essas duas palavras (autocompreensão e temporalidade) nos remetem ao título da mais conhecida obra de Martin Heidegger (1889-1976): «Ser e tempo», publicada em 1927, refere-se à hermenêutica⁹¹ como “o método fenomenológico de investigação”⁹². O mundo, àquela época, passava por transformações importantes: as leis matemáticas imutáveis que, segundo Newton, regiam o universo, davam lugar à teoria da relatividade geral desenvolvida por Einstein; a física clássica cedia espaço a noções completamente novas relacionadas a espaço e tempo e à física quântica, quebrando os paradigmas em que se baseava a comunidade científica. Se esse contexto deu ensejo ao surgimento do Círculo de Viena na direção da lógica e da linguagem, recuperando o positivismo de Comte, também forneceu as bases ao desenvolvimento da fenomenologia de Edmund Husserl, que se colocava como resistência às explicações puramente logicistas fornecidas pela ciência até então.

Edmund Husserl foi tutor intelectual de Martin Heidegger, que absorveu e resinificou a fenomenologia e, em sua filosofia, questionou a subjetividade e o caráter especulativo da metafísica, que nunca tinha verdadeiramente se debruçado sobre a questão do ser. O filósofo de

⁸⁸ Essa noção de fenomenologia é trazida por Heidegger, que será adiante tratado (**Sein und zeit**, 1927. trad. port. Márcia Sá Cavalcante Schuback, *Ser e tempo*. Parte I. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 57). Como assistente de Edmund Husserl na Universidade de Friburgo, Heidegger foi por ele fortemente influenciado, mas sua fenomenologia destoa daquela proposta por seu preceptor. Apesar de «Ser e tempo» ter sido dedicado por Heidegger a Husserl, a obra foi, para este, reflexo da má compreensão de seu autor sobre a fenomenologia, cujas pretensões reflexivas sobre questões transcendentais teriam dado lugar à perseguição do rigor científico (CERBONE, David R. – **Understanding phenomenology**, 2006. trad. port. Caesar Souza, *Fenomenologia*. Petrópolis: Vozes, 2012. Edição digital, item 2).

⁸⁹ *Ibidem*, introdução.

⁹⁰ Não à toa, Dilthey é considerado o pai da «problemática hermenêutica contemporânea». A sua visão sobre a tradição hermenêutica, especialmente sobre Schleiermacher, influenciou contundentemente os pensadores que o sucederam, especialmente Heidegger e mesmo Gadamer (PALMER, *op. cit.*, p. 128).

⁹¹ O pensamento de Heidegger costuma ser dividido em dois momentos (alguns autores sugerem três), o que é refletido, por exemplo, no abandono do termo «hermenêutica» pelo filósofo a partir de 1930. Para os fins a que se destina esta dissertação, será abordada apenas a sua posição na célebre obra «Ser e tempo», representativa de sua primeira fase, mas serão trazidas algumas questões relativas à «viravolta» representativa de sua segunda fase, que confere os fundamentos da hermenêutica filosófica gadameriana.

⁹² *op. cit.*, pp. 56-69.

Baden abandona a pretensão de elaborar uma doutrina sobre a interpretação (contexto «sujeito–objeto») e põe a hermenêutica a serviço da filosofia. Propõe-se a autointerpretação da facticidade, a análise existencial⁹³ focada naquilo que Heidegger denomina *Dasein*⁹⁴ - palavra que, numa simplificação excessiva, significa «ser humano», apesar de não ser o termo usual no alemão para esse significado (*Mensch*, dispensada por Heidegger para evitar conotações metafísicas inapropriadas⁹⁵); resulta da junção entre *da* (aí) e *sein* (ser), mas a sua conceção por Heidegger vai muito além da simples ideia «presença» ou «sujeito num determinado local».

Dasein não é simplesmente o homem – sujeito, animal racional –, mas um «relacionamento», um caráter do ser que o homem adquire e pode perder⁹⁶. Não se trata de um ente que desenvolve uma relação com o mundo; é, antes, essencialmente um «ser-no-mundo», de modo que a sua essência é a própria existência. Melhor: “se a ontologia geral concede o privilégio teórico à essência em relação à existência, Heidegger, ao contrário, pensa o *Dasein* como ente cuja existência é ontologicamente fundamental, ou seja, é constitutiva da existência”⁹⁷. E à análise do *Dasein*, ao seu estudo, Heidegger confere o nome de hermenêutica⁹⁸, que, diante de seu caráter fenomenológico, fundamenta-se não na consciência e nas categorias humanas, mas na coisa em si, na realidade que se nos apresenta. Não há aqui a noção de que a hermenêutica consistiria num método geral aplicável às ciências do espírito – tal qual imaginou Dilthey –; seu papel é «desvelar» o ser das coisas e das possibilidades do *Dasein*⁹⁹.

O que se percebe é que Heidegger fez avançar a tradição hermenêutica conferindo à compreensão um caráter ontológico. Em seu sentido originário – diz o filósofo alemão –, hermenêutica designa o ofício de interpretar, mas sua relevância numa ontologia fundamental ultrapassa essa noção mais simples; na medida em que se desvelam o sentido do ser e as estruturas fundamentais do *Dasein*, permite-se qualquer investigação ontológica sobre os entes não dotados desse caráter, de maneira que a hermenêutica funciona também como base para a

⁹³ Há várias vertentes do existencialismo, mas todas – desde o existencialismo ateu, de Sartre e Heidegger, ao existencialismo cristão, de Jaspers e Marcel – partem da premissa segundo a qual a existência precede a essência (ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca – **Curso de filosofia do direito**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. Edição digital. p. 453).

⁹⁴ Na tradução brasileira utilizada neste texto, utiliza-se o termo “pre-sença” (com hífen) para traduzir *Dasein*. Preferimos utilizar a expressão do idioma original empregada pelo autor, seguindo a postura assumida por tradutores estrangeiros, a exemplo da edição americana de 1962, vertida por John Macquarrie e Edward Robinson, e da francesa de 1985, por Emmanuel Martineau.

⁹⁵ SCHIMIDT, *op. cit.*, p. 1170.

⁹⁶ INWOOD, Michael – **A Heidegger dictionary**. Maiden: Blackwell Publishers, 1999. p. 44.

⁹⁷ GIACÓIA JR, Osvaldo – **Heidegger urgente: introdução a um novo pensar**. São Paulo: Três Estrelas, 2013. p. 63.

⁹⁸ HEIDEGGER, *op. cit.*, pp. 68-69.

⁹⁹ PALMER, *op. cit.*, 134.

investigação ontológica. Além disso, assume também o sentido filosófico de uma «analítica da existencialidade da existência», pois elabora ontologicamente a historicidade do *Dasein* como “condição ôntica de possibilidade da história factual”¹⁰⁰.

Pode parecer difícil alcançar a compreensão do pensamento de Heidegger. E é. A linguagem por ele empregada reflete o caráter de sua obra. “Nenhuma revolução é possível sem uma linguagem revolucionária”¹⁰¹, e a revolução operada por «Ser e tempo» sobre a metafísica clássica se dá mediante o uso de uma linguagem extremamente inovadora que costuma escapar às tentativas de compreensão numa primeira leitura – e em algumas mais, assume-se. A tradição filosófica ocidental repousa no cômodo lugar em que o «ser» não é questionado, não é discutido, não é pensado; foca-se no «ente», destinatário das ideias que afluem da ontologia tradicional (ou ôntica, na expressão usada na obra em análise). Refletir sobre o «ser» traz, portanto, estranhamento e até certo desconforto. Mas é necessário pontuar aqui: o pensamento de Heidegger foi um divisor de águas não apenas para a hermenêutica, mas para toda a filosofia.

Schleiermacher entendeu a hermenêutica como a arte da compreensão na tentativa de desenvolver uma teoria universal, conferindo-lhe o caráter de metodologia formal focada na interpretação psicológica, mas reduzindo a sua ligação com a vida; Dilthey o seguiu, definindo a hermenêutica como as regras para a compreensão de documentos escritos nas ciências humanas, baseada na sua análise da compreensão à luz da historicidade, cujos traços, entretanto, nunca chegou a delinear; Heidegger, a seu turno, larga a pretensão de conduzir a hermenêutica ao caráter de uma «doutrina sobre a interpretação» e recupera o sentido original do termo em grego: “o modo de ser de um ser (*Dasein*) é anunciado e feito a conhecer (para esse *Dasein*); é uma realização de *logos* na linguagem; e descobre algo que havia sido coberto (a tradição ontológica encobria o modo de ser real de *Dasein*)”¹⁰². Noutros termos, se a hermenêutica é a teoria da compreensão, esta passa a ser definida de um modo diferente (ontologicamente): não se trata de uma questão de método; relaciona-se, antes, à própria existência do intérprete.

Num segundo momento, Heidegger abandona o próprio conceito de hermenêutica e a postura transcendental em que baseara a sua fenomenologia. No movimento por ele denominado

¹⁰⁰ HEIDEGGER, *op. cit.*, pp. 68-69.

¹⁰¹ LEÃO, Emmanuel Carneiro – Apresentação. In: HEIDEGGER, *op. cit.* p. 21.

¹⁰² SCHIMDT, *op. cit.*, posição 1242.

de «viravolta»¹⁰³, o filósofo altera de modo contundente a sua análise sobre a verdade, antes atrelada ao *Dasein* em sua temporalidade, agora deslocada à historicidade do acontecer do ser. Não obstante propor a unidade de seu pensamento, no sentido de que a postura por ele assumida em seu segundo momento seria, em verdade, a continuidade daquilo proposto em «Ser e tempo»¹⁰⁴, Heidegger, em seus últimos escritos, focou no processo hermenêutico pelo qual o homem constrói a fronteira entre o ser e o não ser; valorizou a essência da linguagem como ambiente de revelação do ser, de modo que a interpretação teria por função obrigar uma coisa a se mostrar (desvelar) – o que, em última análise, acentua a função e a importância do próprio texto, na condição de lugar onde o ser se revela¹⁰⁵. Ao cabo, a hermenêutica heideggeriana é relacionada ao conceito de *alétheia*, termo grego que o autor traduz como «desvelamento»¹⁰⁶ (*unverborgenheit*), ou seja, a retirada do véu que encobre o verdadeiro significado das coisas.

Estavam postas as condições para que a hermenêutica fosse adiante em seu desenvolvimento teórico e filosófico e coube a um aluno de Heidegger dar o passo seguinte nessa caminhada. Hans Georg Gadamer (1900-2002), um dos filósofos mais longevos da história do pensamento ocidental, resinificou a obra de seu mestre e definiu os atuais contornos da hermenêutica a partir de seu «Verdade e método»¹⁰⁷, de 1960. Gadamer rechaça o caráter psicologizante pelo qual a hermenêutica de Schleiermacher pretendia reconstruir as trilhas mentais percorridas pelo autor do texto¹⁰⁸, apesar de tecer elogiosa análise sobre a interpretação gramatical e sobre outros pontos de seu pensamento. A hermenêutica gadameriana também rejeita a visão de Dilthey pautada na construção de uma metodologia para as ciências humanas. Executá-la seria impossível – como dito algumas linhas acima – pois pressuporia a operação de um sujeito cuja análise deveria se dar fora do contexto histórico, ao largo dos acontecimentos e numerosas circunstâncias que permeiam a base vivencial de um tempo. A construção do mundo

¹⁰³ Heidegger fala pela primeira vez em «viravolta» (*Kehre*) em sua «Carta sobre o humanismo», de 1947 (*Brief an Pater William Richardson*, 1962. trad. esp. Irene Borges-Duarte, *Carta al Padre William Richardson*. Seminario de historia de la filosofía (anais), n° 13, 11-18. Madrid: Servicio de publicaciones UCM, 1996. p. 16).

¹⁰⁴ *Ibidem, passim*. Cfe. STEIN, Ernildo – **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. pp. 77-87.

¹⁰⁵ PALMER, *op. cit.*, pp. 156-159.

¹⁰⁶ Gadamer, Humboldt e outros pensadores preferem a expressão «desocultamento» (GADAMER, Hans-Georg – **Hermeneutik im rüblick**, 1995. trad. port. Marco Antônio Casanova, *Hermenêutica em retrospectiva*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 36).

¹⁰⁷ Um dado curioso que reflete o quanto ainda é necessário discutir a hermenêutica em todos os campos da atuação humana: o título de «Verdade e método» seria, originalmente, «Fundamentos da hermenêutica filosófica», mas o editor achou a palavra «hermenêutica» pouco conhecida, o que poderia comprometer a recepção da obra pelo público. Por isso, utilizou-se opção distinta (SCHIMIDT, *op. cit.*, posição 132).

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg – **Wahrheit und methode**, 1960. trad. port. Paulo Flávio Paulo Meurer, *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, pp. 265-266.

histórico pela hermenêutica deveria se dar pelas mãos daquele que, contemplando o quadro de longe, poderia compreender-lhe as linhas, os traços, as cores; entretanto, esse homem está também na obra analisada, integrando-a vivamente, pois nenhum de nós é livre da história e isento de seus meandros. Ninguém pode pular a própria sombra, afinal. Ademais, Gadamer abandona a noção de que a hermenêutica seria voltada apenas à interpretação de «textos» e circunscrita às ciências humanas, visto que a compreensão é sempre um evento histórico, dialético, linguístico, tanto no contexto das ciências quanto fora de seu âmbito¹⁰⁹.

É na filosofia hermenêutica ontológica de Heidegger, especialmente em sua segunda fase, que Gadamer encontra o ponto de partida para a hermenêutica filosófica desenvolvida em «Verdade e método», também fortemente apoiada na dialética e na especulatividade absorvidas de Hegel. Na primeira parcela deste capítulo, mencionou-se que Descartes tratou da linguagem em seu «Discurso do método» e que, noutra obra, citou-a como uma das principais fontes de erro por servir de veículo a preconceitos do passado. Se o método era extremamente valorizado na tradição racional, Gadamer rejeita-o como caminho para a verdade – circunstância que, a propósito, compõe o título de sua obra-prima. E se os preconceitos eram vistos como algo extremamente pernicioso na busca do conhecimento verdadeiro, passa-se à ideia de que eles são inerentes à condição humana, concebida em sua historicidade. Assim, a história, a cultura e a tradição, portanto, já estão na estrutura de compreensão do intérprete, noção extremamente relevante para a ideia de círculo hermenêutico.

Se Heidegger trouxe inovação ao cenário filosófico ao desenhar uma «fenomenologia hermenêutica», Gadamer propôs uma nova perspectiva a partir de uma «hermenêutica filosófica»¹¹⁰: do conceito de facticidade fundado na questão transcendental do ser (do *Dasein*), passou-se à compreensão da facticidade relacionada à historicidade da cultura e do mundo vivido¹¹¹. Se todo o saber de si emerge a partir do elemento histórico previamente dado – que Gadamer, seguindo Hegel, denomina de «substância»¹¹² –, a compreensão é integrada, inquestionavelmente, por esse mesmo contexto. Mas enquanto Dilthey passou a vida em busca de uma metodologia para a compreensão histórica, Gadamer aponta a impossibilidade de um conhecimento objetivo superior à história, que fatalmente contamina o homem.

¹⁰⁹ PALMER, *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁰ É relevante apontar que, em nenhum momento, a obra de Heidegger traz a expressão «hermenêutica» adjetivada com o termo «filosófica», como bem apontado por Ernildo Stein (Gadamer e a consumação da hermenêutica. **Problemata**. ISSN 2236-8612. vol. 5, n° 1 (2014), pp. 204-226).

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² GADAMER, *op. cit.*, p. 451.

Não se interpreta em abstrato, num processo segregado do conhecimento (conheço, depois compreendo). O momento é um só. Para Gadamer, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão, razão pela qual não se pode falar em «extrair sentido» (*auslegung*), mas em «atribuir sentido» (*sinngebund*). E quando um intérprete se depara com um determinado objeto de compreensão, carrega consigo um sentido que se antecipa, chamado de pré-compreensão: a pressuposição hermenêutica, que não é produto do procedimento compreensivo – visto que anterior a ele – e que simboliza a relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto¹¹³. Com essa linha de pensamento, sintetizada nos vocábulos «*applicatio*» e «pré-compreensão» (*vorverständnis*), Gadamer promove uma revolução na hermenêutica¹¹⁴.

Essa revolução promovida por Gadamer dá o tom da hermenêutica contemporânea. A interpretação está presente em toda a vida. E isso reflete o fato de que a própria vida, a história, a existência, tudo é tomado por linguagem, na qual o ser se manifesta. Compreender a linguagem é, portanto, compreender o ser em sua complexidade histórica. Se a forma como a linguagem é vista mudou profundamente no decorrer do tempo, o mesmo pode ser dito quanto à interpretação, antes voltada à análise de textos, na condição de metodologia circunscrita às ciências humanas, hoje atrelada à atribuição de sentido ao objeto da compreensão como fenômeno de desvelamento que parte de uma «situação hermenêutica» (aquela em que se encontra o intérprete face à tradição que pretende compreender¹¹⁵). Expostas as premissas que dão base a esse raciocínio, passa-se à análise da forma como esse quadro repercutiu sobre o direito.

1.3. O direito como linguagem. Repercussões do amadurecimento da filosofia da linguagem e da hermenêutica sobre o direito. Interpretação e argumentação no pensamento jurídico atual.

O que caracteriza uma linguagem¹¹⁶? Voltada, de um ponto de vista prático, à transmissão, preservação ou elaboração de informação, trata-se de código (ou conjunto deles) pelo qual se pode

¹¹³ *Ibidem*, p. 491.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de hermenêutica...** posições 189-234.

¹¹⁵ GADAMER, *op. cit.*, p. 451.

¹¹⁶ Há distinção entre língua e linguagem, como bem se sabe. Saussure pontuou em obra clássica: “Mas o que é língua? Para nós, ela não se confunde com a linguagem; é somente uma parte determinada, essencial dela, indubitavelmente. É, ao mesmo tempo, um produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos. Tomada em seu todo, a linguagem é multiforme e heteróclita; o cavaleiro de diferentes domínios, ao mesmo tempo física, fisiológica e

articular a razão humana e veicular o estabelecimento de relações entre pessoas, coisas e o que os rodeia. Na conhecida análise elaborada por Saussure (tratada na primeira parcela deste capítulo, rapidamente), esse código é sistematizado por meio de signos linguísticos que, por sua vez, compõem-se de duas partes fundamentais: significante e significado. A primeira delas, segundo o linguista genebrino, consiste na imagem acústica do signo, sua parte perceptível; o significado, a seu turno, representa o sentido, conceito ou ideia de alguma coisa¹¹⁷. Desse modo, o signo é a junção de imagem acústica e conceito, a relação que une esses dois elementos.

Quando nos deparamos com a palavra *cadeira*, por exemplo, percebemos visualmente o seu *significante* – o termo em si – e o associamos ao objeto utilizado para se sentar, usualmente feito de madeira, com quatro pernas verticais, encosto, assento e braços de apoio – seu *significado*, o qual tem amparo na aceção da «comunidade» sobre esse determinado significante. A união desses dois componentes perfaz o *signo*, unidade da comunicação linguística. E a sua compreensão pelos sujeitos é essencial para que a comunicação entre eles se estabeleça. Caso um dos interlocutores não tenha acesso ao significante ou não tenha ideia de seu significado, a comunicação não será bem-sucedida. É por isso que a linguagem é relacionada à existência de «códigos» de domínio comunitário, cujo conhecimento é pressuposto para o exercício da comunicação. Aliás, justamente por essa razão, para muitos, a relação intérprete/texto, perfaz-se numa tríade, abarcando também a comunidade¹¹⁸.

Partindo desse ponto, não é difícil inferir que o direito é, também, uma linguagem¹¹⁹ – no mínimo, vale-se de uma linguagem peculiar que traduz aquela utilizada ordinariamente, da qual

psíquica, ela pertence além disso ao domínio individual e ao domínio social; não se deixa classificar em nenhuma categoria de fatos humanos, pois não se sabe como inferir sua unidade. A língua, ao contrário, é um todo por si e um princípio de classificação. Desde que lhe demos o primeiro lugar entre os fatos da linguagem, introduzimos uma ordem natural num conjunto que não se presta a nenhuma outra classificação” (SAUSSURE, *op. cit.*, p. 17). Dadas as limitações metodológicas desta dissertação, os dois termos serão utilizados indistintamente.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 79-80.

¹¹⁸ PEIRCE, *op. cit.*, *passim*.

¹¹⁹ “A linguagem é tão significativa para o universo dos acontecimentos jurídicos que, sem ela, determinados discursos nem sequer podem existir, de modo que as práticas jurídicas que deles derivam também se tornam impossíveis. Assim, na produção jurídica, o que é (existe) pode ser dito o exteriorizável e o exteriorizado (sentença passada em mãos do escrivão, norma publicada no Diário Oficial, despacho de expediente oficialmente lançado nos autos por funcionário público...), o que confere ao existir jurídico a qualidade de fato *de* linguagem, notadamente um fato social; o que ainda não é (inexistente) não possui estatuto jurídico definido (a sentença ainda não redigida ou não publicada pelo juiz é mero conjunto de intenções, a norma em projeto é mera especulação jurídica, o ato interlocutório não realizado é mera expectativa de acontecimento no curso do procedimento, a minuta de contrato não transformada em contrato escrito e assinado não é suficiente para engajar as partes...), ou possui um estatuto fora dos acontecimentos de interesse jurídico, e resta enclausurado no silêncio desse universo como ato em potência” (BITTAR, Eduardo C. B. – **Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 72-73). Cfe. MELLINKOFF, David – **The language of the law**. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 2004.

herda mecanismos semânticos e pragmáticos¹²⁰. Entre os vários códigos de linguagem que compõem toda sociedade, está o código do direito¹²¹, que “é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem”, no ensino de Castanheira Neves¹²². A conclusão é coerente se pensarmos que, por meio do direito, transmitem-se comandos, pensamentos, ideias, bem como se estabelece a relação entre pessoas, coisas, entes e entidades. As línguas verbais são certamente as mais importantes para o direito, mas há decerto outras formas de comunicação utilizadas no mundo jurídico, a exemplo de gestos empregados por policiais, sinais sonoros (apitos, buzinas), imagens (placas de trânsito).

Apesar de o direito valer-se de estruturas linguísticas extraídas da língua comum, nomeadamente seu código léxico, a especificidade do discurso jurídico muitas vezes faz necessário incidir um processo de tradução que o verta ao tecido linguístico utilizado pela comunidade em geral – tradução intralingual ou reformulação, processo pelo qual se recorre ao uso de palavras mais ou menos sinônimas ou a um circunlóquio¹²³ –, e essa circunstância ratifica a natureza linguística do direito. Esse o ponto que se quer deixar aqui bem vincado: o discurso jurídico se apresenta de maneiras distintas, por meio de atos jurisdicionais, petições, contratos, depoimentos orais etc., mas todas elas representam uma linguagem própria que decorre, naturalmente, da linguagem vulgar.

Se a linguagem técnico-jurídica decorre da comum, herdando seus códigos léxicos e demais estruturas linguísticas, a forma de sua utilização é coincidente. Como linguagem, o direito é aplicado mediante «processo interpretativo», operação pela qual se atribui sentido a um determinado texto legal¹²⁴, ao menos segundo a tradição romano-germânica. A interpretação do

¹²⁰ SILVA, Joana Aguiar e – **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 25. Na mesma obra, a autora aborda a compreensão desenvolvida por James Boyd White segundo a qual “o Direito deverá ser entendido como uma linguagem complexa, com muitas vozes, associativa e profundamente metafórica”, sendo, além de linguagem, também uma cultura e uma comunidade (pp. 37-39).

¹²¹ BITTAR, *op. cit.*, pp. 21-27.

¹²² **Metodologia jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 90.

¹²³ JAKOBSON, Roman – **Essais de linguistique générale**, 1963. trad. port. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes, *Linguística e comunicação*. São Paulo: Cultrix e Universidade de São Paulo, 1969, pp. 64-65.

¹²⁴ “Interpretação é a operação lógica que, obedecendo aos princípios e leis científicos ditados pela hermenêutica e visando a integrar o conteúdo orgânico do direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas, ou apura novos preceitos normativos, para o efeito de sua aplicação às situações de fato incidentes na esfera do direito” (RÃO, Vicente Paulo Francisco – **O direito e a vida dos direitos**. 7. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 464). Esser, a seu turno, compreende a interpretação “como via em direção à compreensão e o tornar compreensíveis as normas dadas, mas não aplicadas mecanicamente [...], vem respondida na possibilidade de clareza e de racionalidade do processo de aplicação do direito” (ESSER, Josef – **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**, 1970, trad. ita. Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria, *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 112).

direito, portanto, consiste em “processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo: caminhamos dos significantes aos significados”¹²⁵. Nessa tarefa de dar concreção ao direito, o intérprete não se limita a subsumir o fato à hipótese legal. A norma jurídica não é declarada – como se preexistisse à análise do aplicador –, mas constituída, efetivamente construída, mediante a interpretação do texto normativo e do contexto fático. Quando um jurista analisa um determinado texto legislativo, por exemplo, depara-se com uma série de significantes que, numa complexa operação cognoscitiva, são atrelados a significados compartilhados pela «comunidade» jurídica integrada pelo intérprete – afinal, a comunicação se baseia num código «comum», utilizado pelo emissor e pelo destinatário. Ao interpretar, o aplicador está inserido numa situação histórica determinada e integra a consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo nem a sua individualidade isolada. Tudo isso participa do processo interpretativo e interfere em seu resultado.

Essa noção sobre o papel do intérprete no direito não surgiu sem um amadurecimento paulatino no curso da história. Tratou-se da linguagem na primeira parcela deste capítulo, onde se retratou a mudança de paradigma entre a filosofia da consciência para a filosofia da linguagem e a reviravolta linguística ocorrida nesse contexto. Passou-se à compreensão de que a linguagem é um atributo essencialmente intersubjetivo, razão pela qual é indispensável sujeitar à sua análise componentes como comunidade, interação e consenso. Pois bem, esse panorama também se faz refletir sobre o direito, igualmente uma linguagem, como ora exposto. Se Platão sugere no diálogo de Teeteto que a linguagem é caracterizada pela arbitrariedade (convencionalismo na relação entre signos e coisas significadas), denotando certa vagueza de conteúdo filosófico sobre ela, a sua conceção de justiça é também vaga, conduzida pela máxima «que cada um cuide do que lhe compete»¹²⁶. Se Aristóteles, na sequência de seu mestre, traz as já mencionadas «afeções da alma» (um atributo humano que, quanto à linguagem, intermedeia palavra e coisa), a noção por ele desenvolvida sobre justiça – não obstante certa vagueza herdada de Platão – propõe-na como virtude e a ideia de que o ser humano tem direitos que independem do poder político (justo natural

¹²⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo – **Manuale di diritto costituzionale**. vol. I. Torino: UTET, 1990. p. 68.

¹²⁶ Apesar de Platão dividir a sua noção de justiça em duas partes (na cidade e na realização do homem), ambas se voltam, de certo modo, ao «cumprimento da função adequada» ou ao atendimento das aptidões da alma. Mais quais seriam as funções adequadas? E que aptidões seriam essas? Cfe. ADEODATO, João Maurício – **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann**. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 43-52.

ou *dikaion phýsikon*), ao qual cabe apenas reconhecê-los¹²⁷, além de apresentar a equidade como ferramenta de correção dos rigores da lei. Se o pensamento de Santo Agostinho sobre a linguagem, consubstanciado nomeadamente na célebre obra *De Magistro*, representa a resinificação das ideias de Platão (volvidas à arbitrariedade da palavra, não obstante exposta numa aporia) e Aristóteles (afeções da alma), a sua conceção de justiça é vista como “a fusão do platonismo com o cristianismo”¹²⁸ (a lei divina deve ser incorporada pela lei humana), além de conter traços do aristotelismo na ideia de justiça como sendo “o dar a cada um o seu”¹²⁹.

Esse jogo de rimas filosóficas persiste nos períodos que se seguem aos três pensadores acima mencionados. O mesmo racionalismo que, de algum modo, conduziu Descartes em sua análise da linguagem como uma fonte de erros (por reproduzir os preconceitos passados) e em sua ideia de que todas as línguas teriam características comuns em sua estrutura gramatical (o que faria Chomsky cunhar o termo linguística cartesiana, como já referido) é aquele que, ao cabo, soterraria a exaltação escolástica da lei divina e promoveria o direito natural como sendo fruto da razão, na esteira do pensamento de Grócio, Pufendorf e Locke¹³⁰. Aliás, o ideário cartesiano de que as línguas compartilham entre si uma mesma estrutura gramatical remete, de alguma maneira, à noção jusnaturalista de que a lei decorre da natureza, que tem a mesma força em todo lugar.

Prosseguindo no tempo, viu-se que Frege revolucionou a compreensão da linguagem ao atrelar a lógica à filosofia da linguagem, dando base a pensadores que tentaram formalizar a linguagem comum – a exemplo de Russel, Wittgenstein (em sua primeira fase) e Carnap – e à formação do Círculo de Viena, inspirado também no positivismo de Augusto Comte. A essa altura, também o direito sofria forte influência dessa corrente filosófica. Nesse sentido, numa escalada racionalista, a escola da exegese francesa (relacionada ao «pandectismo» alemão, de Windscheid, e à escola analítica inglesa, de John Austin) propunha que a única fonte do direito é a lei e tudo o que estiver nela estabelecido é direito, não obstante compreendê-la como expressão humana do direito natural¹³¹. Simbolizada pelo Código Civil francês de 1804 (o Código de Napoleão), essa vertente do pensamento jurídico (o positivismo exegético) entendia que os códigos eram

¹²⁷ *Ibidem*, p. 56.

¹²⁸ ALMEIDA; BITTAR, *op. cit.*, p. 232.

¹²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena – **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 38-39.

¹³¹ Não é incomum que se diga que a escola da exegese renunciou, categoricamente, aos ideais jusnaturalistas. Essa compreensão não é verdadeira, contudo. Havia ali a noção, ainda, de que o direito se relaciona a uma ética superior inerente à condição humana. Ademais, herdou-se do jusnaturalismo a noção de sistema, em torno da qual se estruturou o movimento de codificação do direito, que teve por finalidade conferir-lhe racionalidade, controle e objetivação (*Ibidem*, pp. 50-51).

instrumentos completos e acabados, frutos do racionalismo que buscava a simetria, a construção lógica perfeita.

Também nesse viés lógico-racionalista, a escola denominada «jurisprudência dos conceitos» representa o ápice da desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas na esfera do direito. Baseada na ideia de «pirâmide de conceitos», essa corrente enfatiza o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, que se estrutura em conceitos e normas abstratas que partem da generalidade e chegam à singularidade, cruzando-se entre si e dando origem a novos conceitos¹³². O logicismo característico da filosofia da linguagem entre os séculos XIX e XX, assim, remete ao quadro experimentado pelo direito no mesmo contexto histórico, o qual viu surgir o grande expoente do juspositivismo Hans Kelsen (1881-1973), também reflexo do logicismo predominante nesse período, especialmente do neopositivismo lógico do Círculo de Viena. O pensador austríaco propõe o afastamento radical de qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica etc., pois o que não pode ser provado racionalmente não pode ser conhecido.

A ciência do direito, segundo a teoria pura kelseniana, não pode sofrer influências de fatores externos sob pena de comprometer a sua cientificidade. «Ser» (*sein*) e «dever ser» (*sollen*) correspondem a extremos que não se devem entrelaçar; os valores que antecedem a norma, possivelmente relacionados com a sua gênese, não interessam ao jurista, que deve focar a sua atuação na norma jurídica em si, partindo dela e a ela chegando, obedecendo à escalonada estrutura normativa baseada numa norma fundamental, pressuposto lógico do sistema¹³³. Apesar de pretender separar firmemente direito e moral¹³⁴, o positivismo normativista proposto por Kelsen dá um importante passo adiante da vertente exegética, admitindo que as normas jurídicas possuem uma «moldura» na qual é possível ao intérprete aplicar mais de uma solução correta, que decorre da relativa indeterminação do ato de aplicação do direito. E, quando realizada por órgão aplicador do direito (o intérprete autêntico, para Kelsen), «cria-se» o direito, ainda que consistente em norma individual aplicável ao caso concreto sob análise¹³⁵.

¹³² ALMEIDA; BITTAR, *op. cit.*, pp. 424-425,

¹³³ KELSEN, Hans – **Reine rechtslehre**, 1960. trad. port. João Baptista Machado, *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 50-76; 135-155.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 47-48.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 245-250. Percebe-se uma aparente contradição na teoria Kelseniana, que, a um só tempo, tenta segregar direito e moral, mas admite que, dentro da «moldura normativa», o intérprete tem liberdade para adotar uma das múltiplas soluções consonantes com o direito – o que representa um campo de atuação moral e política, em última análise. É por isso que sua obra se baseia na separação entre direito e ciência do direito; sustenta o filósofo de Viena que o primeiro, cindido da moral, é indissociável do subjetivismo dos juizes, ao passo que ao segundo seriam garantidas segurança e previsibilidade típicas das ciências (Cfe. STRECK, *op. cit.*, posições 2947-2953).

É sabido que o positivismo jurídico ostenta várias vertentes. Não se trata de uma corrente monocromática e linear; há, ao contrário, cores e curvas que pontuam o pensamento positivista entre a exegese até ao normativismo kelseniano e que, mais recentemente, reinventou-se nas ideias de autores como Herbert Hart, Alf Ross e Joseph Raz. Em todas essas visões, entretanto, há primazia do direito positivo e a noção de que o direito é um fato social posto pela razão humana¹³⁶, caracterizando o juspositivismo como uma verdadeira escola jurídica, apesar de multifacetada. Essa tendência positivista encontrou vigor durante várias décadas, não obstante ter enfrentado diversas críticas, algumas delas consagradas nos pensamentos de Jeremy Bentham (utilitarismo), Ihering (teleologismo), Geny (livre investigação científica), Kantorowicz (escola do direito livre), Heck, Rümelin, Oertmann (jurisprudência dos interesses), Benjamin Cardozo (jurisprudência sociológica norte-americana), Dewey (lógica experimental), John Chipmann Gray (realismo jurídico norte-americano), Axel Hägerström (realismo jurídico escandinavo), entre outros expoentes da teoria do direito. Contudo, foi após a derrocada do nazifascismo¹³⁷ que surgiram os principais sinais de que o positivismo jurídico não atendia aos anseios da sociedade contemporânea.

Os regimes nazista e fascista foram pretensamente amparados no direito positivo, integrado por normas escalonadas cuja hierarquia – voltada a uma norma hipotética fundamental – conferia rigidez ao sistema segundo a visão juspositivista, e isso não impediu que as maiores atrocidades fossem cometidas contra milhões de seres humanos com amparo nessas mesmas normas jurídicas¹³⁸ – não obstante o caráter controverso dessa tese. O próprio Kelsen foi perseguido pelo

¹³⁶ STRECK, *op. cit.*, posição 2567.

¹³⁷ Não obstante a existência de alguns marcos temporais que costumam denotar a transmutação do pensamento jurídico em suas diversas fases – Revolução Francesa, promulgação do Código Napoleônico, fim da Segunda Guerra Mundial etc. –, essas mudanças não se deram em cadência definida. Ao contrário, ao longo dos séculos, o pensamento jurídico foi sendo desenvolvido em suas várias vertentes de maneira paulatina e mesmo as visões rechaçadas pelas teorias majoritárias continuam a ter adeptos fiéis, os quais promovem a revisão de certos paradigmas teóricos em que se embasam suas posições mas mantêm a essência daquilo que qualifica a sua escola. O jusnaturalismo, por exemplo, atravessa campo que se estende da Idade Média (sob o império da patristica ou da escolástica) até à moderna filosofia do direito natural de Stammler e Del Vecchio e à «conceção quântica do direito» de Goffredo Telles Júnior, proposta já na década de 70 do século XX (DINIZ, *op. cit.*, p. 48). Isso, contudo, não compromete o raciocínio segundo o qual as mudanças experimentadas sobre a maneira de se encarar filosoficamente a linguagem encontraram eco no direito. Aliás, a filosofia da linguagem também se desenvolveu de maneira gradativa, não obstante a ocorrência de determinados eventos paradigmáticos, a exemplo do giro linguístico.

¹³⁸ O próprio Tribunal Constitucional Federal da Alemanha reconheceu que o regime nacional-socialista escancarou a possibilidade de o legislador estabelecer injustiças; a iniquidade vinha consubstanciada em dispositivos legais editados à época, contrariando os princípios fundamentais da justiça de maneira tão clara que o magistrado que pretendesse aplicá-los acabaria por pronunciar a injustiça, e não o direito (ALEXY, Robert – **Begriff und geltung des rechts**, 1992. trad. port. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 7-8).

nazismo e procurou exílio na América, onde viria a falecer anos depois¹³⁹. Estava cada vez mais evidente a grave diferença entre o direito e a lei; passou-se a admitir a existência de certos “princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça”¹⁴⁰. Era necessária uma reaproximação do direito com a política e a moral, ainda que – numa aparente contradição – sob algumas bases do próprio positivismo jurídico, e o papel do legislador teria de dar lugar à atividade do intérprete, num percurso que iria da legislação à aplicação concreta do direito¹⁴¹. O mundo vivenciava o giro linguístico, que soterrava a noção de que a linguagem era representação lógica dos fatos mundanos e coroava o contexto, o uso, e era nessa direção que seguiria o direito. Ficaria evidente a tensão entre segurança jurídica e justiça, contexto em que nasceu o que se veio a denominar «pós-positivismo», um movimento de variados matizes, mas centrado na demonstração de insuficiência do modelo juspositivista.

Neste ponto, mostra-se sobremaneira relevante grifar a maneira como o giro ontológico-linguístico mencionado nas duas primeiras etapas deste capítulo viria a abalar as bases em que se funda o juspositivismo, que ignora a dupla estrutura da linguagem. Ao descrever pela linguagem, o sujeito também prescreve; o discurso da objetividade, que separa «ser» de «dever ser», acaba por não resistir à análise fenomenológica segundo a qual nós já estamos integrados na linguagem utilizada para tratar o objeto – o que, aliás, vai no sentido da superação da relação sujeito-objeto. Puseram-se luzes sobre a ingenuidade da cisão entre descrição e prescrição em que se pauta o positivismo jurídico em geral, que desconhece o fato de que todos já estamos embarcados na linguagem de que emerge o objeto e que, conseqüentemente, é impossível partir de um grau zero de sentido¹⁴².

Foi diante desse contexto de questionamento ao paradigma jurídico dominante que, em 1945, um ex-juiz então desempregado, estabelecido num povoado rural perto de Munique como forma de prover a sua subsistência, descobriu uma biblioteca intacta nos arredores de sua casa, escondida num claustro. Nela, iniciou minuciosa pesquisa que resultou na obra «Tópica e jurisprudência», pela qual Theodor Viehweg (1907-1988) marcou a história do pensamento

¹³⁹ ALMEIDA; BITTAR, *op. cit.*, p. 431.

¹⁴⁰ PERELMAN, Chaim – **Logique juridique : nouvelle rhétorique**, 1976. trad. por. Verginia K. Pupi, *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 95.

¹⁴¹ STRECK, *op. cit.*, posição 3694.

¹⁴² *Ibidem*, pp. 2646-2698.

jurídico resgatando a tópica aristotélica como forma de tratar as questões com as quais lida o direito¹⁴³. O Tribunal de Nuremberga julgava os horrores do Nazismo com base em princípios gerais de moral universal, o que ia na direção da construção de um novo modelo de legitimação das decisões judiciais, muito mais voltado à dimensão argumentativa do direito. Nesse prisma, Viehweg resgatou a prática dos pretores e juriconsultos romanos para desenhar a forma de pensar tópico-problemática: a justiça se constrói a partir de decisões específicas, concretas, das quais se extraem princípios que lhe servem de fundamento de validade. Pensa-se por problemas, a partir deles e em sua direção; a tópica é uma técnica desenvolvida pela retórica, encontrada no *ius civile*, no *mos italicus* e na civilística atual, e as tentativas de dissociá-la da jurisprudência não foram exitosas¹⁴⁴. Buscando a noção de «prudência» na antiguidade, o professor da Universidade Gutenberg de Mainz distingue a «jurisprudência» de uma pretensa «jurisciência» e sustenta que o direito tem caráter prudencial, pois baseado no confronto de opiniões, na busca do equilíbrio, da justiça.

Viehweg elabora em sua obra um apanhado histórico sobre o papel da tópica e dos «topoi»¹⁴⁵, mediante o resgate do estudo de Gian Battista Vico, a análise da tópica de Aristóteles (que lhe atribuiu esse nome) e a de Cícero, o estudo de seu papel no *ius civile* e no *mos italicus*, a exposição do pensamento de Leibniz e sua «tópica matematizada», até chegar à análise do papel da tópica na contemporaneidade. Nesse percurso, valoriza sobremaneira a dialética, arte grega embasada no confronto dialógico entre opiniões distintas e que se opõe à analítica, debruçada sobre proposições isoladas ou concatenadas (silogismos)¹⁴⁶. Se a analítica alicerça a ciência, a dialética está na base da prudência¹⁴⁷ e, sendo a aplicação/interpretação do direito uma

¹⁴³ ALMEIDA; BITTAR, *op. cit.*, p. 505.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴⁵ O autor trata dessa expressão em toda a sua obra, resgatando o conceito de Aristóteles, para quem os «topoi» consistem em “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (**Topik und jurisprudenz**, 1953. trad. port. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 27).

¹⁴⁶ Defende-se que a dialética e a analítica tiveram seu desenvolvimento iniciado com Heráclito e Parmênides, respectivamente, de maneira realmente embrionária. A expressão «dialética» foi utilizada primeiro por Platão, mas, em sua obra, a dialética é encarada tão somente como a prática do diálogo, pois apesar de pressupor duas posições distintas (tese e antítese), não exige uma síntese por superação dos opostos (Hegel) – apesar de esse resultado ser atingido eventualmente, a exemplo do conhecido mito da caverna. Quanto à analítica, Aristóteles foi quem primeiro usou o termo para designar alguns escritos sobre a lógica. Seu significado, segundo a tradição aristotélica, remete a um sistema operado por análise de proposições isoladas ou concatenadas (silogismos). A dialética vai de Platão a Marx, passando por Santo Agostinho, Escoto Eriugena e Hegel, entre outros; a analítica parte de Aristóteles e chega à atual filosofia analítica, permeando as obras de Tomás de Aquino, Descartes, Kant, Frege, Russel e Wittgenstein (PASCHOAL, Antônio Edmilson – Metodologia da pesquisa em educação: analítica e dialética. **Revista diálogo educacional**. ISSN 1981-416X. vol. 2, n° 3 (jan./jun. 2001), pp. 161-169).

¹⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio – Prefácio. In: VIEHWEG, *op. cit.*

prudência¹⁴⁸ (jurisprudência, na expressão utilizada pelo autor), é-lhe inerente a ponderação de argumentos, o confronto de opiniões contrárias, a busca do equilíbrio mediante o pensamento por problemas, desamarrado de dogmas – daí o distanciamento sobre a dogmática, que parte de pontos indiscutíveis, inquestionáveis.

No prefácio à 3ª edição de *Topik und jurisprudenz*, Viehweg cita três jusfilósofos contemporâneos a ele e que também valorizavam o papel da tópica em suas teorias da argumentação. Um deles é Chaim Perelman (1912-1984), polonês radicado na Bélgica que se notabilizou pela composição de vasto material sobre o raciocínio jurídico, a importância do argumento e da persuasão na definição das estruturas jurídicas e na tomada de decisão judicial. Sua obra mais aclamada – o texto canônico, pode-se dizer, intitulado em português «Tratado da argumentação: a nova retórica», de 1958 – foi escrita com a contribuição de Olbrechts-Tyteca, a quem se atribui uma elevada capacidade de sistematização que é ausente na produção individual de Perelman¹⁴⁹. Mas é ao próprio Perelman que se atribui a originalidade do pensamento desenvolvido, que, além de contribuir – talvez em maior grau – para a recuperação da tópica e da retórica antigas, chega a preannunciar uma semiótica jurídica desenhada por sua preocupação com a pragmática e o uso do discurso pelos juristas¹⁵⁰.

Perelman denuncia a impropriedade do positivismo diante da inerência dos juízos de valor na aplicação do direito. “É justo tratar do mesmo modo situações essencialmente semelhantes”, diz o filósofo de Bruxelas, ao tempo em que reconhece que aplicar esse conceito pressupõe a análise valorativa sobre a semelhança ou não da nova situação sobre a anterior¹⁵¹. Na tentativa de imprimir alguma racionalidade sobre esse tipo de operação – a lógica dos juízos de valor, na expressão por ele utilizada¹⁵² –, Perelman recorre a Gottlob Frege (o pai da lógica moderna, tratado na primeira parcela desta dissertação), mas conclui não haver lógica específica sobre juízos de valor, pois todas as áreas que lidam com ideias controvertidas, posições, opiniões, utilizam técnicas argumentativas, já abordadas na filosofia aristotélica, e não a lógica formal.

Distinguindo a retórica geral daquela aplicada a áreas específicas, entre elas o direito, Perelman denomina «lógica jurídica» o estudo das técnicas e raciocínios próprios dos juristas. Entretanto, separa firmemente esse campo teórico da lógica formal, pois, como visto, a lógica

¹⁴⁸ GRAU, Eros Roberto – *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 48ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40.

¹⁴⁹ ATIENZA, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁰ ALMEIDA; BITTAR, *op. cit.*, p. 513.

¹⁵¹ *Logique juridique...* pp. 137-140.

¹⁵² *Op. cit., loc. cit.*

jurídica é parte da retórica. A atividade do jurista – do juiz, primordialmente – não depende única ou principalmente de operações silogísticas¹⁵³, mas de raciocinar conforme a sua conceção sobre a justiça e o seu papel social. Com a sua nova retórica, Perelman questiona a ideia solidificada ao longo da supremacia do positivismo jurídico¹⁵⁴ baseada na suficiência da lei. O raciocínio jurídico – ou melhor, judiciário ou decisório – é o foco de sua filosofia, pois, afinal, é o juiz quem exerce a função de dizer o direito. Para o professor polonês, a lógica jurídica é dialética, dinâmica, em constante e desejável movimento, ao contrário da rígida lógica formal¹⁵⁵ atrelada ao pensamento jurídico tradicional. O raciocínio jurídico trabalha com fatos, assume contextos políticos, valores, e com isso constrói a solução justa e concreta em cada caso.

Apesar de trazer frescor ao pensamento jurídico no pós-guerra, a tópica desenvolvida por Viehweg e Perelman não é isenta de críticas. Uma das mais contundentes repousa sobre a grande superficialidade que caracteriza as bases em que se funda o modelo tópico de funcionamento da jurisprudência, que não estabelece os critérios de uso dos tópicos nem a hierarquia entre eles¹⁵⁶. Ademais, ao sustentar que a aplicação de conceitos e princípios jurídicos somente proporciona resultados aceitáveis se ligados estes à ideia de justiça, Viehweg se limita a “afirmar que a jurisprudência deve buscar soluções «justas» a partir de conceitos e proposições extraídos da própria «justiça»”¹⁵⁷, o que representa uma trivialidade. A tópica, assim analisada, confere à jurisprudência uma carga de arbitrariedade elevadíssima, como o próprio Viehweg assume em sua obra¹⁵⁸, que, ao tecer proclamações vazias sobre a justiça e desprezar o papel da lei, da dogmática

¹⁵³ Nas palavras de Perelman: “Com efeito, a estrutura da argumentação que motiva uma decisão parece muito diferente da de um silogismo pelo qual passamos das premissas a uma conclusão. Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum” (*Ibidem*, p. 3).

¹⁵⁴ A noção de positivismo jurídico de Perelman é bastante criticada especialmente por descon siderar o positivismo mais atual, a exemplo daquele proposto por Hart, que admite a referência à justiça, a existência de padrões normativos distintos da lei/regra jurídica – os princípios – e mesmo a textura aberta do direito. A questão será abordada adiante.

¹⁵⁵ Nem o direito na conceção clássica do positivismo representa sistema puramente formal, uma vez que as normas inferiores não são deduzidas das superiores mediante transformações puramente formais, como na matemática, mas por meio de condições segundo as quais pode ser autorizada a criação de normas inferiores (*Ibidem*, p. 91).

¹⁵⁶ Cfe. GARCÍA AMADO, Juan Antonio – *Derecho y método jurídico*. *Doxa*. ISSN 0214-8676. n° 4 (1987), pp. 161-188.

¹⁵⁷ ATIENZA, Manuel – *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, 1991. trad. port. Maria Cristina Guimarães Cupertino, *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003. pp. 54-55. Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm – *Systemdenken und systembegriff in der jurispruden z*, 1983. trad. port. A. Menezes Cordeiro, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, pp. 255-269.

¹⁵⁸ “A jurisprudência, que até aqui descrevemos, não é um método, mas sim um estilo. Ela tem, como qualquer outro estilo, muito de arbitrio amorfo e muito pouco de demonstração rigorosa. Com alguma aptidão, este estilo é imitável e praticável, alcançando, como atitude espiritual que se exercita um alto grau de confiabilidade” (*Op. cit.*, p. 71).

e do precedente no raciocínio jurídico, passa ao largo do real problema do qual estamos diante: “criar algum tipo de método – ou pelo menos algum elemento de controle – que permita discutir racionalmente as questões de justiça”¹⁵⁹.

Nada obstante essas duras críticas direcionadas por relevantes pensadores contemporâneos, deve ser reconhecida a importância da tópica sobre o direito; ao trazer à baila a questão da prática argumentativa no raciocínio jurídico, a tópica espessou as linhas com as quais se desenvolve a teoria da argumentação jurídica, que se entrelaça à prática jurídica e merece o devido tratamento. Nesse contexto, há três campos em que essa relação se dá de maneira consistente. O primeiro deles é o da «produção ou estabelecimento» de normas jurídicas (ou melhor, de textos legislativos), tipicamente relacionada ao poder legislativo em suas atribuições pré-legislativa (discussões que envolvem problemas sociais, normalmente de natureza política ou moral) e propriamente legislativa (no âmbito do próprio poder legislativo, já de natureza técnico-jurídica). O segundo campo é relativo à «aplicação ou interpretação» jurídica, que pode ter por foco o texto normativo ou os fatos – também merecedores de interpretação. O terceiro e último campo diz respeito à «dogmática jurídica», especialmente quanto à sua função elaboradora de critérios para a aplicação do direito¹⁶⁰. É nos dois últimos campos que se situa a teoria da argumentação jurídica, centrada nas questões relativas à interpretação do direito, seja quanto a casos concretos (segundo campo), seja em situações abstratas (terceiro campo)¹⁶¹. No fundo, a hermenêutica jurídica é intimamente ligada à teoria da argumentação jurídica; como defende Atienza, a área da teoria da argumentação relativa à aplicação do direito, quando referente às normas (não aos fatos), consiste justamente na interpretação jurídica¹⁶².

Compartilhando o ambiente histórico de Viehweg e Perelman, o alemão Josef Esser (1910-1999) também figurava como uma das mentes que questionavam a visão tradicional da aplicação do direito e a abordagem tradicional dos métodos de interpretação¹⁶³. Mas sua abordagem é um tanto distinta daquela adotada pelos dois primeiros pensadores. Apesar de não ter sido o primeiro a desafiar o pensamento jurídico predominante na primeira metade do século XX, é Esser quem

¹⁵⁹ ATIENZA, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁰ Aliás, não se pode deixar de reconhecer a relação entre o tema desta dissertação e esse terceiro campo, haja vista que esta dissertação se volta à discussão de critérios – argumentos – que facilitem a tomada de uma decisão jurídica em sentido amplo, é dizer, a aplicação de uma norma jurídica a determinado caso.

¹⁶¹ ATIENZA, *op. cit.* pp. 18-19.

¹⁶² *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁶³ O tema será desenvolvido adiante.

efetivamente põe em pauta o tema da interpretação jurídica e define como a discussão sobre a questão se daria na Europa durante a década de 70¹⁶⁴. Concebendo a interpretação como uma tarefa criativa por meio da qual o intérprete extrai a norma de seu invólucro textual, agregando ao conteúdo valores metajurídicos recolhidos da própria existência social, mas sempre respeitando o preceito sob interpretação e os aspetos da ordem social, Esser se notabiliza ao se afastar do discurso teórico para pôr em foco o aspeto prático da jurisdição como atividade eminentemente interpretativa. Junto à tópica de Viehweg, Esser descortinou rumos na teoria do direito ao explorar a disparidade entre a práxis decisória e a representação teórica dessa práxis¹⁶⁵.

Ao assumir a interpretação como ferramenta que possibilita racionalizar a individuação do direito, a determinar a manifestação de uma vontade não inteiramente subjetiva, mas direcionada ao consenso social¹⁶⁶, Esser propõe que a «pré-compreensão» é o vetor que orienta o raciocínio judicial – e, aqui, vemos clara inspiração na hermenêutica filosófica gadameriana –, pois funciona como elemento capaz de antecipar os sentidos das soluções possíveis para o caso sob análise do intérprete e permite a busca do consenso social¹⁶⁷. Os paradigmas que desprezavam a relevância do intérprete na efetivação da tarefa jurídica foram contundentemente atacados pelo pensador alemão, que se recusou a encarar o texto jurídico como algo dotado de um sentido (um achado metafísico ou lógico) a ser descoberto pelo aplicador. Sua doutrina encara o sujeito da interpretação como alguém encarregado de «construir» – não simplesmente achar – o sentido de um texto, cuja univocidade não se pretende nem se imagina, especialmente diante dos variados elementos (culturais, ideológicos, axiológicos) que participam desse processo, denominado de «significação»¹⁶⁸. Aliás, corrobora esse entendimento o fato de os atos legislativos se valerem de expressões vagas, a exemplo de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados¹⁶⁹, apostando no papel da interpretação na concreção do ordenamento jurídico. Este, em verdade, somente pode ser compreendido como algo completo, um sistema sem buracos, caso o papel do intérprete seja admitido em sua operacionalização como verdadeiro integrante. Esser, no ponto, sustenta que a elaboração judicial do direito não aparece como um simples apêndice da lei, como

¹⁶⁴ GRAU, *op. cit.*, p. 110.

¹⁶⁵ VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe – **Diritto e interpretazione**: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 2001, p. 175.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 112. Cfe. ESSER, Josef – **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung**, 1970. trad. ita. Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria, *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983. pp. 11-15.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 132-137.

¹⁶⁸ Entre os autores que utilizam o termo para denominar o resultado do exercício interpretativo no campo do direito – é dizer, a própria norma jurídica extraída do invólucro textual pelo intérprete, em tarefa criativa –, indiquem-se Bittar e Eros Grau, obras citadas.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 57.

uma prótese pudicamente oculta para sanar suas deformidades, mas sim como uma parte funcionalmente normal e necessária da criação dos preceitos jurídicos em geral¹⁷⁰.

Esser foi o primeiro autor a analisar com clareza a distinção entre princípios e normas – tema que será abordado com maior profundidade na segunda etapa deste texto – e a permear essa discussão com o problema da interpretação jurídica¹⁷¹, suplantando o paradigma da subsunção e a doutrina do sentido claro (interpretação negativa)¹⁷². A ele se seguiram outros pensadores que ingressaram nessa discussão com profundidade e deram o tom da abordagem atual do tema, como é o caso do norte-americano Ronald Dworkin (1931-2013). Diante de um juspositivismo¹⁷³ pós-exegético reinventado por juristas como Norberto Bobbio (1909-2004) e – principalmente – H. L. A. Hart (1907-1992), Dworkin desenvolve um contraponto que valoriza a importância dos trabalhos de Wittgenstein (em sua segunda fase) e Heidegger, abrindo caminhos de interlocução com outros filósofos contemporâneos, a exemplo de Habermas e Gadamer.

À sua época, o jusfilósofo americano se deparava com «O conceito de direito», escrito por Hart, seu antecessor na cátedra de teoria geral do direito na Universidade de Oxford, cuja proposta juspositivista inclusiva tem como adeptos juristas do quilate de Neil MacCormick e Joseph Raz.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 30.

¹⁷¹ LARENZ, Karl – **Richtiges recht: grundzüge einer rechtstheorie**, 1985. trad. esp. Luis Diez-Picazo, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993, p. 34.

¹⁷² “Tampoco el procedimiento normal de la construcción jurídica es imaginable sin la elaboración judicial y el empleo de principios generales. Cada ‘aplicación’ de la ley es ya interpretación, pues ya el decidir que el tenor literal de un texto es tan inequívoco que hace superflua toda interpretación (doctrina del ‘sentido claro’), descansa sobre una interpretación. *Juris interpretatio* es la clásica denominación genérica de la investigación del derecho en el litigio, o sea, de la actividad judicial en general. La investigación jurídica no es nunca un mero trabajo de subsunción, por lo que aun cuando consiste en aplicar la ley dentro de los límites del texto, necesita de principios positivos superiores que faciliten los criterios para entender los textos a la luz de los fines o según el sistema” (ESSER, Josef – **Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts**, 1956. trad. esp. Eduardo Valenti Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 323).

¹⁷³ Já foi dito neste texto que há vários positivismos jurídicos. Sua raiz comum costuma ser apontada como a noção de que o direito é um fato social que a razão humana torna posto, seja na figura de uma lei, de um julgamento ou de um conceito. O positivismo desenhado por Hart é apontado como moderado ou brando (*soft positivism*) em virtude de admitir a possibilidade de a regra de reconhecimento incluir *standards* morais ao Direito, como sustentado no posfácio de sua obra mais célebre. De modo geral, o positivismo pós-exegético é categorizado em dois grandes grupos: o exclusivo (em suas versões descritiva e normativa) e o inclusivo. O primeiro desconsidera a discussão sobre correção ou adequabilidade da solução jurídica, admitindo apenas a análise da razão que se impõe, ou seja, as regras jurídicas são razões «excludentes» pois, além de imporem determinada conduta, afastam outras razões para ação (as morais, por exemplo). O segundo mantém a tese das fontes sociais consubstanciada na regra de reconhecimento, admitindo a inclusão de princípios morais ou valores substantivos como forma de validar as regras jurídicas, desde que a sociedade convencie nesse sentido. Rejeita-se, portanto, o que se denomina «positivismo dos simples fatos» (HART, – **The concept of law**, 1961. trad. por. Antônio de Oliveira Sette Câmara, *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 320/323). O positivismo proposto por Hart se enquadra na segunda categoria (Cfe. STRECK, *op. cit.*, posições 2568 e 2636).

Para Hart, o direito consiste, resumidamente¹⁷⁴, na união de regras primárias (de conduta) e regras secundárias (não impõem obrigações, mas criam poderes públicos ou privados), que se distinguem das demais regras sociais com base no que denomina «norma de reconhecimento»: uma regra de cunho empírico – não explicitamente declarada – convencionalmente aceita e que gera sobre as normas primárias e secundárias a noção de obrigação¹⁷⁵. Para além disso, Hart defende ser inerente à linguagem um grau de indeterminação que deriva da imprecisão ou ambiguidade das palavras, configurando a denominada «textura aberta do direito», na qual os juízes exercem efetiva discricionariedade que, apesar de não materializar necessariamente arbitrariedade ou irracionalidade, representa a adoção de determinada escolha que acaba por se basear em elementos externos ao direito, como a moral e a política¹⁷⁶, e os juízes têm legitimidade para isso porque a regra de reconhecimento assim estabelece.

A teoria convencionalista desenvolvida por Hart foi duramente questionada por Dworkin. Uma das mais importantes críticas reside sobre a discricionariedade judicial que se opera nas zonas cinzentas, na denominada textura aberta do direito (e da linguagem, de modo geral), circunstância de caráter antidemocrático, segundo o pensador americano. Na visão de Dworkin, admitir que os tribunais «criam direito» no exercício dessa discricionariedade violaria a ideia de que o direito não pode ser aplicado retroativamente, especialmente considerando que isso afetaria os detentores do poder exercido nessa operação¹⁷⁷. Outra crítica bastante contundente se refere à incapacidade de um sistema jurídico solucionar os chamados *hard cases* apenas se valendo de regras jurídicas, único padrão normativo trazido pela teoria de Hart, ao menos em sua primeira versão e de modo claramente expresso¹⁷⁸. Em tais casos, seria indispensável o recurso a princípios,

¹⁷⁴ Obviamente, conceituar o direito não é tarefa simples e não poderia ser exercida em poucas linhas. O retrato da visão de Hart sobre o direito é limitado e tem por finalidade expor as linhas fundamentais de sua teoria apenas para que se compreendam as principais objeções trazidas por Dworkin. Como alerta o próprio Hart quanto à pergunta «o que é direito?», nenhum conceito suficientemente conciso para ser aceito como uma definição poderia oferecer uma resposta satisfatória (HART, *op. cit.*, p. 21). O tema será retomado no tópico 2.2 desta dissertação.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 129-131.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 161-166.

¹⁷⁷ DWORKIN, Ronald – **Taking rights seriously**, 1977. trad. por. Nelson Boeira, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 132.

¹⁷⁸ Em «O conceito de direito», Hart não menciona claramente os princípios como um padrão normativo. Após as críticas formuladas por Dworkin, o autor inglês elaborou pós-escrito à obra no qual afirma que “A crítica mais conhecida feita por Dworkin a este livro é, há muito tempo, a de que ele representa erroneamente o direito como constituído apenas por normas do tipo ‘tudo ou nada’, e que ignora uma espécie de padrão jurídico, isto é, os princípios jurídicos, que representam papel importante e característico no raciocínio jurídico e na decisão judicial. [...] Muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios do pensamento jurídico, e foi de fato um grave erro de minha parte não ter enfatizado sua força não-conclusiva. Mas, ao usar a palavra ‘norma’, não pretendi absolutamente afirmar que os sistemas jurídicos

políticas ou outros tipos de padrões fundados moralmente¹⁷⁹. Dworkin ataca, ainda, a noção de regra de reconhecimento, que seria incapaz de identificar os princípios na condição de normas jurídicas – ao menos nos moldes da teoria concebida por Hart¹⁸⁰.

A obra de Dworkin vai muito além das críticas diretamente formuladas à de seu predecessor na Universidade de Oxford. O eixo de sua teoria substantiva do direito reside na ideia do «direito como integridade»¹⁸¹, cuja conceção encontra claros pontos de contato com a reabilitação da autoridade da tradição defendida por Gadamer, numa análise fenomenológica¹⁸². Se, com sua noção de *applicatio*, o filósofo alemão propõe que o processo hermenêutico não cinde «compreensão» e «aplicação» – ou seja, que não se trata de primeiro compreender determinado texto para depois aplicar seu conteúdo –, Dworkin sustenta que “os juízes não decidem os casos difíceis em duas etapas, avaliando, num primeiro momento, os limites das restrições institucionais, para só então deixar os livros de lado e resolver as coisas a seu próprio modo”¹⁸³. O professor novaiorquino sustenta que o juiz, no desempenho dessa tarefa, utiliza seu próprio juízo para determinar que direitos têm as partes, mas o faz levando em consideração as tradições morais da comunidade, pois integram a complexidade da situação hermenêutica na qual está mergulhado¹⁸⁴.

Na defesa desse ponto de vista, o professor americano se vale de um juiz ideal, Hércules, que não exerce discricionariedade para resolver os chamados *hard cases*. Dotado de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, Hércules aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição, admitindo que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos e que os juízes têm o dever de seguir as decisões

incluem apenas normas do tipo ‘tudo ou nada’ ou quase conclusivas. Não apenas chamei a atenção para o que denominei (talvez de modo infeliz) ‘padrões jurídicos variáveis’, que especificam fatores a serem considerados e ponderados em relação a outros, mas também tentei explicar por que algumas áreas da conduta se prestam melhor à regulamentação, não através de padrões variáveis, como a ‘precaução devida’, mas através de normas quase conclusivas, que proibem ou exigem sempre os mesmos atos específicos, exceto em casos muito raros” (pp. 334-339).

¹⁷⁹ DWORKIN, *op. cit.*, pp. 37-46.

¹⁸⁰ *Ibidem*, 63-72.

¹⁸¹ A integridade, segundo Dworkin, é uma virtude política baseada nos conceitos de justiça, equidade, decência, que impõe uma atuação coerente e fundamentada em princípios, que “promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania” (DWORKIN, Ronald – **Law’s empire**, 1986. trad. por. Jeferson Luiz Camargo, *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 230).

¹⁸² Tanto Dworkin quanto Gadamer adotam postura fenomenológica (não prescritiva) em suas teorias; analisam aquilo que, apesar de «não dito» – nem refletido, muitas vezes –, é «exercido». Não há, portanto, a preocupação em reformular a prática judiciária, mas em problematizar suas posturas (MOTTA, Francisco José Borges – **Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. pp. 86-99).

¹⁸³ DWORKIN, Ronald – **Taking rights seriously...**, p. 136.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 196. Cfe. MOTTA, *op. cit.*, p. 88.

anteriores tomadas pelos tribunais¹⁸⁵. Hércules, assim, não cria o direito e não atua com discricionariedade¹⁸⁶ (tal qual sustentado em Kelsen e Hart); antes, pauta-se pela formulação de um sistema de princípios que o auxiliam na construção uma teoria que aponte a «única resposta correta» com base no direito pré-existente. Ao fazer isso, o magistrado não se prende em definitivo aos entendimentos formulados anteriormente, devendo realizar uma «interpretação construtiva» que atenda aos princípios de moralidade política («integridade») que informam o direito – o que evitaria o decisionismo. Capaz de compreender em profundidade e respeitar a narrativa histórica envolvendo todos os valores da comunidade em que exerce a jurisdição – o que representa um esforço hercúleo –, esse juiz ideal logra encontrar a única resposta correta para o caso (difícil) sob sua análise, agindo como um escritor que atua na elaboração de um «romance em cadeia», no qual “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado pelo romancista seguinte, e assim por diante”¹⁸⁷.

A teoria de Dworkin consolida-se como paradigma do pós-positivismo. Seu juiz Hércules e a sua tese da única resposta correta são metáforas que têm como função simbolizar o caráter antidemocrático da discricionariedade e, focando na integridade, superar o esquema sujeito-objeto (a ênfase não está na posição pessoal do juiz, mas em sua responsabilidade política)¹⁸⁸. Vislumbra-se uma substancial mudança no pensamento jurídico que, abandonando a exegese, rejeita a discricionariedade admitida pelo positivismo normativista como forma de superação do paradigma filosófico anterior. Na prática, vivencia-se um quadro problemático: a pretexto de reinterpretar os capítulos da história institucional do direito e de aplicar princípios na solução de casos jurídicos, juízes podem simplesmente desconsiderar a força dos precedentes e desrespeitar regras jurídicas consolidadas no ordenamento, incorrendo no decisionismo que Dworkin combateu em sua teoria. E, ao fazê-lo, é possível que o magistrado sustente que o direito é, afinal, fruto de interpretação, sendo-lhe inerente a carga de subjetividade que permeia qualquer operação interpretativa.

Nesse contexto, revela-se a importância de abordar o processo hermenêutico e analisar os limites a que se submete a interpretação – se é que se submete a algum. Se, por um lado, o pensamento jurídico atual propõe que direito não é sinônimo de lei, por outro, não se pode desconsiderar o papel desta na aplicação das normas jurídicas; a lei, afinal, não é um irrelevante

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald – **Taking rights seriously...**, p. 165.

¹⁸⁶ Sobre os sentidos forte e fraco da discricionariedade, Cfe. *Ibidem*, pp. 50-56.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald – **Law's empire...**, p. 276.

¹⁸⁸ Cfe. STRECK, Lenio Luiz – O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários.

jurídico. Ao aplicar o direito, o intérprete deve se debruçar sobre normas jurídicas de naturezas e graus distintos (regras, princípios, políticas) e, sobre elas, respeitando o corpo legal estabelecido, exercer tarefa compreensiva que não apenas admite honestamente o papel da pré-compreensão como elemento informador do processo interpretativo (Gadamer, Esser), mas também respeita as tradições e os valores experimentados pela comunidade em que vive (a integridade em Dworkin). Ao fazê-lo, o aplicador acaba por construir a norma jurídica incidente sobre o caso analisado, mas não *ex nihilo*; a proposição da solução jurídica adequada à situação apreciada pressupõe «esforço argumentativo» no sentido de demonstrar, além da conformidade com a história institucional do direito, o respeito ao código social jurídico-linguístico, ou seja, que a significação realizada pelo intérprete não resultou de vontade inteiramente subjetiva, mas se voltou ao consenso social.

Com isso em mente, e sobre as bases fincadas nesta primeira etapa desta dissertação, mostra-se possível desenvolver o que se tem adiante: uma abordagem – obviamente não exauriente – dos caminhos trilhados na aplicação/interpretação do direito (aliás, o que se pode entender por «direito» e suas fontes), representado pelos padrões normativos admitidos pelo pensamento jurídico atual (regras e princípios, notadamente), dos métodos de interpretação costumeiramente invocados para a execução dessa tarefa e das balizas impostas ao intérprete nesse quadrante.

Capítulo 2 – A interpretação (aplicação) do direito.

2.1. Interpretação e norma jurídica: o papel construtivo do intérprete.

O direito não se confunde com a lei, como se disse na primeira parcela desta dissertação. Parece claro, também, que a interpretação jurídica é dotada de força criativa, ainda que se volte unicamente à construção da norma adequada ao caso concreto em análise, dadas as limitações premonitórias das regras positivadas no ordenamento jurídico. “O direito não é; ele se faz”, diria Roberto Lyra Filho¹⁸⁹, que ilustra perfeitamente esse panorama: o comando jurídico posto, consolidado em diplomas legislativos, não representa a própria norma jurídica, que depende da atuação criativa do intérprete para que seja construída a partir do material interpretado e de outros elementos que compõem o processo interpretativo. Convém analisar como se dá esse processo, sobre o que ele se põe, quais os seus resultados e, ao fim, a quais limites se sujeita. A primeira das questões representa o objeto deste tópico, numa reflexão despretensiosa, mas necessária para que se chegue aos fins a que se destina esta dissertação.

Não é recente a compreensão de que não existe identidade entre norma e texto legal¹⁹⁰. Enquanto este último é o produto imediato da atividade legislativa, a primeira consiste nos sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos¹⁹¹. A interpretação é justamente a operação pela qual se atribui sentido a um texto ou discurso, e é dessa operação que exsurge a norma jurídica – daí ser comum a ideia de que a atividade do jurista não é puramente técnica, mas também (quicá principalmente) «política»¹⁹². Mais: pode-se afirmar, com segurança, que há normas desconectadas de leis, assim como há leis não dotadas de natureza normativa¹⁹³. Aliás, essa não-identidade entre norma e texto normativo, notadamente o texto

¹⁸⁹ Desordem e processo: um posfácio explicativo. In **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário**. Org. Doreodó Araújo Lyra. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986, p. 312.

¹⁹⁰ MÜLLER, Friedrich – **Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen arbeitsmethoden**, 1972. trad. port. Peter Naumann, *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, pp. 45-56.

¹⁹¹ ÁVILA, Humberto Bergmann – **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.

¹⁹² TARELLO, Giovanni – **Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto**. Bologna: 1976, p. 15.

¹⁹³ “Normalmente, as leis têm conteúdo normativo (geral e/ou abstrato) – são atos produtores de normas – e por isso são fontes do direito. Entretanto, pode ocorrer de uma lei não conter de fato normas e contenha, ao contrário, preceitos singulares e concretos; pois bem, uma lei deste segundo tipo, segundo a concepção material das fontes, não seria fonte do direito. Por outro lado, os atos administrativos normalmente contêm preceitos singulares e concretos, e, portanto, não são fontes do direito. Mas não se pode esquecer que um ato administrativo tenha, ao contrário, conteúdo genuinamente normativo e seja, portanto, uma fonte do direito”. (GUASTINI, Riccardo – **Estudios de teoría constitucional**. Ciudad del México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, p. 104)

emanado de autoridade, ganha relevo em fenômenos como o do direito consuetudinário, cuja qualidade jurídica não se questiona, apesar de ele não se amparar, de regra, em nenhum texto definido por autoridade constituída. Mesmo onde o direito positivo escrito prevalece, reconhece-se a existência de um direito constitucional consuetudinário *praeter constitutionem*, e não há dúvidas sobre a sua carga normativa¹⁹⁴.

O jurista não interpreta normas, portanto, mas textos normativos, e dessa interpretação, sim, resultam as normas. Ele interpreta também os fatos, deve ser ressaltado. Afinal, o contexto em que se deram os acontecimentos sob análise do julgador interfere diretamente na elaboração da norma jurídica incidente sobre o caso. Mas o intérprete não se limita a desnudar o significado dos textos e dos fatos. Sua operação não se resume a declarar o sentido do direito, mas a efetivamente constituir a norma de decisão do caso¹⁹⁵, tarefa especialmente desempenhada pelo intérprete autêntico – o juiz –, na expressão consagrada por Kelsen¹⁹⁶. Isso não significa, ressalte-se, que o intérprete tem a função de criar a norma, literal e originariamente. Ele a produz com base nos textos normativos e nos fatos, dando concreção ao direito, inserindo-o na vida – que também é nele introjetada.

O trajeto percorrido pelo intérprete do texto à norma de decisão é palco de discussões seculares. Costuma-se invocar a existência de «métodos» de interpretação como meios para conferir maior objetividade à atividade do intérprete e controlar a operação interpretativa – os denominados «cânones interpretativos». Como já se referiu no capítulo anterior desta dissertação (tópico 1.2), partiu-se de uma técnica de interpretação de textos religiosos, passando-se à análise da literatura clássica (hermenêutica filológica) e da jurisprudência (hermenêutica jurídica). Nesta última vertente, várias foram as investidas no sentido de estabelecer regras interpretativas capazes de impor mais objetividade à atividade do intérprete, das quais talvez a mais visitada seja a desenvolvida por Friedrich Karl von Savigny, que distinguia os elementos (critérios, meios ou métodos) gramatical, lógico, histórico e sistemático da interpretação¹⁹⁷.

A lição tradicional que decorre dessa visão é fundamentalmente pautada numa dicotomia formulada pelos romanos e assumida pela escola da exegese francesa: a distinção entre «letra» e «espírito». A primeira, relacionada ao elemento gramatical; a segunda, atingível mediante os

¹⁹⁴ MÜLLER, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁵ GRAU, *op. cit.*, p. 26.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, pp. 245-250.

¹⁹⁷ LARENZ, Karl – **Methodenlehre der rechtswissenschaft**, 1991. trad. port. José Lamego, *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 450.

elementos histórico, sistemático e teleológico (ou racional). O «elemento gramatical» seria o mais básico, uma vez que o próprio texto (objeto da interpretação), ostentando um «valor negativo», delimitaria a atividade interpretativa, excluindo todos os sentidos não admitidos pelo próprio texto, e, exercendo também um «valor positivo ou seletivo», apontaria o sentido mais adequado dentre todos os possíveis, de acordo com a sua correspondência natural com o texto; o «elemento histórico» estaria voltado à formação do texto sob interpretação, seja quanto ao contexto jurídico-social em que surgiu (*occasio legis*), seja em relação à evolução histórica do próprio direito e suas fontes; pelo «elemento sistemático», impõe-se compreender o texto interpretado como um integrante de um corpo maior, organizado e coerente (capítulo, título, livro, código, até, em última análise, o ordenamento jurídico), de maneira a não se interpretar o direito em tiras; por fim, o «elemento teleológico» (ou racional) teria por enfoque buscar a sentido da lei (*ratio legis*) e, com a evolução do pensamento jurídico sobre o fenômeno interpretativo, o sentido do próprio direito (*ratio iuris*)¹⁹⁸.

A abordagem da interpretação segundo «métodos» fracassou historicamente. Após décadas de desenvolvimento, nada de decisivo foi efetivamente construído no sentido de conferir racionalidade à atuação do intérprete do direito, o que acabaria por coroar o debate a respeito de uma teoria voltada diretamente à práxis judiciária¹⁹⁹. Vários foram os ditos métodos desenvolvidos por diversos pensadores e, ao cabo, o que se logrou obter foi um conjunto de ferramentas entre as quais não havia critério de escolha. Na alegoria cunhada por Giorgio del Vecchio ao lecionar na *Universidad de Roma*, rememorada pelo célebre aluno Luís Recasens Siches²⁰⁰, ocorre com os métodos de interpretação jurídica o mesmo que acontece à rapariga que procura um noivo, um futuro marido, alguém com quem possa dividir a vida, as responsabilidades, os anseios; mas se depara com diversos pretendentes, nenhum dos quais lhe agrada nem lhe propõe casamento. De facto, foram encontrados múltiplos «métodos de interpretação», mas, não nenhum deles resolve adequadamente o problema da interpretação e nem existe um «metamétodo» que permita escolher a ferramenta adequada entre todas elas, não obstante a genialidade tributada a diversos autores que atacaram o tema.

De certa forma, o fracasso da visão metódica da interpretação jurídica é mais fácil de perceber nos dias atuais, de paradigmas pós-positivistas. Sob as vestes de um objetivismo frágil e

¹⁹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António – **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 103-106.

¹⁹⁹ ZACCARIA, Giuseppe – **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 357.

²⁰⁰ **Tratado general de filosofía del derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 2008, p. 629.

superficial, escondem-se as intenções, as crenças, os valores que informam a aplicação do direito – circunstância que confere ao intérprete a confortável posição de veicular a sua própria visão do mundo travestida de ciência²⁰¹. Ora, se não há organização hierárquica entre os critérios de interpretação, não é possível indicar qual deles deve prevalecer quando de seu emprego, permitindo que se enverguem, tanto quanto queiram, os caminhos pelos quais se extraem os sentidos do material interpretado para que eles cheguem exatamente aonde quer o intérprete. Fala-se em «sentido literal» do texto no critério gramatical, mas é necessário questionar aos olhos de quem essa literalidade é aferida²⁰². O mesmo se diga sobre as noções de interesse social, sentido da lei, intenção do legislador e outros parâmetros de que lançam mão os métodos tradicionais. Os anseios exegéticos e metodizantes do direito sepultaram o voluntarismo judicial, mas, de seu túmulo, ele continuou a orientar a interpretação e aplicação do direito.

A discussão sobre métodos rigorosos de interpretação decorre da visão desatualizada segundo a qual a atividade interpretativa, especialmente na lógica jurídica, reveste-se – ou deveria ser revestida – de caráter científico. Interpretar significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, ou seja, é a atividade pela qual se escolhe uma entre várias possibilidades igualmente corretas²⁰³. Por essa razão, a interpretação jurídica não configura uma atividade científica; antes, dá-se no campo da prudência – como já disse Viehweg – ou, na visão cunhada por Schleiermacher, trata-se de uma arte. Na adequada ilustração de Eros Grau, acontece algo semelhante àquilo que ocorre com a interpretação musical: não existe apenas uma interpretação correta desta ou daquela obra de música erudita. Uma peça de Stravinsky executada pela Filarmônica de Berlim, por exemplo, não é mais autêntica ou mais correta do que a execução dada à mesma obra pela Sinfônica de Milão. Apesar de diferentes, ambas são autênticas e corretas²⁰⁴.

²⁰¹ A respeito dessa «desonestidade» entre o que propõem os métodos tradicionais e aquilo que eles efetivamente entregam: “Que coisa é, de fato, a lei? A lei é um texto impresso, rígido e mudo. Não se pode falar misticamente de uma «vontade da lei», porque a lei não quer nem pensa, e somos nós que pensamos e queremos atribuir-lhe um conteúdo intelectual. Tanto menos se pode falar duma «vontade do legislador», que nos modernos Estados constitucionais, com a pluralidade dos fatores que participam da legislação, é puramente fantástico. E assim a chamada interpretação lógica é «criação do direito», criação mascarada, travestida, mediante a qual às vezes negamos aplicação à letra da lei, só porque o seu sentido não corresponde à justiça e à oportunidade.” (FERRARA, Francesco – *Applicazione della legge*. In *Trattato di diritto civile italiano*, 1921. trad. port. Manuel A. D. de Andrade, *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1933, pp. 72-73)

²⁰² A questão relativa ao sentido literal dos preceitos legais será tratada na última parcela desta dissertação.

²⁰³ LARENZ, *op. cit.*, pp. 439-450.

²⁰⁴ GRAU, *op. cit.*, p. 40. Sabemos, contudo, que a interpretação jurídica se sujeita a muito menor liberdade criativa do que se dá na interpretação estética. O recurso ao exemplo por Grau se deu em razão de apelo argumentativo, tal qual ocorre com a famosa alusão à estátua adormecida no bloco de mármore, a ser tratada adiante.

Alguns viriam a sustentar, então, que os juízes teriam plena liberdade para buscar a solução justa, haja vista que a sua atividade interpretativa não estaria sujeita a amarras capazes de sufocar o ímpeto de fazer a coisa certa, de concretizar a justiça. Segundo esse raciocínio, adotado pelo movimento do direito livre (Kantorowicz, Ehrlich), caso o texto da lei seja unívoco e sua aplicação não ofender os sentimentos da sociedade, deve a lei ser aplicada; entretanto, se o texto legal não apresentar solução pacífica ou conduzir a uma decisão injusta, a sentença deve ser dada conforme a noção do magistrado sobre o que o legislador faria no caso sob análise; na hipótese de o juiz não ter condições de se colocar no lugar do legislador, deve resolver o caso com base no sentimento da coletividade; por fim, se não tiver como definir o sentimento da coletividade, decidirá discricionariamente²⁰⁵.

Essa conclusão, entretanto, não representa uma decorrência fatal da falência da visão logicista do direito e dos numerosos métodos de interpretação sugeridos durante décadas. O fato de a aplicação do direito não se submeter a um guia concreto, didático e objetivo que permita o controle da atuação do julgador não significa que este tenha total liberdade para fazer o que bem entender na solução dos casos que lhe são apresentados. Alguma racionalidade há de se lhe conferir, é certo, pois isso é um pressuposto da legitimação do poder de que são investidos os juízes – todos eles, inclusive aqueles apontados como tomadores de «boas decisões». Um caso ilustrativo e bastante conhecido é o do «bom juiz» Magnaud, que foi presidente do Tribunal de Château-Thierry. O magistrado decidia sempre de acordo com o que lhe parecia a equidade, sem outros elementos de orientação nem de autocontrole, desprezando a legislação e o sistema de precedentes – inclusive quando consolidado em suas próprias decisões anteriores. Defendia que as decisões judiciais deveriam ser pautadas pela solidariedade e pelo humanitarismo – o que, de início, rendeu-lhe vários admiradores, especialmente os defensores dos socialmente marginalizados. Contudo, com o tempo, o «fenômeno Magnaud» trouxe contundente desconforto à sociedade, que não sabia onde apoiar os pés. O reinado da insegurança se instalou, pois era incerta a direção a ser seguida pela jurisprudência sentimental do «bom juiz», que acabou abandonado e largado ao ostracismo²⁰⁶. É dizer, mesmo as decisões tidas como «justas», promotoras dos interesses dos mais debilitados socialmente, carecem de firmeza e de legitimação

²⁰⁵ DINIZ, *op. cit.*, p. 68.

²⁰⁶ COELHO, Inocêncio Mártires – **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Edição digital, §§ 974-979.

institucional, pois o direito é uma ferramenta voltada justamente contra o arbítrio subjetivo²⁰⁷. A interpretação do direito não se submete a métodos lógicos, rígidos, que confirmam absoluta precisão ao seu resultado, isso é dado; mas não se pode concluir daí que não há nenhum controle e racionalidade sobre a atuação jurisdicional.

Talvez uma das mais comuns ilustrações da atividade interpretativa seja a «metáfora da Vênus de Milo»²⁰⁸. Três renomados escultores recebem blocos de mármore semelhantes (procedência, tamanho, textura) e são incumbidos de esculpirem, cada qual em seu bloco, uma «Vênus de Milo». Todos os escultores cumprem o combinado e, como fruto de seu trabalho, apresentam-se três reproduções da estátua grega cujo reconhecimento é manifesto. Elas ostentam a mesma pose, com o corpo levemente reclinado e a perna esquerda suavemente dobrada sobre a direita, ambas cobertas por um manto. As estátuas não se confundem com outras, como a Pietà de Michelangelo ou o Pensador de Rodin; a Vênus de Milo foi reproduzida fielmente. Entretanto, as três peças guardam singularidades que as diferenciam entre si. Uma delas tem os ombros um pouco mais elevados e o umbigo um tanto mais profundo; a outra, lábios e cachos definidos com precisão milimétrica; a última, um manto com aparência de lã macia.

Não se poderá dizer que as esculturas sejam equivocadas, ilegítimas ou infiéis à obra que quiseram reverenciar. São três Vênus de Milo, isso não se discute. Os escultores não gozaram de liberdade para construir a obra como bem imaginassem, a seu gosto e estilo; obedeceram aos limites da peça utilizada como paradigma, respeitando a sua autoridade. As diferenças havidas entre as três versões não as tornam menos valorosas; ao contrário, é nas sutilezas dos traços e nas pequenas distinções que habita a genialidade do artista. Em determinado sentido, é possível sustentar que as três estátuas já estavam lá, adormecidas nos blocos de mármore, e que aos escultores coube simplesmente desbastar o material até que dele brotasse a obra encomendada, não obstante cada um dos trabalhos trazer em si um traço da individualidade dos escultores encarregados de revelar a imagem que ali jazia.

Na interpretação jurídica, tem-se quadro semelhante. Um mesmo material interpretado (texto, discurso) pode dar ensejo a interpretações diversas; isso não quer dizer, contudo, que uma delas seja necessariamente ilegítima. Desde que respeitado o conteúdo normativo adormecido no preceito linguístico, é plenamente possível «construir» normas jurídicas distintas e nenhuma delas poderá ser rotulada de incorreta. Entretanto, ao construí-la, o intérprete não partirá do zero; antes,

²⁰⁷ CARRARA, *op. cit.*, p. 73.

²⁰⁸ DINIZ, *op. cit.*, pp. 33-34.

deverá obediência à norma que adormece em seu invólucro textual, no qual trabalhará para extrair seu conteúdo. Nessa extração, exerce atividade criativa – tal qual os escultores da Vênus de Milo –, mas isso não lhe confere liberdade para, conforme seu próprio gosto, esculpir o que bem entender. O intérprete está limitado pelo conteúdo ínsito na lei, não lhe sendo possível «fabricá-lo», mas simplesmente «reproduzi-lo», ainda que com traços que denunciem a autoria da obra, pois algum vestígio de individualidade se haverá de deixar. Como assume Cardozo, “podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade; mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos”²⁰⁹.

Esse quadro sublinha uma distinção que existe entre os campos artísticos – e a interpretação, não se pode esquecer, é uma arte, como já dizia Schleiermacher ao seu tempo, ombreado essa atividade à retórica, arte do discurso²¹⁰. Existem as «artes autográficas», a exemplo do romance e da pintura, nas quais o autor da obra age sozinho na sua realização; e há as «artes alográficas», como a música, a arquitetura e o teatro, que exigem a atuação positiva do intérprete para que a obra se complete. Perceba-se que compreender a partitura de uma determinada obra de Bach não é suficiente para que alcance a sua beleza, o seu sentido; é necessária a atuação do intérprete nesse aspeto²¹¹. Os dois tipos de arte são interpretados, ressalte-se, mas existe uma diferença crucial entre eles: nas artes autográficas, o intérprete se limita a compreender a obra, já finalizada pelas mãos de seu autor – ainda que, «internamente», essa compreensão ganhe feições da própria individualidade do intérprete; nas artes alográficas, a seu turno, o intérprete deve completar, reproduzir a obra, como etapa prévia e indispensável à sua contemplação estética – inclusive «externamente», ou seja, pelos demais sujeitos. Nessa reprodução, o intérprete também cria, é inevitável, mas deve reverência à obra interpretada, não tendo liberdade para propor o que bem quiser. O direito tem caráter alográfico²¹², pois não se encerra nas letras do texto legal, sendo indispensável a atuação do intérprete para que se lhe alcance criativamente o sentido (a norma).

Mesmo Hans Kelsen reconheceu que interpretar é uma operação intrinsecamente subjetiva, de modo que tentar limitar os caminhos adotados pelo sujeito nessa atividade é medida que parece

²⁰⁹ CARDOZO, Benjamin Nathan – **The nature of the judicial process**, 1921. trad. port. Silvana Vieira, *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 4.

²¹⁰ SCHELEIERMACHER, Friedrich D. E. – **Hermeneutik und kritik...**, p. 91.

²¹¹ FREITAS, Artur – Obra expandida: as vanguardas e o regime alográfico. **ARS**. ISSN 1678-5320. vol. 11, n° 21 (2013), pp. 19-31.

²¹² GRAU, *op. cit.*, pp. 30-31.

fadada à ineficácia, nomeadamente quando se está diante de um contexto polissêmico²¹³ – eis o fundamento da «moldura normativa» defendida pelo autor. Se a norma jurídica não se confunde com o texto normativo, e se a interpretação é o processo pelo qual se retira do invólucro textual o respetivo núcleo normativo, não é difícil concluir que o papel do intérprete na aplicação do direito é singularmente importante. Isso porque, ao interpretar, o sujeito não se desvencilha de seus valores, suas compreensões, sua visão de mundo, seu espaço na sociedade e a influência desta em sua própria individualidade. Tal qual a água, que se origina de diversas fontes (do mar, dos mais variados rios, dos lençóis freáticos, das chuvas) e, conseqüentemente, tem componentes que variam a depender de sua origem (sais, cores, sabores, cheiros), a interpretação carrega em si caracteres oriundos de seu autor. E se nem a destilação é capaz de retirar «todos» os minerais legados na água por sua fonte, a utilização de métodos de interpretação também não alcança a sua total objetividade²¹⁴. Pretender um processo destilado de interpretação não será capaz de lhe subtrair a subjetividade inerente.

Diante disso, desprezar a atividade criativa – ainda que limitada – do intérprete é equívoco que não se pode cometer. A sua função não é extrair o sentido do texto legal de maneira asséptica, como se fosse um fim em si; como ensina Gadamer, a tarefa da hermenêutica jurídica não é compreender as proposições jurídicas vigentes, mas encontrar o direito, isto é, interpretar as leis de modo que a ordem jurídica cubra inteiramente a realidade social²¹⁵. Da interpretação do texto e da realidade surge a «norma jurídica», a qual, quando aplicada a um caso concreto, convola-se em «norma de decisão». Esta, sim, o sentido último da atividade interpretativa no direito, que deve ser atual, de maneira a refletir o momento social e suprir o envelhecimento do preceito

²¹³ “De um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica. Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.” (*Op. cit.*, p. 248)

²¹⁴ A relação entre o fenômeno interpretativo e o elemento água está também presente segundo outra abordagem, além da já conhecida metáfora das fontes do direito (a ser abordada adiante). Na compreensão do filósofo pré-socrático Tales de Mileto, a água era a origem de todas as coisas, consistindo na *physis* que, segundo o vocabulário da época, representava tanto a fonte originária quanto o processo de surgimento e desenvolvimento das coisas. É dizer, tudo, de alguma forma, provinha da água, desde os minerais até aos mais complexos seres vivos. Com a interpretação ocorre algo semelhante: o mundo que nos rodeia, em todas as suas peculiaridades, é concebido pelo intérprete segundo a sua compreensão, da qual tudo provém – inclusive, aliás, o próprio intérprete, que integra o meio que interpreta. (SOUZA, José Cavalcante – **Os pensadores pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 19)

²¹⁵ *Warheit und methode...*, p. 612.

interpretado. É a visão de Esser, para quem o julgador se vale de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais justamente para conferir frescor à aplicação do direito, uma vez que dão margem ao intérprete (juiz) para que, afastando-se de esquemas formalistas, possa racionalizar a individualização do direito ao determinar a manifestação de uma vontade não objetiva, porquanto direcionada ao consenso geral²¹⁶.

Segundo o pensador alemão, a interpretação é obtida por meio de uma «pré-compreensão» (ou antecipação hermenêutica) que possibilita ao intérprete escolher a solução mais dotada de «consenso» e, portanto, mais apropriada à resolução do caso. O consenso, além de atribuir legitimidade à decisão – pois simboliza o seu acolhimento social –, configura-se em adequação ao ordenamento jurídico. Essa atividade, diz Esser, não consiste em operação simplesmente subsuntiva, mas de verdadeiro momento criativo do intérprete, no qual ele agrega à norma conteúdo valorativo, desnudando seu significado²¹⁷ – e, aqui, devem ser feitas todas as ressalvas sobre essa atividade criativa do intérprete, que não é um cheque em branco, conforme mencionado acima. O autor também grifa os «princípios» como veículos de transformação da metodologia interpretativa²¹⁸, atuando como diretivas de valoração que orientam o intérprete e determinam o caminho da antecipação hermenêutica diante das possibilidades em vista²¹⁹.

O paradigma trazido por Esser é expressivo e parte do influxo antimetódico de Gadamer, passando pela tópica de Viehweg²²⁰. Ele recusa os métodos tradicionais de interpretação, que ocultam as verdadeiras razões de que lança mão o intérprete na adoção deste ou daquele aspeto valorativo, além de errarem na insistência sobre a *mens legislatoris* como elemento relevante na definição de uma justa solução. O intérprete – defende Esser – adota o seu entendimento, sua compreensão do direito e dos fatos, e se vale dos métodos interpretativos tradicionais para conferir

²¹⁶ *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung...*, p. 110. Em abordagem afinada com essa visão, Giuseppe Zaccaria defende: “*En su característica polarización entre ontología y metodología del derecho, la hermenéutica jurídica nos previene contra un derecho antihistórico y apersonal y se pronuncia en favor de un derecho vivo, histórico, situacional y concreto, capaz de dar cabida al carácter contradictorio y la falta de clausura de la existencia individual en sí misma.*” (*Op. cit.*, p. 120)

²¹⁷ *Ibidem*, p. 73. A propósito, menciona-se a distinção entre texto e norma sedimentada especialmente por Friedrich Müller e o «nascimento» da norma quando de sua aplicação pelo intérprete. Segundo o professor alemão, o processo de concretização do direito tem como ponto de partida o «texto da norma» até a «norma jurídica» e, dela, o intérprete chega à «norma de decisão». A norma, assim, é fruto do processo de interpretação; é o sentido atribuído ao texto da norma. (MÜLLER, Friedrich – *Juristische Methodik*, 1993. trad. fra. Olivier Jouanjan, *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, pp. 168-169).

²¹⁸ Também sobre esse tema, explorando a especial força normativa dos princípios que se irradia sobre todo o sistema jurídico, Cfr. CORTÉS, António Ulisses – *Jurisprudência dos princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*. Lisboa: Universidade Católica, 2010.

²¹⁹ ESSER, *op. cit.*, p. 36.

²²⁰ *Ibidem*, p. 153.

aparência de legitimidade àquela postura previamente adotada²²¹. Legitimidade essa que não se perfaz de aparências, mas de essência; é na tentativa de alcançar o «consenso» no seio social que o intérprete legitima a posição assumida. E se o intérprete antecipa as possíveis soluções para o caso (pré-compreensão), ele o faz como integrante de uma certa sociedade, num determinado tempo, em volta a dados valores que vigoram entre seus pares e guiado por «princípios» que defluem desses valores²²².

Esse confronto do intérprete com a compreensão jurídica de grupos sociais inteiros, que orienta a construção da norma jurídica ao caso, constitui o que Esser denomina «controle de precisão» – tema que será retomado na última parte desta dissertação – e representa parcela de um longo caminho percorrido desde “o horizonte intersubjetivo de expectativa, atravessando a antecipação de sentido e as possíveis soluções, em busca do mais amplo consenso”²²³. Não se trata propriamente de uma ferramenta metodológica no sentido de definir os passos a serem seguidos pelo intérprete para que chegue à plena expressão da verdade única – esta, inalcançável –, mas de assumir a função criativa por ele desempenhada (a natureza produtiva do direito) como passível de análise objetiva que evite o abuso instrumental da norma pelo manejo desvirtuado dos elementos de linguagem.

Por tudo isso, é forçoso concluir que a aplicação do direito é uma atribuição que vai muito além da simples subsunção. O papel do aplicador é efetivamente «construir» a norma, extraindo-a de seu invólucro linguístico-textual e a moldando, respeitosamente, mediante o emprego de valores metajurídicos extraídos da existência social, sempre em obediência ao preceito jurídico interpretado e aos aspetos da ordem social. Disso se infere a peculiaridade da hermenêutica jurídica: seu cerne não é situado numa reflexão metódica, a exemplo do que ocorre quanto à filologia e à hermenêutica bíblica; é, antes, no encontro do direito por meio da interpretação jurídica²²⁴. Definir a função do intérprete é muito mais do que descrever os caminhos por ele percorridos no entendimento desta ou daquela estrutura linguística, de um certo preceito legal, de um discurso ou de um precedente, pois “uma boa interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutico-exegética, determina corretamente o sentido textual da norma; é antes

²²¹ “*Complessivamente à risultato che la «nostra metodologia accademica non rappresenta per il giudice né un aiuto né un controllo». La prassi – e ciò vale in particolar modo per le istanze sui fatti – non muove da «metodi» dottrinali di individuazione del diritto, se ne serve unicamente per motivare, lege artis, la decisione piú adatta secondo la sua comprensione del diritto e del fatto*”. (*Ibidem*, p. 1).

²²² *Ibidem*, p. 36.

²²³ *Ibidem*, p. 136, tradução livre.

²²⁴ GADAMER, *op. cit.*, *loc. cit.*

aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto”²²⁵.

A noção do que é justo, adequado, correto, não é dada graciosamente e é sempre passível de crítica e controle de legitimidade. O juiz tem janelas com as quais integra a dinâmica social com a concretização do direito (cláusulas gerais, princípios, conceitos jurídicos indeterminados), o que lhe confere frescor; entretanto, a valoração feita pelo intérprete (seja sobre os fatos, seja sobre a norma) deve ser confrontada com a dogmática jurídica em sua tradição. É dizer, a inegável atuação criativa do juiz precisa ser associada a critérios de racionalidade desenvolvidos por meio de uma teoria hermenêutica voltada à práxis; que confronte as ferramentas pelas quais a norma jurídica é concretizada e fixe certas balizas argumentativas a serem observadas pelo intérprete como critério de legitimidade, pois aplicar o direito não se resume a uma análise de certo e errado, mas de «justificação».

Se é necessário estabelecer critérios de racionalidade sobre a interpretação jurídica, mostra-se primordial examinar o material sobre o que o intérprete se debruça, ou seja, de onde parte a tarefa criativa em causa. O que deve ser interpretado pelo juiz na aplicação do direito? O que «produz» o direito e de que formas ele se manifesta? É natural a compreensão de que não é permitido ao magistrado levar em consideração «qualquer tipo» de base argumentativa, sendo-lhe reservado aquilo disposto pela lei, pelos precedentes, pelo costume, em síntese, pelos institutos pelos quais o direito se pronuncia. Mas em que essa conclusão se sustenta? Analisar a questão pressupõe ingressar num terreno tão fértil quanto árido: as fontes do direito.

2.2. O problema das fontes do direito I – O conceito de direito.

Uma das histórias mais conhecidas da mitologia grega é aquela que envolve Hermafrodita (ou Hermafrodito), filho de Hermes e de Afrodite, que teve seu corpo unido a Salmácis quando se banhava nas águas habitadas por essa ninfa²²⁶, circunstância que conferiu à criatura resultante da união belos traços masculinos e femininos. Intolerante aos modos virginais de Ártemis (Diana na mitologia romana, deusa da vida selvagem, da lua e da virgindade, cultuada pelas ninfas) e adepta

²²⁵ CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 84.

²²⁶ As ninfas são figuras da mitologia grega originárias da natureza e que participam simultaneamente dos humanos e dos deuses. Filhas lendárias dos bosques, rios e montanhas, são criaturas mortais de vida bastante longa – comparável à do carvalho – que habitam as grutas, o musgo, a sombra e o frescor (MÉNARD, René – *La mythologie dans l'art ancien et moderne*, 1878. trad. port. Aldo Della Nina, *Mitologia Greco-Romana*, vol. 1. São Paulo: Opus, 1991, pp. 212-221).

do ócio e da vaidade, Salmácis era uma náíade, tipo de ninfa que exprime o murmúrio das águas e gera o seu movimento²²⁷. É a representação mitológica grega das fontes, nascedouro das águas que cortam e vivificam a terra. Para além dessa versão fabulosa, há entre os romanos a figura da «Deusa Fonte», filha da ninfa Juturna e do Deus Jano, senhora das fontes e nascentes, a quem se prestavam homenagens na Fontinália, festa celebrada em sua honra sob as solenidades do paganismo²²⁸.

A origem mitológica dos arroios, riachos e córregos tem raiz na necessidade humana de explicar os fenômenos presenciados na vida e mesmo aqueles que se imaginam experimentar na morte, ainda que, para tanto, seja necessário fabular sinuosamente em direção das mais convenientes narrativas. “Todos os homens, por natureza, tendem ao saber”, diz Aristóteles²²⁹, e explicar a origem das coisas que dão origem a outras coisas (como as vertentes d’água, que originam os rios) é buscar sabedoria à potência, ainda que numa composição mitológica. Há fascínio na descoberta dos nascedouros das águas de um determinado sítio, capazes de colorir o campo e alimentar a fauna, porque isso significa, em última instância, autoridade sobre a própria vida. Afinal, se eu compreendo e domino a origem das águas, posso definir seus cursos e influir em sua substância.

No direito, há quadro similar. A discussão sobre a origem e as formas de manifestação das normas jurídicas é, ao cabo, uma discussão sobre poder e dominação. Ora, definir que tipo de formulação social é capaz de vincular coercitivamente o comportamento humano é estabelecer as engrenagens da tecnologia de controle social que é o direito. “Direito aparece como exercício de poder; sem poder, não há normas jurídicas e sim normas morais”²³⁰. O tema é profundo e mais complexo do que sugere o nível de discussão em que é versado cotidianamente. A expressão «fonte do direito» é familiar a todos aqueles inseridos no seio jurídico, desde os alunos das cátedras propedêuticas das faculdades de direito aos juristas mais experientes, alcançando também aqueles que, não obstante desprovidos de formação jurídica específica, aventuram-se por essa área de conhecimento em razão de necessidades acadêmicas ou profissionais. Não é raro,

²²⁷ BULFINCH, Thomas – **The age of fable**, 1855. trad. port. David Jardim Júnior, *O livro de ouro da mitologia*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 204.

²²⁸ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha – **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito; instituições jurídicas**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 37.

²²⁹ **Metà ta physiká**, ano não informado. trad. port. Vincenzo Coceo, *Metafísica (livro I e livro II)*, in *Aristóteles II*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 11.

²³⁰ ALMEIDA; BITTAR, *op. cit.*, p. 691.

assim, deparar-se com bordões do tipo “a lei é a fonte do direito por excelência”, muitas vezes pronunciados irrefletidamente e que se fundam na compreensão quase instintiva de que o jurista deve recorrer a esse tipo de base – no caso, a lei – na regência de algum fato da vida, normalmente litigioso.

Mas o que vincula o aplicador do direito a essa determinada base argumentativa? Especialmente quanto aos ordenamentos de tradição romano-germânica, tende à circularidade o argumento segundo o qual a lei é imperativa porque isso é definido pela própria lei, ainda que revestida de outra denominação, como a constituição. Ademais, desde Aristóteles tem-se a ideia de que nenhuma regra pode regular a sua própria aplicação²³¹, de modo que não poderia a lei prever a sua soberania e definir a maneira pela qual deve ser delineada pelo intérprete. É necessário refletir sobre as fontes do direito, então. Afinal, se a decisão jurídica tomada por determinado juiz ou tribunal é fruto de interpretação, impor racionalidade a essa operação pressupõe o entendimento daquilo que se interpreta, suas raízes e o fundamento de sua autoridade.

O campo é bastante espinhoso e, não obstante seja objeto de longa análise doutrinária, remanesce lacunoso, fugindo às raias do direito para invadir a seara política ao permear a discussão sobre o que deve ou não pautar as relações sociais desenvolvidas numa dada comunidade. «Fonte», no linguajar ordinário, é vocábulo normalmente associado ao lugar de onde brota água, ao seu nascedouro; daí se tem ideia do uso metafórico do termo no campo do direito. Segundo Kelsen²³², a expressão «fonte do direito» é ambígua, significando, a um só tempo, os “métodos de criação de direito” (a lei em sentido amplo, o costume), o fundamento da validade do direito (determinado instrumento normativo dá origem a outro tipo de instrumento que, por sua vez, dá base a outro tipo etc.) e todas as ideias que efetivamente influenciam os órgãos criadores do direito (normas morais, princípios políticos, opiniões de especialistas etc.). Noutros termos, o jusfilósofo de Viena admite o emprego da expressão num sentido técnico-jurídico, quando significa as formas pelas quais as normas jurídicas se revelam e dão fundamento a normas de hierarquia inferior; e num sentido não científico, pelo qual as fontes do direito são todos os fatores reais que condicionam o aparecimento das normas jurídicas.

²³¹ HABERMAS, Jürgen – *Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratische rechtstaats*, 1992. trad. port. Flávio Beno Siebeneichler, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.

²³² *General theory of law and state*, 1945. trad. port. Luis Carlos Borges, *Teoria geral do direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 191-193; *Reine rechtslehre...* pp. 162-163.

Visão assemelhada é defendida por François Gény, para quem as fontes do direito são, por um lado, os atos emanados de autoridades externas ao intérprete (prescrições) com virtualidade bastante para reger seu juízo, quando tem por objeto próprio e imediato a revelação de uma regra destinada a imprimir uma direção à vida jurídica, a exemplo da lei escrita (mais relevante), do costume (abaixo da lei), da tradição e da autoridade (jurisprudência e doutrina, nomeadamente); e, por outro, os elementos materiais que contribuem para a formação do direito, a exemplo de elementos biológicos, psicológicos, fisiológicos, históricos. Segundo o professor de Dijon, o direito pode ser encarado em dois aspetos: primeiro, um aspeto «dado», que representa todos esses elementos materiais que informam a criação do direito e não são necessariamente um produto da atuação humana deliberadamente voltada à regulação jurídica da vida; segundo, um aspeto «construído», que significa o resultado da elaboração técnica dos referidos elementos materiais, a forma solene pela qual esses elementos se manifestam juridicamente²³³.

Trata-se da tradicional divisão das fontes do direito em fontes formais e fontes materiais, desdobramento que teve origem no movimento de positivação ocorrido no século XIX²³⁴. Savigny já refletia sobre isso quando procurava distinguir entre a «lei» (ato estatal) e seu «espírito» residente nas convicções comuns de um povo (*volksgeist*)²³⁵. Segundo esse pensamento, devem-se separar as «formas» pelas quais o direito se manifesta, denominadas «fontes formais», das circunstâncias «materiais» que interferem na própria gênese do direito, denominadas «fontes materiais» ou reais. As fontes formais «estatais» têm natureza legislativa (leis, decretos, regulamentos etc.), jurisprudencial (sentenças, precedentes, súmulas etc.) ou convencional (tratados e convenções internacionais), ao passo que as «não estatais» abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e os negócios jurídicos²³⁶. Em todas essas hipóteses, tem-se o direito materializado em determinado corpo sobre o qual o intérprete se debruça diretamente e, mediante operação compreensiva, alcança a norma que ali dormitava, conforme descrito no tópico precedente desta dissertação.

Essa visão tradicional, contudo, não está isenta de críticas. A primeira observação que se pode fazer é que, no tratamento ordinário do tema, é por vezes negligenciada uma das bases em

²³³ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899. trad. esp. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Reus, 1925, *passim*. Cfe. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 223.

²³⁴ BETIOLI, Antônio Bento – **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica**. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989, p. 69.

²³⁵ FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁶ DINIZ, *op. cit.*, pp. 283-286.

que se deveria fundar qualquer teoria das fontes do direito: a definição lógica do direito. Naturalmente, se a ideia é compreender de onde e como surge o «direito», é necessário delimitar o que se entende como tal. Alguma noção sobre esse conceito é tida quase que instintivamente, é verdade, mas essa compreensão vaga e ordinária não é suficiente para as reflexões filosóficas numa área tão controversa sobre a qual se edifica a ciência do direito²³⁷. Sabe-se que o tema é um vespeiro dos mais ariscos; tratados antológicos já foram escritos a seu respeito e, apesar disso, não se chegou a um resultado universalmente aceito²³⁸, o que deixa ainda mais claras as limitações desta dissertação na sua abordagem. Mas alguma incursão no campo é possível e mesmo necessária para o progresso do raciocínio que se expõe.

A resposta à questão «o que é direito?» é complexa e multidisciplinar, situando-se no campo da ontologia jurídica, mas exigindo a decomposição analítica do direito em áreas como a sociologia jurídica e a história do direito, cada uma com uma abordagem particular²³⁹, além de variar de acordo com a sociedade e o momento histórico que servem de panorama. Como já se adiantou no tópico 1.3 desta pesquisa, Platão, por exemplo, compreende o direito (o que é correto, justo, reto) como a busca da justiça, no sentido de se concretizar o princípio fundamental de dar a cada um aquilo que lhe cabe, de acordo com a estrutura assumida pelo Estado conforme a natureza humana. Assim, às pessoas movidas pelo desejo (povo) são reservadas as funções sociais subalternas; àquelas motivadas pela coragem e dotadas de força, as funções militares (guardiães), de nível social intermediário; aos filósofos, movidos pela razão, cabe a função suprema de governar a sociedade²⁴⁰.

Aristóteles, ainda no âmbito da filosofia grega, encara a justiça como virtude e, nessa condição, como decorrência do respeito ao direito, em especial à lei²⁴¹. Estrutura-a em dois grandes

²³⁷ “A maior dificuldade, numa apresentação do direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel” (LYRA FILHO, Roberto – **O que é direito**. 11ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 3).

²³⁸ DEL VECHIO, Giorgio – **Lezioni di filosofia del diritto**, ano não informado. trad. port. Antônio José Brandão, *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 331.

²³⁹ DINIZ, *op. cit.*, pp. 241-242. Para Hegel, aliás, não é possível construir uma só definição de direito, visto que visto este é absolutamente mutável de acordo com suas finalidades a cada época, de modo que o seu conceito será sempre algo inadequado e parcial (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Grundlinien der philosophie des rechts**, 1820. trad. port. Orlando Vitorino, *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 1).

²⁴⁰ PLATÃO – **Politeia**. trad. port. J. Guinsburg, *A república*. vol. 1. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1965, *passim*.

²⁴¹ “Como vimos que o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo, evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos; porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles, dizemos nós, é justo. Ora, nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade

aspectos: de um lado, há a «justiça geral» (universal, legal, total ou integral), expressão da «legalidade», que é abrangente e aplicável indistintamente a todos os atos, independentemente de sua natureza. Afinal, sendo a lei voltada ao bem de todos, é possível concluir que a sua obediência é uma conduta justa e virtuosa. De outro lado, há a «justiça particular», pautada na ideia de «igualdade» e que se direciona ao outro, à relação entre os indivíduos. Desdobra-se em duas formas: a primeira, fruto da igualdade aritmética (um por um), consiste na «justiça comutativa» (corretiva ou sinalagmática), pela qual as pessoas têm o dever de honrar os próprios compromissos e indenizar aqueles que tenham prejudicado; e sua vertente mais sublime, a «justiça distributiva» (ou atributiva), resultante da igualdade geométrica (resulta a desigualdade entre os desiguais), por força da qual as pessoas ocupam determinadas posições sociais (ofícios e honrarias) de acordo com seu valor pessoal²⁴².

A noção de direito foi abordada pelos romanos, especialmente no pensamento consignado no Digesto (ou Pandectas), coletânea de cinquenta livros elaborada sob a batuta de Justiniano e que trazia a doutrina de Celso, Paulo e Ulpiano, entre tantos outros juristas²⁴³, segundo a qual o direito é a arte do bom e do justo, representando a busca pela justiça por meio de princípios que ordenam a sociedade, materializados na atuação política, na ponderação de interesses e na mutação perpétua do que se entende por justiça²⁴⁴. Também nos limites da península apenínica, mas séculos depois, Tomás de Aquino defende que o direito tem raiz na lei eterna, consubstanciada no catolicismo e no direito natural, de maneira que necessariamente reflète a «boa razão» conforme os valores imutáveis que exprimem aquilo que é certo e justo²⁴⁵.

Do que se tem até aqui, percebe-se uma indefinição do que se entende por direito. Direito é dar a cada um o que lhe cabe, mas o que cabe a cada um? O que seria bom e justo? Conferindo objetividade a essa questão, Hobbes crava que direito é aquilo que o Estado define como tal. Como alternativa à situação anárquica derivada do «estado da natureza», a sociedade se organiza mediante um «pacto de sujeição» pelo qual direitos e obrigações são estabelecidos a seus

e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem bravo [...] quanto os de um homem temperante [...] e de um homem calmo; e do mesmo modo com respeito às outras virtudes e formas de maldade, prescrevendo certos atos e condenando outros" (ARISTÓTELES – *Ética Nicomáchea*, ano não informado. trad. port. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, *Ética a Nicômaco*, in *Aristóteles II – Coleção os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 122).

²⁴² Ibidem, pp. 121-138. Cfr. ALMEIDA; BITTAR, *op. cit.*, pp. 141-179.

²⁴³ LOBO, *op. cit.*, pp. 211-225.

²⁴⁴ PINTO JÚNIOR, João José – *Curso elementar de direito romano*. Recife: Econômica, 1888, pp. 38-60.

²⁴⁵ AQUINO, Tomás – *Summa Theologica*, ano não informado. trad. port. Aldo Vannucchi *et. al.*, *Suma Teológica*, vol. 6. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2012, pp. 45-75.

integrantes. Seu fundamento não é a justiça ou a correção; antes, as regras devem ser respeitadas porque o Estado tem o poder de coação, apesar de Hobbes defender que o direito deve ter por finalidade o interesse social²⁴⁶. Rousseau é também um contratualista, mas num sentido bastante diferente; o pacto havido na sociedade não se volta à sujeição do povo ao Estado, mas às suas próprias leis. O direito, assim, consiste num instrumento de promoção da igualdade social sem comprometer a liberdade popular, exprimindo a vontade geral²⁴⁷.

“É correta toda ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”, diz Kant, para quem o direito é produto da sociedade e expressão das obrigações morais dos indivíduos, mas destas se diferencia em razão da competência para coagir²⁴⁸. E onde está consignado esse direito na vida social? Como ele se manifesta? Ehrlich defende que o direito vai muito além daquilo que está nos códigos ou nas decisões judiciais: o direito é vivo e está nos costumes, dependendo do reconhecimento social de certas normas de conduta. Por isso que, segundo observações do pensador austríaco, camponeses da Europa central seguiam regras costumeiras que não correspondiam àquelas trazidas pelo Código Civil da Áustria. “Onde se faz pesquisa referente ao direito que não se origina do Estado? Qual o livro que o expõe? Onde é ensinado?”, questiona o sociólogo e jurista, para logo após sustentar que a coação e a possibilidade de judicializar os conflitos não integram um fatal conceito de direito: “a ordem na sociedade humana se apoia no fato de que obrigações jurídicas em geral são cumpridas, não no fato de que podem ser levadas a juízo”²⁴⁹.

Mas essa incerteza sobre o direito e suas manifestações seria incompatível com a sua própria natureza, segundo propõe Kelsen. O problema da justiça, enquanto problema valorativo, sequer faz parte de uma teoria do direito, cujo objeto deve ser o direito positivo como uma realidade jurídica – e este, a seu turno, não envolve discussões típicas da sociologia do direito, da filosofia, da psicologia. O direito não é qualquer valor transcendental; trata-se de um sistema normativo hierarquizado que regula o comportamento humano sob a lógica do «dever ser»,

²⁴⁶ HOBBS, Thomas – *Leviathan or the matter, forme and power of a common wealth ecclesiasticall and civil*, 1651. trad. port. não informado, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. São Paulo: LeBooks, 2020. Edição digital, *passim*.

²⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques – *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762. trad. port. Rolando Roque da Silva, *Do contrato social*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002. Edição digital, *passim*.

²⁴⁸ KANT, Immanuel – *Die metaphysik der sitten*, 1797. trad. port. Clélia Aparecida Martins *et. al.*, *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013. Edição digital, pp. 36-37.

²⁴⁹ EHRLICH, Eugen – *Grundlegung der soziologie des rechts*, 1913. trad. port. René Ernani Gertz, *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, pp. 16 e 24.

alicerçado, em última instância, numa norma hipotética fundamental que lhe confere higidez, de maneira que as normas efetivamente estabelecidas conforme essa norma fundamental são igualmente válidas e vinculantes²⁵⁰. Apresentando uma aceção mais sucinta sob a ótica do positivismo, Bobbio ensina que o direito é “um conjunto de comandos emanados pelo soberano” – portanto, válidas –, pouco importando se essas normas são ou não efetivamente aplicadas na sociedade. Assim, o conceito de direito não traz o requisito da eficácia, segundo o célebre professor italiano, limitando-se à análise de sua validade²⁵¹.

A seu turno, Hart conceitua o direito, resumidamente, como a união de regras primárias (de conduta) e regras secundárias (não impõem obrigações, mas criam poderes públicos ou privados), que se distinguem das demais regras sociais com base numa regra de cunho empírico, não explicitamente declarada, convencionalmente aceita e que gera sobre as normas primárias e secundárias a noção de obrigação: a norma de reconhecimento²⁵². O professor inglês, já abordado rapidamente nas linhas precedentes, assume, tal qual Kelsen, uma visão normativista segundo a qual o direito é um sistema de regras passível de identificação por uma regra de reconhecimento que exerce a função da norma hipotética fundamental kelseniana; entretanto, enquanto esta é uma abstração pura, a regra de reconhecimento é um fato social²⁵³.

Essa visão positivista do direito, contudo, é absolutamente insuficiente, segundo aponta Robert Alexy. Três são os elementos do conceito de direito que se pretenda adequado e correto, para o jusfilósofo alemão: a legalidade, a correção material e a eficácia. O direito não se contenta com o fato de uma norma ser válida, no sentido de ter sido gerada pelo órgão investido do poder legislativo, mas este é também um ponto a ser considerado, assim como os outros dois atributos. De outra banda, ignorado o aspeto da correção material, tem-se um conceito de direito puramente positivista, focado unicamente na legalidade conforme o ordenamento e (ou) na eficácia social²⁵⁴; o inverso, a seu turno, gera uma ideia de direito puramente jusnatural ou jusracional; entre esses

²⁵⁰ KELSEN, Hans – *Reine rechtslehre...*, pp. 21-43 e 135-154.

²⁵¹ BOBBIO, Norberto - *II positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, 1961. trad. port. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 142.

²⁵² HART, *op. cit.*, pp. 129-142.

²⁵³ *Ibidem*, *loc. cit.* Cfe. ALEXY, *op. cit.*, pp. 22-23

²⁵⁴ O autor elabora um apanhado notável sobre determinadas concepções de direito primariamente orientadas para a eficácia. Entre aqueles que focam no aspeto externo da norma (regularidade de sua observância ou sanção de sua não observância), estão Max Weber e Theodor Geiger, que defendem que o que qualifica um determinado ordenamento como «direito» se ele veicula normas garantidas pela coação. Entre os que se prendem ao aspeto interno (motivação de sua observância ou aplicação), posicionam-se Ernst Rudolf Bierling (vê o direito como aquilo que os integrantes de uma certa comunidade reconhecem como norma e regra de convivência) e Niklas Luhmann (o direito é uma estrutura social baseada na generalização congruente de expectativas normativas de comportamento) (ALEXY, *op. cit.*, pp. 17-19).

dois extremos, há inúmeras tonalidades de direito defensáveis²⁵⁵. Nesse contexto, o direito é conceituado por Alexy como um sistema normativo que formula uma «pretensão à correção», representativo de uma «constituição globalmente eficaz» e «não extremamente injusta», assim como das normas que defluem dessa constituição com características semelhantes e dos «princípios e outros argumentos normativos» que dão base ao procedimento de aplicação do direito²⁵⁶. Há, portanto, um distanciamento do pensamento positivista e uma aceitação da moral como elemento informador da aplicação do direito.

Também a recusar a visão proposta – em geral – pelo positivismo, mas de forma distinta daquela trazida por Alexy, Eros Roberto Grau sustenta que o direito é uma linguagem do todo social e, nessa condição, é um elemento que já se encontra inserido na estrutura social antes mesmo de sua expressão como «direito moderno» ou produzido pelo Estado. Trata-se do «direito pressuposto», imanente à infraestrutura da sociedade civil, que dela brota à margem da vontade individual e condiciona a criação do direito positivo – ou «direito posto» – que, a seu turno, transforma a sua própria base, o «direito pressuposto». O professor e magistrado brasileiro defende que o legislador não tem total liberdade para criar o direito positivo, pois limitado pelo dito direito pressuposto, produto cultural de uma certa sociedade num determinado contexto histórico. Daí por que não se pode falar em «o direito», mas de vários direitos postos que refletem seus respectivos direitos pressupostos²⁵⁷.

Não obstante as discrepâncias entre os vários posicionamentos trazidos, pode-se dizer, em primeiro lugar, que o direito é visto como um reflexo dos valores de justiça que regem a sociedade, ou seja, aquilo que uma determinada sociedade, de modo geral, percebe como correto. Com efeito, os expoentes da filosofia grega já vinculavam as ideias de direito e justiça e, ainda hoje, apesar do caráter diversificado com o qual a filosofia jurídica tem encarado historicamente o tema, não é facilmente defensável o ponto de vista segundo o qual o direito deveria refletir a injustiça ou, numa construção mais branda, que seria indiferente ao que se entende por certo e justo. O direito consiste num sistema de normas²⁵⁸ que controlam o comportamento social, estabelecidas (ao menos reconhecidas) pelo Estado, mas que em última análise é fruto da própria sociedade, que estabelece seus valores informativos. E aqui não se quer sugerir que o direito tem por lastro a

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 15-16.

²⁵⁶ *Ibidem*, pp. 151-155.

²⁵⁷ GRAU, *op. cit.*, pp. 147-150.

²⁵⁸ Apela-se aqui às noções mais basilares de «norma» e «sistema», suficientes para o desenvolvimento desta pesquisa, não obstante a profundidade teórica que envolve a discussão desses termos.

natureza humana em si, estaticamente considerada, como se assumisse contornos imutáveis que derivam da humanidade que nos é inerente; antes, tem alicerce nos valores sociais perfeitamente mutáveis, difusos, pulverizados nas relações sociopolíticas, mas que variam entre as sociedades.

Se assim é, não parece precisa a metáfora das «fontes do direito», pois as normas jurídicas não afluem de uma nascente determinada. Elas se mostram por certos veículos, mas seu conteúdo lhes é preexistente e remonta, de maneira difusa, à estrutura sociocultural em que utilizado²⁵⁹. Ora, se o direito é uma linguagem do todo social – como disse Grau, acima referenciado –, ele se compõe antes mesmo de seu reconhecimento estatal, que se vale desse próprio direito para lhe conferir o caráter de «posto». Aquilo que tradicionalmente se denomina «fonte formal do direito» representa, em verdade, o meio assumido pelo sistema jurídico, ou seja, seus meios de expressão²⁶⁰. A lei, o costume ou a jurisprudência não são mananciais do direito – que em verdade se origina nas profundezas das necessidades sociojurídicas²⁶¹ –, mas formas pelas quais esse direito se exterioriza para viabilizar – ou facilitar – a sua aplicação nos casos concretos da vida cotidiana, na condição de direito positivo. É sob essas balizas que se pode concluir que, num sentido geral, fonte do direito são os anseios e necessidades sociopolíticas, dos quais se deduzem os ideais de correção, de justiça, de retidão; e, num sentido específico, restrito ou técnico (mais apropriadamente, as «formas de expressão do direito»), consiste no que se entende por «direito histórico positivo», ou seja, “um sistema de normas jurídicas que, em determinado momento histórico, enforma e regula efetivamente a vida de um povo”²⁶².

Também é possível inferir que a tradicional distinção entre fontes formais e materiais do direito é problemática e assume contornos insustentáveis. Se são fontes materiais os elementos materiais que informam criação do direito, incluem-se nesse rol não apenas a moral, a economia, a religião, mas também os preconceitos, os impulsos, os instintos, as vontades ocultas do legislador, do julgador e mesmo dos membros da sociedade civil – o que, normalmente, não é

²⁵⁹ O raciocínio ora exposto não encontra respaldo unânime, evidentemente. A admissão da existência de normas jurídicas anteriores ao direito positivo, não derivadas simplesmente da natureza humana, mas na metafísica dos costumes, talvez seja associada ao jusnaturalismo kantiano, a Stammler ou Del Vecchio. Albergar-se em determinados compartimentos do pensamento jurídico não é uma preocupação desta pesquisa, que busca colher elementos argumentativos em diversos autores, de correntes distintas, na intenção de expor um ponto de vista que tente contribuir, ainda que milimetricamente, no debate a respeito do tema. Entretanto, parece-nos que o que se expõe nesta oportunidade não se enquadra na noção jusnaturalista de um “sistema estático de direito natural prévio aos elementos formativos históricos dos ordenamentos jurídicos”. (ESSER, Josef – **Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts**..., pp. 15-16).

²⁶⁰ FRANÇA, Rubens Limongi – **Hermenêutica jurídica**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 83-84. Cfr. AGUIAR E SILVA, Joana – **Para uma teoria hermenêutica da justiça**... p. 211.

²⁶¹ FRANÇA, *op. cit.*, p. 85.

²⁶² DEL VECHIO, *op. cit.*, pp. 403-404.

admitido como «fonte do direito» pela doutrina tradicional. Mais: seriam fontes materiais mesmo as fontes formais (os meios de expressão do direito), que também acabam por influenciar o ânimo dos tribunais, dos legisladores, dos funcionários da administração pública²⁶³ e a consolidação dos costumes. Seria realmente possível identificar e nominar tudo o que potencialmente influencia a criação do direito? É difícil admitir uma resposta afirmativa a essa questão.

A gênese do direito não é passível de controle e determinação, mas a maneira como o direito se mostra à sociedade o é. O costume, a lei e a jurisprudência são comumente apontados como expressões do direito; recipientes nos quais se concentram normas jurídicas, a serem extraídas (ou melhor, construídas) pelo aplicador. Nessa operação, o intérprete se utiliza de várias ferramentas – a doutrina, a moral, noções de outras tantas disciplinas que permeiam o viver social – para desbastar o invólucro que abriga a norma jurídica originada, em última instância, nos fulgores refletidos dos profundos valores da sociedade. Esses «recipientes» são manejados pelos detentores de poder: o legislativo, por excelência, elabora as leis que veiculam as normas jurídicas; o executivo cumpre as determinações legais no exercício da administração pública, interpretando-as num primeiro momento e expedindo atos normativos secundários, que vinculam inclusive os administrados; o judiciário interpreta as leis em última instância, na resolução dos conflitos que se puserem em causa, conformando um padrão de atuação jurisdicional (a jurisprudência) que acaba por exprimir também o direito no bojo de precedentes qualificados. Por fim, nomeadamente nos sistemas da *common law*, o povo – de quem emana verdadeiramente o poder exercido pelos órgãos e agentes antes mencionados – consolida pelo uso costumes que se tornam obrigatórios aos olhos dos membros da sociedade.

Há, ademais, um problema que assombra o tema das fontes do direito e que merece atenção. Como se disse, a «criação» do direito se faz nos tecidos sociais que, segundo sua tradição, os valores difundidos comunitariamente e a sua experiência histórico-cultural, conformando o estofo normativo que se mostra pela lei, pela jurisprudência, pelos costumes. Ocorre que esses meios de expressão do direito não são plenamente estéreis. Os preceitos legislativos, os precedentes judiciais e as diretivas consuetudinárias retroalimentam o tecido social que lhes dá substrato. Além disso, o intérprete, ao «aplicar» o direito, também exerce uma função criativa, conforme mencionado na primeira etapa desta dissertação. Criatividade esta que não é ilimitada, que deve reverência ao próprio texto interpretado, mas que não se pode negar. Ao

²⁶³ AGUIAR E SILVA, *op. cit.*, pp. 212-213.

exercer seu papel criativo, o intérprete vê o direito por seus olhos, conferindo-lhe um caráter «seu». Não a ponto de desvirtuá-lo e de deturpar a mensagem trazida pelo corpo analisado, mas o suficiente para que se afirme que a aplicação realizada não é infecunda. Tem-se, assim, que se as esferas de aplicação e criação do direito não são idênticas, tampouco são estranhas entre si.

O importante é perceber que o direito não nasce em qualquer lugar e não se faz por mera liberalidade de determinados sujeitos, ainda que no exercício de poderes estatais. Estes não são a sua gênese, mas meios de sua aparição lógica. Ele nasce na sociedade e a ela se destina, cabendo aos órgãos constituídos vertê-lo ao léxico legislativo e ao costume judiciário, nomeadamente. A definição sobre esses órgãos e os atos deles emanados repercute diretamente sobre a maneira como o direito se fará sentir na própria sociedade – ou seja, se determinadas normas pertencem ou não a um certo ordenamento jurídico, pois uma norma é válida (existe juridicamente) se for produzida por uma «fonte» autorizada²⁶⁴ não somente pelo direito posto, mas também por aquilo que o lastreia. A manifestação da vontade social se dá primeira e originariamente pelo costume, consubstanciado em normas calcadas em condutas repetidas constantemente, por longo período, e que fazem surgir o sentimento de obrigatoriedade (o que os romanos chamavam de *opinio juris* ou *necessitatis*); a jurisprudência, tida como um costume qualificado (atuação interpretativa reiterada dos tribunais), também representa um meio de manifestação do direito; por fim, a lei consiste na manifestação solene e racional do direito pelas estruturas constituídas pela sociedade organizada para manifestação de sua vontade²⁶⁵.

Mas não se pode esquecer que o direito é, antes de tudo, uma linguagem, como já foi sustentado na primeira parcela desta dissertação. E sendo uma linguagem, o direito se aplica mediante processo interpretativo pelo qual o conteúdo normativo é alcançado pelo intérprete, que atua informado pela pré-compreensão e sobre bases argumentativas que se voltam à tradição e ao consenso social. Não há dúvidas de que as formas tradicionais de expressão do direito (as denominadas, inadequadamente, «fontes formais») são lastro argumentativo sólido, com potencial de convencimento do destinatário da norma construída. Mas seriam elas suficientes? Uma interpretação calcada no que supostamente dizem lei, jurisprudência e costume, não poderia ser derrotada, do ponto de vista argumentativo, por outra interpretação baseada em outros elementos? Noutros termos, as normas jurídicas somente se alcançam mediante processo interpretativo realizado sobre essas «fontes autorizadas»? Quem as autoriza? E que tipos de normas jurídicas –

²⁶⁴ BOBBIO, *op. cit.*, p. 161,

²⁶⁵ DEL VECCHIO, *op. cit.*, pp. 405-411.

padrões normativos – resultam da atividade interpretativa? São essas as questões que norteiam a próxima parcela deste capítulo.

2.3. O problema das fontes do direito II – Padrões normativos consolidados no pensamento jurídico: regras e princípios.

O direito tem como fonte a sociedade, que, informada pela vontade humana, serve-se da organização política para estabelecer meios pelos quais o direito se expressa²⁶⁶. Esses meios são aceitos socialmente como base legítima para a tomada das decisões jurídicas; uma sentença fundamentada na lei, no costume ou na jurisprudência, é, em princípio, admitida como um ato jurisdicional dotado de legitimidade. Mas antes da discussão sobre qual seria o significado das normas jurídicas legais, consuetudinárias e jurisprudenciais, a questão é saber quem estabelece pragmaticamente o império da lei ou de qualquer outra forma de expressão do direito. Há, aqui, uma ligação muito próxima entre direito e política; afinal, atribuir autoridade para definir quais normas detêm juridicidade é uma questão de dominação. Se os integrantes de uma sociedade têm suas vidas reguladas por normas de conduta cujo descumprimento pode ensejar a imposição de sanções relevantes (privação de liberdade, sujeição pecuniária, morte), definir exatamente quais são essas normas e quem pode impô-las repercute diretamente nas relações de poder e sujeição.

Não sem graves discussões a respeito, a doutrina tem apontado a lei, a jurisprudência e o costume como «fontes formais do direito», ou seja, meios de expressão das normas jurídicas. Essa não nos parece uma conclusão prescritiva, mas simplesmente descritiva; a ciência do direito faz assim constatações sobre o que se entende como revelação do direito, canais pelos quais o direito se expressa e se renova, consoante mencionado no tópico precedente. Mas quem elege esses canais não é a doutrina; tal qual a formação do direito, a adoção de suas formas de expressão se dá de maneira difusa no âmbito dos próprios valores e interesses que permeiam a sociedade. Se o direito é mutável, sujeito à ação do tempo, do lugar, da cultura, também o é o edifício de suas «fontes» ou meios de expressão. Já se entendeu que as determinações da Igreja Católica vinculariam os cidadãos e que seu descumprimento ensejaria até mesmo a morte, sem prejuízo das já tradicionais penalidades religiosas reservadas ao além-túmulo. Nas antigas civilizações do

²⁶⁶ FRANÇA, *op. cit.*, p. 93.

Oriente, também já se compreendeu que entidades mitológicas consolidavam a vontade divina na voz do soberano, de cujos lábios emanava a própria lei. Se hoje o quadro é diverso, isso se dá porque também diversa é a sociedade que o molda.

É justamente por isso que nem a lei nem qualquer outra pretensa forma de expressão do direito tem condições de atribuir juridicidade a este ou àquele componente da sociedade²⁶⁷. Admitir o contrário seria espancar a realidade na tentativa de fazê-la encaixar numa determinada noção de direito que não encontra respaldo no que é dado²⁶⁸. Quando muito, arranha-se a superfície, mas seus alicerces saem intocados. Se a lei determina que o juiz deve se valer desta ou daquela base argumentativa na fundamentação de sua decisão, tem repercussão rasa – senão inexistente – na esfera da juridicidade. Afinal, essa lei deve buscar a sua própria juridicidade em alguma fonte superior. Quando assim age, o legislador atua em esfera que não lhe compete, pois inalcançável. As reais fontes do direito não estão sujeitas a rédeas. A lei não pode definir as fontes nem as formas de expressão do direito, assim como não pode o homem alterar o diâmetro do globo terrestre nem a composição química dos gases solares; limita-se a descrevê-los, almejando a sua compreensão.

A real utilidade dos meios de expressão do direito é viabilizar a aplicação das normas jurídicas que lhe dão conteúdo; é lhes conferir objetividade e operacionalização. Isso quer dizer que as formas de expressão do direito encontram limites no próprio direito que pretendem exprimir. Um caso real pode ilustrar melhor esse quadro. Um determinado dispositivo legal alemão publicado em 1941, lastreado no art. 116, § 2º, da Lei Fundamental daquele país, privava de nacionalidade alemã os judeus emigrados. Em 1968, o Tribunal Constitucional Federal da

²⁶⁷ “Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político? Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas, nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constituiu a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira a sua força legitimadora. [...] A legitimidade do direito positivo não deriva mais de uma moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional. [...] O direito não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da ‘eticidade democrática’ dos cidadãos e da cultura política liberal. Isso se torna claro, a partir do momento em que tentamos explicar de que modo o direito legítimo pode surgir da pura e simples legalidade. [...] Para que o direito mantenha a sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência. [...] A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas.” (HABERMAS, Jürgen – *Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratische rechtstaats*, 1992. trad. port. Flávio Beno Siebeneichler, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 307-325).

²⁶⁸ Cfr. AGUIAR E SILVA, *op. cit.*, pp. 224-226.

Alemanha se deparou com o caso de um advogado judeu que havia emigrado para Amsterdão pouco antes da Segunda Guerra e que, após ter sido deportado daquele local, não mais deixou notícias de seu paradeiro, circunstância que fez presumir a sua morte e, conseqüentemente, concluir pela impossibilidade de recuperação de sua cidadania. Ao se debruçar sobre o caso, a corte constitucional entendeu que os dispositivos que embasavam a perda de nacionalidade do advogado judeu eram nulos não por terem violado determinada previsão legal ou constitucional que lhes era superior, mas porque contrariavam princípios fundamentais da justiça de maneira absolutamente evidente, acima de qualquer questionamento²⁶⁹.

Desse caso prático, percebe-se que a lei (qualquer forma de expressão do direito, na verdade) não é o direito em si, mas apenas o seu pretense reflexo. Se algum comando está consubstanciado nas denominadas «fontes formais do direito», é presumidamente dotado de juridicidade, mas não porque o veículo ostenta em si essa qualidade; antes porque tem por dever e tradição veicular normas jurídicas. Uma vez que determinado meio de expressão do direito sirva à veiculação de comando que viole a própria base jurídica que lhe deveria ser informativa, fica mais ou menos clara a situação de incorreção. Um copo d'água é capaz de saciar a sede humana não pelas condições em que se apresenta o copo, mas pelas qualidades do líquido que o preenche. O recipiente de vidro tem importantes funções, pois transporta a água ao seu destinatário, delimita sua quantidade e mantém seu caráter limpo e inodoro. Sedento, o sujeito recebe um copo d'água e sacia a sua necessidade, esperando que sempre ocorra da mesma forma. Um copo preenchido de líquido transparente é sinônimo de hidratação, insinuar a força do hábito. Mas seria um delírio acreditar que a sede seria saciada pelo copo, e não pela água. Também seria insano sustentar que o copo poderia sempre transformar em água o conteúdo que lhe fosse dado, independentemente de qual fosse. Àquele cabe apenas conduzir a substância ao seu destinatário. E caso sirva à condução de outro líquido – veneno, álcool, vinagre, água impura –, essa circunstância será percebida pelo sujeito, mais cedo ou mais tarde. A mesma lógica parece servir ao direito e suas «fontes formais» ou meios de expressão.

Não é, portanto, do «poder» – aqui compreendido na aceção de Montesquieu – que simplesmente deriva o direito: há um indispensável componente social, uma consciência coletiva

²⁶⁹ ALEXY, *op. cit.*, pp. 7-8. Ressalte-se que o fato de uma corte constitucional ter adotado esse posicionamento não significa que ele seja correto ou esteja de acordo com o direito. O que chama atenção no caso citado é que a adoção dessa postura pelo tribunal alemão não causou espanto ou revolta generalizada; ao revés, costuma ser tratada como uma decisão humanitária e justa, e esse é o ponto que interessa à pesquisa: se os significados são moldados de maneira comunitária, pública, convencional, é de se admitir que a interpretação do direito está também relacionada à convencionalidade.

que molda e gera o que se entende por ordenamento jurídico. A escravidão, a tortura, o desprezo à mulher, ao negro e ao pobre, o estupro de prisioneiras de guerra e a pilhagem de seu patrimônio são exemplos de posições assumidas historicamente pelos atos emanados do poder, mas que encontraram – e ainda encontram – resistência no senso moral coletivo. Daí por que o legislador, ao atuar como formulador do direito posto, não é livre para criar «qualquer» direito; o fenômeno jurídico é muito mais amplo do que aquilo simplesmente posto pelo Estado, praticado nos tribunais e ensinado nas faculdades²⁷⁰. Entretanto, recorrer sempre às profundezas dos anseios e valores sociais para aceder às normas jurídicas não parece algo prático, objetivo e, principalmente, seguro. É natural imaginar que as pessoas necessitam de regramentos firmes, de balizas bem posicionadas, para que os conflitos em que se envolvam sejam resolvidos de maneira ordenada. Uma vez que a autotutela não é mais tida como uma boa forma de resolver as querelas da vida, a sociedade espera que os sujeitos encarregados de dirimir essas contendas se orientem por critérios públicos que confirmem previsibilidade às posturas assumidas.

Esses critérios são encontrados nos meios de expressão ou «fontes formais» do direito. O prazo para apelar, o índice de correção monetária da obrigação pecuniária, o marco da maioria, os lapsos prescricionais, as condutas tidas por crime são definidas nesses meios. Mas a potencialidade premonitória dessas ferramentas tem limites, de maneira que uma infinidade de situações não se enquadra exatamente nas hipóteses oferecidas ao aplicador. Ademais, mesmo aquelas previsões mais ou menos objetivas serão interpretadas e aplicadas mediante um processo que, conforme mencionado nas linhas precedentes, é eminentemente subjetivo. Daí porque se conclui que as formas de expressão do direito veiculam as normas jurídicas que têm fundamento na própria sociedade, nela encontrando juridicidade, mas a construção dessas normas é conduzida pelo intérprete, partindo do material apreciado e sempre em busca dos anseios e interesses que originam o direito.

O processo interpretativo se opera sobre a estrutura linguística da qual se vale o meio de expressão do direito (normalmente, nos ordenamentos de tradição romano-germânica, o texto legal) e o seu resultado são as normas jurídicas construídas pelo intérprete. Não é raro ouvir que essas normas se apresentam sob a condição de regras ou princípios, mas igualmente comum é o uso indiscriminado desses termos e sua confusão com outras tantas denominações, a exemplo de valores, postulados, políticas, axiomas, medidas, máximas, critérios. É necessário esclarecer o

²⁷⁰ GRAU, Eros Roberto – O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In ALVES, Alaôr Caffé et. al., **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004, p. 37.

quadro de maneira coerente e, ainda que não haja consenso na doutrina, abordar as linhas mestras desse campo do pensamento jurídico de tanta importância, ao menos na visão adotada nesta pesquisa. Com efeito, apesar de o debate sobre o tema já se desenvolver há várias décadas, há considerável confusão de conceitos e ideias, muito por conta da enorme diversidade de classificações sobre os padrões normativos que, ao cabo, frequentemente enseja o emprego de teorias incompatíveis entre si²⁷¹.

Talvez um dos poucos acordos teóricos existentes entre as mais diversas propostas sobre a maneira pela qual o intérprete compreende o mundo e aplica o direito seja a aceitação das regras e princípios como normas jurídicas²⁷², mas isso não pode ser admitido como algo dado, posto, inquestionável. A juridicidade dos princípios atravessou três fases distintas: na primeira, a jusnaturalista, os princípios tinham normatividade duvidosa, mas gozavam de dimensão ético-valorativa de inspiração dos postulados de justiça; na segunda, a juspositivista, passaram a integrar os códigos na condição de fonte normativa subsidiária (não preexistente nem superior à legislação), funcionando apenas como válvulas de segurança a garantir o reinado da lei; na terceira, a pós-positivista, são finalmente considerados padrões normativos que dão sustento ao edifício jurídico dos atuais sistemas constitucionais²⁷³.

O mais insigne precursor da normatividade dos princípios é Jean Boulanger²⁷⁴, o primeiro a realizar um estudo analítico não sobre a formação e função dos princípios, mas sobre seus tipos e categorias²⁷⁵. Ao aprofundar e desenvolver o trabalho daquele professor francês²⁷⁶, Josef Esser propõe que “princípios do direito não são elementos estáticos de uma construção escolástica cerrada, senão «topoi», pontos de vista postos à escolha discricionária da jurisprudência, base autorizada e legal da argumentação”²⁷⁷. Segundo o professor alemão, eles derivam não de uma ordem natural e universal (jusnaturalismo) nem de um sistema jurídico fechado (juspositivismo),

²⁷¹ “A distinção entre princípios e regras virou moda. Os trabalhos de direito público tratam da distinção, com raras exceções, como se ela, de tão óbvia, dispensasse maiores aprofundamentos. A separação entre as espécies normativas como que ganha foros de unanimidade. E a unanimidade termina por semear não mais o conhecimento crítico das espécies normativas, mas a crença de que elas são dessa maneira, e pronto.” (ÁVILA, *op. cit.*, p. 18).

²⁷² STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de hermenêutica...**, posição 580. Não há verdadeiro consenso, é verdade, mas é maciça a adesão a essa posição.

²⁷³ BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 259-279.

²⁷⁴ Além de Boulanger, costuma-se registrar a relevante contribuição de Crisafulli na caminhada doutrinária para a normatividade dos princípios. (*Ibidem*, pp. 266 e 272).

²⁷⁵ ESSER, *op. cit.*, p. 17.

²⁷⁶ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 267.

²⁷⁷ ESSER, *op. cit.*, p. 27, tradução livre.

mas da razão natural, da natureza da coisa, da equidade e da lógica jurídica; não são normas jurídicas propriamente ditas (que hoje se entendem por regras)²⁷⁸, visto que não contêm instruções vinculantes para determinadas questões, representando conteúdo em contraste com a forma assumida por estas. De sua consagrada obra *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, infere-se, a uma, que a admissão dos princípios como normas jurídicas não se deu sem questionamentos e reflexões; a duas, que Esser se notabiliza pelo foco do pensamento jurídico na prática judiciária, que desempenha papel central naquilo que denomina “processo real de criação efetiva do direito”; a três, que a elaboração jurisprudencial do direito por meio dos princípios, aos olhos desse autor, representa a mudança do centro de gravidade do direito na Europa continental do direito codificado a uma casuística orientada segundo princípios²⁷⁹.

Esser recebeu fortes críticas de pensadores a ele contemporâneos. Kelsen, por exemplo, dedicou todo um capítulo de uma de suas obras à contestação dessa exposição²⁸⁰. Entretanto, como dito, o pensamento esseriano lançou holofotes sobre a argumentação e a atuação dos princípios na práxis judiciária e traçou as primeiras linhas distintivas entre os princípios e regras – chamadas, num primeiro momento, de «normas». Esse discurso tomou rumos profícuos, encontrando eco, por exemplo, no direito justo de Karl Larenz²⁸¹. Apoiado nesse alicerce e associado à crítica desenvolvida por Roscoe Pound sobre o modelo de direito concebido pelo positivismo²⁸², surge Ronald Dworkin, que, assim como Esser, parte da tese de que o procedimento judicial representa o ponto central prospetivo a partir do qual se analisa o sistema jurídico²⁸³. O jusfilósofo americano propõe que o sistema jurídico é composto de princípios e regras e que estas

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 65, 72-73. Esser utiliza a expressão «norma jurídica» para se referir ao que hoje se costuma denominar «regra». Seu pensamento não nega a normatividade dos princípios, os quais, inclusive, são por ele classificados em «normativos» (elementos do direito positivo, dispendo de eficácia institucional em razão de seu uso pelo judiciário ou pelo legislativo) e «informativos» (são simples guias que, não obstante possam ser utilizados na aplicação do direito, não representam direito efetivo) (Cfe. ZACCARIA, *op. cit.*, pp. 373-374).

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 31.

²⁸⁰ KELSEN, Hans – **Allgemeine theorie der normen**, 1979. trad. port. José Florentino Duarte, *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, pp. 150 e ss.

²⁸¹ LARENZ, Karl – **Richtiges recht: grundzüge einer rechtstheorie**.... *passim*. Aliás, “os princípios ‘abertos’ de Larenz correspondem, em grande parte, com ligeira variação, aos princípios ‘informativos’ de Esser” (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 270).

²⁸² A influência de Pound, que antecedeu Dworkin na conclusão de que um sistema jurídico é formado por regras e princípios, tecendo uma contundente crítica ao modelo estrito de regras desenhado pelo positivismo. (DWORKIN, Ronald – The model of rules. **The University of Chicago Law Review**. ISSN 0041-9494. vol. 35 (1967-1968), pp. 14-46).

²⁸³ ZACCARIA, *op. cit.*, p. 366.

são aplicáveis na lógica do tudo ou nada²⁸⁴: satisfeitas as hipóteses de sua incidência, a regra deve incidir em todos os casos, não comportando exceções não expressamente contempladas. Assim, se a regra define que os testamentos devem ser firmados por três testemunhas, não seria possível considerar válido um testamento assinado por uma ou duas. As regras, portanto, incidem de maneira completa ou não se aplicam, em absoluto (tudo ou nada). Num ataque direto ao positivismo jurídico, especialmente aquele proposto por Hart em *O Conceito de Direito*, Dworkin sustenta que, ao compreender o direito como um sistema de regras (exclusivamente), essa corrente não consegue fundamentar as decisões em casos complexos (*hard cases*) para os quais não há regra aplicável²⁸⁵.

Os casos difíceis demandam a incidência dos princípios, que, ao contrário das regras, são normas que não se aplicam automaticamente nem possibilitam a enumeração de exceções. Noutros termos, “são as ideias fundamentais que justificam, ou permitem justificar, um ou mais preceitos oficialmente aprovados, uma série de decisões dos tribunais ou, até, o sistema jurídico na sua totalidade”²⁸⁶. O princípio pelo qual não se pode beneficiar da própria torpeza, por exemplo, respeitado em inúmeros países, não é expurgado do ordenamento jurídico caso seja desconsiderado numa determinada situação. A situação relativa à usucapião, trazida por Dworkin, ilustra bem a questão: se eu uso a sua terra sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de usá-la quando desejar. E isso não significa que o princípio da vedação ao benefício pela própria torpeza seja abolido em virtude de seu aparente afastamento numa situação particular; é possível que outro princípio argumente em direção distinta – por exemplo, no sentido de que a propriedade deve desenvolver uma função social, privilegiando-se o seu uso – e prevaleça sobre o primeiro, mas este continua sendo uma norma integrante do ordenamento jurídico

²⁸⁴ “Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra no beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o batedor que errou três bolas não será eliminado se o pegador [*catcher*] deixar cair a bola no terceiro lance. Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, estaria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra.” (DWORKIN, *Taking rights seriously...*, pp. 39-40).

²⁸⁵ Como já mencionado no tópico 1.3 deste trabalho, Hart rebateu consistentemente as críticas formuladas por Dworkin, aduzindo, entre outras questões, que a admissão dos princípios como padrões normativos não seria incompatível com a regra de reconhecimento. Independentemente disso, não se pode negar a contribuição de Dworkin ao potencializar a discussão sobre o papel dos princípios na aplicação do direito e o protagonismo judiciário nesse quadrante.

²⁸⁶ CORTÉS, *op. cit.*, p. 10.

perfeitamente aplicável aos outros casos, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou mais fracas.

Desse primeiro ponto distintivo²⁸⁷ decorre um outro, ainda segundo Dworkin²⁸⁸: os princípios são dotados de uma «dimensão de peso ou importância», ausente nas regras, de modo que quando vários princípios atuam em direções distintas, é possível – e necessário – valorá-los em sua relevância no caso particular. Essa operação não se dá quanto às regras, que se caracterizam pela dimensão de validade. É obviamente possível sustentar que uma determinada regra seja mais ou menos relevante que outra (aquela que constitui crime o homicídio é certamente mais importante do que a que prevê um certo dia como feriado local), mas essa valoração se dá no contexto de sua «funcionalidade» (papel desempenhado na regulação do comportamento), não de sua incidência, de maneira que não se pode afirmar que uma determinada regra possa suplantar outra por ser mais importante. Se duas regras estão em conflito, uma delas será necessariamente inválida – o que deve ser apurado segundo outras regras integrantes do próprio sistema, a exemplo dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. As regras em conflito se excluem; os princípios em colisão coexistem.

Dworkin não crava que as normas são regras ou princípios, apenas. Os padrões normativos exteriores ao direito positivo aos quais os juízes apelam nos casos difíceis seriam os «princípios morais», «objetivos políticos» ou outros padrões não tão recorrentes. Ele não chega a esmiuçar quais seriam esses padrões pouco recorrentes, mas denomina «política» aquele tipo de padrão que “estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspeto econômico, político ou social da comunidade, ainda que certos objetivos sejam negados pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas”²⁸⁹, distinguindo-se dos princípios, que não se pautam por situações econômicas, políticas ou sociais, mas por imperativos de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Para o autor, os princípios estabelecem direitos, ao passo que as políticas descrevem objetivos.

Alexy, bastante influenciado por Esser e Dworkin, parte da mesma lógica de que os princípios não se diferenciam das regras em razão de seu grau, mas de sua qualidade²⁹⁰. Segundo o pensador alemão, aqueles são normas que determinam a realização de determinado fim na

²⁸⁷ O primeiro critério distintivo utilizado por Dworkin já havia sido delineada por Jean Boulanger em 1950 (GRAU, *op. cit.*, p. 179).

²⁸⁸ DWORKIN, *op. cit.*, pp. 40-43.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 36.

²⁹⁰ Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da – Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. ISSN não informado. n. 1 (2003), pp. 607-630.

maior medida possível, razão pela qual seriam «mandamentos de otimização». Sua concretização, assim, dá-se em diferentes níveis, a depender das condições materiais (recursos financeiros, tempo etc.) e jurídicas (normas em sentido diverso). Na hipótese de colisão²⁹¹, os princípios devem ser sopesados até que se alcance um resultado ótimo que dependerá das circunstâncias do caso concreto. Por outro lado, as regras são normas que podem ser ou não satisfeitas, não se admitindo aqui a ideia de grau de satisfação²⁹². A diferença entre essas espécies normativas fica muito mais clara, segundo Alexy, nas situações de conflitos de regras, que “somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”²⁹³. Contudo, Alexy entende que essa análise sobre a validade das regras não se limita aos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, possibilitando também a abordagem da importância das regras para que se decida sobre a possível invalidade de uma delas²⁹⁴.

Além de se dedicar às regras e aos princípios, Alexy se debruça sobre os valores. Não é raro constatar o uso desse termo nos arrazoados técnicos a respeito da teoria dos princípios ou mesmo em petições, sentenças ou pareceres que tratem de casos concretos, mas nem sempre esse uso se dá de maneira atenciosa às prescrições de uma teoria dos princípios. São estruturas relacionadas: “de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”²⁹⁵. Apesar de o modelo de princípios ser estruturalmente igual ao de valores, há uma diferença crucial entre eles: para Alexy, que se vale da divisão dos conceitos básicos de von Wright (conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos), os princípios atuam no campo deontológico (aquilo que é devido), visto que consistem normas jurídicas (são mandamentos, afinal), ao passo que os valores incidem na esfera axiológica (aquilo que é melhor)²⁹⁶.

²⁹¹ O tema será objeto da próxima parcela desta dissertação.

²⁹² ALEXY, Robert – **Theorie der grundrechte**, 1986. trad. port. Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 86-92.

²⁹³ *Ibidem*, p. 92.

²⁹⁴ “A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade.” (*Ibidem*, p. 93).

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 144.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 153.

Esses pontos distintivos trazidos por Dworkin e por Alexy – que são, em grande medida, seguidos por Canotilho²⁹⁷ – costumam ser associados àquilo que Crisafulli denomina «critério estrutural»: os princípios se caracterizam por sua maior generalidade²⁹⁸, abrangendo uma série indeterminada de hipóteses que, por sua vez, se estendem sobre um sem número de fatispécies; as regras, a seu turno, apesar de também serem dotadas de generalidade (visto que atingem situações concretas indeterminadas), são caracterizadas pela especialidade decorrente da regulação apenas destes ou daqueles fatos determinados, não admitindo exceções não previstas em sua própria estrutura normativa. A generalidade que caracteriza as regras é, portanto, distinta daquela que se constata nos princípios. Para além disso, há um «critério funcional», derivado do estrutural, segundo o qual os princípios (escritos ou não) são normas das quais derivam logicamente as regras (também escritas ou não)²⁹⁹.

Num levantamento aprofundado sobre a matéria, Eros Grau explana a visão de vários pensadores sobre as diferenças entre princípios e regra, entre eles Luís Prieto Sanchís, que defende uma posição bastante original. Para o professor espanhol, aqueles que defendem que os princípios e regras funcionam como padrões normativos distintos têm a incumbência de demonstrar a diferença estrutural ou morfológica entre eles, ou seja, devem pinçar os elementos que sempre caracterizam um dos padrões e que nunca estariam presentes no outro. Por outro lado, caso se defenda que uma mesma estrutura normativa possa funcionar ora como princípio, ora como regra, será forçoso admitir que a questão não é da natureza da norma, mas de argumentação: princípios e regras não são padrões normativos distintos, mas estratégias interpretativas. Sustenta, em arremate, que «somente no momento da interpretação/aplicação» é que surge a diferença entre regras e princípios, pois a nota distintiva reside no tipo de oposição (conflito ou colisão) e este somente se manifesta na interpretação³⁰⁰.

Também em profundo apanhado teórico sobre os fundamentos de distinção entre princípios e regras trazidos pela doutrina, Humberto Ávila levanta a existência de três critérios tradicionalmente invocados³⁰¹. O primeiro deles, aplicado por Esser e Larenz, é o «critério do

²⁹⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 185.

²⁹⁸ A generalidade é provavelmente o critério distintivo mais utilizado na doutrina, na esteira do que propõem Joseph Raz, George Christie, Graham Hughes e August Simonius, mas há sólida crítica a essa posição, a exemplo daquela desenvolvida por Josef Esser, Karl Larenz e C. H. Beck. (ALEXY, *op. cit.*, p. 87).

²⁹⁹ GRAU, *op. cit.*, 179-180.

³⁰⁰ *Ibidem*, pp. 186-187. Aliás, essa posição está em conformidade com a visão de Esser sobre a questão (ESSER, *op. cit.*, p. 51).

³⁰¹ ÁVILA, *op. cit.*, pp. 31-55.

caráter hipotético-condicional», segundo o qual as regras se qualificam pela previsão de hipótese e consequência (estrutura «se, então...»), ao passo que os princípios se limitam a fornecer fundamento ao intérprete para encontrar a regra aplicável ao caso concreto. A esse critério, são, basicamente, lançadas críticas relativas à sua imprecisão e ao argumento de que a existência de uma hipótese de incidência é uma questão de formulação linguística, não afetando a natureza da espécie normativa. Nesse sentido, princípios podem ser reformulados em enunciados hipotéticos capazes de manter o seu conteúdo, apesar de alterada a forma de enunciação.

O segundo critério pontuado por Ávila é o do «modo final de aplicação» (adotado por Dworkin e Alexy), pelo qual as regras se sujeitam a uma aplicação «tudo ou nada», ao passo que os princípios se aplicam de modo gradual «mais ou menos». Como crítica, aponta-se a possibilidade de que, num determinado caso, as consequências previstas por uma regra não sejam aplicadas diante de razões consideradas pelo intérprete de maior relevância em confronto com as que justificam a regra, sem que isso lhe acarrete a revogação. Aliás, o conhecido caso *Riggs vs Palmer*, invocado por Dworkin³⁰², parece ir nessa direção: as regras que, em situações comuns, permitiriam ao herdeiro Elmer o recebimento da herança pelo falecimento de seu avô foram afastadas por força do princípio de que não se pode beneficiar da própria torpeza, no sentido de impedir o recebimento da herança por aquele que assassinou o testador; essa postura, entretanto, não retirou a validade dessas regras afastadas no caso particular, que continuam plenamente aplicáveis em situações ordinárias. Além disso, há casos em que as consequências de uma regra são aplicadas mesmo quando não presentes suas hipóteses de incidência (analogia, por exemplo).

O último critério é o do «conflito normativo», utilizado por Canaris, Dworkin e Alexy. Propõe que o conflito das regras se soluciona pela declaração de invalidade de uma delas ou pela previsão de uma exceção, enquanto a colisão de princípios se trata pela ponderação sobre a dimensão de peso que lhes é peculiar. Mas seria realmente impossível ponderar regras? Um caso trazido por Ávila sugere o contrário. Imagine-se que a conduta dos médicos se pautе pelas regras éticas pelas quais, de um lado, o paciente deva saber toda a verdade sobre a sua condição e, de outro, que o médico deva se valer de todos os meios disponíveis para alcançar a cura. Numa situação em que dizer a verdade ao paciente sobre a sua doença possa diminuir as suas chances de cura, em virtude de seu abalo emocional, não poderia o médico omitir a verdade ou mesmo mentir a respeito da condição do enfermo? A resposta parece ser positiva, e essa conclusão não representa que

³⁰² Law's empire..., pp. 20-25.

uma das regras tratadas deva ser expurgada do sistema normativo. A ponderação, portanto, não é uma operação privativa dos princípios. Para além disso, não se pode afirmar que somente há colisão entre princípios no plano concreto e que as regras conflituem apenas em abstrato.

É profícuo o debate doutrinário sobre os princípios e regras. São tantas as visões e as críticas cruzadas nesse campo que a compreensão pode se turvar a determinada altura. Correndo ao largo – na contramão, talvez – das linhas seguidas por Dworkin e Alexy, Friedrich Müller desenvolve sua teoria estruturante do direito criticando fortemente a ideia de sopesamento, por ele reputado um método irracional, que mistura sugestionamento linguístico, pré-compreensões mal esclarecidas e envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos, cujos resultados se resumem a suposições. O constitucionalista brasileiro José Afonso da Silva³⁰³, a seu turno, sustenta que a doutrina é vacilante na distinção entre os padrões normativos e, por isso, não fornece terreno seguro para o desenvolvimento teórico, razão pela qual considera os princípios “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”, dando um passo atrás no trajeto de reconhecimento normativo dessa espécie de padrão. Outros tantos são aqueles que consideram os princípios como normais fundamentais de um determinado sistema jurídico, oferecendo tantas paletas de classificações que seria impossível abordá-las adequadamente numa pesquisa com as pretensões aqui assumidas³⁰⁴.

Diante desse tão complexo e multifacetado tecido doutrinário, é possível que se questione a importância de edificar uma dicotomia entre regras e princípios, pois, em última análise, ambos são fundamentos para a tomada da decisão jurídica. Sabe-se que renomados pensadores advogam a tese segundo a qual essa diferenciação seria a mais importante dentre todas as que envolvem a teoria dos direitos fundamentais, representando uma chave para a solução de problemas centrais nesse campo do pensamento jurídico³⁰⁵. Diz-se que, a depender da maneira como se compreenda determinada norma jurídica, ela pode representar uma imposição rígida ou uma ordem de realização na maior medida possível, seja ao Estado, seja aos particulares, e que entender clara e coerentemente os padrões normativos em suas particularidades é pressuposto da abordagem igualmente clara e coerente das contradições entre essas espécies de normas e do

³⁰³ **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 93-94.

³⁰⁴ Enunciando rapidamente as classificações propostas por Canotilho, José Afonso da Silva, Jorge Miranda e Luis Roberto Barroso, SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 612.

³⁰⁵ ALEXY, *op. cit.*, pp. 85-86.

papel desempenhado pelo intérprete nesse contexto³⁰⁶. Contudo, é possível também sustentar que a destinação de esforços nessa questão desvia o foco daquilo que realmente importa no fenômeno jurídico: o discurso.

³⁰⁶ “‘Principios del Derecho’, ‘ideas directrices’, ‘pensamientos jurídicos generales’: he aquí unos términos empleados continuamente por la teoría y la jurisprudencia, sin que jamás se haya procedido a un análisis sistemático de su respectivo sentido y alcance, ni se haya intentado siquiera arrojar luz sobre la función y procedencia de los conceptos en ellos expresados. De ahí deriva que estos conceptos elementales sean usados para las tareas más diversas, se les pida más de lo que pueden dar, se abuse de ellos como panacea universal para resolver todo linaje de cuestiones, y se les enjuicie del modo más contradictorio.” (ESSER, Josef – **Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts...**, p. 3).

Capítulo 3 – Os limites impostos à interpretação jurídica. Motivação das decisões e sua relação com o Estado democrático de direito.

3.1. Tradição, autoridade e a distinção semântico-estrutural dos padrões normativos consolidados.

Avançar na reflexão sobre a distinção entre regras e princípios pressupõe retomar a discussão sobre a linguagem, já iniciada nas parcelas precedentes desta dissertação. A virada linguística abriu novos horizontes para a reflexão filosófica e, ao cabo, grifou o caráter ontológico da compreensão a partir da matriz hermenêutica de Heidegger e Gadamer. São duas as dimensões da linguagem: ao mesmo tempo em que é enunciativa (apofântica, explicitativa, dispositiva), é compreensiva (hermenêutica, ontológica). Se o discurso, fundamento ontológico-existencial da linguagem, lança aos olhos e ouvidos aquilo que é superficial, denuncia também a articulação de uma compreensibilidade que lhe é pré-existente³⁰⁷. O discurso diz o apofântico, mas, inevitavelmente, vem costurado ao hermenêutico. Eis a razão pela qual é comum dizer que o dito sempre carrega consigo o não dito.

A distinção semântico-estrutural entre regras e princípios, abordada na parcela anterior desta dissertação, é vista sob diferentes ângulos a depender da dimensão da linguagem que se tome como parâmetro. Afirma-se, por exemplo, que as regras são normas jurídicas que se aplicam na lógica do tudo ou nada, sujeitas à análise de validade em caso de conflito, e que os princípios, ao contrário, incidem numa operação de máxima realização possível e se submetem à análise sobre a sua dimensão de peso em caso de colisão. Isso faz sentido num contexto em que o intérprete é encarado como sujeito debruçado sobre determinado objeto – o texto legislativo, o enunciado, o precedente. A forma de encarar um determinado preceito, sob essa ótica, varia a depender de sua natureza: se diante de regras, deve-se proceder desta maneira; se diante de princípios, é necessário atuar de outro modo³⁰⁸. Essa ideia, contudo, traz à baila uma questão que será aqui tratada sem a pretensão de cravar certeza sobre a melhor postura a ser assumida diante dela; a intenção é a promoção do debate e da reflexão numa área em que, preocupantemente, parece haver muitas certezas e poucas dúvidas.

Como vimos no primeiro capítulo, o giro ontológico-linguístico trouxe a compreensão de que o sujeito, ao descrever pela linguagem, também prescreve, pois já integrado à linguagem utilizada

³⁰⁷ HEIDEGGER, *Sein und zeit...*, p. 219.

³⁰⁸ Cfe. STRECK, *op. cit.*, posição 602.

para tratar o objeto, e o direito não escapa dessa conclusão. A pré-compreensão põe em xeque a distinção entre regras, princípios e qualquer outro padrão normativo eventualmente suscitado, pois, ao cabo, todos serão parâmetros interpretativos. Ao se apelar para a normatividade dos princípios, sustentando que a norma jurídica é um gênero do qual são espécies os princípios e as regras, assume-se o ônus de descrever justamente o que é «norma jurídica». Esta, tal qual já expomos especialmente no item 2.1, é fruto do papel criativo (apesar de não ilimitado) de que se reveste a interpretação: partindo de sua pré-compreensão, o intérprete desbasta o invólucro textual até chegar ao seu âmago normativo. Se correta essa lógica – e assim nos parece –, somente se pode tratar de regras e princípios como normas a depender do processo interpretativo. Sendo assim, “não há um conceito *a priori* de norma que determina antecipadamente o que são princípios e o que são regras. A norma é o produto da interpretação do texto e, por isso, ela só se realiza na concretude”³⁰⁹.

Noutros termos, não é por estar diante de uma regra ou de um princípio que o intérprete age desta ou daquela maneira desde que se depara com a situação analisada, no intuito de alcançar o sentido da norma jurídica. O método, como forma de suprimir a subjetividade, tem como problema o fato de ele sempre estar atrasado diante do processo compreensivo realizado pelo intérprete ainda que inconscientemente, motivo pelo qual esse – o método – não é o caminho que conduz à verdade³¹⁰. A relação entre regras e princípios espelha a maneira como o intérprete alcança o mundo que o rodeia e que ele mesmo integra; a constituição de sentido tem início antes mesmo de se adentrar a dimensão argumentativa, pela qual um princípio deve ser aplicado segundo uma dimensão de peso e, por exemplo, a colisão entre normas dessa natureza pressupõe uma operação ponderativa. Essa discussão tem lugar no plano enunciativo, que já está assentado na compreensão realizada. Não se constitui sentido a partir da distinção entre regras e princípios; ao contrário, a distinção é feita com base no sentido constituído a partir do plano hermenêutico.

Mesmo antes de analisar um determinado caso, o juiz – por exemplo – articula inconscientemente e, sobre essa operação, não há regramento possível. Como já disse Esser, há um “aparato categorial, adquirido, no sentido mais amplo, através de uma experiência social, com a ajuda da qual o juiz, inconscientemente, escolhe, regista e classifica as características

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz – **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 505.

³¹⁰ GADAMER, **Warheit und methode...**, pp. 31-36.

‘manifestamente’ relevantes de um caso e das normas ‘apropriadas’ para sua solução”³¹¹. É por isso que a racionalidade do processo de aplicação do direito não depende da definição de um roteiro procedimental a partir do qual se possa esquadrear a adjudicação jurídica; a distinção entre regras e princípios como meio para definição do modo de atuação do intérprete desconsidera a dimensão hermenêutica que confere as bases para a interpretação. Contemplar, aceitar, entender a pré-compreensão é o caminho para a racionalidade da aplicação do direito.

O que se pretende grifar é que a discussão em profusão levada a cabo por trabalhos acadêmicos e livros sobre os padrões normativos, a distinção semântico-estrutural entre eles, as formas de sua aplicação etc., muitas vezes apinhados de convicções e carecidos de questionamentos, concentram a atenção no plano argumentativo da linguagem; muito abaixo dele, o aplicador do direito já antecipou a constituição de sentido por meio da pré-compreensão, que alicerça tudo o que virá na sequência, e esse plano hermenêutico não pode ser negligenciado. Negar importância à dimensão compreensiva do direito (como qualquer linguagem) imprime artificialidade e superficialidade à exposição argumentativa, abrindo os flancos do processo de aplicação do direito a toda a sorte de arbitrariedades. No fundo, há aqui o já conhecido embate entre os defensores da hermenêutica e os adeptos da teoria da argumentação, onde costumam figurar os nomes de Gadamer e Habermas, cada um assumindo um lado do campo teórico.

A hermenêutica abandonou a pretensão de se tornar um método, assumida por Schleiermacher e Dilthey, e se entrelaçou, com Heidegger, à ontologia: não é diretamente às ciências do espírito que ela se volta, mas à própria existência humana. A noção de círculo hermenêutico, conseqüentemente, também foi modificada, partindo de uma relação simbiótica entre o texto e suas partes para a análise do ser em si e o ser no mundo. Nesse contexto de significativas mudanças na compreensão do papel da linguagem, simbolizadas principalmente pela virada linguística e pela ontologia de Heidegger, pavimentou-se o terreno que serviria de palco ao debate entre Gadamer e Habermas, dois expressivos filósofos que contemplaram uma mesma paisagem a partir de mirantes bastante distintos: o primeiro inicia sua formação com estudos sobre a filosofia clássica grega e a filosofia clássica alemã, é profundamente influenciado pelas obras de Dilthey, Husserl e, especialmente, Heidegger e, ao cabo, desenvolve a sua própria e amadurecida hermenêutica filosófica consolidada em seu «Verdade e Método», de 1960; Habermas, a seu turno, orientado pela Escola de Frankfurt (tendo exercido funções, aliás, como

³¹¹ *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung...*, p. 4, tradução livre.

assistente de Adorno), parte de um substrato hegeliano-marxista que funciona como importante ingrediente em suas posições sociais, políticas e ideológicas, mas que não o impede de desenvolver a sua própria forma de repensar as questões centrais do marxismo e do hegelianismo – como demonstra em seu «Trabalho e Interação», de 1967 – e de apresentar os fundamentos de uma filosofia da comunicação³¹².

Gadamer, com «Verdade e Método», elabora uma hermenêutica não mais compreendida como a base metodológica das ciências do espírito, mas como um esforço filosófico sobre o processo ontológico do homem: a compreensão. A hermenêutica filosófica corrói as bases da ideia segundo a qual a verdade se alcança pelo método, que sequer é definido metodicamente; a chave para a compreensão é o diálogo, pois lidamos com uma tradição que, apesar de nos ser comum, é-nos também distante em vários aspectos (tempo, geografia, cultura, alteridade). Aliás, para Gadamer, a tensão entre presente e passado é, em si, um fator não apenas essencial, mas frutífero: a distância temporal é capaz de eliminar tudo o que não é relevante e prioriza o que realmente importa sobre o significado de algo. Essa noção de distância, portanto, guarda semelhança com a de «distância estética», pela qual o espectador deve estar a uma certa distância do palco para que compreenda a obra como um todo e não se perca com a maquiagem dos atores³¹³, pois a significação histórica é gradual e somente interpela o presente à medida que o tempo decorre.

A hermenêutica filosófica valoriza a autoridade, considerada um atributo pessoal que faz reconhecer sobre o outro a superioridade em juízo e perspectiva, de maneira que haja precedência sobre o nosso próprio³¹⁴. Não se trata de obediência ou subserviência intelectual: autoridade tem a ver com conhecimento e reconhecimento, com razão e liberdade. Educadores e críticos de arte, por exemplo, são ouvidos não porque impõem ou são temidos, mas porque as suas visões nas suas respectivas áreas de atuação são reconhecidas como mais amplas em razão de transmitirem em si os costumes e práticas comuns, legislações, revoluções e outros elementos que ecoam a pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado na forma de tradição, considerada como a autoridade que se tornou anônima³¹⁵. Compreender é um processo que se dá entre o passado e o presente, costurando tradição e contemporaneidade. Ao olhar o passado, não encontramos um

³¹² STEIN, Ernildo – Apresentação. In: STRECK, *op. cit.* pp. XVII-XVIII.

³¹³ PALMER, *op. cit.*, pp. 168-188.

³¹⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 419.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 421.

objeto estático; deparamo-nos com algo vivo e que nos integra, que corre em nossas veias e nos alimenta as sinapses.

A noção iluminista de que o preconceito é algo a ser combatido, inaugurada por Descartes³¹⁶, sofre de uma contradição congênita porque é recheada de preconceitos³¹⁷. Alega-se que a tradição consagra posições que determinam o pensar e o agir humanos sem que sem investigue a origem dessa ascendência, o que seria uma fonte de erros; entretanto, essa visão desconsidera que a tradição é «tudo» aquilo que a linguagem carrega (inclusive os preconceitos, consistentes em juízos que se formam antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa³¹⁸), de maneira que ela também é uma indiscutível fonte de acertos. É por isso que a linguagem e o diálogo são o centro da hermenêutica filosófica gadameriana. Em sua finitude, o homem constrói uma consciência histórica que se desenvolve no acontecer da tradição, de modo que é impossível a qualquer intérprete aceder ao conteúdo de determinado texto de maneira absolutamente neutra, pois ele mesmo – o intérprete – está compreendido naquilo que lê. Contudo isso não nos impede de questionar a produtividade hermenêutica da própria tradição; antes nos possibilita³¹⁹.

Sobre o edifício da filosofia hermenêutica heideggeriana, Gadamer ressalta que a compreensão é um processo que nos define e que está presente em toda a existência humana, independentemente de seus quadrantes. Desse processo, o preconceito é um componente fundamental, uma vez que compreendemos o mundo por meio de uma linguagem que não está à nossa disposição, pois intersubjetiva³²⁰. “Em si mesmo, ‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa”, diz Gadamer³²¹, ao pontuar que apesar da carga negativa que o termo recebeu na época

³¹⁶ A primeira parcela desta dissertação cuidou rapidamente do tema, retratando a forma como Descartes encarava a linguagem como uma fonte de erros por ecoar os preconceitos do passado (item 1.1).

³¹⁷ “O historicismo, apesar de toda crítica ao racionalismo e ao pensamento naturalista, encontra-se ele mesmo sobre o solo do moderno *Aufklärung* e compartilha, inadvertidamente, seus preconceitos. Pois há realmente um preconceito do *Aufklärung* que suporta e determina sua essência: esse preconceito básico do *Aufklärung* é o preconceito contra os preconceitos, enquanto tais, e, com isso, a despotenciação da tradição”. (GADAMER, *op. cit.*, pp. 406-407).

³¹⁸ *Ibidem.*, *loc. cit.*

³¹⁹ *Ibidem.*, pp. 419-424.

³²⁰ STRECK, *Dicionário...*, posições 3968-3977.

³²¹ *Op. cit.*, p. 407.

do Iluminismo (*Aufklärung*³²²), ele não é necessariamente identificado com «falso juízo» ou com «juízo negativo». Existem preconceitos legítimos e positivos, que podem, inclusive, ser objeto de justificação racional e que são produtivos para o conhecimento.

Partindo criticamente da noção de experiência desenhada por Hegel³²³, Gadamer relaciona a «experiência hermenêutica» à ideia de herança, que não é simplesmente um evento que identificamos por meio da experiência e que podemos controlar; é, antes, linguagem, que interpela o leitor não na condição de objeto, mas como um sujeito que tem algo a dizer e a ouvir, numa relação de reciprocidade³²⁴. A inspiração em opiniões prévias, tanto de hábitos linguísticos³²⁵ quanto de conteúdo, é pressuposto do processo de compreensão, pois todo aquele que se aventura a compreender um texto realiza projeções a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. Ao se desenhar um primeiro sentido no texto, o intérprete elabora um sentido para o todo, que vai sendo revisado à medida que a leitura avança. A verdadeira possibilidade de compreensão reside na abertura, pelo intérprete, de examinar a legitimação (origem e validade) de seus preconceitos numa operação dialética mantida com o próprio texto³²⁶. Esse o contexto no qual Gadamer elabora duas de suas célebres frases: “quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si”³²⁷ e “são os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição”³²⁸.

Ao revalorizar a autoridade, a tradição e o preconceito, na contramão de uma racionalidade imposta pelo Iluminismo como o único caminho para o conhecimento, Gadamer se inspira em algo que Heidegger aponta em *Ser e Tempo*: a interpretação é a elaboração das possibilidades

³²² “O preconceito, com efeito, é uma categoria da *Aufklärung*, a categoria por excelência, sob a dupla forma da precipitação (julgar demasiadamente rápido) e da prevenção (seguir o costume, a autoridade). O preconceito é aquilo de que precisamos nos desembaraçar para começarmos a pensar, para ousarmos pensar – segundo o famoso adágio *sapere aude* –, para termos acesso à idade adulta, à *Mündigkeit*”. (RICOEUR, Paul – **Interpretação e Ideologias**. 4ª ed. trad. port. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990, p. 106).

³²³ Apesar de discordar dos pressupostos e conclusões de Hegel, Gadamer elabora a sua hermenêutica dialética sobre a avaliação hegeliana da experiência – o produto do encontro da consciência com um objeto, sob a estrutura de uma inversão ou de uma reestruturação da conscientização (PALMER, *op. cit.*, pp. 197-198).

³²⁴ *Ibidem*, pp. 198-200.

³²⁵ “Em geral, tem de se dizer que é somente a experiência do choque com um texto – seja porque ele não oferece nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas – o que nos faz parar e perceber um possível ser-diverso do uso da linguagem. É uma pressuposição geral, que alguém que fala a mesma língua toma as palavras que ele emprega no sentido que me é familiar; essa pressuposição somente se torna questionável em casos singulares”. (GADAMER, *op. cit.*, p. 403).

³²⁶ *Ibidem*, pp. 402-406.

³²⁷ *Ibidem*, p. 405.

³²⁸ *Ibidem*, p. 406.

projetadas na compreensão, de maneira que somente se interpreta o que já foi compreendido; a compreensão, a seu turno, é a projeção do ser (*Dasein*) sobre as possibilidades (aberturas) de um mundo que nos parece familiar e próximo, mas que consiste em um horizonte de significância onde constantemente nos lançamos. O compreender cotidiano se ampara numa antecipação de sentidos que nos é absolutamente natural: o mundo existe pela linguagem e esta veicula a tradição, de modo que a nossa apreensão do que nos rodeia (e que integramos) não se dá por meio de deduções partidas de conceitos generalizantes, mas de um juízo prévio e inconsciente que nos guia a todo instante: a pré-compreensão³²⁹.

É clara a pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica. Segundo Gadamer, a inexorável finitude humana impõe a comunicação como único meio de se aproximar da questão do homem³³⁰. Como tudo se compreende pela e na linguagem, todos os objetos, atos etc. são textos para fins hermenêuticos, sujeitando-se a um constante processo de compreensão, o qual nunca parte de um grau zero de sentido, de um plano neutro³³¹. Nessa tarefa, antecipamos o resultado da compreensão com base em nossa existência histórica, condicionada pela tradição. A pré-compreensão, assim, é um pressuposto da compreensão que, a seu turno, é o único caminho para a interpretação – esta compreendida como a formulação lógica daquilo que se compreendeu. O ser humano acede ao mundo não por meio de uma visão direta e constante, que fornece as mesmas imagens a partir de um só ponto e sem a interferência de elementos externos (ou seja, que permitiria ver as coisas como elas de fato são, em sua natureza), mas através de lentes posicionadas em distintos lugares, de curvaturas variáveis e tonalizadas a partir de suas experiências, da tradição (ainda que assumida criticamente), de uma consciência histórica³³² que se forma gradativamente.

A questão que se levanta, em controvérsia, é se há algum tipo de componente nessa engrenagem que mantenha essas lentes em determinadas condições que favoreçam ou imponham um certo modo de mirar o mundo. Dito de outro modo, não seriam a tradição e os preconceitos elementos de controle que não apenas direcionariam a compreensão das pessoas

³²⁹ HEIDEGGER, *op. cit.*, pp. 204-211. Cfr. STRECK, *op. cit.*, posições 3962-4045.

³³⁰ STEIN, Ernildo – Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. **Síntese**. ISSN 2176-9389. vol. 10, n° 29 (1983), pp. 21-48.

³³¹ STRECK, *op. cit.*, posição 195.

³³² “Entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião.” (GADAMER, Hans-Georg – **Le problème de la conscience historique**, 1996. trad. port. Paulo César Duque Estrada, *O problema da consciência histórica*, 3ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 16).

como também as impediriam de perceber essa manipulação em curso constante? Ao se responder positivamente a essa pergunta, assume-se o caráter distorcido da comunicação, que perpetua ideologias sobre a massa social, e se realça uma posição que põe em xeque o caráter universal da hermenêutica: os preconceitos em que se funda a consciência histórica subtraem do ser a sua capacidade de reflexão, pois, afinal, a linguagem é meio de dominação e de poder social, legitimando relações de violência, razão pela qual a argumentação é o único meio disponível para se certificar da verdade. Essa é a aposta de Habermas³³³.

Se a universalidade da questão hermenêutica é proposta por Gadamer, Habermas a contrapõe fortemente. A razão humana é dotada de uma força transcendental e não se limita àquilo que prevê a hermenêutica filosófica. A compreensão hermenêutica de que trata Gadamer é uma necessária etapa da compreensão, mas isso não significa que deva ser a última: é indispensável que haja crítica e reflexão no processo³³⁴. Um preconceito, após assimilado e exposto, não é um componente fatal da compreensão, podendo ser alvo de um processo racional que canaliza o senso crítico oriundo daquele que compreende. Se Gadamer questiona o método como o caminho para a verdade e aponta o diálogo com e pela tradição como chave de acesso à questão humana, Habermas acentua que o discurso que se desenrola num único curso não é diálogo, mas imposição, que assume um caráter de violência ao retirar a autonomia reflexiva dos sujeitos dos quais é subtraído ou enfraquecido o juízo racional.

A linguagem é sistematicamente distorcida pela tradição, que opera em nossa experiência comunicativa de forma sub-reptícia, segundo Habermas. Sendo assim, a compreensão só poderia ser admitida como o ponto de partida do conhecimento, sucedida de tantos outros pontos que ultrapassam a consciência hermenêutica. Apenas uma razão comunicativa, de natureza discursiva, permitiria ao homem atingir a sua emancipação. Habermas opõe ao preconceito a categoria do «interesse», oriunda do marxismo, reinterpretada pela escola de Frankfurt, e propõe um «interesse pela emancipação»; se Gadamer partiu das «ciências do espírito» (mais próximas das ciências da cultura, ou seja, da retomada das heranças culturais no presente histórico) para reformular a hermenêutica de Dilthey e a filosofia de Heidegger, Habermas invoca as «ciências

³³³ Sabe-se que a longeva produção filosófica de Habermas não é uniforme. Sustenta-se, nesse sentido, a ocorrência de uma guinada em seu raciocínio a partir de *Verdade e Justificação*, de 1999, no qual abandona o modo procedural de alcançar a verdade defendido inicialmente (Cfr. STRECK, **Verdade e consenso...**, pp. 85-90). No ponto, esta pesquisa estará voltada à crítica de Habermas à hermenêutica filosófica de Gadamer, motivo pelo qual serão expostos os principais argumentos da filosofia habermasiana nesse quadrante.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen – **Zur Logik der sozialwissenschaften**, 1967. trad. esp. Manuel Jiménez Redondo, *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 1988, pp. 277 e ss.

sociais críticas», que questionam por natureza e orientam, pela autorreflexão, a libertação do sujeito da dependência aos poderes hipostasiados. A tradição, portanto, não deve ser situada acima do juízo; é a reflexão que, acima da coação institucionalizada, tem condições de emancipar o homem³³⁵.

Nesse plano de debate, percebe-se que o cotejo entre a hermenêutica filosófica e a teoria discursiva habermasiana reflete a precedência do plano hermenêutico sobre o plano apofântico, de que se falou no início deste tópico, mas não há aqui incompatibilidade a reconhecer³³⁶. As visões de Gadamer e Habermas são constantemente contrapostas, como se sabe, mas é possível que essa arena de confronto dê espaço a propostas conciliatórias. Trata-se de dois vetores de racionalidade: o plano hermenêutico atua num do nível de (ir)racionalidade mais profundo, de natureza filosófica; o plano argumentativo se move num segundo nível de racionalidade, de natureza lógica³³⁷. A defesa de uma teoria hermenêutica do direito não desconsidera os esforços da teoria da argumentação e vice-versa. O plano hermenêutico é estruturante de todo o processo de aplicação das normas jurídicas, por isso a discussão não pode se limitar ao plano enunciativo, como já mencionado acima. Mas a argumentação – e isso não se pode negar – confere legitimidade ao discurso assumido. Essa complementaridade é refletida no objetivo perseguido por Gadamer em *Verdade e Método*, fruto de suas pretensões filosóficas no percurso de explorar aquilo de acontece para além de nosso querer, e não uma proposição prescritiva; a hermenêutica por ele desenvolvida não representa uma doutrina de métodos das ciências do espírito, mas uma exposição do fenômeno universal da compreensão.

A rejeição de Gadamer sobre o método como caminho para a verdade não significa uma negativa da importância dos princípios interpretativos e da existência de diretivas que permitam a promoção de uma racionalidade na aplicação do direito e seu consequente controle. Com efeito, “não é pelo facto de se reconhecer que o raciocínio do intérprete não é passível de ser descrito aprioristicamente ou reconduzível a critérios de lógica silogístico-dedutiva que ele se torna por isso desprovido de regras que o subtraíam ao arbítrio ou à causalidade”³³⁸. Apesar de *Verdade e Método*

³³⁵ RICOEUR, *op. cit.*, pp. 120-124.

³³⁶ Como disse Stein ao tratar do aparente conflito entre método dialético e método hermenêutico, “foi a histórica controvérsia Gadamer-Habermas que deu origem e atualidade ao confronto dessas duas posições metodológicas para a filosofia. Confronto, como veremos, não excluyente, mas antes busca de complementaridade, apesar da pretensão de universalidade apresentada tanto pela crítica como pela hermenêutica”. (STEIN, *op. cit.*, pp. 23-24).

³³⁷ STRECK, *Dicionário...*, posições 4021-4030.

³³⁸ AGUIAR E SILVA, Joana – Desafios hermenêuticos da juridicidade pós-moderna: entre texto, norma e método / para lá da interpretação negativa. **FIDES**. ISSN 2177-1383. vol. 8, n° 2 (jul./dez. 2017), p. 97.

se voltar a outro quadrante teórico – o próprio fenômeno da compreensão em toda a experiência humana, em sua finitude e historicidade –, a obra respeita e reconhece a relevância desses princípios³³⁹. Mas não é esse o foco da hermenêutica filosófica, que se volta ao fenômeno da compreensão como um processo que está além daquilo que fazemos e queremos fazer. A finitude da razão humana se depara com a infinitude do que é compreensível e esse confronto nos conduz naturalmente ao processo de comunicação intersubjetiva, numa espécie de «fusão de horizontes». Assim, autoridade, tradição, preconceito e pré-compreensão são elementos desse processo que está além do nosso quadro intencional. Isso, entretanto, não significa uma negativa à racionalidade ou ao senso crítico sobre aquilo que se percebe como algo negativo ou falso. O que não se pode negar é que mesmo o processo de superação da tradição é por ela interpelada a todo instante. Do mesmo modo, apesar de Habermas não admitir o caráter universal da hermenêutica, reconhece-lhe a importância ao lado do pensamento crítico e lhe faz importantes concessões que, apesar de não significarem propriamente uma rendição à hermenêutica, mostram que ela não é rejeitada pelo pensamento habermasiano³⁴⁰.

Essa dupla estrutura da linguagem denuncia a artificialidade que contamina qualquer abordagem que desconsidere o fenômeno da compreensão que estrutura o que lhe segue. Focar-se na distinção entre regras e princípios – ou nas técnicas procedimentais de sua aplicação – como meio para se chegar à verdade, à formulação de preceitos objetivamente corretos e às respostas para os ditos casos difíceis, é aplicar sucessivas demãos de tinta sobre paredes à beira da ruína. Como diz Marcelo Neves³⁴¹, “o que se passa na mente dos juízes antes da argumentação e da interpretação (como produção de texto) é incontrolável tanto na subsunção quanto na ponderação. O que é controlável social e juridicamente é o comunicado”. Assim, mergulhar na distinção entre os padrões normativos faz sentido no plano puramente argumentativo-apofântico, mas não no plano hermenêutico, que é constituidor de sentido, estruturante de todo o processo de aplicação das normas jurídicas. Limitar a discussão ao plano argumentativo-procedimental dá ensejo a arbitrariedades travestidas de técnica jurídica, como se verá no próximo tópico.

3.2. Os princípios na voz de Hermes: a ponderação como subterfúgio do arbítrio.

³³⁹ PALMER, *op. cit.*, p. 168.

³⁴⁰ STEIN, *op. cit.*, pp. 37-38.

³⁴¹ **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 179.

É conhecida a imagem do deus grego Hermes (ou Mercúrio, na mitologia romana) como o mensageiro do Olimpo, que trazia asas no chapéu e nas sandálias; deus dos diplomatas, da eloquência, da linguagem, do discurso, das metáforas e da prudência, além de inventor do alfabeto, era incumbido das funções de intérprete e tradutor, funcionando como arauto dos deuses. Não é tão comum, entretanto, a menção ao personagem por sua perfídia; pouco se comenta que Hermes também era o deus dos ladrões, da fraude, da ambiguidade e do perjúrio e que usava o discurso associado à música e a uma relíquia denominada caduceu (uma haste com duas serpentes) para adormecer seus interlocutores e até mesmo levá-los à morte³⁴². Era versado na arte da mentira e das palavras enganosas, com a qual inspirou Pandora, mãe do gênero humano³⁴³. Os destinatários das mensagens de Hermes, diante disso, limitavam-se a receber o que ele lhes dizia como «verdade», mas pouco ou nada tinham a fazer para aferir a conformidade entre o discurso recebido e a mensagem original, que era passível de distorções e de ludíbrio pelo mensageiro.

Tomada por base a qualidade pela qual se notabilizou esse personagem mitológico, é possível dizer que os tribunais e demais órgãos jurisdicionais são, em tese, mensageiros do direito, pois lhes é atribuída a função de transmitir, por meio de acórdãos, sentenças, decisões e despachos, aquilo que é previsto no ordenamento jurídico na solução dos conflitos que lhe sejam postos. Mas como se poderia aferir a compatibilidade entre a mensagem trazida pelo julgador e o ordenamento jurídico que lhe deve servir de base? Não estaria a sociedade sujeita à ação eventualmente desvirtuada do julgador, que, tal qual Hermes, poderia lançar mão de suas prerrogativas para enganar ou adormecer o senso do destinatário, deturpando o conteúdo transmitido e o trajando como verdadeiro aos olhos e ouvidos do jurisdicionado? Essas indagações ganham ainda mais relevo com a crescente importância conferida aos princípios na aplicação do direito, diante de seu caráter etéreo e a dificuldade em estabelecer seus contornos.

Experimenta-se há algum tempo o que se poderia chamar de sincretismo entre as tradições jurídicas: *common law* e *civil law* não representam conceitos herméticos, mas padrões ideais gradualmente integrados. Países de tradição romano-germânica, a exemplo de Portugal e Brasil, incorporam cada vez mais elementos oriundos do sistema jurídico anglo-saxão. Expressões como

³⁴² BULFINCH, *op. cit.*, pp. 14 e 40-41; MENARD, *op. cit.*, pp. 94-95.

³⁴³ MENARD, René – **La mythologie dans l'art ancien et moderne**, 1878. trad. port. Aldo Della Nina, *Mitologia Greco-Romana*, vol. 2. São Paulo: Opus, 1991, pp. 165-167.

«neoconstitucionalismo» e «constitucionalização do direito» tomam espaço nos debates que envolvem a defesa de uma mudança de foco do saber jurídico: quanto ao fundamento normativo, passa-se da regra ao princípio; no fundamento metodológico, da subsunção à ponderação; no fundamento axiológico, da justiça geral à particular; e no fundamento organizacional, do poder legislativo (ou executivo) ao judiciário³⁴⁴. No que diz respeito aos limites deste trabalho, pode-se dizer que a discussão assumida nesse quadrante nas últimas décadas parece conduzir a uma superioridade inata dos princípios sobre as regras.

Para alguns, trata-se de um panorama especialmente problemático, pois afeta o sistema jurídico em sua consistência³⁴⁵; a invocação retórica de um determinado princípio confere honorabilidade a qualquer argumento, ainda que se volte a afastar uma regra jurídica específica, independentemente de seu acerto. Cada caso é solucionado não de acordo com critérios mais ou menos objetivos e previsíveis extraídos do ordenamento jurídico, mas segundo argumentos *ad hoc*, limitados ao caso em análise e que não necessariamente serão utilizados em situações assemelhadas. Em julgamentos colegiados, não é raro que os votos proferidos pelos diversos juízes, desembargadores, ministros, cheguem ao mesmo resultado a partir de fundamentos absolutamente diversos e, por vezes, incompatíveis entre si³⁴⁶. Com efeito, não parece possível que um sistema judiciário dessa natureza logre contribuir satisfatoriamente para pacificar e orientar a sociedade nos casos vindouros.

O que se percebe é que a menção aos princípios jurídicos (ou morais) na aplicação do direito não é garantia de que sejam proferidas decisões justas, previsíveis e concordantes com o ordenamento jurídico. Fala-se atualmente, com bastante frequência, em ponderação de princípios como forma de aplicar o direito de uma maneira mais consentânea com a complexidade das relações sociais contemporâneas. Não parece haver dúvidas de que, efetivamente, as regras jurídicas, simplesmente associadas à subsunção, sejam uma ferramenta incapaz de fornecer respostas para os conflitos surgidos no seio social a respeito de temas tão profundos e diversos, que envolvem desde o vetusto direito civil de origem romana às modernas discussões sobre

³⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann – “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. ISSN 1981-187X. n. 17 (jan./mar. 2009), disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acessado em 12 nov. 2020. Cfe. NEVES, *op. cit.*, p. 176.

³⁴⁵ “Caso sempre se pudesse recorrer a princípios constitucionais, em nome da justiça, para afastar regras constitucionais, chegaríamos a um modelo em que o critério direto e definitivo seria sempre afastável *ad hoc* pelo critério mediato de solução do caso, levando à falta de consistência da ordem jurídica, diluída no social com base em um substantivismo principiológico, desastroso em uma sociedade complexa” (NEVES, *op. cit.*, p. 192).

³⁴⁶ *Ibidem*, pp. 198-220.

cibercrimes, gênero, sexualidade, filiação socioafetiva, engenharia genética, etc. Mas como seria possível assegurar que a ponderação de princípios não se trata de expediente invocado pelo juiz somente para que, na prática, imponha à sociedade a sua visão particular sobre o certo e o errado de maneira a lhe conferir respeitabilidade?

Um caso emblemático é o que se refere à possibilidade de execução de pena criminal privativa de liberdade aplicada em sentença condenatória ainda não transitada em julgado no Brasil – tema que, para muitos, poderia ser visto como algo de simples resolução, mas que está bastante longe disso nas discussões travadas historicamente no âmbito do tribunal constitucional brasileiro. Intui-se que o cumprimento da pena seja decorrência da culpabilidade³⁴⁷ constatada em sentença condenatória; afinal, ninguém cumpre sanção criminal por ser reputado inocente, mas por ter sido considerado culpado. Diante disso, e tendo em vista a existência de dispositivo constitucional brasileiro que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), não parece haver dúvidas de que a execução da pena (prisão decorrente de culpa) deveria aguardar o trânsito em julgado para que tenha seu início. Apesar desse quadro, o Supremo Tribunal Federal, sob a vigência desse mesmo preceito constitucional (que não sofreu nenhum tipo de reforma), alterou por várias vezes o seu entendimento sobre a possibilidade de execução penal antes da preclusão máxima do decreto condenatório, ora permitindo, ora proibindo, mas frequentemente abordando, nas diversas decisões proferidas sobre o tema, a ponderação de princípios como forma de decidir³⁴⁸.

E esse não é um caso isolado. Tomando como parâmetro a atuação do Supremo Tribunal Federal do Brasil, órgão responsável pela guarda das normas constitucionais daquele país, é possível perceber o quão premente se afigura a efetivação de critérios de racionalidade à atuação jurisdicional. Em dezenas de casos em que a referida corte, no julgamento de recursos e ações originárias, invocou o princípio da proporcionalidade segundo a proposta metodológico-teórica de Robert Alexy, constatou-se o desrespeito à teoria desenvolvida pelo referido autor alemão em suas propostas mais basilares, tudo a pretexto de aplicar princípios jurídicos na solução de situações particulares. Analisados esses casos um a um³⁴⁹, percebeu-se que, em várias decisões, bastou a

³⁴⁷ A expressão é aqui utilizada como a qualidade de quem é culpado por determinado crime, ou seja, que tem responsabilidade criminal por certa conduta.

³⁴⁸ Sobre o contundente desrespeito à presunção de inocência pelos poderes constituídos brasileiros, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – **Processo penal**, vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

³⁴⁹ Todos os casos são abordados minuciosamente em MORAIS, Fausto Santos de – **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: JusPodivm, 2018.

indicação de um princípio jurídico supostamente violado para que se lançasse mão à proporcionalidade como caminho para solucionar o caso. Aliás, também se notou que a ferramenta é constantemente utilizada pelo tribunal brasileiro como uma verdadeira panaceia que serve para resolver todos os tipos de colisão, envolvendo ou não princípios propriamente ditos. Qualquer suposto dilema jurídico (entre princípios, valores, interesses, bens etc.) é terreno fértil para que se maneje a proporcionalidade e se indique a resposta tida por correta.

É diante dessa celeuma que Marcelo Neves faz um paralelo entre os papéis desempenhados por regras e princípios e a narrativa mitológica da luta de Hércules contra a Hidra. No segundo dos doze trabalhos realizados pelo herói, Hércules teve de enfrentar a Hidra de Lerna, um animal monstruoso, com forma de serpente e várias cabeças que se regeneravam à medida que eram decepadas. Para vencer a terrível criatura, Hércules recorreu a seu sobrinho lolau, a quem incumbiu de incendiar uma floresta vizinha ao local de batalha e trazer tições para cauterizar os pontos em que eram cortadas as cabeças do monstro, impedindo a sua regeneração. Pois bem, segundo o autor, os princípios têm o caráter de Hidra, pois atuam como estímulo a argumentos capazes de funcionar como soluções satisfatórias para os problemas jurídicos; eles enriquecem o debate e possibilitam a participação de diversos setores da sociedade a partir de várias perspectivas que surgem irreprimivelmente, ou seja, eles instigam os problemas argumentativos. E a cada situação concreta posta à análise do julgador, os princípios se regeneram e se põem novamente à aplicação, ensejando uma nova apreciação pelo magistrado. Justamente por isso, os princípios, por si sós, não logram solucionar os casos jurídicos que se colocam sob sua aplicação. As regras, a seu turno, são hercúleas (não exatamente no sentido empregue por Dworkin, ressalte-se) porque fecham (ou deceparam) a cadeia argumentativa, limitando a profusão de razões pretensamente aptas a conduzir o debate na solução jurídica³⁵⁰.

Neves, então, propõe que a sociedade hodierna exige um juiz que enfrente esse conflito entre regras e princípios de maneira satisfatória: nem se espera um juiz-regra, ou hercúleo, limitado à invocação semântica de dispositivos legais ou constitucionais supostamente adequados ao caso sob análise; nem se admite um juiz-princípio, ou hidraforme, subordinado ao poder dos princípios de se regenerarem incontrolavelmente em cada situação concreta. Sugere-se o que o autor denomina de juiz lolau, que não se deixa impressionar pela retórica dos princípios e nem se põe a serviço de uma práxis judiciária voltada à dissimulação das verdadeiras razões de decidir,

³⁵⁰ NEVES, *op. cit.*, pp. XVII-XXVIII.

mas que também não é agrilhado às regras jurídicas nem socialmente insensível à complexidade que qualifica as relações atuais. Em certos casos, o juiz *lolau* assume a necessidade de recorrer à técnica da ponderação como forma de solução, mas em nenhum momento se esquece de que se trata de um recurso escasso, cuja banalização compromete o sentido dos próprios princípios constitucionais que ele tanto valoriza. Por isso, age de modo a que a ponderação realizada hoje possa servir à orientação da solução de casos futuros³⁵¹.

Não parece haver dúvidas sobre o caráter inconsistente de um sistema judiciário que se baseia em decisões judiciais que desconsideram regras jurídicas diante da invocação cambaleante de princípios, nomeadamente se não há uma firme orientação metodológica em sua aplicação e se os argumentos utilizados na tomada de decisão são afastáveis a cada caso. Para além da questão da forma de sua incidência (em que medida é possível imprimir racionalidade na aplicação dos princípios?), há grave problema relacionado à origem desse tipo de norma jurídica. Já se encontram decisões, artigos doutrinários e arrazoados forenses que invocam supostos princípios que, em verdade, não têm sentido normativo claro, a exemplo do “princípio da confiança no juiz da causa”, do “princípio da cooperação processual”, do princípio da afetividade”, do “princípio da proibição do atalhamento constitucional” e do “princípio da felicidade”, entre tantos outros³⁵². Diante de um determinado caso, o julgador invoca (ou inventa) algum conjeturado princípio que sirva ao seu próprio senso e o aplica como se fosse a legítima expressão do direito, independentemente de sua historicidade. Sob esse modelo, qualquer argumento utilizado em decisões judiciais é passível de ser considerado um princípio pelo julgador e, conseqüentemente, um parâmetro para pautar a atividade social³⁵³.

Trata-se de algo extremamente preocupante, uma vez que a ciência jurídica ocupa um lugar diferenciado no seio das demais ciências humanas. “Na ciência jurídica, enquanto ciência normativa aplicada, as exigências de vigência e obrigatoriedade devem ser formuladas de forma decisivamente mais rigorosa do que nas disciplinas não-normativas das ciências humanas”³⁵⁴. É

³⁵¹ *Ibidem*, pp. 221-228. Cfr. SILVA, Virgílio Afonso da – O Supremo Tribunal Federal precisa de *lolau*: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília**. ISSN 2357-8009. vol. 2, nº 1 (2016), pp. 96-118.

³⁵² STRECK, **Verdade e consenso...**, pp. 481-496.

³⁵³ “Estamos, assim, diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria – tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmatistas, mas, que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização” (*Ibidem*, p. 490).

³⁵⁴ MÜLLER, *op. cit.*, p. 17.

dizer, a definição mais ou menos precisa sobre a origem das normas jurídicas, seus meios de expressão e a maneira de sua aplicação repercute, ao cabo, no que se entende por crime e probidade, ilicitude e legalidade, permissão e denegação. A falta de racionalidade sobre a aplicação do direito representa conferir rumos aleatórios a questões como liberdade, vida, saúde e meio ambiente; nesse cenário, os bens jurídicos de valor exponencial, quando envolvidos em problemas jurídicos levados ao judiciário, são tutelados prioritariamente segundo a visão particular do julgador.

A prática vulgar da argumentação com base em princípios (ou naquilo que assim se denomina) abre espaço para arbitrariedades graves no exercício da jurisdição, cujo controle é especialmente difícil, principalmente quando considerando o papel desempenhado pelo poder judiciário no mundo ocidental. Os juízes são aqueles dotados da última palavra institucional, que exercem o controle sobre os demais poderes e sobre os quais há nomeadamente ferramentas de controle interno. Se, por um lado, tem-se como firme a posição segundo a qual os princípios são espécies de normas jurídicas (especialmente a partir de Esser e Dworkin), por outro, é certo que as convicções pessoais do magistrado não são fundamentos diretos da decisão judicial – ao menos não deveriam ser. As decisões judiciais devem ser universalizáveis, sob pena de desrespeitarem a igualdade como fundamento da democracia³⁵⁵, e o caminho tomado para que se adote esta ou aquela posição jurídica é importante não tanto pelo seu resultado, mas principalmente para que se demonstre que o julgador atuou com responsabilidade ao buscar a resposta correta para o problema que lhe foi posto³⁵⁶.

Vem à evidência a reflexão formulada por Carl Schmitt em celebrada obra: quem, afinal, estabelece os valores? Em última análise, os valores não «são»; impõem-se, pois sempre valem para alguém determinado ou para um conjunto de sujeitos. Afora esse enquadramento, simplesmente não existem. Por isso, aquele que afirma a sua validade tem o ônus de sustentar legitimamente essa posição. “As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validade tem de fazê-los

³⁵⁵ “Respeitar o Estado de Direito é algo de profundo valor político em Estados ou confederações de Estados, como a União Europeia. Ter leis devidamente publicadas e prospectivas, igualdade dos cidadãos diante dessas leis e limitação do poder oficial em respeito a elas são os alicerces da liberdade democrática, consistindo em elementos essenciais para a estabilidade econômica. Tudo isso não seria possível se as leis e os argumentos a respeito delas tivessem apenas um simulacro de inteligibilidade. Nesse caso, quando chegasse o momento de aplicá-las, qualquer coisa poderia acontecer, por conta da radical indeterminação dos textos legais e da ausência de quaisquer bases razoáveis para preferir uma interpretação a outra”. (MACCORMICK, Neil – *Rhetoric and the rule of law*, 1995. trad. port. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 2).

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz – *Juiz não é Deus: juge n'est pas Dieu*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 42-43.

valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar”³⁵⁷. Não apenas os valores têm uma condição referencial; tudo aquilo que «é», na verdade, corresponde à visão de alguém, num determinado tempo, lugar, cultura, tradição. Mas se os valores são esgrimidos como razão de decidir – e isso nos parece inevitável, diante do papel da autoridade, da tradição e dos preconceitos no processo interpretativo –, é indispensável que sua validade se justifique na fundamentação adotada na decisão.

É cada vez mais claro o, digamos, «papel hermenêutico» desempenhado no âmbito da jurisdição. Com uma crescente importância conferida aos princípios e o reconhecimento do caráter normativo de elementos não situados diretamente na esfera legislativa, nomeadamente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, acentua-se a preocupação sobre os limites dos poderes assumidos pelos juizes. Desenhar alguma racionalidade que opere sobre o desempenho dessa função tornou-se uma medida demandada por juristas e pela sociedade em geral, especialmente diante de situações em que a tomada de decisão jurídica por magistrados e órgãos colegiados do judiciário se dá sem aparente embasamento legal ou constitucional. No processo de aplicação do direito, os princípios integram uma superfície oscilante sobre a qual a sociedade tenta encontrar equilíbrio para conferir segurança e previsibilidade ao sistema jurídico. Mas convém questionar se essa instabilidade é uma qualidade derivada exclusiva ou especialmente dos princípios ou se advém de outros elementos que orientam o sistema.

Nessa linha, convém retomar rapidamente a narrativa do caso relacionado ao tratamento da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil³⁵⁸. Como já mencionado, o preceito da constituição brasileira que trata do tema é bastante incisivo ao prescrever que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ideia reproduzida nos dispositivos legais infraconstitucionais daquele país³⁵⁹. Segundo o que se pode extrair desse excerto constitucional, somente seria possível efetivar a prisão do condenado³⁶⁰

³⁵⁷ SCHMITT, Carl – *Die tyrannie der werte*, 1960. trad. esp. Sebastián Abad, *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2009, p. 132, tradução livre.

³⁵⁸ O julgamento tomado como paradigma para esta exposição se refere ao Habeas Corpus nº 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 17.02.2016. O inteiro teor do acórdão está disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acessado em 1º dez. 2020.

³⁵⁹ Em especial, o art. 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”, assim como o art. 105 da Lei de Execuções Penais, que estabelece que “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

³⁶⁰ Esclareça-se que a discussão não abrange as hipóteses de prisão cautelar, que são pacificamente admitidas pela doutrina, jurisprudência e legislação brasileiras como motivo idôneo para o encarceramento imediato.

e iniciar a execução penal, superando-se o estado de inocência, com o trânsito em julgado da sentença condenatória – ou seja, atingindo-se a preclusão máxima, a imutabilidade do pronunciamento judicial que considera culpado o réu e lhe aplica sanção criminal. Na contramão desse raciocínio, o tribunal constitucional brasileiro se valeu da ponderação de princípios para considerar possível a execução penal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo quando ausentes as hipóteses de prisão cautelar.

Mas o uso dos princípios não foi a única base argumentativa de que se valeu a corte para chegar a essa conclusão³⁶¹. Entendeu-se, por exemplo, que o conceito de «trânsito em julgado» deveria ser revisto de modo a possibilitar o início da execução penal tão logo confirmada a condenação por órgão colegiado (tribunal de apelação), independentemente da interposição de outros recursos. Nesse sentido, apesar de a lei brasileira prescrever que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”³⁶² (nenhum recurso, ressalte-se) e de o texto constitucional estabelecer que o trânsito em julgado da decisão condenatória é pressuposto para que se considere qualquer pessoa culpada, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a ideia de trânsito em julgado deveria ser reelaborada, no caso, diante da natureza dos recursos passíveis de interposição após a confirmação da condenação por órgão colegiado³⁶³.

Estratégia semelhante foi empregada em relação ao termo «culpado». Para o tribunal, é certo que o preceito constitucional de referência impõe que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado do decreto condenatório, mas a definição do que vem a se tratar como culpado é algo não resolvido pelo constituinte. “A norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado”, nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, invocadas pelo relator. Sob esse raciocínio, conduzir alguém à prisão e iniciar o cumprimento de pena privativa de liberdade seria, em princípio, compatível com a ideia de inocência ou não culpabilidade, visto que o significado da expressão «considerado culpado» não pode ser extraído do texto constitucional. A ideia defendida na oportunidade foi a de que o fato de uma pessoa ser

³⁶¹ Os argumentos de que se valeu o Supremo Tribunal Federal para decidir têm núcleo utilitarista, voltando-se ao combate à impunidade,

³⁶² Art. 502 do Código de Processo Civil, aplicável à seara processual penal por força do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal.

³⁶³ Segundo o ministro relator, “com o julgamento implementado pelo tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”, uma vez que os recursos ainda cabíveis para as instâncias extraordinárias (recurso especial e recurso extraordinário) têm âmbito de cognição estrito à matéria de direito, de maneira que é “no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”.

conduzida à prisão, ausentes as situações de prisão cautelar, não remete à noção de «pessoa culpada» ou, noutros termos, é compatível com o conceito de «pessoa inocente».

Respeitadas as diversas posições assumidas sobre a questão, o caso retratado demonstra que não apenas os princípios, aqui entendidos segundo as mais consagradas concepções³⁶⁴, são passíveis de um manejo questionável por parte do julgador. Mesmo o entendimento extraído de textos legislativos específicos que se valem de expressões consideradas fechadas, de reduzido grau de abstração, pode ser objeto de profundo debate e dissenso. As questões que surgem dizem respeito à possibilidade de se imporem limites efetivos à atividade interpretativa dos magistrados. Se o texto constitucional impõe que somente o trânsito em julgado da condenação é capaz de retirar a condição de inocência do ser humano, o que impede o juiz de utilizar um novo significado para as expressões «trânsito em julgado», «culpado» e «inocente»? Sabe-se que texto e norma não são sinônimos³⁶⁵, mas o texto é absolutamente desimportante no processo de aplicação do direito? Invocando a famosa formulação de Gadamer, não teria o texto legal nada a dizer a seu intérprete? Não se pode negar que um mesmo texto pode comportar variadas interpretações, mas é possível sustentar «qualquer» interpretação?

As respostas a esses questionamentos podem representar extremos. Há quem julgue, como consubstancia uma frase atribuída a Todorov, “que um texto não passe de um piquenique para onde o autor leva as palavras e os leitores, o sentido”³⁶⁶. Trata-se de tema delicado, tormentoso, que atravessa séculos sob a reflexão dos mais aclamados pensadores e que não poderia ser encerrado numa pesquisa tão modesta quanto esta. Por ora, o que se quer deixar claro é que o fato de os princípios serem atualmente considerados uma espécie de norma jurídica não fez surgirem os problemas relacionados a arbitrariedades interpretativas por parte do judiciário. A leitura inadequada do texto – e aqui, insista-se, todos os objetos, atos etc. são textos para fins hermenêuticos, sujeitando-se a um constante processo de compreensão – é um fantasma que assombra e sempre assombrará o processo interpretativo de qualquer natureza. Isso porque o direito, como já foi dito, é uma linguagem e toda a linguagem possui limites que lhe são inerentes, limites esses que permeiam todo o processo de comunicação.

³⁶⁴ Cfe. item 2.3 desta dissertação.

³⁶⁵ Cfe. item 2.1 deste texto.

³⁶⁶ ECO, Umberto – *I limiti dell'Interpretazione*, 1990. trad. port. Pérola de Carvalho, *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição digital, posição 1022.

Por essa razão, não se pode afirmar que um sistema jurídico pautado exclusivamente em regras seria certamente caracterizado pela consistência e previsibilidade. Aliás, é bastante difícil (impossível, talvez) conceber um procedimento de atuação judicial sem o emprego de princípios³⁶⁷, pois a atividade jurisdicional nunca é um simples trabalho subsuntivo, mesmo quando consiste em aplicar excertos legais considerados simples ou claros. Não é de agora a falência da «doutrina do sentido claro» ou da interpretação negativa; concluir que o sentido de um determinado texto é inequívoco, de modo a tornar supérflua qualquer interpretação, já é uma interpretação em si. Desse modo, a aplicação das normas jurídicas – sejam elas regras, princípios ou qualquer outro padrão jurídico sugerido pela literatura jurídica em voga – pressuporá a atividade interpretativa e, nessa condição, será inevitavelmente perpassada por alguma indeterminação³⁶⁸.

Apesar disso, convém resgatar a visão de Friedrich Müller sobre o processo de concretização do direito³⁶⁹ e, com isso, frisar uma relevante questão a respeito do tema aqui tratado. Não se confundem texto e norma; esta última, segundo o professor alemão, é construída pelo intérprete partindo-se do «texto da norma» até à «norma jurídica» e, dela, chegando-se à «norma de decisão»; o ponto de início, assim, é o texto³⁷⁰. A prescrição linguística positivada, especialmente o que se considera seja seu teor literal, é apenas a ponta do *iceberg* de todo o processo de aplicação do direito³⁷¹, mas é, ainda assim, um dado linguístico de relevância. “A norma jurídica compõe-se do programa da norma e do âmbito da norma. Ela mesma é um texto («texto da norma jurídica»), quase sempre na forma de um *Leitsatz* (princípio ou axioma) do tipo: «em um caso como o presente (...), vale o seguinte etc.»³⁷². A partir desse plano, o intérprete individualiza a norma conclusivamente, chegando à norma de decisão, de maneira que todo esse processo é, ao cabo, pautado pelo texto que lhe serviu de base.

Partindo desses fundamentos, pode-se sustentar que não obstante norma e texto não serem sinônimos, também não são indiferentes entre si; a aplicação do direito tem como ponto de partida

³⁶⁷ “Não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito. Estas podem tomar a forma de dispositivos em tratados ou em textos constitucionais, ou mesmo em leis ordinárias e precedentes judiciais. Valores como a segurança e a certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas. Essas regras também precisam formar parte de um sistema jurídico caracterizado pela consistência entre suas várias regras, e por uma certa coerência geral dos princípios contidos no sistema como um todo. Portanto, as regras sozinhas não são suficientes em si mesmas”. (MACCORMICK, *op. cit.*, p. 17).

³⁶⁸ ESSER, *Grundsatz und norm* ..., p. 323

³⁶⁹ Tema abordado no tópico 2.1 desta dissertação.

³⁷⁰ MÜLLER, *Juristische Methodik*..., pp. 168-169.

³⁷¹ MÜLLER, *Enzyklopädie*..., p. 54.

³⁷² MÜLLER, Friedrich – Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. trad. port. Peter Naumann. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. ISSN 1138-4824. n° 7 (2003), p. 321.

(ao menos um dos pontos de partida) o texto, de maneira que este é um componente que repercute naquilo que lhe sobrevém nessa atividade. Para Müller, a norma é sempre o sentido atribuído ao texto (jurídico)³⁷³, mas admitir alguma racionalidade à interpretação do direito – como propõe a doutrina do pensador alemão – pressupõe a firme negativa à possibilidade de se atribuir «qualquer» sentido a um determinado texto. É possível concluir, então, que quão menos específico seja o texto do qual parte o processo de concretização do direito, mais amplo será o campo de atribuição de sentido no qual o intérprete atuará para buscar a norma jurídica e, dela, a norma de decisão. O texto normativo, portanto, não contém as normas jurídicas, mas funciona como abalizador de sua estruturação³⁷⁴.

Tanto regras quanto princípios são textos para fins hermenêuticos, independentemente do critério distintivo que se adote; contudo, as regras são comumente associadas ao texto normativo ou àquilo que se extrai de sua leitura³⁷⁵. À luz do «critério forte» de distinção entre regras e princípios, pelo qual esses padrões ostentam diferenças de caráter lógico (Dworkin e Alexy), os princípios não estabelecem claramente os critérios que tornam imperiosa a sua aplicação nem as consequências jurídicas de sua incidência; mas ainda que se adotem outras maneiras de distinguir essas espécies normativas, não se pode negar que os princípios ganharam força no pensamento jurídico sob o argumento de que a aplicação do direito não se resume às regras, àquilo que está «positivado», e que a subsunção não é suficiente para que se alcance o sentido do direito. Daí se conclui que, naturalmente, segundo a leitura feita por Müller, o campo de atribuição de sentido é consideravelmente mais amplo quando se trata da aplicação de princípios, dada a fluidez da base textual que abaliza o processo de concretização. Afinal, os princípios “não têm uma formulação linguística precisa e não definem os pressupostos e as consequências de sua aplicação”³⁷⁶.

Sendo assim, a associação entre ponderação de princípios e arbitrariedade não surpreende, pois a atuação jurisdicional nesse campo se dá em meio a lacunas de racionalidade sobre questões basilares (definição e reconhecimento dos princípios, técnicas de aplicação, entre outras) e, como se disse, a sua interpretação não costuma partir de construções vocabulares firmes e consolidadas em textos legislativos, os quais são normalmente vinculados à ideia de segurança. Contudo, não se pode afirmar que os excessos na atividade interpretativa dos juízes se resumem

³⁷³ STRECK, *Dicionário...*, posição 4935.

³⁷⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁷⁵ *Ibidem*, posição 602.

³⁷⁶ CORTÉS, *op. cit.*, p. 223.

ao campo da ponderação dos princípios; a interpretação que parte de textos legais comumente associados às regras também pode ser alvo da postura desvirtuada do intérprete, como exposto acima. Aliás, segundo Alexy, as máximas da proporcionalidade, da adequação e da necessidade, tão evocadas nas decisões que se valem da ponderação de princípios, são consideradas regras³⁷⁷ e, ainda assim, estão presentes na fundamentação de decisões apontadas como desrespeitosas ao direito³⁷⁸. A discussão que envolve os limites da interpretação pelos juízes, portanto, não tem como ponto nevrálgico a distinção entre os padrões normativos que deveriam pautar a resolução dos casos postos ao julgador, pois, independentemente de qual espécie de norma jurídica se trate, a aplicação do direito, na condição de atividade interpretativa, pressuporá a atribuição de sentido pelo intérprete.

3.3. Discurso e argumentação; consenso e verdade. Limites da interpretação no campo do direito.

A sociedade atual experimenta níveis elevados de organização institucional que refletem aquilo que se entende por «ordem jurídica», atrelada aos ideais de segurança e de previsibilidade; “a vida em uma determinada sociedade segue seu curso de uma maneira ordenada e com uma razoável segurança de expectativas comuns entre as pessoas, sobre as bases de uma observância razoável das normas de conduta aplicáveis pela maior parte das pessoas”³⁷⁹. As regras de conduta, associadas a essas noções de previsibilidade e segurança jurídica, são convencionalmente aceitas pela sociedade, cujos indivíduos agem pautados pelo sentimento geral de validade e correção do sistema jurídico estabelecido pelo Estado. A rigor, o próprio Estado e os regramentos por ele estabelecidos têm um caráter convencional, pois nenhum valor efetivo teriam se os integrantes da sociedade não os admitissem como um ente legitimado a coordenar o funcionamento das engrenagens gregárias igualmente aceitas e utilizadas.

Essa conclusão não representa, ressalte-se, uma incursão nas conhecidas teorias contratualistas de Hobbes, Locke ou Rousseau, ou mesmo da crítica idealista de Hegel. Não se

³⁷⁷ “A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regra.” (ALEXY, *Theorie...*, p. 117).

³⁷⁸ MORAIS, *op. cit., passim*.

³⁷⁹ MACCORMICK, *op. cit.*, p. 3.

chega a esse nível de discussão, na verdade. O que se grifa nesta oportunidade é que o Estado e as regras de conduta por ele impostas são elementos que afluem da intersubjetividade histórica, da tradição; esses elementos são compreendidos pelos indivíduos num processo que se dá entre presente e passado, que se conserva como tradição e se projeta no futuro. A noção que temos hoje sobre a vigência do Estado e das regras por ele impostas é fruto desse processo intersubjetivo e histórico, e tudo aquilo que deriva do Estado é também um produto desse processo. O dinheiro, por exemplo, tem por essência ser uma abstração convencional que se materializa em bens e serviços justamente por ser aceito como instrumento de valor pela sociedade. Os indivíduos, de maneira generalizada, admitem e utilizam essa ferramenta na atividade econômica, ainda que a moeda pouco ou nada valha em seus atributos materiais; alguém que acumulou muito dinheiro é entendido como uma pessoa de muitas posses, apesar de as cédulas monetárias (ou as cifras eletrônicas atuais) não serem, «em si», capazes de saciar a fome, a sede ou qualquer outra necessidade humana. Assim como o dinheiro, são as leis, as decisões judiciais, os poderes constituídos, a autoridade dos agentes de segurança pública.

A intersubjetividade e a historicidade, portanto, são elementos essenciais da experiência humana organizada em sociedade. A ordenação e a relação entre os indivíduos são pautadas pela utilização de códigos linguísticos comuns e por noções transmitidas e assimiladas como e pela tradição, o que possibilita a efetiva comunicação entre os sujeitos. Por exemplo, alguém que, em um restaurante, solicita ao garçom uma taça de vinho o faz na expectativa de que receberá em sua mesa uma porção de bebida alcoólica fermentada oriunda do sumo de uvas, pois espera que o destinatário do pedido atribua esse mesmo significado ao significante «vinho». Esse compartilhamento de sentidos é pressuposto da comunicação bem-sucedida; se o emissor do pedido utiliza um código distinto daquele usado pelo destinatário eles não se farão entender mutuamente. Mas esse compartilhamento não se dá de maneira consciente, simples; o léxico de uma determinada língua, a sintaxe que o organiza e articula e, especialmente, o efetivo uso pelos interlocutores são um reflexo inegável da autoridade e da tradição numa «fusão de horizontes», na consagrada expressão cunhada por Gadamer.

Quando o emprego da linguagem por um determinado sujeito parece destoar da utilização comunitária dessa mesma linguagem, há um estranhamento entre os interlocutores. Retomando o exemplo do cliente no restaurante, se, após pedir uma taça de vinho, ele recebe uma dose de *whisky*, é provável que interpele o garçom no intuito de corrigir esse «mal-entendido», pois o que recebeu não corresponde ao significado atribuído ao significante «vinho». A atribuição desse

significado não se deu pelo cliente ou por alguém determinado, mas pelo uso da comunidade falante no decorrer do tempo, concretizado pela tradição. A resolução dos conflitos ocorridos no interior desse uso comunitário pressupõe a autoridade, pela qual se reconhece a primazia do siso do outro sobre o nosso próprio em determinada matéria. Ainda naquela situação hipotética, imagine-se que após o cliente solicitar ao garçon um leve prato de peixe e uma taça de vinho tinto que harmonize com esse pedido, receba o prato acompanhado de uma porção de vinho de *Syrah*. Suponha-se que o cliente retruque, alegando que se trata de bebida muito intensa, encorpada, que não teria boa combinação com o prato solicitado, e que garçon alegue que, para «ele», a bebida é perfeita para o prato. Chama-se o *sommelier* da casa, que ratifica a inadequação daquela espécie de vinho para a refeição e sugere, entre os tintos, os derivados de *Gamay*, *Grenache*, *Pinotage* ou *Pinot Noir*. Nessa situação, o estranhamento entre os interlocutores foi resolvido por alguém «reconhecido» como uma figura de autoridade no tema.

Obviamente, os «mal-entendidos» no uso da linguagem não se limitam a situações elementares como aquelas acima retratadas. A pluralidade dos sentidos, a liberdade do intérprete e a natureza da semiose compõem uma discussão rica que toma ares de indissolubilidade. Afinal, seria possível estabelecer limites à interpretação? Trata-se de questionamento que acende curiosidade e enseja inconformidade, não obstante ter sido abordado por consagrados pensadores ao longo da história. A indagação ganha traços em negrito quando se refere à conduta de juízes e tribunais, pois não obstante o caráter convencional do Estado e suas instituições (poderes, órgãos, autoridades), consoante exposto, os efeitos das decisões judiciais se sentem em carne e osso. Ao mirarmos para os limites da interpretação jurisdicional – se existem e quais seriam eles – atingem-se situações como a do sujeito que é privado de sua liberdade, a da criança órfã que encontra um lar adotivo, a da responsabilização do Estado pelo tratamento médico de alto custo conferido ao enfermo. Nas decisões judiciais, “sons, palavras são navalhas”, como disse um saudoso compositor brasileiro³⁸⁰.

Não é incomum que as críticas às interpretações realizadas por magistrados em sentenças, decisões e despachos se baseiem na alegação de violação ao sentido literal do texto legal. As questões que se levantam, diante disso, são se esse tal «sentido literal» existe, quem o define e como pode ser consultado, especialmente em face da liberdade conferida ao intérprete nas últimas décadas, conforme já tratado nas parcelas precedentes desta dissertação. Há quem defenda que

³⁸⁰ Em “Apenas um rapaz latino-americano”, diz Belchior: “Não me peça que eu lhe faça uma canção como se deve / Correta, branca, suave, muito limpa, muito leve / Sons, palavras, são navalhas / E eu não posso cantar como convém / Sem querer ferir ninguém”.

“todo discurso sobre a liberdade da interpretação deve começar por uma defesa do sentido literal”³⁸¹; seria possível, segundo esse entendimento, extrair um sentido literal das formas lexicais dentro de uma certa língua, que é aquele indicado nos dicionários em primeiro lugar ou aquele que todo o falante comum citaria, de pronto, quando questionado sobre o significado de um determinado vocábulo. Toda a liberdade por parte do intérprete seria admitida «após» essa limitação preliminar de sentido, nunca «antes»³⁸². Assim, ainda que não se possa afirmar que o texto admita apenas «um determinado sentido», tampouco se pode dizer que ele tenha «nenhum sentido» ou que «qualquer sentido» seria dele extraível, diante das restrições impostas pela literalidade de seus componentes léxicos, ou seja, o seu sentido gramatical.

Mas ainda que se considere correto esse posicionamento, seria ingenuidade acreditar que a literalidade de um determinado texto seria limitação suficiente sobre a atividade interpretativa exercida no âmbito judiciário. Sabe-se que os textos legais são normalmente compilações volumosas de comandos proibitivos, impositivos e permissivos e que a aplicação das normas a eles relacionadas se faz de maneira sistêmica, ordenada, de forma que um determinado preceito legal, em seu sentido literal, pode apontar numa certa direção que destoe, ainda que sutilmente, daquela sugerida por outro excerto legislativo. Para além disso, é possível que o sentido literal de um dispositivo legal específico vá de encontro à orientação extraída de um princípio determinado. Nesse aspeto, não são raras as situações em que os órgãos jurisdicionais afastam a solução indicada pela lei, em sua literalidade, e apresentam soluções que se alicerçam na argumentação sobre princípios. Como se costuma dizer no jargão judiciário, o direito não se encerra na lei, havendo muito a considerar para além dos aspetos gramaticais dos preceitos legislativos; “a literalidade do texto não pode ser o elemento determinante da sua clareza, que depende inequivocamente das circunstâncias em que é empregue esse texto”³⁸³.

Um outro caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil pode ilustrar bem esse panorama. A Constituição do Brasil prescreve que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” e que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, §§ 3º e 5º, respetivamente). O Código Civil brasileiro, a seu turno, estabelece que “é reconhecida como

³⁸¹ ECO, *op. cit.*, posição 569.

³⁸² *Ibidem*, posição 284.

³⁸³ AGUIAR E SILVA, *op. cit.*, p. 90.

entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (artigo 1.723). Como se percebe, os dois diplomas normativos reconhecem como entidade familiar, ao menos numa primeira leitura, a união «entre o homem e a mulher», silenciando quanto às uniões homoafetivas. Diante desse quadro, ajuizaram-se ações de controle de constitucionalidade com o objetivo de possibilitar o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, as quais passariam, na hipótese de procedência dos pedidos, a gozar de tratamento semelhante àquele conferido aos casais heterossexuais (ADI 4277 e ADPF 132).

O pedido encontrou resistência, de início, na própria redação do texto constitucional, que opta pela menção ao homem e à mulher como integrantes da entidade familiar protegida pelo Estado. Além disso, salientou-se que os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte aquando da elaboração desse texto tiveram por intenção deliberada contemplar apenas a união estável entre pessoas de gêneros distintos, impossibilitando o abrigo estatal da relação entre pessoas do mesmo sexo, tudo conforme consignado nos documentos oficiais de registo dos debates entre os constituintes³⁸⁴. Entretanto, esses obstáculos não foram suficientes para que o tribunal brasileiro rejeitasse a pretensão inicial. Apesar de a corte ter compreendido que “a norma constitucional é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento”³⁸⁵, entendeu-se que a extensão dessa proteção aos casais homoafetivos seria uma aplicação direta dos princípios da igualdade e da proteção da dignidade humana, ambos fundados também na carta constitucional. A distinção entre sujeitos heterossexuais e pessoas homossexuais para fins de composição familiar, portanto, não teria embasamento no sistema normativo constitucional, que estabelece a igualdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo da Constituição da República) e que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º).

³⁸⁴ Disse o Constituinte Gastone Righi: “Finalmente, a emenda do constituinte Roberto Augusto. É o art. 225, § 3º. Este parágrafo prevê: ‘para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. [...] Com a ausência do artigo, poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. [...] O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido [...] para evitar toda e qualquer malévola interpretação deste austero texto constitucional.” A íntegra do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, contendo, inclusive, a transcrição do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, está disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acessado em 23 dez. 2020.

³⁸⁵ Trecho do voto lavrado pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Percebe-se que, segundo a ideia concebida pelos julgadores do tribunal constitucional brasileiro, a literalidade do texto constitucional não contemplaria a união familiar entre pessoas do mesmo gênero, mas isso não os impediria de “fazer a ponte entre o mundo do direito e a sociedade”³⁸⁶ e corrigir o descompasso entre a literalidade da Constituição e as profundas e estruturais mudanças sociais. Os dispositivos abordados no caso tiveram seus sentidos gramaticais extraídos pelos ministros de maneira unânime e sem percalços; não se alegou existir área cinzenta, zona de textura aberta, moldura normativa ou qualquer outra expressão que sugira uma maior fluidez interpretativa por parte do julgador na extração do sentido literal. A fundamentação adotada, contudo, não se prendeu a esse sentido; antes buscou em outros elementos do próprio diploma constitucional a argumentação necessária à ultrapassagem das balizas fornecidas pela referida noção gramatical.

A receção à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil foi variada, como se poderia esperar diante de um país tão populoso e plural, mas é possível afirmar que uma considerável parte da literatura jurídica, no âmbito do direito civil e do direito constitucional, corroborou a posição assumida pela corte constitucional brasileira³⁸⁷. Aliás, em 2018, o acórdão foi certificado como patrimônio documental da humanidade pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) como um marco na história que muda o consentimento da sociedade³⁸⁸. Por outro lado, a decisão foi reprovada por pouco mais da metade da população brasileira (55%), segundo pesquisa realizada logo após a sua prolação pelo Supremo Tribunal Federal³⁸⁹, e parcela da comunidade jurídica criticou o «papel iluminista» desempenhado pelo tribunal constitucional brasileiro, que não teria por atribuição «empurrar» a sociedade civil para determinada direção ética considerada indispensável à evolução de consciência, de maneira que, ao exercer esse papel, incorreria em arbitrariedade e autoritarismo³⁹⁰.

Desse ponto, não é difícil contemplar as razões pelas quais o tema dos limites da interpretação no exercício da jurisdição é tão delicado e complexo, indo muito além das questões

³⁸⁶ Excerto do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa.

³⁸⁷ Podem ser citados Ingo Sarlet, Daniel Sarmento e Luís Roberto Barroso, todos mencionados no próprio acórdão proferido pelo STF.

³⁸⁸ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398482>> Acessado em 26 dez. de 2020.

³⁸⁹ Disponível em <<https://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/antigos/casamentogay.pdf>>. Acessado em 23 dez. 2020.

³⁹⁰ Por todos, LIMA, Rogério Montai; STRECK, Lenio Luiz – Relações homoafetivas: a conversão da união estável em casamento. **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento#_ftn3_2054>. Acessado em 27 dez. 2020; TORRANO, Bruno – Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>>. Acessado em 26 dez. 2020.

relativas ao sentido literal das expressões textuais legislativas. Partindo-se do pressuposto de que o Supremo Tribunal Federal do Brasil tinha duas possibilidades de interpretação e aplicação do direito diante daquele caso (a procedência do pedido, conferindo aos casais homoafetivos tratamento semelhante àquele destinado pela lei aos casais heterossexuais; a improcedência do pedido, fundada na literalidade do texto constitucional e nas razões expostas pela Assembleia Nacional Constituinte aquando de sua elaboração), percebe-se que nenhuma das posições gozaria de consenso, seja na população, seja na literatura jurídica. O consenso (ou a sua busca), portanto, também não parece ser «suficiente» para guiar a aplicação do direito e aferir eventuais excessos do intérprete. Além de ser algo virtualmente inalcançável, pois a divergência é um dado presente no emprego da linguagem (do direito, inclusive), haveria sempre o problema relativo à maneira de sua aferição. Aliás, é ainda mais problemática a relação entre o consenso e a atividade jurisdicional se admitido o papel contramajoritário dos direitos fundamentais e do próprio poder judiciário³⁹¹, ao qual incumbiria assegurar às minorias os meios que lhes permitam efetivamente exercer os direitos conferidos a todos, ainda que isso represente descontentamento dos grupos majoritários e mesmo a invalidação de leis e outros instrumentos normativos editados pelos representantes eleitos.

Não se quer com isso dizer que a busca do consenso é algo irrelevante no processo de aplicação do direito, ressalte-se. Conforme já relatado nas etapas precedentes desta dissertação (em especial, o tópico 2.1), trata-se de parcela importante da antecipação hermenêutica (pré-compreensão) efetivada pelo intérprete e que vem a orientar a construção da norma jurídica adequada ao caso, na esteira daquilo proposto por Esser como «controle de precisão» – o confronto do intérprete com a compreensão jurídica de grupos sociais inteiros³⁹². Aliás, ir de encontro ao consenso é algo que, por si, constrange o intérprete, circunstância que já imporia o reconhecimento da importância desse elemento na operação interpretativa. Mas isso não é o suficiente, como dito. O geocentrismo, estruturado por Aristóteles e Ptolomeu, era consenso nas comunidades «científica», filosófica e religiosa até à proposta inovadora de Copérnico, posteriormente ratificada por Galileu, e nem por isso era expressão da «verdade» ou de uma interpretação acertada do sistema cosmológico. Na vida – e na jurisdição, principalmente –, a correção é por vezes encontrada na posição que desafia as opiniões generalizadas.

³⁹¹ BARROSO, Luís Roberto – Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Consultor Jurídico**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acessado em 26 dez. 2020.

³⁹² ESSER, *Vorverständnis...*, p. 136.

A complicar ainda mais esse contexto, independentemente de sua posição quanto ao consenso e sobre o sentido literal dos preceitos legais, sabe-se que a atividade jurisdicional nem sempre «diz o direito», não obstante as raízes etimológicas do termo «jurisdição». Admitindo-se que o direito é pré-existente à sua aplicação – que, aliás, deve ser por ele pautada –, é possível que o intérprete aja arbitrariamente e imponha à sociedade simplesmente aquilo que «ele» entenda ser o devido, independentemente do teor da legislação, dos precedentes judiciais, da literatura jurídica ou mesmo do sentimento coletivo de justiça sobre determinados temas. Num outro recente caso ocorrido no Brasil, por exemplo, um magistrado afirmou, durante audiência relativa a caso de violência doméstica, que não se importava com a lei de regência da matéria (Lei Maria da Penha) nem com os instrumentos de proteção à mulher trazidos pelo referido diploma legislativo (medidas protetivas de urgência), apesar de terem sido alegadamente violados pelo agressor e de essa violação configurar crime pela lei brasileira³⁹³. Numa outra situação, um dos ministros do Superior Tribunal de Justiça do Brasil asseverou em uma decisão não se importar com o que pensam os doutrinadores, aos quais caberia se adequar às posições daquele tribunal, nunca o contrário. Nas palavras do ministro, falando em nome dos demais membros da corte, “é fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém”³⁹⁴. Num último caso, um homem permaneceu preso durante dezasseis dias, por ordem judicial, unicamente em razão de ter tentado furtar um pedaço de comida avaliado em poucos centimos para saciar a própria fome, não obstante o furto famélico ser reconhecido há décadas como conduta atípica pelos tribunais brasileiros³⁹⁵.

É difícil conceber uma ideia de direito que albergue esse tipo de postura por juízes e tribunais. Se a ordem jurídica é pautada pelos ideais de previsibilidade e segurança, conforme mencionado no início deste subcapítulo, ela não se compatibiliza com a atuação de magistrados que desconsideram os instrumentos legislativos, desprezam a literatura jurídica (e a autoridade que ela traduz) e são indiferentes aos princípios que justificam o sistema jurídico em sua totalidade. Aos juízes não é atribuído o lugar que ocupam para que decidam conforme seu próprio senso de correção, independentemente do que diga o direito. Aliás, como bem disse Descartes,

³⁹³ Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/nao-to-nem-ai-para-a-lei-maria-da-penha-diz-juiz-em-audiencia-veja-videos/>>. Acessado em 27 dez. 2020.

³⁹⁴ Trechos do voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros quando do julgamento do AgReg em ERESP 279.889-AL. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=525558&tipo=69&nreg=200101540593&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20030407&formato=PDF&salvar=false>>. Acessado em 27 dez. 2020.

³⁹⁵ Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0211200106.htm>>. Acessado em 27 dez. 2020.

“o bom-senso é a coisa mais bem distribuída do mundo: pois cada um pensa estar tão bem provido dele que mesmo aqueles mais difíceis de se satisfazerem com qualquer outra coisa não costumam desejar mais bom senso do que têm”³⁹⁶. Por isso, admitir que a conduta judicial seja informada pelo «bom senso» do magistrado é permitir que o direito seja substituído por uma linguagem privada, na qual os significados são atribuídos aos significantes conforme bem entenda o julgador, independentemente do que entenda a comunidade à qual se destina a decisão. Se assim é, não é dado àqueles incumbidos da função jurisdicional que decidam simplesmente conforme seu senso de justiça, sua consciência, sua íntima convicção ou expressão que o valha; é necessário que o exercício dessa nobre função se dê segundo a responsabilidade política que a acompanha e que os membros da magistratura se sujeitem aos constrangimentos inerentes ao uso de qualquer linguagem.

O mundo pressupõe a linguagem, pois é por ela que o «ser no mundo» concebe as coisas e se relaciona com o outro. O seu uso é, portanto, condicionado pela tradição entremeadada nos diversos elementos que compõem a historicidade humana. No âmbito do direito, a tradição interpela o intérprete pela doutrina, pela lei (inclusive por seu sentido literal), pelos costumes (sociais e judiciários); tudo isso faz com que o sentido do direito seja compartilhado intersubjetivamente e ultrapasse as barreiras da história ao mesmo tempo em que se recicla constantemente. A interpretação/aplicação do direito é, assim, limitada por esses elementos, que inibem o intérprete e o enquadram como sujeito que compartilha sentidos, funcionando como constrangimentos linguístico-epistemológicos³⁹⁷. A partir disso, ressalte-se, não se pode esperar que haja perímetros que projetem a tarefa interpretativa em definitivo, independentemente do grau de cientificidade e objetividade que se pretenda conferir a este ou àquele suposto «método interpretativo».

Ainda que se assuma a «existência» de um sentido literal ou gramatical, deve-se admitir que “texto algum pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado fixo, original e definitivo. A linguagem sempre diz algo mais do que seu inacessível sentido literal, o qual já se perdeu a partir do início da emissão textual”³⁹⁸. Mas também não se pode propor a «ausência de qualquer limite» à interpretação, pois, como dito, o compartilhamento de sentidos pela tradição se nos impõe a todos. Não se pode crer, por exemplo, que um excerto de lei que disponha sobre

³⁹⁶ DESCARTES, *op. cit.*, p. 5.

³⁹⁷ STRECK, *op. cit.*, posição 3985.

³⁹⁸ ECO, *op. cit.*, posição 207.

prazos processuais ou sobre os requisitos de uma procuração tenha seu sentido associado a regras de navegação em alto-mar. É dizer, há significados intersubjetivamente compartilhados e que se estabelecem a todos pela tradição. São eles que nos permitem distinguir um cachorro de um rinoceronte e que nos fazem entender e utilizar com sucesso expressões como acima, abaixo, esquerda, direita, centro, dentro, fora, grande, pequeno etc. Há limites, portanto, sobre a atividade interpretativa, e esses limites se mostram pela tradição e se impõem sobre o intérprete.

Disso decorre a necessidade de a interpretação/aplicação do direito ser fundamentada. Se é possível extrair mais de uma boa interpretação a partir de determinado texto, impõe-se que se exponham as razões pelas quais se adota uma e não outra; é dessas razões que se perfaz a legitimidade da atividade jurisdicional, tradicionalmente exercida por integrantes não-eleitos pelo povo. “A finalidade da fundamentação é a demonstração pública do acerto da decisão. É, mais precisamente, garantir a legitimidade da decisão através da demonstração de sua racionalidade e do seu acerto, isto é, da sua congruência com a lei e o direito”³⁹⁹. Numa época em que os juízes desempenham suas funções cada vez mais pautados em princípios, afastando-se da mera atribuição de «boca da lei», a legitimidade da atuação jurisdicional se constrói pela efetiva justificação das decisões. É naturalmente humano o inconformismo com o arbítrio, de maneira que não se pode esperar ou exigir de quem quer que seja que se sujeite ao mando de outrem sem que se apresentem razões bastantes. E quanto maior o constrangimento envolvido na interpretação/aplicação do direito, mais robusta é a fundamentação exigida. Se, por exemplo, a decisão vai de encontro à doutrina jurídica predominante (ou mesmo unânime), exige-se fundamentação segundo a lei, os fatos, os precedentes, os princípios, que se ponha à altura da autoridade não ouvida⁴⁰⁰. É nessa fundamentação que deve se escorar o intérprete.

Mesmo as decisões judiciais tidas como justas demandam legitimação institucional, pois o direito é uma ferramenta voltada justamente contra o arbítrio subjetivo. É dado que a interpretação não obedece a métodos que confirmem absoluta precisão ao seu resultado, mas isso não permite concluir que não há nenhum controle de racionalidade sobre a atuação jurisdicional, que tem a

³⁹⁹ CORTÊS, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁰⁰ “A ponderação das soluções doutrinárias e jurisprudenciais, por sua vez, será tanto mais premente, quanto mais autorizadas elas forem. A autoridade é especialmente forte quando se trate de opinião dominante na doutrina e na jurisprudência, devendo a determinação do carácter dominante da opinião ter em conta não tanto o número de opiniões e decisões, mas principalmente ‘o estatuto e a consideração do tribunal ou do autor’. Além disso, mesmo a opinião dominante – ou até unânime – na doutrina e nos tribunais pode não ser a mais acertada, caso em que o tribunal poderá decidir, mediante fundamentação, segundo a solução contrária. Seja como for, o tribunal deverá ponderar as razões doutrinárias e jurisprudenciais mais autorizadas que sejam devidamente invocadas pelas partes e possam ser objetivamente determinadas”. (*Ibidem*, p. 357)

fundamentação como fonte de legitimidade. Uma decisão, ainda que reputada correta, somente gozará de respaldo democrático se vier ancorada em razões jurídicas lançadas ao escrutínio comunitário. Sentenças proferidas com base na «íntima convicção» do magistrado, em suas experiências privadas, convicções religiosas ou mesmo em pura álea (o lançar de dados, por exemplo) não representam expressão do direito nem emanam do espírito democrático que deve permear as instituições. Como já tivemos a oportunidade de sustentar, aplicar o direito não se resume a uma análise sobre certo e errado, mas de «justificação»; a noção do que é justo e correto não é dada graciosamente e deve sempre ser passível de crítica. Os caminhos de que dispõe o juiz para integrar a concretização do direito à dinâmica social devem necessariamente margear a dogmática jurídica em sua tradição.

Esse quadro nos remete a uma das passagens mais interessantes da Odisseia, espetacular obra de Homero. Pensamos que a interpretação, especialmente no campo do direito, guarda alguma semelhança com a aventura de Odisseu na Ilha de Capri. O intérprete possui o seu próprio senso de justiça, de correção, de prudência – que, por vezes, vai ao encontro do clamor popular, ao revés do caráter contramajoritário da função judiciária –, e é absolutamente tentador adotá-lo como «interpretação correta» ainda que isso venha a envergar a mensagem que o próprio texto interpretado traz em si. Não raro, utilizam-se os denominados «métodos interpretativos» ou a «ponderação de princípios» apenas como martelo de forja para, a golpes violentos (ou subreptícios, a depender da estratégia...), «moldar» o sentido do texto até que ele alcance a visão desde o início adotada pelo intérprete, que se utiliza dessa operação para conferir têmpera ao resultado e lhe atribuir honorabilidade. Esse é o canto da sereia que se deve evitar. Conhecê-lo é essencial, assim como compreendeu Odisseu, até mesmo porque conhecer bem as próprias quimeras é uma maneira de evitar que elas nos escravizem e se imponham aos demais. No entanto, é imprescindível se sujeitar aos constrangimentos (as amarras) que o uso comunitário da linguagem do direito nos impõe⁴⁰¹ e expor, diante disso, fundamentação consentânea com esses constrangimentos, conferindo legitimidade à decisão judicial.

⁴⁰¹ “A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. [...] Quando se ouve alguém ou quando se empreender uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com o conjunto de opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas”. (GADAMER, *op. cit.*, pp. 403-404)

CONCLUSÕES

1. A linguagem é um elemento indispensável às relações intersubjetivas e à compreensão do mundo; tudo se acede e se processa por ela, que permite experimentar e vivenciar aquilo que nos rodeia e é por nós integrado à luz da tradição. Com efeito, a razão humana é articulada em signos que relacionam significantes e significados compartilhados comunitariamente, numa relação intertemporal e ultraindividual. No decorrer da história, nomeadamente com a viragem linguística, reconheceu-se que a linguagem tem um carácter essencialmente intersubjetivo e que vai muito além da estrutura lógica dedicada a fatos possíveis ou reais, únicos passíveis de significação segundo o pensamento que vigorava até ali. Soterrou-se a visão pela qual a linguagem era a representação lógica do mundo e, na via contrária, prestigiou-se o contexto, o uso; a filosofia da linguagem ideal (Frege, Russel, primeira fase do pensamento de Wittgenstein) deu lugar à linguagem ordinária (Austin, segunda fase do pensamento de Wittgenstein) que, ao se realizar no cotidiano, prioriza a função performativa da comunicação (Habermas).

2. Por outro lado, se a vida é assimilada e mesmo vivida por meio da linguagem, isso se dá porque a única forma de experimentar o mundo é a interpretação, ato essencial do pensamento que explicita a compreensão. Cada palavra dita ou ouvida, todo o texto escrito ou lido, o menor momento vivenciado ou lembrado: tudo se dá pela linguagem e se faz pela compreensão segundo uma «situação hermenêutica», ou seja, aquela em se que posta o intérprete face à tradição que pretende compreender. Mediante um proficuo processo de amadurecimento, a hermenêutica deixou para trás as pretensões de funcionar como uma teoria metodológica universal (Schleiermacher) e de estabelecer regras para a interpretação de documentos escritos, no âmbito das ciências humanas, através das lentes de um sujeito posto diante de seu objeto historicamente conformado (Dilthey), ao passo em que assumiu um carácter ontológico que se desvincula do método para se entrelaçar à existência do intérprete. Com Heidegger, especialmente em sua fase mais madura, a hermenêutica valoriza a essência da linguagem como ambiente de revelação do ser, sendo por ela que se retira o véu que encobre o verdadeiro sentido das coisas. É dessa fonte que aflui a inspiração sorvida por Gadamer e consolidada em sua hermenêutica filosófica, que resgata os preconceitos como elementos inerentes à condição humana não simplesmente como reprodução de erros, mas também – e principalmente – de acertos; história, cultura, autoridade e tradição são componentes da estrutura de compreensão do intérprete, que, mesmo antes de compreender, carrega consigo um sentido que se antecipa: a pré-compreensão.

3. O percurso evolutivo trilhado pelo entendimento da linguagem e da hermenêutica se fez sentir no direito. A exegese, por exemplo, simbolizada pelo Código de Napoleão, propõe que a única fonte do direito é a lei e tudo o que dela se extrai é direito, independentemente de seu conteúdo ou carga moral. Aspira-se a um racionalismo que se exprime nos códigos, construções lógicas perfeitas que tornam desnecessária a interpretação, dado seu conteúdo inequívoco (*in claris cessat interpretatio*). A partir daí, o pensamento jurídico se desenvolve e assume novos contornos, passando por várias correntes que servem de ponte à ideia de insuficiência da lei e da lógica formal e, ainda, de falência dos cânones interpretativos consubstanciados nos elementos gramatical, histórico, sistemático e teleológico (ou racional). Paulatinamente, altera-se a equação que envolve a dicotomia «texto» e «espírito», desenhada inicialmente pelos romanos, prestigiando-se cada vez mais o segundo aspeto. O intérprete é inserido e valorizado no contexto de aplicação do direito; o texto jurídico passa a ser aceito não como algo dotado de sentido determinado, rígido, concreto, a ser simplesmente achado pelo leitor, mas como estrutura a partir da qual se «constrói» a norma jurídica numa operação que cada vez mais se ampara não em textos legislativos, mas em princípios que conformam o sistema jurídico e que se veem refletidos no próprio ser.

4. Daí se infere que a discussão sobre os limites da aplicação do direito é, no fundo, uma discussão sobre uma linguagem e a interpretação que se opera sobre seus alicerces. Se a linguagem é um espelho do espírito, na conhecida e já citada formulação de Chomsky, o direito reflete o sentimento comunitário de retidão e justiça que ecoa no ser. Desde Platão e suas aporias da diferença e da origem da linguagem, temos refletido sobre a intrigante relação entre linguagem e realidade e também a respeito das raízes pelas quais ela se forma e alimenta, e apesar de haver um importante componente convencional em sua formação, a linguagem – e o direito, nessa condição – não se configura por arbitrariedade; palavra e coisa são sempre irradiações do próprio ser, circunstância que remete às «afeções da alma» aristotélicas e que, ao cabo – após sinuoso e rico desenvolvimento –, desagua na noção de círculo hermenêutico também iniciada por Aristóteles, mas consolidada por Schleiermacher e reformulada por Heidegger, com base em Dilthey. Se a linguagem é um labirinto de caminhos, conforme propõe um amadurecido Wittgenstein, o direito se faz por vias dedálicas que necessariamente passam pelo próprio ser que o interpreta/aplica.

5. Nesse prumo, é necessário grifar que as questões relativas à interpretação/aplicação do direito não se identificam simplesmente com a análise do que está consolidado nos textos legais. Assim como o uso da língua não se resume aos dicionários e gramáticas, o direito é muito mais

do que uma compilação de excertos legislativos, pois, sendo linguagem, perfaz-se organismo vivo em cujas veias corre a tradição. Entendido como um reflexo dos valores de justiça que regem a sociedade, o direito tem o próprio tecido social como fonte e se mostra por certos veículos, tradicionalmente chamados de «fontes formais». A lei, a jurisprudência e os costumes, em verdade, são meios pelos quais o direito se mostra e se permite conhecer, e não o seu manancial. Contudo, esses meios de expressão são também integrantes do organismo vivo que dá à luz o direito e, portanto, interferem em sua conformação. Diz-se que o «direito posto» deve reverência ao «direito pressuposto», de onde brota, mas acaba por também interferir em sua essência. Essa complexa relação se agrava ao incluir as feições criativas que assume a interpretação, já acima tratadas; ao «construir» a norma jurídica com base no texto – que, para fins hermenêuticos, engloba todos os objetos, atos etc., pois tudo se compreende pela e na linguagem –, o intérprete, ainda que permita ao texto que «lhe diga algo», na expressão formulada por Gadamer, projeta seu próprio ser no sentido construído.

6. Essa operação se faz por conduto da pré-compreensão, que informa a atribuição de sentido desde seu nascedouro e não é passível de controle racional. Há uma antecipação hermenêutica dos sentidos possíveis do texto e, quanto a isso, nada há a fazer para controlar os movimentos do intérprete. E a compreensão que se segue a essa primeira etapa não é um ato puramente racional, que obedece a este ou àquele roteiro metodológico, pois o sujeito que conhece é, antes, objeto do mesmo mundo conhecido. O método chega sempre «após» a compreensão, nunca antes. Em seu caráter dual, o discurso viabiliza a constituição de sentido em sua dimensão hermenêutica (ou compreensiva), que não se deixa enclausurar, enquanto a interpretação – racionalização do que se compreendeu – se dá no plano enunciativo (argumentativo ou apofântico), o qual está assentado no sentido já constituído. Assim, a interpretação é embarcação que se permite navegar segundo a habilidade do timoneiro, ao passo que a compreensão é o mar onde aquela flutua, não sujeito a controle de qualquer natureza, mas cujo conhecimento é indispensável ao bom navegador.

7. É por isso que a distinção entre os padrões jurídicos (regras e princípios, nomeadamente) somente se justifica no plano enunciativo-apofântico, pois essa distinção é sempre feita a partir do plano hermenêutico que a antecedeu. O sentido não é constituído desta ou daquela maneira em virtude de se estar diante de regras ou princípios; antes, alega-se estar diante de regras ou princípios «em razão do sentido já constituído» na dimensão compreensiva. Daí não se pode concluir, contudo, que a atividade do intérprete seja livre de qualquer constrangimento. Tudo

aquilo que se passa na mente dos juizes antes da interpretação é incontrolável, isso é certo; ainda assim, o que se comunica é passível de controle social e jurídico. Se o direito é uma linguagem e a sua aplicação é, em essência, um ato interpretativo (a formulação racional do que se compreendeu), sujeita-se aos constrangimentos que decorrem do compartilhamento de sentidos pela tradição.

8. Numa palavra, e em arremate, não é possível controlar plenamente a atividade do intérprete, seja quanto ao direito, seja em relação a qualquer outra linguagem. A constituição de sentido nasce e é pautada na pré-compreensão que, por sua vez, é reflexo do ser e sua relação com o mundo (do qual faz parte) segundo a tradição, no âmbito da dimensão hermenêutica da linguagem, a qual nos compete contemplar na esperança de entendê-la. Contudo, em sua dimensão enunciativa, a linguagem permite ao intérprete que veicule racionalmente sua compreensão e se mostre ao escrutínio social. É indispensável assumir que este plano – o argumentativo – é apenas a superfície do fenômeno compreensivo, não reunindo em si a complexidade do processo de atribuição de sentido que o sedimenta. Mas ao se mostrar, a interpretação permite que sejam analisados o nível de respeito do intérprete às estruturas linguísticas envolvidas, aos fatos, aos significados intersubjetivamente compartilhados.

9. No âmbito do direito, há ainda um elemento que torna mais valiosa a discussão sobre os limites da interpretação: a constante busca de legitimidade que circunda a atuação jurisdicional. Normalmente exercida por membros não-eleitos, a jurisdição se implementa mediante atividade criativa – o que é da essência da interpretação – que não se limita a reproduzir assepticamente as normas jurídicas, mas a construí-las caso a caso. Aqui, a função performativa da linguagem se destaca; é pela palavra que se efetivam liberdade e prisão, saúde e doença, abrigo e desamparo, vida e morte. Eis a razão de, no direito, a sujeição do intérprete aos constrangimentos que envolvem o emprego de qualquer linguagem ganhar contornos dramáticos. O texto legal, os precedentes judiciais, a doutrina, os princípios e os fatos são elementos que sujeitam o intérprete no uso de uma linguagem que não é sua. É nesse constrangimento, materializado na expressa fundamentação dos atos judiciais, que se implementam os limites interpretativos da jurisdição.

BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício – **Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann**. São Paulo: Saraiva, 1996. ISBN 85-02-01865-5.

AGOSTINHO, Aurélio – **Confessionum, libri tredecim, de magistro**. trad. port. J. Oliveira Santos, A. Ambrósio de Pina e Ângelo Ricci, *Confissões. De magistro (do mestre)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. ISBN não informado.

AGUIAR E SILVA, Joana – **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 972-40-1491-6.

_____ – Desafios hermenêuticos da juridicidade pós-moderna: entre texto, norma e método / para lá da interpretação negativa. **FIDES**. ISSN 2177-1383. vol. 8, n° 2 (jul./dez. 2017), pp. 83-100.

_____ – **Para uma teoria hermenêutica da justiça: repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-4391-3.

ALEXY, Robert – **Begriff und geltung des rechts**, 1992. trad. port. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. ISBN 978-85-7827-163-3.

_____ – **Theorie der grundrechte**, 1986. trad. port. Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-872-5.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca – **Curso de filosofia do direito**. 11^a ed. São Paulo: Atlas, 2015. Edição digital. ISBN 978-85-224-9479-8.

ANTISERI, Dario; REALE, Giovanni – **Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi. tomo III**, 1984. trad. esp. Juan Andrés Iglesias, *Historia del pensamiento filosófico y científico*. tomo III. Barcelona: Herder, 1988. ISBN 84-254-1591-8.

AQUINO, Tomás – **Summa Theologica**, ano não informado. trad. port. Aldo Vannucchi *et. al.*, *Suma Teológica*. vol. 6. 2^a ed. São Paulo: Loyola, 2012. ISBN 978-85-15-03109-2.

ARISTÓTELES – **Ēthica Nicomáche**, ano não informado. trad. port. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, *Ética a Nicômaco*, in *Aristóteles II – Coleção os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. ISBN não informado.

_____ – **Metà ta physikà**, ano não informado. trad. port. Vincenzo Coceo, *Metafísica* (livro I e livro II), in *Aristóteles II – Coleção os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. ISBN não informado.

_____ – **Organon**, ano não informado. trad. port. Edson Bini, *Órganon: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas*. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 2010. ISBN 978-85-7283-643-2.

_____ – **Poiétikés**, ano não informado. trad. port. Eudoro de Sousa, *Poética*. 4ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1994. ISBN 972-27-0259-9.

ATIENZA, Manuel – **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**, 1991. trad. port. Maria Cristina Guimarães Cupertino, *As razões do Direito: teorías da argumentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003. ISBN 8587731998.

AUSTIN, John Lagshaw – **How to do things with words**, 1962. trad. port. Danilo Marcondes de Sousa Filho, *Quando dizer é fazer. Palavras e acção*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. ISBN não informado.

ÁVILA, Humberto Bergmann – “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. ISSN 1981-187X. n. 17 (jan./mar. 2009), disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acessado em 12 nov. 2020.

_____ – **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 85-7420-620-2.

BAGGINI, Julian – Why sexist and racist philosophers might still be admirable. **Aeon**, 2018. Disponível em <<https://aeon.co/ideas/why-sexist-and-racist-philosophers-might-still-be-admirable>>. Acessado em 12 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto – Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. **Consultor Jurídico**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acessado em 26 dez. 2020.

BETIOLI, Antônio Bento – **Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica**. São Paulo: Hermes Editora e Informação, 1989. ISBN não informado.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca – **Linguagem jurídica**. Semiótica, discurso e direito. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 978-85-472-1588-0.

BOBBIO, Norberto – **Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto**, 1961. trad. port. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. ISBN 85-274-0328-5.

BONAVIDES, Paulo – **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ISBN 8574286210.

BORGHI, Martina – **Enmerkar inventa la scrittura**. Sanremo: Leucotea, 2017. Edição digital. ISBN 978-88-99947-80-4.

BULFINCH, Thomas – **The age of fable**, 1855. trad. port. David Jardim Júnior, *O livro de ouro da mitologia*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. ISBN 85-00-00671-4.

CANARIS, Claus-Wilhelm – **Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen**, 1983. trad. port. A. Menezes Cordeiro, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. ISBN não informado.

CARDOZO, Benjamin Nathan – **The nature of the judicial process**, 1921. trad. port. Silvana Vieira, *A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. ISBN 85-336-1979-0.

CASTANHEIRA NEVES, António – **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN 972-32-0630-7.

CORTÊS, António Ulisses – **Jurisprudência dos princípios: ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional**. Lisboa: Universidade Católica, 2010. ISBN 978-972-54-0255-9.

CERBONE, David R. – **Understanding phenomenology**, 2006. trad. port. Caesar Souza, *Fenomenologia*. Petrópolis: Vozes, 2012. ISBN 978-85-326-4514-2.

CHALMERS, Alan Francis – **What is this thing called science?**, 1976. trad. port. Raul Filker, *O que é ciência, afinal?* São Paulo: Brasiliense, 1993. ISBN 9788511120615.

CHOMSKY, Avram Noam – **Cartesian linguistics: a chapter in the history of rationalist thought**. New York: Harper & Row, 1966. ISBN 9780060412753.

_____ – **Reflections on language**, 1971. trad. port. Carlos Vogt (et. al.), *Reflexões sobre a linguagem*. São Paulo: Cultrix, 1980. ISBN não informado.

COELHO, Inocêncio Mártires – **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010. Edição digital. ISBN 9788502099623.

COSTA, Cláudio Ferreira – **Filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. ISBN 978-85-7110-636-9.

DEL VECHIO, Giorgio – **Lezioni di filosofia del diritto**, ano não informado. trad. port. Antônio José Brandão, *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979. ISBN não informado.

DELEUZE, Gilles – **Différence et répétition**, 1968. trad. port. Luiz Orlandi e Roberto Machado, *Diferença e repetição*. São Paulo: Paz e Terra, 2018. Edição digital. ISBN 978-85-7753-399-2.

DESCARTES, René – **Discours de la méthode**, 1637. trad. port. Maria Ermantina Galvão, *Discurso do método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. ISBN 85-336-0551-X.

DIAS, Isabela Santos; NETO, Jaime Barreiros; SANTOS, Yago da Costa Nunes dos – Decisões progressistas e backlash: reações conservadoras ao reconhecimento judicial do direito de união entre pessoas do mesmo sexo do Brasil e na Colômbia. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**. ISSN 1982-310X. vol. 13, nº 1 (jan./jul. 2020), pp. 66-84.

DILTHEY, Wilhelm – **Der aufbau der geschichtlichen welt in den geisteswissenschaften**, 1907. trad. port. Marco Antônio Casanova, *A construção do mundo histórico nas ciências humanas*. São Paulo: UNESP, 2010. ISBN 978-85-393-0038-9.

_____ – **Einleitung in die geisteswissenschaften**, 1883. trad. port. Marco Antônio Casanova, *Introdução às ciências humanas: tentativa de uma fundamentação para o estudo da sociedade e da história*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. ISBN 978-85-218-0470-3.

DINIZ, Maria Helena – **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07650-1.

DWORKIN, Ronald – **Law's empire**, 1986. trad. port. Jeferson Luiz Camargo, *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. ISBN 978-85-8063-126-5.

_____ – **Taking rights seriously**, 1977. trad. port. Nelson Boeira, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 85-336-1513-2.

_____ – The model of rules. **The University of Chicago Law Review**. ISSN 0041-9494. vol. 35 (1967-1968), pp. 14-46.

ECO, Umberto – **I limiti dell'Interpretazione**, 1990. trad. port. Pérola de Carvalho, *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição digital. ISBN 978-85-273-0178-07.

_____ – **Interpretation and overinterpretation**, 1992. trad. port. MF, *Interpretação e superinterpretação*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN 85-336-2117-5.

EHRlich, Eugen – **Grundlegung der soziologie des rechts**, 1913. trad. port. René Ernani Gertz, *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. ISBN 85-230-0018-6.

ESSER, Josef – **Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts**, 1956. trad. esp. Eduardo Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961. ISBN não informado.

_____ – **Vorverständnis und methodenwahl in der rechtsfindung**, 1970. trad. ita. Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria, *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983. ISBN 9788849520750.

FERRARA, Francesco – **Applicazione della legge**. In **Trattato di diritto civile italiano**, 1921. trad. port. Manuel A. D. de Andrade, *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Arménio Amado, 1933. ISBN não informado.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio – **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN 85-224-3484-0.

FRANÇA, Rubens Limongi – **Hermenêutica jurídica**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1988. ISBN 9788520364895.

FREITAS, Artur – **Obra expandida: as vanguardas e o regime alográfico**. **ARS**. ISSN 1678-5320. vol. 11, nº 21 (2013), pp. 19-31.

GADAMER, Hans-Georg – **Le problème de la conscience historique**, 1996. trad. port. Paulo César Duque Estrada, *O problema da consciência histórica*, 3ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. ISBN 85-225-0246-3.

_____ – **Warheit und methode**, 1960. trad. port. Paulo Flávio Paulo Meurer, *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997. ISBN 85-326-1787-5.

_____ – **Warheit und methode II**, 1982. trad. port. Ênio Paulo Gianchini, *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes, 2002. ISBN 85.326.2710-2.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio – *Derecho y método jurídico*. **Doxa**. ISSN 0214-8676. n° 4 (1987), pp. 161-188.

GÉNY, François – **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**, 1899. trad. esp. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Reus, 1925. ISBN não informado.

GERSTENFELD, Manfred – *Intellektuelle und antisemitism: en tusenårig tradition*. trad. port. Joseph Skilnik, *Intelectuais e antissemitismo: a tradição milenar*. **Gatestone Institute Internacional Policy Council**. 2017. Disponível em <<https://pt.gatestoneinstitute.org/10157/intelectuais-antisemitismo>>. Acessado em 12 ago. 2020.

GIACIOIA JR, Osvaldo – **Heidegger urgente: introdução a um novo pensar**. São Paulo: Três Estrelas, 2013. ISBN 9788565339117.

GRAU, Eros Roberto – **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. 48ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 85-7420-769-1.

_____ – O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. In ALVES, Alaôr Caffé et. al., **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004. ISBN 85-204-2134-2. pp. 33-50.

GUASTINI, Riccardo – **Estudios de teoría constitucional**. Ciudad del México: Doctrina Jurídica Contemporânea, 2001. ISBN 968-476-398-0.

HABERMAS, Jürgen – **Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechits und des demokratische rechtstaats**, 1992. trad. port. Flávio Beno Siebeneichler, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ISBN 85-282-0091-4.

_____ – **Faktizität und geltung: beiträge zur diskurstheorie des rechits und des demokratische rechtstaats**, 1992. trad. port. Flávio Beno Siebeneichler, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ISBN 85-282-0095-7.

_____ – **L'éthique de la discussion et la question de la vérité**, 2003. trad. port. Marcelo Brandão Cipolla, *A ética da discussão e a questão da verdade*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN 978-85-336-2396-5.

_____ – Richard Rorty's pragmatic turn. In BRANDON, Robert B., **Rorty and his critics**. Malden: Blackwell Publishers, 2000. ISBN 0-631-20981-6. pp. 31-55.

_____ – **Sprachpragmatik und philosophie, Zur rekonstruktion des historischen materialismus**, 1976. trad. ing. Thomas McCarthy, *Communication and the evolution of society*. Boston: Beacon Press, 1979. ISBN 0-8070-1521-1.

_____ – **Wahrheit und rechtfertigung: philosophische aufsätze**, 1999. trad. port. Milton Camargo Mota, *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004. ISBN 85-15-02623-6.

_____ – **Zur logik der sozialwissenschaften**, 1967. trad. esp. Manuel Jiménez Redondo, *La logica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos, 1988. ISBN 84-309-1561-3.

HART, H. L. A. – **Law, Liberty and Morality**, 1963. trad. port. Gérson Pereira dos Santos, *Direito, liberdade e moralidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987. ISBN 9788588278731.

_____ – **The concept of law**, 1961. trad. port. Antônio de Oliveira Sette Câmara, *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. ISBN 978-85-7827-096-4

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich – **Grundlinien der philosophie des rechts**, 1820. trad. port. Orlando Vitorino, *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. ISBN 85-336-0630-3.

HEIDEGGER, Martin – **Brief an Pater William Richardson**, 1962. trad. esp. Irene Borges-Duarte, *Carta al Padre William Richardson*. Seminario de historia de la filosofía (anais). nº 13. Madrid: Servicio de publicaciones UCM, 1996. pp. 11-18.

_____ – **Sein und zeit**, 1927. trad. port. Márcia Sá Cavalcante Schuback, *Ser e tempo*. Parte I. 15ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005. ISBN 85-326-0947-3.

HIRSCH JR, Eric Donald – **Validity in interpretation**. New Haven: Yale University Press, 1967. ISBN 0-300-01692-1.

HOBBS, Thomas – **Leviathan or the matter, forme and power of a common wealth ecclesiasticall and civil**, 1651. trad. port. não informado, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. São Paulo: LeBooks, 2020. Edição digital. ISBN 9788583862178.

HOMERO – **Ιλιάδα**, ano não informado. trad. port. Frederico Lourenço, *Ilíada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. ISBN 9788563560568.

INWOOD, Michael – **A Heidegger dictionary**. Maiden: Blackwell Publishers, 1999. ISBN 0-631-19095-3.

JAKOBSON, Roman – **Essais de linguistique générale**, 1963. trad. port. Izidoro Blikstein e José Paulo Paes, *Linguística e comunicação*. São Paulo: Cultrix e Universidade de São Paulo, 1969. ISBN 85-316-0227-0.

KANT, Immanuel – **Die metaphysik der sitten**, 1797. trad. port. Clélia Aparecida Martins *et. al.*, *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013. Edição digital. ISBN 978-85-326-4717-7.

KELSEN, Hans – **Allgemeine theorie der normen**, 1979. trad. port. José Florentino Duarte, *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986. ISBN 9788575250965.

_____ – **General theory of law and state**, 1945. trad. port. Luís Carlos Borges, *Teoria geral do direito e do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0950-7.

_____ – **Reine rechtslehre**, 1960. trad. port. João Baptista Machado, *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 83-336-0836-5.

LACERDA, Gustavo Biscaia – Augusto Comte e o positivismo redescobertos. **Revista de sociologia e política**. ISSN 1678-9873. vol. 17, nº 34 (out. 2009), pp. 319-343.

LAFONT, Cristina – **La razón como lenguaje: una revisión del giro lingüístico en la filosofía del lenguaje alemana**. Madrid: Visor, 1993. ISBN 84-7774-868-3.

LARENZ, Karl – **Richtiges recht: grundzüge einer rechtstshik**, 1985. trad. esp. Luis Diez-Picazo, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993. ISBN 8473983645.

_____ – **Methodenlehre der rechtswissenschaft**, 1991. trad. port. José Lamego, *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. ISBN 972-31-0770-8.

LIMA, Rogério Montai; STRECK, Lenio Luiz – Relações homoafetivas: a conversão da união estável em casamento. **Consultor Jurídico**, 2011. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-jul-06/uniao-homoafetiva-direito-conversao-uniao-estavel-casamento#_ftn3_2054>. Acessado em 27 dez. 2020.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha – **Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito; instituições jurídicas**. Brasília: Senado Federal, 2006. ISBN não informado.

LOCKE, John – **An essay concerning human understanding**, 1689. trad. port. Anoar Aiex, *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. ISBN 85-13-00906-7.

LYRA FILHO, Roberto – Desordem e processo: um posfácio explicativo. In LYRA, Doreodó Araújo [org.] – **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião do seu 60º aniversário**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. pp. 263-329. ISBN 978-8575251287.

_____ – **O que é direito**. 11ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1982. ISBN não informado.

MACCORMICK, Neil – **Rhetoric and the rule of law**, 1995. trad. port. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo, *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. ISBN 9788535225068.

MARCONDES, Danilo – **A pragmática na filosofia contemporânea**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. ISBN 85-7110-863-3.

MELLINKOFF, David – **The language of the law**. Oregon: Wipf and Stock Publishers, 2004. ISBN 1-59244-690-6.

MÉNARD, René – **La mythologie dans l'art ancien et moderne**, 1878. trad. port. Aldo Della Nina, *Mitologia Greco-Romana*, vol. 1. São Paulo: Opus, 1991. ISBN não informado.

_____ – **La mythologie dans l'art ancien et moderne**, 1878. trad. port. Aldo Della Nina, *Mitologia Greco-Romana*, vol. 2. São Paulo: Opus, 1991. ISBN não informado.

MIGUENS, Sofia – **Filosofia da linguagem**. Uma introdução. Porto: Universidade do Porto, 2007. ISBN 978-972-8932-28-2.

MORAIS, Fausto Santos de – **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: JusPodivm, 2018. ISBN 978-85-442-2350-5.

MOTTA, Francisco José Borges – **Levando os direitos a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. ISBN 978-85-7348-793-0.

MÜLLER, Friedrich – **Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen arbeitsmethoden**, 1972. trad. port. Peter Naumann, *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. ISBN não informado.

_____ – **Juristische Methodik**, 1993. trad. fra. Olivier Jouanjan, *Discours de la méthode juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. ISBN 978-2130469797.

_____ – Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. trad. port. Peter Naumann. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**. ISSN 1138-4824. n° 7 (2003), pp. 315-327.

NEVES, Marcelo – **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. ISBN 978-85-469-0255-2.

NIETZSCHE, Friedrich - **Einleitung in die tragödie des Sophocles**, 1870. trad. port. Ernani Chaves, *Introdução à tragédia de Sófocles*. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. ISBN 978-85-378-0685-2.

NIGRO, Rachel – A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**. ISSN 1516-6104. n° 34 (jan./jun. 2009), pp. 170-211.

PALMER, Richard E. – **Hermeneutics: interpretation theory in Shleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer**, 1969. trad. port. Maria Luísa Ribeiro Ferreira, *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1996. ISBN 972-44-0340-8.

PASCHOAL, Antônio Edmilson – Metodologia da pesquisa em educação: analítica e dialética. **Revista diálogo educacional**. ISSN 1981-416X. vol. 2, n° 3 (jan./jun. 2001), pp. 161-169.

PEIRCE, Charles Sanders – **The collected papers of Charles Sanders Peirce**, 2000. trad. port. José Teixeira Coelho Neto, *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2005. ISBN 85-273-0194-6.

PENCO, Carlo – **Introduzione alla filosofia del linguaggio**, 2004. trad. port. Ephraim F. Alves, *Introdução à filosofia da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2006. ISBN 85.326.3367-6.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucien – **Logique juridique: nouvelle rhétorique**, 1976. trad. port. Vergínia K. Pupi, *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-0959-0.

PINTO JÚNIOR, João José – **Curso elementar de direito romano**. Recife: Econômica, 1888. ISBN não informado.

PLATÃO – **Politeia**. trad. port. J. Guinsburg, *A república*. vol. 1. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1965. ISBN não informado.

_____ – **Fedro**. trad. port. Pinharanda Gomes, *Fedro ou da beleza*. 6ª ed. Lisboa: Guimarães Editores, 2000. ISBN não informado.

_____ – **Teeteto – Crátilo**. trad. port. Carlos Alberto Nunes, *Diálogos, vol. IX, Teeteto – Crátilo*. Belém: Universidade Federal do Pará, 1973. ISBN não informado.

RABENHORST, Eduardo Ramalho – **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003. ISBN 85-89591-01-8.

RÁO, Vicente Paulo Francisco – **O direito e a vida dos direitos**. 7ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. ISBN 9788520348192.

REALE, Miguel – **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 978-85-02-13373-0.

RICOEUR, Paul – **Interpretação e ideologias**. 4ª ed. trad. port. Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1990. ISBN não informado.

ROUSSEAU, Jean-Jacques – **Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes**, 1755. trad. port. Laurent de Saes, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. São Paulo: EDIPRO, 2015. ISBN 978-85-7283-910-5.

_____ – **Du contrat social ou principes du droit politique**, 1762. trad. port. Rolando Roque da Silva, *Do contrato social*. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002. Edição digital. ISBN não informado.

RUEDELL, Aloisio – Schleiermacher e a atual discussão filosófica. **Veritas**. ISSN 1984-6746. vol. 44, nº 1 (mar. 1999), pp. 27-32.

RUSSELL, Bertrand – **History of western philosophy**, 1945. trad. port. Hugo Langone, *História da filosofia ocidental*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. ISBN 978-85-209-2150-0.

SANTOS, Fausto dos – O platonismo estético de Gottlob Frege. **Artefilosofia**. ISSN 1809-8274. nº 9 (set. 2010), pp. 171-179.

SAUSSURE, Ferdinand de – **Cours de linguistique générale**, 1916. trad. port. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein, *Curso de linguística geral*. 27ª ed. São Paulo: Cultrix, 2006. ISBN 978-85-316-0102-6.

SCHIMIDT, Lawrence K. – **Understanding hermeneutics**, 2006. trad. port. Fábio Ribeiro, *Hermenêutica*. Petrópolis: Vozes, 2012. Edição digital. ISBN 978-85-326-4479-4.

SCHIMITT, Richard Henry – Frege's letters to Wittgenstein about the *Tractatus*. **The Bertrand Russell Society Quarterly**. ISSN 1547-0334. n. 120 (nov. 2003), pp. 13-31.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. – **Hermeneutik**, 1959. trad. port. Celso Reni Braida, *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. ISBN 85.326.2188-0.

_____ – **Hermeneutik und kritik**, 1977. trad. port. Aloísio Ruedell, *Hermenêutica e crítica*. vol. I. Ijuí: Unijuí, 2005. ISBN 85-7429-419-5.

SICHES, Luís Recasens – **Tratado general de filosofía del derecho**. Ciudad de México: Porrúa, 2008. ISBN 978-970-07-6480-X.

SILVA, José Afonso da – **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 978-85-392-0213-3.

SILVA, Virgílio Afonso da – O Supremo Tribunal Federal precisa de lolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Direito.UnB – Revista de Direito da Universidade de Brasília**. ISSN 2357-8009. vol. 2, nº 1 (2016), pp. 96-118.

_____ – Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. ISSN não informado. nº 1 (2003), pp. 607-630.

SÓFOCLES – **Oidípous Týrannos**, ano não informado. trad. port. Mário da Gama Kury, Édipo Rei, in *Trilogia tebana*. vol. I. 10 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. ISBN não informado.

SOUSA FILHO, Danilo Marcondes – **Textos básicos de linguagem: de Platão a Foucault**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Edição digital. ISBN 978-8537801802.

SOUZA, José Cavalcante – **Os pensadores pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. ISBN 85-351-0694-4.

SOUZA, Renato Ferreira – George Herbert Mead: contribuições para a história da psicologia social. **Psicologia & Sociedade**. ISSN 1807-0310. vol. 23, nº 2 (2011), pp. 369-378.

STEIN, Ernildo – Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em filosofia. **Síntese**. ISSN 2176-9389. vol. 10, nº 29 (1983), pp. 21-48

_____ – Gadamer e a consumação da hermenêutica. **Problemata**. ISSN 2236-8612. vol. 5, nº 1 (2014), pp. 204-226.

STRECK, Lenio Luiz – **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. Edição digital. ISBN 978-85-9530-072-9.

_____ – STRECK, Lenio Luiz – **Juiz não é Deus: juge n'est pas Dieu**. Curitiba: Juruá, 2016. ISBN 978-85.362.6158-4.

_____ – O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de direitos e garantias fundamentais**. ISSN 1980-7864. n° 7 (jan./jun. 2010), pp. 13-44.

_____ – **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN 9788537505618.

TARELLO, Giovanni – **Storia della cultura giuridica moderna**. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: 1976. ISBN 978-88-150-6694-7.

TORRANO, Bruno – Supremo Tribunal Federal não pode ter papel iluminista no Estado. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-31/bruno-torrano-supremo-tribunal-federal-nao-papel-iluminista>>. Acessado em 26 dez. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – **Processo penal**. vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08993-8.

VIEHWEG, Theodor – **Topik und Jurisprudenz**, 1953. trad. port. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. ISBN não informado.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe – **Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto**. Roma: Laterza, 2001. ISBN 9788842059400.

WARAT, Luis Alberto – **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. ISBN 8575250086.

WITTGENSTEIN, Ludwig - **Logisch-philosophische abhandlung**, 1921. trad. port. José Arthur Giannotti, *Tractatus logico-philosophicus*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968. ISBN não informado.

_____ – **Philosophische Untersuchungen**, 1953. trad. port. José Carlos Bruni, *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. ISBN 85-13-00859-1.

ZACCARIA, Giuseppe – **Razón jurídica e interpretación**. Madrid: Civitas Ediciones, 2004. ISBN 84-470-2245-5.

ZAGREBELSKY, Gustavo – **Manuale di diritto costituzionale**. vol. I. Torino: UTET, 1990. ISBN 8802040882.