

A interpretação como uma investigação zetética

Roberto Carlos Silva

É Promotor de Justiça. Mestre e Doutorando em Direito pela PUC-SP. Professor da graduação e pós-graduação da FACIPLAC e da pós-graduação da FESMPDFT.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O enfoque teórico zetético e dogmático. 3 Problema da interpretação: uma investigação Zetética. 4 Função simbólica da língua. 5 Interpretação autêntica e doutrinária: a proposta de Kelsen. 6 Voluntas legis ou voluntas legislatoris? O que se busca na norma? 7 Interpretação jurídica e poder de violência simbólica. 7.1 Noção de uso competente da língua. 7.2 Língua hermenêutica e legislador racional. 7.2.1 Perfil do legislador racional. 7.2.2 Perfil do intérprete racional da lei. 7.2.3 Racionalidade e as ideologias da interpretação legal. 7.2.3.1 O legislador racional e a ideologia da interpretação jurídica. 7.3 Interpretação e paráfrase. 7.4 Interpretação verdadeira e interpretação divergente: códigos fortes e códigos fracos. 8 Função facionalizadora da hermenêutica. 9 Métodos e tipos dogmáticos de interpretação. 9.1 Métodos hermenêuticos. 9.2. Interpretação gramatical, lógica e sistemática. 9.3 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva. 9.4 Interpretação teleológica e axiológica. 10 Tipos de interpretação. 10.1 Interpretação especificadora. 10.2 Interpretação restritiva. 10.3 Interpretação extensiva. 11 Interpretação e integração do direito. 11.1 Modos de integração do direito. 11.2 Instrumentos quase-lógicos: analogia, indução amplificadora, interpretação extensiva. 11.3 Instrumentos institucionais: costumes, princípios gerais de direito, equidade. 11.4 Limites à integração. 12 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O presente trabalho busca apresentar uma proposta de interpretação através da adoção da metodologia de investigação zetética. Com a acentuação do aspecto pergunta, empreende-se uma tentativa de ampliação, para além do campo dogmático. Para isso, tomamos como obra básica, que nos guiou no desenvolvimento do

trabalho, o livro do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior *Introdução ao Estudo do Direito*. Mantivemo-nos fiéis ao modo como o autor desenvolveu o tema em sua obra, sem nos limitarmos, porém, somente ao seu conteúdo.

2 O enfoque teórico zetético e dogmático

Ao procedermos à investigação de um problema podemos acentuar o aspecto pergunta ou o aspecto resposta. O primeiro dos aspectos seria o zetético, no qual os conceitos básicos, as premissas, os princípios ficam abertos à dúvida. Já o segundo seria dogmático, onde determinados elementos são, de antemão, subtraídos à dúvida.

Essa terminologia “questão de pesquisa” ou “questão zetética” foi proposta por Viehweg¹. No Brasil, o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior introduziu a conceituação trabalhada aqui, conforme podemos ler em sua obra “A ciência do Direito”, cujo trecho transcrevemos em seguida:

As questões “dogmáticas” revelam o ato de opinar e ressaltam certas opiniões (*dokein*). As questões “zetéticas”, ao contrário, desintegram, dissolvem meras opiniões (*zetein*) pondo-as em dúvida, o que pode ocorrer ainda dentro de certos limites (na perspectiva empírica das ciências: Sociologia, Psicologia, Antropologia Jurídicas etc) ou de modo a ultrapassar aqueles limites, por exemplo, na perspectiva da Filosofia do Direito².

Em outra obra, o professor Ferraz Júnior esclarece que o enfoque zetético tem função especulativa explícita e infinita. O problema tematizado é configurado como um ser (que é algo), por isso o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa, fixando a função informativa da linguagem³.

O enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas opiniões. Tem função diretiva explícita e finita.

Acrescenta que a “Zetética tem como ponto de partida uma evidência, que pode ser frágil ou plena. Tanto em uma, quanto em outra, alguma coisa tem de ser subtraída à dúvida para que a investigação se proceda⁴”

¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa. 1997.
² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas. 1980, p. 45-46.

³ Idem. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2001, p. 40.

⁴ Idem, *ibidem*. p. 43.

Enquanto a zetética deixa de questionar certos enunciados porque os admite como verificáveis e comprováveis, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram estabelecidas (por arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis

Nesse sentido, a zetética parte de evidências, a dogmática parte de dogmas.

A noção de evidência deve estar relacionada a uma verdade, ao passo que a dogmática é relacionada a uma dúvida a qual não pode ser substituída por uma evidência, exigindo uma decisão.

A investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas).

3 Problema da interpretação: uma investigação zetética

As palavras utilizadas nas normas jurídicas são signos jurídicos que devem expressar aquilo que deve ser. Tal uso oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, i.e, o uso corrente para designação de um fato, e o aspecto semasiológico, i. e, sua significação normativa. Tais sentidos às vezes podem coincidir outras não. Um exemplo disso é a expressão parentes utilizada pelo Código Civil. O uso da palavra no sentido vulgar não possui a limitação do uso legal do termo, que limita a um determinado grau, como ocorre com os tataranetos, que, legalmente, não são parentes. Mas não afasta o uso comum como ocorre com o parentesco por afinidade, oscilando entre termos técnicos e comuns.

“A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista decidibilidade de conflitos, constitui a tarefa da dogmática hermenêutica⁵” .

A doutrina não se limita a identificar o direito, apontar as condições para que determinados atos institucionalizados constituam sua fonte, nem organizar o conjunto das relações entre as normas ou entre seus conteúdos na forma de um sistema. É preciso também determinar sob que condições o direito identificado deve ser entendido, fixar um sentido básico.

⁵ Idem, ibidem. p. 252.

4 Função simbólica da língua

Mais uma vez socorremo-nos do Professor Ferraz Júnior para estabelecermos a função simbólica da língua, assim colhemos o seguinte fragmento:

Significar é apontar para algo ou estar em lugar de algo. Signo é, pois, um ente que se caracteriza por sua mediatidade, aponta para algo distinto de si mesmo. Os signos lingüísticos têm por base sons ou fonemas. Fonema é som que, em determinado contexto, se distingue. Ex. CA-SA. A junção dos fonemas é base, em português, para um signo; o signo não se confunde com a base fonética, embora seja necessário sempre que haja uma base material; percebemos isso quando observamos, por exemplo, a base fonética MAN-GA, eu serve tanto para o signo-fruta, quanto para o signo-parte do vestuário. Dois signos podem ter a mesma significação: MO-RA-DIA, CA-SA. Os signos lingüísticos, com base na fonética, são símbolos⁶.

Nas explicações correntes sobre a natureza da comunicação a pressuposição de racionalidade recebe um papel central. A comunicação é tratada como um processo direcionado para um objetivo. Os interlocutores devem compartilhar, no mínimo, “de alguma noção dos meios eficazes disponíveis para alcançar os objetivos comunicativos (e outros) nesse processo, e cada um deve supor que o outro age, de modo geral, de acordo com critérios de escolha que otimizam a eficácia⁷” .

Para que um símbolo tenha algum significado é necessário que ele apareça no ato humano de falar, não possuindo qualquer significado isoladamente. Falar é atribuir símbolos a algo, falar é predicar: “Isto é uma mesa”. A língua “é um repertório de símbolos inter-relacionados numa estrutura (as regras de uso)”. Daí a razão de quem faz um dicionário tem por costume colocar, para cada símbolo, os usos que dele se fazem ao falar. Língua é um sistema de símbolos e relações. “A fala refere-se ao uso atual da língua”.

O professor Ferraz Júnior apresenta algumas premissas para o entendimento de como se organizam as falas:

- a) os símbolos (nomes ou predicadores) nada significam isoladamente;

⁶ Idem, p. 253.

⁷ DASCAL, Marcelo. Interpretação e Compreensão. São Leopoldo-RS: Unisinos. 2007, p. 360-361.

- b) o que lhes confere significação é seu uso;
- c) uma língua admite usos diversos para os símbolos;
- d) a maioria dos símbolos da língua natural é semanticamente vaga e ambígua;
- e) um símbolo é vago quando seu possível campo de referência é indefinido (ex: matar alguém). Denota um campo de objetos (extensão) não claramente definido. Quando definimos o campo dos objetos que o símbolo denota, temos uma definição denotativa.
- f) um símbolo é ambíguo quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente intensão, i. é, manifestando qualidades diversas. Quando definimos o sentido, e determinamos sua intensão, temos uma definição conotativa ou pela intensão. Ex. entende-se por honesta a mulher com os seguintes comportamentos...
- g) mesmo quando a conotação e a denotação são definidas, o uso dos símbolos exige uma correta combinatória entre eles; nem todos se combinam entre si (ex: é possível dizer mulher honesta, mas não mulher admiravelmente, pois um advérbio não modifica um substantivo);
- h) os símbolos admitem usos diferentes em termos de que são diferentes suas funções pragmáticas, isto é, servem para propósitos distintos.

Assim, o seguinte texto – ‘as praias são de uso comum’ – pode ser mera descrição (uso descritivo), pode estar expressando um sentimento, num protesto político (uso expressivo), pode ser uma regra geral de conduta (uso diretivo), ou pode ser uma indicação para que alguém retire uma cerca (uso operativo); no contexto pragmático, os símbolos contêm uma carga emocional que pode produzir alterações na significação, ao mostrar diferença na função; assim, a entonação com que se lê um dispositivo: “enriquecimento sem causa”, se acentuamos “enriquecimento” podemos estar querendo dizer que o enriquecimento, antes de mais nada, deve ser significativo; se acentuamos “sem causa”, o importante é que, seja qual for, o enriquecimento seja injustificado⁸.

O que podemos entender por interpretação? Se a fala se refere ao uso atual da língua, falar é dar a entender alguma coisa a alguém mediante símbolos linguísticos, sendo portanto um fenômeno comunicativo. Exige-se um emissor, um receptor e a troca de mensagens. Falar em português a um chinês e olhar seu ar de desamparo

⁸ Op. cit. 2001, p. 255.

não é falar.

Quem envia uma mensagem comunica um complexo simbólico que é selecionado pelo ouvinte. Porém, pode não ser coincidente. Essa não coincidência dupla (de lado a lado – emissor e receptor) constitui a contingência dupla da fala.

Podemos chamar essa seletividade de interpretação. Interpretar, portanto, é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva. Dizemos também, em consequência, que toda interpretação é duplamente contingente. Ora, essa contingência tem de ser controlada, ou a fala não se realiza. Para seu controle precisamos de códigos, isto é, seletividades fortalecidas a que ambos os comunicadores têm acesso, que podem ser fruto de convenções implícitas ou explícitas⁹.

É nesse universo de complexidade que se coloca o problema da interpretação. E para interpretar temos de decodificar os símbolos no seu uso, o que significa conhecer as regras de controle de denotação e conotação (regras semânticas), de controle das combinatórias possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas).

5 Interpretação autêntica e doutrinária: a proposta de Kelsen

Kelsen, cujo esforço teórico foi de conferir à dogmática um estatuto reconhecidamente científico, coloca a questão de saber se é possível uma teoria científica da interpretação jurídica que nos permita falar da verdade de uma interpretação, em oposição à falsidade.

Na obra *Teoria Pura do Direito*¹⁰ é apresentada a distinção entre interpretação autêntica, como aquela realizada por órgãos competentes (como em uma decisão judicial, na qual há a determinação do sentido de uma lei no processo aplicativo, produzindo um enunciado normativo - e como qualquer norma, esse enunciado é vinculante) e doutrinária (que, a contrario sensu, é a levada a efeito por ente que não é órgão, ainda que diga qual deva ser o sentido de uma norma, não produz um enunciado vinculante - o dever-ser não possui caráter de norma, ex.: parecer

⁹ Idem, *ibidem*, p. 256.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª edição brasileira. Martins Fontes, 1991, p.

jurídico ou opinião doutrinária em livro). “Para Kelsen é possível denunciar, de um ângulo filosófico (zetético), os limites da hermenêutica, mas não é possível fundar uma teoria dogmática da interpretação¹¹” .

Deste modo, podemos afirmar que as principais atividades linguísticas no discurso jurídico são o fazer leis (discurso legislativo), aplicá-las (discurso judicial) e descrevê-las (discurso científico ou doutrinário). Podemos afirmar que o “resultado dessas atividades cria um corpus de decisões relativas à elaboração das leis e à aplicação das leis, e de enunciados pertencentes às ciências jurídicas¹²” .

A interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade do conteúdo normativo. Não diferencia a opinião de um doutrinador do Direito da de outro qualquer.

Frustra um dos principais objetivos do saber dogmático. Não teria nenhum valor racional procurar um fundamento teórico para a atividade da doutrina quando busca e atinge o sentido unívoco da lei? Seria um contra-senso falar de verdade hermenêutica?

6 *Voluntas legis ou voluntas leislatoris?* O que se busca na norma?

É um postulado jurídico a tese de que não há norma sem interpretação. Na antiguidade houve exemplo de rompimento com essa tradição, como a proibição justiniana de que se interpretassem as normas de seu *Corpus Juris Civilis*.

Savigny, numa fase anterior a 1814, afirmava que interpretar era mostrar aquilo que a lei diz. A questão técnica era como determinar o sentido textual da lei.

Com tais assertivas elaborou quatro técnicas interpretativas, as quais permanecem em uso até os dias atuais. São elas: 1). a interpretação gramatical, que procurava o sentido vocabular da lei; 2). a interpretação lógica, que visava a seu sentido proposicional; 3). a sistemática, que buscava o sentido global ou

¹¹ Op. cit., 2001, p. 259.

¹² BITTAR, Eduardo. Linguagem jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 74, afirma: Para cada espécie de discurso jurídico (normativo, burocrático, decisório, científico)..., uma espécie de texto jurídico, com suas regras de construção específicas, com seu vocabulário regional, com suas injunções ideológicas, com seus objetivos de significação.

estrutural; e 4). a histórica, que tentava atingir o sentido genético.

Após 1814, para Savigny, “a questão deixa de ser mera enumeração de técnicas, para referir-se ao estabelecimento de uma teoria da interpretação. Surge o problema de se procurar um critério para a interpretação autêntica¹³”. A concepção de que o texto da lei era expressão de mens legislatoris leva Savigny a afirmar que interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei (fator subjetivo). De outro lado, porém, enfatizava ele a existência fundante dos “institutos de direito” (*rechtsinstitute*) que expressavam “relações vitais” responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto vivo em constante movimento. Daí a idéia de que seria a convicção comum do povo (*Volkgeist*) o elemento primordial para a interpretação das normas (fator subjetivo¹⁴).

Em meados do século XIX, ocorre na França e na Alemanha uma polêmica de grande repercussão para interpretação, com o surgimento de duas escolas de pensamento distintos. De um lado, aqueles que defendiam uma doutrina restritiva da interpretação, cuja base seria a vontade do legislador, a partir da qual, com auxílio de análises linguísticas e de métodos lógicos de inferência, seria possível construir o sentido da lei (“Jurisprudência dos Conceitos”, na Alemanha, e “Escola da Exegese”, na França). De outro lado, foram aparecendo aqueles que sustentavam que o sentido da lei repousava em fatores objetivos, como os interesses em jogo na sociedade (“Jurisprudência do Interesses”, na Alemanha), até que, já no final do século XIX e início do século XX, uma forte oposição ao conceptualismo desemboca na chamada escola da “*libre recherche scientifique*” (escola do direito livre) e da “*Freirechtsbewegung*” (movimento do direito livre) que exigiam que o intérprete buscasse o sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos. Desenvolvem-se, nesse período, métodos voltados para a busca do fim imanente do direito (método teleológico), ou de seus valores fundantes (método axiológico), ou de suas condicionantes sociais (método sociológico), ou de seus processos de transformação (método axiológico-evolutivo), ou de sua gênese

¹³ FERRAZ JÚNIOR. Op. cit. 1980, p. 69.

¹⁴ Idem, 2001, p. 262.

(método histórico) etc¹⁵ .

Dois são os grupos. Método e objeto aparecem como questões correlatas, cujo ponto comum é o problema do sentido. Do ângulo do objeto, o direito pode ser visto como a positivação de normas dotadas de sentido. Do ângulo do método, o problema é como e onde captar esse sentido. Em função disso, podemos cindir a doutrina em duas correntes que embora não se distingam com essa nitidez, podem ser seara das didaticamente conforme o reconhecimento ou da vontade do legislador ou da vontade da lei como sede do sentido das normas. Chamamos a primeira de doutrina subjetivista, a segunda de objetivista¹⁶ .

Há uma conotação ideológica na raiz das teorias.

Assim, levado a um extremo, podemos dizer que subjetivismo favorece certo autoritarismo personalista, ao privilegiar a figura do legislador, pondo sua vontade em relevo. Por exemplo, a exigência, na época do nazismo, de que as normas fossem interpretadas, em última análise, de acordo com a vontade do “*Fuhrer*” (era o “*Fuhrersprinzip*”) é bastante significativa. Por sua vez objetivismo favorece ao anarquismo, pois estabelece o predomínio de uma equidade duvidosa dos intérpretes sobre a própria norma ou, pelo menos, desloca a responsabilidade do legislador, na elaboração do direito, para os intérpretes ainda que legalmente constituídos, chegando-se a afirmar, como fazem alguns realistas norte-americanos, que direito é “o que decidem os tribunais”¹⁷ .

A polêmica entre as duas correntes pode ser resumida nos seguintes argumentos de Karl Engisch:

a) os objetivistas contestam os subjetivistas:

1. pelo argumento da vontade, afirmando que uma vontade do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;

2. pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo, em consequência,

¹⁵ Idem, ibidem. p. 262.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 262.

¹⁷ Idem, 1980, p. 71.

aquilo que se chama de legislador, no fundo, apenas uma competência legal;

3. pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de emprestar confiança à palavra da norma como tal e qual deve, em princípio, ser inteligível por si;

4. pelo argumento da integração, pelo qual só a concepção que leve em conta os fatores objetivos em sua contínua mutação social explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência.

b) os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:

1. o recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de ignorar o legislador originário;

2. os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei (*voluntas legis*) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas “mais sábio” que o legislador, mas também “mais sábio” que a própria norma legislada;

3. seguir-se-ia um desvirtuamento na captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete¹⁸.

Carlos Santiago Nino posiciona-se sobre as tendências interpretativas que se pode adotar diante de um texto linguístico com a seguinte exposição:

La primera está constituída por el hecho de centrar la preocupación em la intención que tuvo El que formulo la oración; es ésta uma interpretación subjetiva. La outra se preocupa primordialmente no por lo que quiso o no quiso decir el autor Del texto, sino por lo que efectivamente dijo, según el significado que realmente poseen SUS palabras em el lenguaje ordinario; se trata, entonces, de uma interpretación objetiva (aunque esta calificación no excluye que pueda tener también um grado considerable de arbitrariedad)¹⁹.

¹⁸ ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Fundação Calouste Gulbenkian. 1968, p. 88

¹⁹ NINO, Carlos S. Introducción Al Análisis Del Derecho. 4. ed. Barcelona: Ariel. 1991, p. 259-260.

Quando se diz que interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), afirma-se a existência de dois atos doadores de sentido: um que se positiva na norma e outro que procura identificá-lo. Ora, para que possa haver uma interpretação verdadeira, é preciso que ao menos um ato doador de sentido prevaleça (pressuposto dogmático). Como reconhecê-lo e fundá-lo? Estamos, de novo, diante do desafio Kelseniano²⁰.

Mas afinal, como sair do impasse ante a insuficiência das duas correntes?

7 Interpretação jurídica e poder de violência simbólica

Numa comparação da hermenêutica com a tradução é possível identificar-se regras básicas e secundárias da estrutura da língua.

Básicas são aquelas sem as quais qualquer sentença numa língua carece de sentido, exemplificando a impossibilidade de uma sentença sem verbo (expresso ou subentendido). Secundárias são as que, se violadas, não chegam a produzir um sem-sentido, embora possam criar obscuridades, mal-entendidos ²¹.

Três hipóteses aparecem como possíveis: a) se as regras básicas de ambas as línguas coincidem, é possível traduzi-las uma para a outra; b) se a coincidência é apenas parcial, ocorre uma transferência que exige adaptação; c) se não coincidem, elas são incomunicáveis, é possível, porém, uma transferência indireta. Exemplos: da hipótese “a”, a tradução de um teorema geométrico num teorema algébrico; da “b”, a transferência de um poema inglês para o português; da “c”, transferência indireta de uma música (língua musical) para o português cotidiano, o que pode ocorrer por intermédio da linguagem do crítico de arte.

O problema da boa tradução ocorre nos casos “b” e “c”. Em primeiro lugar, estamos afirmando que a prática da tradução exige a comparação das estruturas. Realizada esta, procede-se à adaptação ou à recriação do sentido por meio de uma língua intermediária. A ideia de transferência nos faz ver que a tradução se realiza por meio de uma terceira língua que toma as duas anteriores como se objeto. A relação metalíngua língua-objeto, porém, não é definitiva. Depende do ângulo.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR. Op. cit., p. 262.

²¹ Idem, *ibidem*. p. 269.

Por exemplo: Kelsen escreveu sobre a ciência do direito: porém, para explicá-lo constrói-se uma interpretação didática: esta funciona como terceira língua que permite ao aluno fazer a passagem do texto de Kelsen para a língua da ciência dogmática. Às vezes, porém, o aluno entende a explicação a partir da língua dogmática que ele já conhece; assim, para ele, a terceira língua não é a explicação didática, mas a língua da ciência dogmática; é dela que ele faz a passagem entre a explicação e o texto de Kelsen. Isso significa que a posição hierárquica da metalíngua e língua-objeto depende de um fator importante para o esclarecimento de como se funda a boa tradução²². Qual é ele? Para apresentar uma resposta à questão é necessário que haja um enfrentamento de noções importantes para a compreensão e entendimento do Direito. Passemos a enfrentar tais questões.

7.1 Noção de uso competente da língua

O primeiro ponto para apresentar uma resposta à inquietação proposta, remete-nos a um ponto do campo da pragmática: trata-se de uma questão de enfoque. A boa tradução repousa no enfoque do tradutor ou mais precisamente na aceitação do enfoque do tradutor.

Na dúvida sobre a correta tradução de determinada frase, procura-se alguém que conheça bem a língua com a finalidade de auxiliá-lo. Trata-se de uma confiança na competência.

Para esclarecer a noção de uso competente da língua utilizaremos da distinção proposta por Habermas, apud Ferraz Júnior, entre proposição e enunciado.

A primeira é uma unidade linguística, constituída de expressões linguística. O segundo é uma proposição situada, uma unidade do discurso ou fala. Quem fala usa proposições. Essas proposições dependem, na situação, de fatores psíquicos, sociológicos, políticos etc. Todavia, numa comunidade linguística, existem condições, estruturas gerais de possíveis situações discursivas, que sempre aparecem toda vez que alguém fala. Essas estruturas gerais é que constituem a competência²³.

Tomemos o matar alguém por motivo fútil para transpor essas ideias para a interpretação jurídica. Enquadra-se na ideia de motivo fútil tanto matar alguém

²² Idem, *ibidem*, p. 269.

²³ HABERMAS, Jürgen. *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?* Frankfurt: SuhrKamp. 1971, p. 101 apud FERRAZ JÚNIOR, op. cit. 2001, p. 270.

pela posse de maconha, como sem nenhum motivo. É preciso distinguir as relações sintagmáticas e associativas. As primeiras são as que se estabelecem entre os símbolos – palavras *in praesentia*, isto é, entre as palavras presentes na proposição prescritiva (matar—alguém—por—motivo—fútil). As segundas estabelecem-se *in absentia*, isto é, conjugam símbolos que não aparecem no enunciado.

Isso se percebe quando notamos que na leitura do texto, podemos atribuir carga valorativa diferente a seus termos. Assim, se, ao enunciar, acentuamos a palavra fútil (matar por motivo fútil), ou se acentuamos a palavra motivo (matar alguém por motivo fútil), obtemos resultados diferentes. No primeiro caso, a carga sobre a futilidade conecta esse símbolo com outros, não presentes, que me podem levar até a pensar na “ausência de motivos” como caso de futilidade. No segundo, a carga sobre motivo induz-me a conectar certos atos – portar maconha – como uma razão para punição. As conexões sintagmáticas são lineares, ocorrem uma após a outra. Já as associativas permitem a simultaneidade e, após, construções hierarquizadas²⁴.

É de ressaltar que a organização simbólica da fala vê-se ordenada conforme critério de alto/baixo – hierarquia – e de dentro/fora – participação. Saliente-se que a fala como relação sintagmática valoriza o que está presente em detrimento do que está excluído. Como a relação associativa, porém conecta, em simultaneidade, o presente e o ausente em relação hierárquica. Assim, o que está no alto e dentro é valorado positivamente. O que está embaixo e fora, o é negativamente.

Ferraz Júnior faz uma analogia com um campeonato mundial de futebol. O campo de jogo é o espaço horizontal da comunicação. Todos estão uns frente aos outros. A horizontalidade do enfrentamento, porém, cinde o espaço em alto e baixo. Assim, uma equipe é ou será superior, e outra, inferior. A verticalidade, porém projetada sobre a horizontalidade, converte o alto/baixo no dentro/fora: o importante não é ganhar, mas participar, estar presente. Assim, as equipes que participam do campeonato são qualificadas como superiores às que ficaram de fora²⁵.

Ressalte-se que a relação entre hierarquia e participação não é, necessariamente,

²⁴ FERRAZ JÚNIOR.2001. Op.cit., p. 271.

²⁵ Idem, ibidem, p. 271-272.

congruente. O espaço da comunicação é cortado por outra díade organizadora, que lhe confere a forma cheia: claro/escuro. Os símbolos da fala se iluminam e se obscurecem. A luz revela e esconde. O foco lançado dá o enfoque.

As estruturas formais de participação, hierarquização e relevância organizam a fala e marcam a competência horizontalmente, verticalmente e diagonalmente. Nessa ordem, o momento da relevância é fundamental, pois é responsável pela codificação dos valores dos símbolos em conexão. O enfoque conforme o uso competente depende da relevância.

A uniformização do sentido tem a ver com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica²⁶. Trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não se trata de coação, pois, pelo poder de violência simbólica, o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração.

A variedade e diversidade dos sentidos decorrem também da multiplicidade de pontos de vista dos atores sociais: várias opiniões, vários sentidos.

A uniformização de sentidos pela neutralização das opiniões dos outros é obtida por regras pragmáticas de controle social e isso requer, de novo, uma forma de poder de violência simbólica: o poder-liderança²⁷. Liderança quer dizer uma forma bem-sucedida de supor consenso: para qualquer símbolo, quem quer que conheça a índole da língua, sabe que na comunidade lingüística portuguesa o certo é: o leite é branco; não dizemos: o leite é verde.

²⁶ BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2003.

²⁷ SANTOS, Maria Celeste. Poder Jurídico e Violência Simbólica. São Paulo: Cultural Paulista. 1985.

O uso competente da língua depende de uma relação ideológica de poder, o poder de violência simbólica que se manifesta como autoridade, liderança e reputação.

Como repercute tudo isso para uma fundamentação teórica da hermenêutica?

7.2 Língua hermenêutica e legislador racional

A partir do art. 62 da Constituição Federal de 1988 pode-se realizar a análise da realidade disposta na norma, lembrando que a realidade nada mais é do que um sistema articulado de símbolos num contexto existencial. Acrescente-se que essa realidade-língua(LR), para o jurista, aparece como que de fato acontece: é fato que ocorreu urgência, é fato que foi expedida uma medida provisória pelo Presidente da República. E questiona, que significa fato?

É preciso distinguir entre fato e evento. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, “César atravessou o Rubicão” é um fato. Quando, pois, dizemos que “é um fato que César atravessou o Rubicão”, conferimos realidade ao evento. “Fato” não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar um situação existencial como realidade. A possibilidade de usar o elemento “é fato que” depende, porém, de regras estruturais²⁸.

Quando pode ser usado? Sempre que a asserção for verdadeira. E quando é verdadeira? Sempre que, num universo lingüístico, o uso competente o permitir, isto é, sempre que qualquer um que conheça a língua, com os mesmos instrumentos, seja levado a usar a língua de determinado modo. A realidade, portanto – “é fato que o Sr. J. bate em sua mulher” -, é função da verdade, isto é, do uso competente da língua.

Quando interpretamos, analogamente ao que sucede na tradução, realizamos a passagem de uma língua, a das prescrições normativas (LN), para outra língua, a da realidade (LR). Note que estamos falando da interpretação de normas e não da verificação de fatos.

Estamos diante de duas línguas cujas regras básicas são distintas. A estrutura

²⁸ FERRAZ JÚNIOR. Op. cit., p. 274.

da língua normativa (LN) é dominada pelo conectivo dever-ser (é proibido, é obrigatório, é permitido etc). A estrutura da língua-realidade (LR) é dominada pelo conectivo ser (é fato que, é provável que, é possível que). A passagem, isto é, a interpretação, exige pois uma espécie de transferência indireta, que ocorre graças a uma terceira língua – a língua técnica da hermenêutica dogmática (LH) – que, por pressuposto, tem, em sua estrutura, suas próprias regras básicas e, como regras secundárias, as regras básicas (dever-ser e ser), das outras duas (LN e LR).

Para entender a peculiaridade da língua hermenêutica é necessário a referência a um pressuposto da hermenêutica: o legislador racional. Trata-se de construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que de fato positiva normas). É uma figura intermediária, que funciona como um terceiro metalingüístico, em face da língua normativa e da língua realidade. A ele a hermenêutica reporta-se, quando fala que o “legislador pretende que”, a intenção do legislador é que ou mesmo a mens legis nos diz que:

A figura do legislador racional esclarece o dever-ser descritivo de Kelsen como um dever-ser ideal, que não assume nem uma competência jurídica nem se confunde com a vontade real. Como regra básica da estrutura da língua hermenêutica (LH), o dever-ser ideal permite entender-se a construção lingüística da dogmática interpretativa, por meio da qual se faz a passagem da norma – LN – para a realidade – LR. É a essa terceira língua que se atribui o enfoque privilegiado (competente) que confere sentido à norma, em face da realidade. Por meio da língua hermenêutica reconstrói-se o discurso do ordenamento, como se o intérprete “fizesse de conta que” suas normas constituam um todo harmônico, capaz, então, de ter um sentido na realidade²⁹.

7.2.1 Perfil do legislador racional

O constructo do ‘legislador racional’ pode ser caracterizado por certas condições adaptadas dos princípios pragmáticos descritos na seção 2.1:

²⁹ Idem, *ibidem*, p. 277

1. O legislador racional é um agente racional, dotado de boas razões para as suas decisões.
2. As boas razões em questão satisfazem certos critérios formais, tais como: boas razões não podem ser nem inconsistentes (premissas epistêmicas) nem incoerentes (premissas axiológicas); as decisões são alcançadas pela aplicação das regras válidas do raciocínio jurídico.
3. No que diz respeito às suas premissas epistêmicas, o legislador racional crê nos fatos que deve crer.
4. No que diz respeito às suas premissas axiológicas, o legislador racional deve aceitar ou desejar o que deve desejar.
5. As decisões do legislador racional e suas justificativas são formuladas na linguagem jurídica. Supõe-se que o legislador racional seja um usuário competente ou, como diz Chomsky, um ‘falante ideal’ dessa linguagem.
6. O legislador racional também há de ser um usuário competente das regras de raciocínio jurídico relevantes para suas decisões.
7. O legislador racional usa de fato as regras da linguagem jurídica.
8. O legislador racional usa de fato em suas justificações as regras válidas e relevantes do raciocínio jurídico³⁰.

7.2.2 Perfil do intérprete racional da lei

Para a utilização do constructo do legislador racional, o contexto da interpretação, que inclui o intérprete da lei, deve ser interpretado de modo a satisfazer a várias pressuposições. E essas pressuposições fundamentam o raciocínio jurídico atual. “As pressuposições desse raciocínio, na medida em que lidam com o que torna possível a justificação, podem ser consideradas uma expressão da suposição de racionalidade da interpretação jurídica”³¹.

Podemos tomar três grupos de pressuposições do raciocínio jurídico, que também podem ser tomadas como características do raciocínio interpretativo justificativo: as pressuposições factuais (PF) – propriedades gerais do contexto -, as pressuposições das regras (PR) – propriedades dos diversos conjuntos de regras presentes na elaboração, na aplicação e na interpretação da lei. Estão incluídas nesse grupo as pressuposições relativas à linguagem jurídica (PRL), ao raciocínio

³⁰ DASCAL. Op. cit. 373.

³¹ Idem, ibidem. p. 374.

PF1 Existem as seguintes realidades independentes do intérprete: linguagem jurídica, situações que tornam o uso dessa linguagem pragmaticamente significativo, regras jurídicas formuladas na linguagem jurídica, um sistema jurídico, diretrizes da interpretação jurídica.

PF2 Uma regra jurídica é interpretada em um contexto situacional cuja existência não depende do intérprete.

PF3 O intérprete tem acesso às realidades mencionadas em PF1, à informação contextual relevante mencionada em PF2 e possui a requerida ‘competência jurídica’, isto é, domínio dos sistemas de regras e valores mencionados nas seguintes pressuposições.

PRL1 As regras (semânticas) da linguagem jurídica são relevantes para o significado das regras jurídicas nela expressas.

PRL2 Na aplicação da regra jurídica, em geral não é possível determinar o significado da regra apenas pela força das regras semânticas da linguagem jurídica segundo as quais a regra é formulada.

PRL3 As regras pragmáticas do uso da linguagem são relevantes para a interpretação de uma regra jurídica no contexto da aplicação.

PRL4 As regras jurídicas tal como formuladas na linguagem e no contexto do legislador podem ser traduzidas para a linguagem e o contexto do intérprete da lei.

PRR1 A aplicação das regras do raciocínio jurídico é necessário para a justificação das decisões interpretativas jurídicas.

PRR2 As premissas das decisões interpretativas jurídicas independem, ao menos em parte, do intérprete.

PRR3 As premissas epistêmicas das decisões interpretativas são internamente consistentes e as premissas axiológicas são internamente coerentes.

PRS1 Uma regra interpretada é parte do sistema jurídico.

PRS2 Alguns aspectos do sistema legal são relevantes para a determinação do significado de uma regra interpretada.

PRS3 Um sistema jurídico é pelo menos localmente consistente e coerente.

PA1 A avaliação é relevante em uma interpretação operativa ao menos para a escolha e o uso das diretrizes da interpretação.

PA2 As avaliações fazem parte da argumentação que justifica as decisões interpretativas justificativas ³².

jurídico (PRR) e aos sistemas jurídicos (PRS) - e as pressuposições axiológicas ou de valor (PA) – que são especialmente importantes em um contexto normativo como a lei. Cada uma se refere a diferentes aspectos do contexto de elaboração das leis e de sua interpretação/aplicação.

Assim como um intérprete racional não pode interpretar uma regra jurídica sem pressupor que ela foi decretada por legislador racional, também um legislador racional deve pressupor que as regras que ele decreta serão interpretadas racionalmente, ou seja, de acordo com as pressuposições mencionadas. De certo

³²

Idem. p. 374-375.

modo, o conjunto duplo de condições referentes ao legislador e ao intérprete racional específica, idealmente, o conjunto mínimo de conhecimento mutuamente compartilhado³³ requerido para a interpretação racional ideal. Quanto menos uma situação real de interpretação garante tal suposição de mutualidade, menos ela é capaz de dar lugar a uma decisão interpretativa ‘racional’.

7.2.3 Racionalidade e as ideologias da interpretação legal

7.2.3.1 O legislador racional e a ideologia da interpretação jurídica

Na interpretação operativa (isto é, a interpretação feita durante a aplicação da lei), o constructo do legislador racional é de fato usado³⁴.

Na regra jurídica R na linguagem jurídica L_1 e/ou no contexto C_1 tem o significado S de acordo com as diretrizes de interpretações DI_{11} , DI_{21} , ..., DI_{n1} ; DI_{12} , DI_{22} , ..., DI_{n2} , e as avaliações V_{1i} , V_{2i} , ..., V_{ni} necessárias para a escolha e o uso das diretrizes.

A construção teórica da fórmula normal apresentada supõe que o texto jurídico (interpretado) seja expresso em uma linguagem imprecisa, dependente do contexto. E para diluir a imprecisão da situação de dúvida, as regras semânticas da linguagem jurídica não são suficientes. “Argumentos são necessários e dependem das diretrizes de interpretação e avaliações. É o uso desses argumentos que permite que se possa considerar a decisão interpretativa uma decisão racional”³⁵.

As diretrizes de interpretação jurídica de primeira ordem determinam como utilizar os diversos tipos de contexto para estabelecer o significado de R : o contexto lingüístico (o chamado ‘co-texto’ de R), o contexto sistêmico (o sistema jurídico ao qual R pertence) e o contexto funcional (o entorno psicossociológico onde R foi decretado e/ou aplicado). Cada uma dessas diretrizes lingüísticas da linguagem jurídica pode conduzir a um significado oposto ao significado funcional baseado no papel da regra como um instrumento para alcançar os objetivos de determinadas políticas.

³³ Cf. Schiffer, P. *Meaning*. Oxford: The Clarendon Press. 1972.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Interpretazione Dottrinale e interpretazione Operative*. In *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*. 1966. Vol. 43, p. 290-304.

³⁵ DASCAL. *Op.cit.* 376.

O juiz tem de decidir qual significado deve prevalecer e as suas decisões serão justificadas pelas diretrizes de interpretação de segunda ordem (DI₂)³⁶.

Essas avaliações têm por objetivo demonstrar a necessidade da interpretação, qual seja, forma a base para a avaliação quanto à falta de ‘transparência’ da regra na situação de aplicação, isto é, decidir se, no caso, *Lex non clara est*. São requeridas, da mesma forma, para justificar a escolha de “certas diretrizes de interpretação (o inventário dessas diretrizes é muito extenso) e para utilizá-los”³⁷.

“O significado S é estabelecido ou de modo geral ou relativamente a uma situação específica do uso da regra”. Aqui é importante ressaltar a diferença entre a interpretação operativa e a interpretação doutrinária. “A interpretação operativa normalmente se ocupa do modo relativo e refere-se, assim, a uma situação concreta”. Já em relação à “interpretação doutrinária dogmática legal”, por outro lado, “se ocupa com a determinação geral do significado de uma regra. No entanto, mesmo nesse caso, é feita uma referência implícita a uma situação de uso ‘ideal’ ou ‘racional’, e a necessidade de depender das diretrizes de interpretação e das avaliações não é suprimida, mesmo nesses casos”³⁸.

A análise comparativa das avaliações da interpretação jurídica, tanto como formuladas nas ciências jurídicas e como usadas na prática, nos leva a elaborar a concepção de uma ‘ideologia de interpretação’. Uma ‘ideologia’ consiste no conjunto de diretrizes de interpretação jurídica e das avaliações, tal como aparecem em N³⁹.

Existem dois tipos básicos de ideologia de interpretação, de acordo com o tipo de valores subjacentes que comportam. A ideologia ‘estática’ favorece valores com certeza legal, segurança legal, previsibilidade legal e a estabilidade da lei. A ideologia ‘dinâmica’ está mais preocupada com a adaptação da lei às necessidades mutáveis da vida. Tais necessidades são tidas como a axiologia que fundamenta o contexto funcional da operação da lei na ocasião de sua interpretação (embora também tomem em consideração o contexto sistêmico). A ideologia estática

³⁶ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas. 2001. P. 30.

³⁷ DASCAL. *op. cit.* 376-377.

³⁸ WRÓBLEWSKI. *Op. cit.* 38.

³⁹ *Idem, ibidem.*

corresponde à construção do significado como sendo o significado do emissor, tomado como idêntico à ‘vontade’ do legislador histórico. A ideia de significado da ideologia ‘dinâmica’, por outro lado, é a do significado do emissor modificado, que pode ser alterado, embora não haja alteração na letra da lei⁴⁰.

A primeira identificação acima pode ser defendida da maneira seguinte. Uma vez que a interpretação jurídica deve implementar a certeza, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade da lei, o significado do texto jurídico deve ser tão estável quanto a sua formulação, ou seja, deve permanecer o mesmo, a não ser que o legislador modifique o texto sancionando uma nova lei. Essa estabilidade do significado é garantida quando o significado é definido como a vontade do legislador histórico, isto é, como um fato psicológico do passado que não pode ser alterado com o tempo. Na terminologia empregada neste capítulo, o legislador histórico é o emissor da mensagem jurídica formulada em sua linguagem (L_e) e o significado é o significado do emissor (S_e), determinado inter alia pelo contexto histórico da elaboração das leis (C_e)⁴¹.

O argumento para interpretarmos o significado relevante para a ideologia dinâmica como o significado modificado do emissor conta com a orientação basicamente diferente dessa ideologia. A interpretação jurídica deveria implementar a válvula de adaptação da lei às necessidades mutáveis da vida. Se a letra da lei – o texto jurídico – não muda, apesar das mudanças nas condições de vida, então o processo interpretativo deveria presumir uma mudança no significado. Adequar a lei à vida torna-se assim a tarefa do intérprete: ele tem de atribuir as mudanças relevantes do significado ao legislador presente, agindo no contexto atual. Em nossa terminologia, isso significa que a ideologia dinâmica utiliza um significado do emissor modificado, visto à luz do contexto do receptor (C_r) e, conseqüentemente, não sendo idêntico a S_e , mas mais perto de S_r . Em concepções radicais dos movimentos do Direito Livre, o significado em questão é simplesmente equacionado sem delongas a S_r .

O constructo do legislador racional é, portanto, ambivalente quanto à distinção

⁴⁰ DASCAL. Op. cit. p. 377.

⁴¹ Idem. 377-378.

entre as ideologias. Isso em virtude das justificações das ideologias utilizarem valores estáticos e dinâmicos, ou de sua combinação, sem referência a legislador histórico ou presente como pessoa real.

“Na cultura jurídica corrente existem diretrizes da interpretação jurídica aceitas tanto pela ideologia estática como pela dinâmica”. Elas são baseadas em propriedades relevantes da linguagem e do sistema jurídico. Mas essas diretrizes em comum não são capazes de eliminar todas as dúvidas interpretativas, o que não impede, nem exclui, a necessidade de acrescentar ao aparato interpretativo mais uma ‘ideologia’

“A oposição entre as ideologias estática e dinâmica da interpretação jurídica é baseada nos valores mais essenciais que elas adotam. Não obstante, na literatura jurídica o seu fundamento axiológico não é explicitado e essas ideologias aparecem disfarçadas de “teorias da interpretação”⁴² .

Uma delas é a chamada ‘teoria subjetiva da interpretação’, que define o significado dos textos jurídicos como a vontade do legislador histórico. A teoria oposta é a ‘teoria objetiva da interpretação’, que trata o significado do texto jurídico como independente do legislador histórico e, portanto, como ‘objetivo’. Esse ‘significado objetivo’ pode mudar de acordo com diversos fatores, tais como a vontade do legislador presente ou algum aspecto teleológico, sociológico ou axiológico atribuído ao texto jurídico no processo da interpretação.

A análise crítica mostra que as ideologias aqui discutidas dependem, implicitamente, do ponto de vista tomado em relação ao legislador racional.

A ideologia estática, utilizando o conceito do legislador histórico, de fato atribui a essa pessoa real as qualidades de um legislador racional que, nessa interpretação, deseja que as normas jurídicas por ele decretadas tenham o significado que ele lhes atribui. Ademais, supõe-se que ele dê preferência à uma implementação dos valores estáticos.

A ideologia dinâmica, por sua vez, atribui as características de um legislador

⁴² DASCAL. Op. cit. p. 378.

racional ao legislador presente, o qual deve adequar as leis à vida contemporânea, de acordo com o seu conhecimento da realidade (premissas epistêmicas) e os valores que toma como relevantes (premissas axiológicas).

No entanto, nem todas as ideologias dinâmicas utilizam o constructo de um legislador presente: algumas empregam, por exemplo, a noção do ‘propósito da lei’ como uma propriedade inerente às regras jurídicas, descoberta durante o processo de interpretação⁴³.

O legislador racional é *ex hypothesi* pressuposto no terceiro tipo de ideologia. Mas, como mencionado acima, esse tipo não determina nenhuma preferência por valores estáticos ou dinâmicos. Ao contrário, ele enfatiza a noção da justificação e requer apenas que os valores adotados sejam explicitamente declarados como parte da justificação para a escolha de uma interpretação. O constructo do legislador racional não comporta nenhuma ‘ética’ substantiva, exceto a axiologia (ou ética) da justificação embutida na comunicação. Tal axiologia pode ser vista como contendo um conjunto mínimo de valores, necessários para qualquer ideologia interpretativa e incapaz, portanto, de constituir de per se uma ideologia totalmente desenvolvida.

7.3 Interpretação e paráfrase

Ainda em relação à análise do homicídio por motivo fútil. A divergência e a possibilidade de enquadrar a briga por tóxicos e a ausência de motivos na lei depende da reconstrução da expressão “motivo fútil” conforme o dever-ser do legislador racional. “A relação sintagmática “motivo fútil” sofre uma carga valorativa. Surgem, assim, relações associativas que permitirão aos intérpretes conectar a falta de motivo com a torpeza do ato e assim inverter a ordem linear sintagmática: em vez de motivo fútil, futilidade imotivada. O intérprete vai dizer que essa inversão não precisa tornar-se expressa, corresponde à vontade do legislador. E vai fazer a demonstração com uso competente da língua”⁴⁴.

Ao se utilizar de seus métodos, a hermenêutica identifica o sentido da norma,

⁴³ Idem, 379.

⁴⁴ FERRAZ JUNIOR. Op.cit. 2001. p. 278.

dizendo como ele deve-ser (dever-ser ideal). Ao fazê-lo, porém, não cria um sinônimo, para o símbolo normativo, mas realiza uma paráfrase, isto é, uma reformulação de um texto cujo resultado é um substituto mais persuasivo, pois exarado em termos mais convincentes. Assim, a paráfrase interpretativa não elimina o texto, pondo outro em seu lugar, mas o mantém de uma forma mais conveniente, reforça-o, dando-lhe por base de referência o dever-ser ideal do legislador racional, para um efetivo controle da conotação e da denotação. Ou seja, ao interpretar, a hermenêutica produz um acréscimo à função motivadora da língua normativa e realiza um ato de violência simbólica⁴⁵.

A interpretação não é verdadeira nem por fidelidade ao pensamento do legislador nem por fidelidade aos fatores objetivos da realidade, mas à medida que serve congruentemente a uma relação de poder de violência simbólica. É um discurso de poder ou de para-poder.

Não obstante, o que explicaria as divergências hermenêuticas?

7.4 Interpretação verdadeira e interpretação divergente: códigos fortes e códigos fracos

Em uma relação de poder há três elementos: 1) o agente de dominação, 2) o paciente e 3) as organizações estatuídas. Quando um agente emite uma norma, esta pode ser captada pelo paciente de diversos modos. A relação não é, pois, direta, mas mediada pelas organizações estatuídas que constituem um código explícito.

Em geral, as prescrições burocráticas são emitidas por definição (Weber) conforme um código dotado de rigor denotativo e conotativo. Trata-se de um código forte que procura dar sentido unívoco à prescrição. Ex.: “as obrigações pecuniárias constituídas antes deste decreto-lei e sem cláusula de correção monetária serão convertida na data de seu vencimento conforme o índice de deflação x”. O código forte confere à prescrição um sentido estrito, quando atribui rigor às expressões obrigação pecuniária, constituição da obrigação, data da constituição, fator deflacionário etc. O rigor, porém, estreita o espaço de manobra do destinatário, pois dele se exige um comportamento estrito. Assim, a tendência

⁴⁵

Idem. p. 278

do receptor é ganhar espaço, ampliar sua possibilidade de comportamento. Por isso ele decodifica a prescrição conforme um “código fraco”, isto é, pouco rigoroso e flexível, discutindo se todas as obrigações pecuniárias estão subsumidas na prescrição, se uma obrigação apenas delineada provisoriamente, mas sujeita a incidentes futuros, já foi constituída etc⁴⁶.

Pode ocorrer, porém, que o emissor decodifique sua prescrição conforme um código fraco, procurando “cercar” o comportamento do receptor de todos os lados pela flexibilidade de sentido. Nesse caso, o receptor vai, em contraposição, exigir uma decodificação precisa, conforme um código forte, pois este é que lhe conferirá espaço de manobra.

O legislador normativo trabalha com os dois códigos. Dependendo da situação existencial e atendendo à exigência de imperatividade global do sistema, o intérprete pode variar sua codificação em nome do legislador racional. A paráfrase interpretativa não se resume, portanto, num exercício de decodificação rigorosa, mas pode variar, conforme as circunstâncias, desde que se reforce o poder de violência simbólica. Ex.: proibição de analogia em direito penal.

A possibilidade de usar códigos fortes e fracos a serviço do poder de violência simbólica confere à hermenêutica uma margem de manobra, que, simultaneamente, explica as divergências interpretativas, sem, porém, ferir a noção de interpretação verdadeira, enquanto é a que efetua o ajustamento congruente entre poder-autoridade, poder-liderança e poder-reputação na emissão da norma.

8 Função racionalizadora da hermenêutica

O êxito do direito, como força unificadora, depende de se dar significado efetivo à ideia de um governo do direito, unificado e racional. Para isso trabalha a hermenêutica.

A interpretação judicial operativa, em sentido estrito, ocorre no caso de dúvida devido à falta da clareza necessária ou da transparência requerida para a aplicação da lei. Existem diversas fontes para essas dúvidas, mas todas elas são baseadas nos

⁴⁶ Idem, p. 280.

casos específicos e, conseqüentemente, dependentes do contexto⁴⁷. Esse tipo de interpretação, portanto, envolve sempre um componente pragmático.

É de insistir-se que a ciência jurídica, ao lidar com a sistematização da lei em vigor, apresenta-se como necessária uma interpretação⁴⁸.

Embora as fontes de dúvida nesse tipo de interpretação sejam, via de regra, diferentes das que afetam a interpretação operativa, não existem diferenças relevantes nem no raciocínio justificativo, nem no constructo do legislador racional.

“O raciocínio da interpretação legal é uma das espécies do raciocínio jurídico. No raciocínio jurídico, assim como em todo raciocínio, está subentendida a ideia da racionalidade”⁴⁹.

Não se pode desprezar as diversas formas de racionalidade preconizadas pelos mais variados autores, mas é de se fazer uma suposição mínima como ponto de partida para o desenvolvimento do raciocínio jurídico na atualidade. É de esperar-se que uma decisão não seja arbitrária, qual seja, a decisão deve ser passível de justificativa por ‘boas razões’⁵⁰. Dascal complementa: “a racionalidade é tomada então como a justificabilidade de uma decisão. Ela simplesmente consiste na capacidade de isolar e chamar a atenção para as ‘boas razões’ que supostamente fundamentam uma decisão”⁵¹.

A estrutura profunda de uma decisão legal justificada consiste, essencialmente, em um conjunto de premissas epistêmicas e axiológicas que, por meio de regras aceitas do raciocínio jurídico (justificativo), produzem a decisão (como conclusão do raciocínio).

Aqui é necessário apresentar a diferenciação entre premissas epistêmicas e axiológicas. As primeiras incluem o conhecimento da lei e dos fatos considerados

⁴⁷ WROBLEWSKI. Op. cit. p. 28: Em la interperación operativa, el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas em el proceso de su aplicación al caso concreto. El ejemplo típico es el de la interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa Del derecho.

⁴⁸ AARNIO, Aulus. *Le Rationnel Comme Raisonnable*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1992. p. 63

⁴⁹ Dascal, op. cit., p. 367.

⁵⁰ WRÓBLEWSKI. op. cit. p. 57.

⁵¹ Op. cit. p. 367.

para a decisão em consideração. As segundas incluem avaliações e/ou regras específicas, que são levadas em conta para a justificação.

As premissas epistêmicas e axiológicas, bem assim as regras de justificação, fazem referência implícita a uma pessoa e/ou a um constructo: o legislador. É possível o reconhecimento de pelo menos três concepções desse legislador. O primeiro é visto como um agente histórico decretando a lei. É concebido como uma pessoa ou corpo coletivo dotado de algum conhecimento e de uma atitude axiológica mais ou menos determinada, expressa em suas avaliações. Especialmente na linguagem tradicional do discurso jurídico, encontram-se referências à ‘vontade do legislador histórico’, como se fosse um fato histórico do passado que tem de ser reconstruído com a ajuda de vários instrumentos heurísticos⁵².

9 Métodos e tipos dogmáticos de interpretação

9.1 Métodos hermenêuticos

Os chamados métodos são na verdade regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientação para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática.

9.2 Interpretação gramatical, lógica e sistemática

Os problemas sintáticos referem-se a questões de conexão das palavras nas sentenças: questões léxicas; à conexão de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto: questões lógicas; e à conexões das sentenças num todo orgânico: questões sistemáticas.

A orientação para enfrentar os problemas sintáticos constitui o objeto dos métodos sistemáticos.

Quando se enfrenta uma questão léxica, a doutrina costuma falar em interpretação gramatical. A análise das conexões léxicas, por uma interpretação dita gramatical, não se reduz, pois, a meras regras de concordância, mas exige regras de decidibilidade. A letra da lei é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica.

⁵² Ibidem, 368.

Quando enfrentamos problemas lógicos, a doutrina costuma falar em interpretação lógica. É instrumento técnico a serviço da identificação de inconsistências. Parte-se do pressuposto de que a conexão de uma expressão normativa com as demais do contexto é importante para a obtenção do significado correto. Não obstante as exigências de compatibilidade lógica ocorrem, no entanto, inconsistências quando, às vezes, num mesmo diploma legal, usa-se o mesmo termo em normas distintas com consequências diferentes. Fere-se o princípio lógico da identidade.

O princípio lógico da identidade permite ao jurista mostrar a questão, mas não resolvê-la. “As regras da interpretação lógica, recomendações para criar as condições de decidibilidade, são assim fórmulas quase-lógicas como “o legislador nunca é redundante”, “se duas expressões estão usadas em sentidos diversos, é porque uma deve disciplinar a generalidade, outra abre uma exceção”, ou “deve-se ater aos diferentes contextos em que a expressão ocorre e classificá-los conforme a sua especificidade” etc.

As incompatibilidades lógicas são evitadas conforme três procedimentos retóricos: 1) atitude formal - procura as condições de decidibilidade pelo estabelecimento de recomendações gerais prévias à ocorrência de conflitos, como são o princípio da prevalência do especial sobre o geral, princípio de que a lei não tem expressões supérfluas, o princípio de que, se o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir etc. 2) atitude prática - corresponde a recomendações que emergem das situações conflitivas, por sua consideração material, como procedimento das classificações, definições e redefinições que ora separam termos na forma de oposições simétricas (ou é de conteúdo de direito público ou é de direito privado) ou de conjunção (caso em que os conteúdos são aproximados na forma de gêneros e espécies de um gênero superior) etc. 3) atitude diplomática - exige certa inventividade do intérprete, como é a proposta de ficções: alegação da própria torpeza...

Quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, falemos em interpretação sistemática (*strito sensu*). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão

das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela constituição. Recomenda, portanto, que não se faça a leitura isolada dos textos de lei, códigos, etc.

9.3 Interpretação histórica, sociológica e evolutiva

Embora nos problemas circunscritos como de ordem sintática estes mostram, aqui e ali, questões relacionadas à ordem semântica. Num sentido restrito, os problemas semânticos referem-se ao significado das palavras individuais ou de sentenças prescritivas. Aqui aparecem as questões de ambiguidade e vaguidade já mencionadas. A hermenêutica pressupõe que tais significados são função da conexão fática ou existencial em consideração ao conjunto vital – cultural, político e econômico – que condiciona o uso da expressão. A atividade de expô-los e conectá-los com as expressões normativas constitui objeto dos métodos sociológicos e históricos.

A distinção entre interpretação sociológica e histórica deve levar em conta sua gênese no tempo, o que nem sempre é fácil, pela interpenetração do sentido efetivo na circunstância atual ou o momento de criação da norma.

Para o levantamento das condições históricas, recomenda-se ao intérprete o recurso aos precedentes normativos, isto é, de normas que vigoram no passado e que antecederam à nova disciplina para, por comparação entender os motivos condicionantes de sua gênese⁵³.

A investigação leva o intérprete a buscar nos trabalhos preparatórios (discussões parlamentares, emendas preteridas etc), elementos auxiliares do sentido histórico da norma. Isso lhe fornece o *occasio legis*, i. é, o conjunto de circunstâncias que marcaram efetivamente a gênese da norma.

O levantamento das condições atuais deve levar o intérprete a verificar as funções do comportamento e das instituições sociais no contexto existencial em que ocorreram.

⁵³ FERRAZ JUNIOR. Op. cit. 286.

Com base nesses levantamentos das condições históricas e sociológicas, a interpretação assume duas formas⁵⁴ : a) pode ser feita de modo que significado da palavra ou da sentença prescritiva seja mais claramente definido por meio de uma descrição formulada em outros termos – controle da ambiguidade por interpretação conotativa; b) ou de tal modo que diante de um conjunto de fatos experimentados e delimitados por sua função, seja possível decidir com um sim ou não, ou um talvez, se o conjunto de fatos constitui ou não uma referência que corresponde à palavra ou à sentença – controle da vaguidade por interpretação denotativa.

9.4 Interpretação teleológica e axiológica

Esses são problemas pragmáticos stricto sensu.

Na verdade, sendo um conjunto de paráfrases a serviço do poder de violência simbólica, todo ato interpretativo tem primariamente uma qualidade pragmática, isto é, deve ser entendido numa relação de comunicação entre emissores e receptores das mensagens normativas. Não obstante, as relações entre os comunicadores colocam, num sentido estrito, problemas peculiares que a hermenêutica enfrenta por meio dos métodos teleológico e axiológico⁵⁵.

As questões pragmáticas de interpretação reportam-se mormente à carga emocional dos símbolos. A presença de cargas valorativas precisam ser controladas. É preciso neutralizar os conteúdos, o que não quer dizer eliminar a carga valorativa, mas controlá-la. É preciso generalizar de tal modo esses valores que eles passem a expressar universais do sistema.

O pressuposto e, ao mesmo tempo, a regra básica dos métodos teleológicos é de que sempre é possível atribuir um propósito às normas. Isso, porém, nem sempre é claro e muitas vezes nos levaria a perplexidades. Normas costumeiras existem para as quais é difícil encontrar propósitos e finalidades. O longo uso com o sentimento de obrigatoriedade instaura uma rede de disciplinas sem que possamos encontrar nelas alguma intenção. No entanto, é preciso encontrar essas finalidades ou, ao menos, postulá-las, para obter a neutralização da carga emocional.

Um exemplo é o art. 5º da LICC em que as expressões fins sociais e bem comum

⁵⁴ ROSS, Alf. *Logica de las normas*. Madrid: Tecnos. 1971. P. 113-115.

⁵⁵ FERRAZ JÚNIOR. *Op. cit.* 2001. P. 287.

são entendidas como sínteses éticas da vida em comunidade.

A doutrina costuma distinguir, assim, os princípios como fins imanentes da ordem jurídica e social e reguladores teleológicos da atividade interpretativa, das chamadas regras gerais. Ambos possuem a generalidade como característica, mas a dos princípios é de maior grau: os princípios valem para séries indefinidas de casos, enquanto as regras valem para séries definidas. Exemplos de regras: liberdade contratual no direito das Obrigações, a oralidade e a imediatidade no Direito Processual; de princípios: exigência da boa-fé no trato das relações, o respeito às soluções equitativas, à pessoa e sua dignidade, à igualdade de todos perante a lei, etc.

Teleológica: postulam fins; axiológicas: valorizam situações.

Em suma, a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das consequências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermenauta, sempre um objetivo que serve para controlar até as consequências da revisão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).

10. Tipos de interpretação

10.1 Interpretação especificadora

Uma interpretação especificadora parte do pressuposto de que o sentido da norma cabe na letra de seu enunciado. Tendo em vista a decidibilidade com um mínimo de perturbação social, a hermenêutica vê-se pragmaticamente dominada por um princípio de economia de pensamento. Postula, assim, que para elucidar o conteúdo da norma não é necessário sempre ir até o fim de suas possibilidades significativas, mas até o ponto em que os problemas pareçam razoavelmente decidíveis. Era esse

talvez o sentido do aforismo jurídico *in claris cessati interpretatio*.

Que significa uma interpretação especificadora que se limita a reconhecer que o sentido literal da norma é claro?

Podemos utilizar de dois exemplos: o primeiro diz respeito ao sentido da palavra culpa, estampada no art. 1520 do Código Civil antigo, fazendo a seguinte observação: “Ora, a palavra culpa, mesmo na técnica jurídica, é ambígua, pois se define ora como negligência, ora como dolo, ora como ambos, ora como característica da reprovabilidade pessoal do agente. Todas as conotações são possíveis. Embora, num caso concreto, o aplicador da lei tenha de identificar uma delas, o intérprete dirá que o sentido de culpa no texto do art. 1520, embora abrangente, é claro: não se há de excluir em tese nenhuma das conotações.

Outro exemplo com a expressão interpelação que pode denotar tanto a intimação feita pelo credor ao devedor para que pague, como pergunta dirigida ao Governo por um membro de uma Câmara legislativa. No contexto, no entanto, o intérprete dirá que a denotação é clara, pois se trata de uma norma cujo contexto se refere a relações de credores e devedores.

O que ocorre, em ambos os casos, é uma paráfrase que reproduz a decodificação fraca ou forte do legislador na mesma linha de orientação, reforçando o sentido com o mesmo vetor. No exemplo da culpa, por sua ambiguidade, a mensagem está codificada num código fraco que o intérprete decodifica também num código fraco: não exclui nenhuma conotação e admite qualquer uma como possível. Já na interpelação, o símbolo é vago mas o contexto em que é usado faz ver que a mensagem está codificada num código que o intérprete decodifica também num código forte: discrimina as extensões e atribui a palavra a uma delas, à exclusão da outra.

As expressões código forte e código fraco pertencem a uma análise zetética do problema. A teoria dogmática dirá que, na interpretação especificadora, a letra da lei está em harmonia com a *mens legis* ou o espírito da lei, cabendo ao intérprete apenas constatar a coincidência.

10.2 Interpretação restritiva

Uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão. Supõe-se que a interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los.

A interpretação restritiva pode conter vaguidade denotativa ou ambiguidade conotativa. O primeiro é o caso das normas excepcionais. Não obstante a possibilidade de a *facti species* cobrir outros conteúdos, a doutrina recomenda que a extensão não se faça. O segundo é o caso de direitos fundamentais. Apesar de símbolos como liberdade, vida, saúde, segurança serem ambíguos, cabe ao intérprete tomá-los como conotativamente restritos toda vez que uma norma lhes imponha regras⁵⁶.

A interpretação restritiva corresponde a uma paráfrase que decodifica uma mensagem codificada num código fraco por meio de um código forte. O intérprete altera, pois, o código, mas com o objetivo de aumentar o poder de violência simbólica em nome do telos global do sistema. Supõe, assim, que o legislador racional, por coerência com os valores que o ordenamento agasalha, deseja uma imposição de sentido rigoroso. Destarte, por exemplo, postula que o reconhecimento de direitos fundamentais é estabelecido por normas codificadas por um código fraco e que, portanto, uma lei, hierarquicamente inferior, e que limite tais direitos, só poderia ser codificada por um código forte. Se, de fato, isso nem sempre ocorre, cabe ao intérprete imputar ao legislador essa intenção e, deste modo, decodificar a norma limitadora, exarada num código fraco conforme um código forte. Percebemos, assim, como a hermenêutica é, ela própria, um poder de violência simbólica que faz a lei falar.

A teoria dogmática dirá que a restritividade decorre da teleologia imanente ao ordenamento, sendo uma exigência de valores que constituem a *voluntas legislatoris* ou a *mens legis*. Tudo se faz, pois, em nome da *ratio legis* (na verdade, a vontade do legislador racional).

⁵⁶ Idem, p. 291.

10.3 Interpretação extensiva

Trata-se de um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Isso significa que o intérprete toma a mensagem codificada num código forte e a decodifica conforme um código fraco. Argumenta-se com o respeito da *ratio legis*, pois o legislador (LR) não poderia deixar de prever casos que aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados.

Se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador).

11. Interpretação e integração do direito

A noção de tripartição dos poderes está no cerne da questão da integração, desde que se postule a distinção entre atividade legislativa, executiva e judiciária.

11.1 Modos de integração do direito

A questão dos modos de integração do direito diz respeito aos instrumentos técnicos à disposição do intérprete para efetuar o preenchimento ou a colmatação da lacuna. Tais instrumentos têm dupla finalidade: constatação e preenchimento da lacuna. A analogia não é só usada para preencher ou colmatar um vazio, mas também para mostrar o vazio. A lacuna não aparece para o hermeneuta como uma evidência, mas exige demonstração. A doutrina reconhece casos de lacunas aparentes. Preenchimento e constatação são independentes, pois pode haver constatação, mas o preenchimento é vedado, pois se diz que ultrapassa os limites permitidos à atividade integradora (lacunas que só o legislador pode preencher com a edição de lei). O preenchimento da lacuna não impede sua constatação em novos e sucessivos casos e circunstâncias, a qual continuará a exigir que o legislador venha a preencher (no caso de lacuna preenchida pela sentença judicial no caso concreto, não faz desaparecer do ordenamento).

11.2 Instrumentos quase-lógicos: analogia, indução amplificadora, interpretação extensiva

Não há acordo entre juristas e lógicos sobre a definição da analogia. O difícil problema está na determinação do que sejam as relações essenciais ou de semelhança entre os supostos fáticos.

Há quem afirme (lógica formal) que a analogia é um procedimento conclusivo mediato, que pressupõe pelo menos duas premissas, na qual ocorre o passagem de um particular para outro particular, procurando distinguir da dedução (passagem do geral para o parcial) e da indução (do particular para o geral). Há críticas a essa definição pois há passagem do geral para o geral em analogia. Concluem, outros, que na analogia ocorre, das premissas à conclusão, uma passagem de mesmo nível.

A analogia, no direito, funda-se no princípio geral de que se deva dar tratamento igual a casos semelhantes.

Costuma-se distinguir *analogia legis* e *analogia juris*. A distinção tem a ver com um segundo procedimento quase lógico, a indução amplificadora.

Em geral, a doutrina entende que a *analogia legis* parte de um único preceito legal e aplica-o a casos semelhantes. Já a *analogia juris* parte de vários preceitos, obtendo, por indução, princípios que lhes são comuns, os quais, então, são aplicados aos casos não direta e expressamente previstos pelos dispositivos legais. O autor salienta que a imprecisão advém da expressão princípios gerais de direito. Ressalta que a chamada analogia *juris* é espécie de conjugação de dois métodos lógicos: a indução e a dedução. Com base em casos particulares, obtém-se uma generalização da qual resultam princípios os quais se aplicam, então, dedutivamente, a outros casos.

A indução amplificadora é complexa que a analogia e exige não apenas um juízo empírico de semelhança e juízo de valor sobre o caráter mais significativo da coincidência para efeitos jurídicos, mas também que se extraia da comparação e da valoração um princípio geral. A distância entre a norma (ou normas) de que se parte e o caso omissis é maior.

11.3 Instrumentos institucionais: costumes, princípios gerais de direito, equidade

A relevância dos costumes está aqui como instrumento integrador e não como fonte do direito. O costume ocupa os vazios do ordenamento legal e não do ordenamento global, ao qual pertencem as normas consuetudinárias. Se há norma costumeira, não há lacuna, mas pode haver omissão de norma legal. (art. 4º da LICC).

Jean-Louis Bergel dá-nos uma noção de princípios gerais de como:

Regras de direito objetivo, não de direito natural ou ideal, expressas ou não nos textos mas aplicadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalização⁵⁷.

No entanto, linhas antes deixa a observação de que essa noção é obscura.

Em obra sobre hermenêutica jurídica, Lênio Luiz Streck, chama a atenção para o fato de que os princípios gerais não possuem conceito definido e deixa a seguinte observação:

Os princípios gerais do Direito adquirem um significado apenas quando consideradas em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade. No mínimo, os princípios gerais, em seus mais variados conteúdos, podem servir – e têm servido cotidianamente – como um topos hermenêutico⁵⁸.

Fala-se em equidade no sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. O intérprete busca a racionalização dessa intuição, mediante uma análise das considerações práticas dos efeitos presumíveis das soluções encontradas, o que exige juízos empíricos e de valor, os quais aparecem fundidos na expressão juízo por equidade.

⁵⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁵⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 4. ed., 2003, p. 106.

Na falta de norma, a equidade integra o ordenamento sumariamente, assentando-se nas circunstâncias do caso concreto. Seu contraponto, porém, mesmo quando não parece claramente institucionalizado, é a existência de algum consenso. No direito atual, portanto, ela se prende às elaborações da própria dogmática, às estruturas da língua hermenêutica: o juízo por equidade tem de levar em consideração o sistema.

11.4 Limites à integração

A própria hermenêutica estabelece, de modo arbitrário, formas de controle dos meios de integração.

Assim, impõe a regra de que nenhum meio integrador gera, por si, um efeito generalizante. (só o legislador, não o intérprete elimina a lacuna). O ato integrado é singular e o preenchimento da lacuna é sempre *in casu*.

Outra regra (ou princípio de controle) é o *jus singulare*, o qual foi definido por Paulo como *jus singulares est quod contra tenorem ratione propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* (chama-se direito singular aquele que, em virtude de alguma utilidade especial, vai contra a razão, pela autoridade dos que o constituem). No Brasil a regra não se encontra positivada, mas prevalece como orientação doutrinária.

A questão da lacuna e dos limites à integração é uma espécie de invenção do pensamento dogmático que permite, de modo controlado, a decidibilidade de conflitos não regulados de forma positiva. O direito positivado pressupõe uma tendência em estreitar, em nome dos valores da certeza e da segurança, o campo de atuação do intérprete. O conceito dogmático de lacuna, dos meios de integração e de seus limites confere ao intérprete a possibilidade de se valer de fatores extrapositivos como se fossem positivos ou, ao menos, positiváveis.

Assim, embora a lacuna seja definida como omissão ou falta de norma no ordenamento, ela é na realidade, uma válvula pela qual entram no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideais de justiça, as exigências da equidade, os raciocínios quase-formais.

12. Conclusão

Hermes, na mitologia grega, era um intermediário entre os deuses e os homens, de onde vem a palavra hermenêutica. A dogmática hermenêutica faz a lei falar. A hermenêutica jurídica é uma forma de passar dogmaticamente o direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem domesticado. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia etc) dando a impressão de que o intérprete está guiando-se pelas exigências do próprio real concreto, o que faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado.

A hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais, ao projetá-los numa dimensão harmoniosa – o mundo do legislador racional – ao qual, em tese, tornam-se todos decidíveis. Portanto, não as oculta propriamente, mas as disfarça, trazendo-as para o plano de suas conceptualizações.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

CAMARGO, Maria Lacombe Camargo. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ENGIS CH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

FERRAJOLI, Luigi. *Interpretazione Dottrinale e interpretazione Operative*. In: *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto*, v. 43, 1966. p. 290-304.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. brasileira. Martins Fontes, 1991.

SCHIFFER, P. *Meaning*. Oxford: *The Clarendon Press*. 1972.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

_____. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa. 1997.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoria general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 2001.

