

**EROS ROBERTO GRAU**

***POR QUE TENHO MEDO  
DOS JUÍZES***

***(a interpretação/aplicação  
do direito e os princípios)***

*10ª edição refundida do*

***ENSAIO E DISCURSO SOBRE  
A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO***

 EDITORA  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

 MALHEIROS  
EDITORES

## INTRODUÇÃO

### 1. Direito, segurança e mercado

Para explicar o temor que os juízes hoje me causam – o que justifica a exposição que virá a seguir, a respeito da interpretação/aplicação do direito –, começo referindo a *racionalidade* do direito moderno. Valho-me do que em outros textos tenho afirmado, sem pudor de repeti-lo. A reiteração de algumas premissas é necessária à compreensão do que se pretende sustentar.

O chamado *direito moderno* é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: *segurança*. Cotidianamente trocamos nossa insegurança por submissão ao poder.<sup>1</sup> E definimos “segurança” pelo seu contrário. Aqui, hoje – sob o chamado *Estado moderno* –, aceitamos o *poder* por conta de garantias mínimas de *segurança* por ele bem ou mal asseguradas.

O *Estado moderno* surgindo com a vocação de atuar no campo econômico, o passar do tempo enseja alterações apenas no seu modo de atuar. Nas palavras de Habermas [1973:77-79], ele *constitui e preserva, complementa, substitui e compensa* o modo de produção capitalista. Desde a garantia das instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar até a *compensação* das disfunções do processo de acumulação (direito ambiental e direito do consumidor, legitimação, por exemplo).

Pois o Estado lança mão do direito moderno para *preservar* os mercados. Daí que o direito moderno é instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas... Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir.

1. O Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

A propósito, tenho lembrado Weber [1969:238], para quem as exigências de *calculabilidade e confiança* no funcionamento da ordem jurídica e na chamada Administração constituem exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras – deve poder contar com *estabilidade, segurança e objetividade* no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis e da Administração. A pequena burguesia – diz Ferdinand Lassalle [1985:34-35] – passa a almejar, ao final do absolutismo, “em benefício do seu comércio e de suas incipientes indústrias, a ordem e a tranquilidade pública e ao mesmo tempo a organização de uma justiça correta dentro do País”.

Trata-se, então, da *ordem pública*, constituída pelas normas jurídicas que compõem o núcleo mais expressivo daquilo de Nicos Poulantzas [1965:326] chama de *le besoin de calcul de prévision*: os agentes econômicos, no interior de um mercado extremamente complexo no qual o ganho voltado à acumulação de capital joga papel preponderante, necessitam de uma *justiça* e de uma Administração cujo funcionamento possa ser, em princípio, *calculado racionalmente*. Essa possibilidade corresponde a uma exigência inafastável do mercado. Nesse quadro, a ordem pública, para além da racionalidade da generalidade da lei, garante a execução dos contratos. Pois saber com certo grau de certeza que os contratos serão respeitados, isso – dizia Franz Neumann [1969:49 e ss.] é indispensável ao sucesso empresarial.

Antes dissera Hermann Heller [1987:208]: “a segurança das trocas ou a certeza do direito tornaram-se possíveis em decorrência de uma notável calculabilidade e previsibilidade das relações sociais, que se tornam realizáveis somente se as relações sociais, e sobretudo as econômicas, são reguladas de modo crescente por um único ordenamento, ou seja, emanado de um único ponto equidistante. O resultado final, ainda que não definitivo, desse processo de racionalização social é o moderno Estado de Direito”.

## 2. (segue)

Ora, o cumprimento dos contratos não podia ser assegurado sob a equidade, incompatível com a calculabilidade, o primeiro requisito do direito moderno.

Era necessário transformar a *equidade* em um *sistema rígido de normas*, a fim de que fosse assegurada a *calculabilidade* exigida pelas transações econômicas.

Essa necessidade justificou a limitação de poder da monarquia patrimonial e do feudalismo e culminou na instituição do poder legislativo dos Parlamentos. A tarefa primordial do Estado era a da *criação de uma ordem jurídica que tornasse possível o cumprimento das obrigações contratuais e calculável a expectativa de que essas obrigações seriam cumpridas*.

A intervenção do Estado na vida econômica é um *reductor de riscos* tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos – como observa Avelãs Nunes [1972:125] –, com um *princípio de segurança*. Não poderá ser entendida como *limitação* ou *desvio* imposto aos objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas como redução de riscos e garantia de maior segurança na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista.

### 3. *Segurança e mercado*

O mercado é instituição jurídica constituída pelo *direito positivo*. É expressão de um projeto político – como *princípio de organização social* – e atividade. O Estado deve *garantir a liberdade econômica* e, concomitantemente, *operar a sua regulamentação*.

A livre concorrência – dizia Franz Neumann [1969:49-50] – “precisa da generalidade da lei e do direito por ser ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta subordinação do juiz ao direito, e daí a separação de Poderes”. O modo de produção social capitalista, que elege como *ratio fundamentalis* do ordenamento político o lucro, coloca o direito positivo a seu serviço.

Esse direito, posto pelo Estado moderno, existe fundamentalmente para *permitir a fluência da circulação mercantil*, para *tentar “domesticar” os determinismos econômicos*. E essa pretensão – de dominar a realidade – expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo (leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia) *necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la!*

O direito moderno é racional porque permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo aqueles que se dão nos mercados.

## A INTERPRETAÇÃO

Una prima mia affermazione concerne un problema anche più generale: oggetto dell'interpretazione non è una "norma", ma un testo (o un comportamento); è in forza dell'interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi "passato", "storico", che si formula la "norma" (come "presente" ed anzi proiettata nel "futuro"). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere "testo". [Ascarelli 1959:140]<sup>1</sup>

### 14. Observações iniciais

O vocábulo "produção" é usado na expressão "produção do direito pelo juiz" em sentido diverso do veiculado pelo vocábulo "criação". O que desejo afirmar é que os juízes, intérpretes autênticos,<sup>2</sup> embora não o *criem, produzem* direito ao completar o trabalho do legislador (ou do autor do texto, no exercício de função regulamentar ou regimental) [cf. **Grau 2011:239-240**].

Os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalização desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um *novo texto* (a *norma*) a partir de um *primeiro texto* (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento).

Em outros termos: os juízes *produzem* direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o *texto*) em outra (a *norma*).<sup>3</sup> Nesse sentido, o juiz *produz* direito (isto é, a *norma*).

1. Sobre a interpretação como o momento criativo do direito no pensamento de Ascarelli, v. Grossi [1998:354 e ss.].

2. Uso a expressão "intérprete autêntico" no sentido a ela atribuído por Kelsen.

3. E esta, como observa Ascarelli, logo se converte em novo texto.

Desejo, ademais, anotar desde logo que a *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto* e a *realidade*.

Nego, pois, a concepção tradicional, à moda de Savigny, para quem a interpretação não é mais que a *reconstrução do pensamento do legislador*.<sup>4</sup>

Em suma: a interpretação do direito não é atividade de *conhecimento*, mas *constitutiva*; portanto, *decisional*, embora *não discricionária*. Dizendo-o de outro modo: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É atividade *constitutiva*, não meramente *declaratória*. Um autor infelizmente pouco frequentado, Nicos Poulantzas [1965:225], assinalava – a seu tempo, inovadoramente – a importância da atividade desempenhada pelo juiz em termos de objetivação necessária à existência do direito. Daí seu papel *criador*. Mas ele *cria* (= *produz*) a norma não a partir do nada, e sim, inicialmente, dos textos.

A outro ponto devo, ainda, introdutoriamente aludir, para distinguir a interpretação desenvolvida pelos juízes (intérpretes autênticos) dos exercícios de interpretação praticados pelos demais operadores do direito<sup>5</sup> e pela doutrina. Estes últimos – operadores do direito e juristas – não são dotados do poder de praticar o ato *decisional*, momento final da atividade de interpretação. O único intérprete autorizado pelo próprio direito a definir a *norma de decisão* em cada caso é o juiz. Convém, portanto, para apartá-las, afirmarmos que a atividade (= conjunto de atos) de interpretação empreendida pelos demais operadores do direito e pelos juristas cessa no momento anterior ao da definição da *norma de decisão*, ato privativo do intérprete autêntico.

A exposição que segue afasta-se do positivismo legalista, que supõe seja o direito um sistema fechado, continente de todas as soluções demandáveis tendo em vista a harmonização, ou organização, de conflitos reduzidos à sua expressão em litígios judiciais [v. **Grau 2011:25-26**]. Afasto-me do positivismo legalista, que – na crença irreal de que o universal domine, supere e suplante os particularismos – vê o direito como sistema que não contém nem admite exceções. Não obstante, se entendermos que o acatamento à legalidade e ao devido procedimento legal se encontra na raiz do positivismo, a exposição que segue há de ser tida como expressão de um positivismo adequado aos particularismos da realidade social.

4. Para ampliar, v. Grau [2009:nota 4].

5. Detesto a expressão, utilizando-a por razões de brevidade.

### 15. A interpretação até os anos 1970 e a subsunção

Cossio [1939:100-102] produz relato bastante fiel do estado em que permaneceu o pensamento jurídico a propósito da interpretação do direito até os anos 70 do século passado, observando que Kelsen e Merkl explicaram pela primeira vez a relação lógica que há entre o momento legislativo e o momento judicial do direito: o juiz não pode criar normas gerais, mas cria direito ao criar normas individualizadas. O juiz não legisla nem suplementa a lei, mas, dentro do espaço sinalizado pela lei, autodetermina-se. Eis aí a interpretação. Todo o espaço da dinâmica jurídica é *aplicação* em relação às normas gerais que o fundamentam, mas é *criação* em relação às normas inferiores que fundamenta. Daí que, assim como o legislador aplica a Constituição quando legisla, o juiz quando decide aplica a lei, criando, porém, dentro dela, uma norma individualizada. Eis aí o fundamento lógico da interpretação judicial.<sup>6</sup> A lei é, então, concebida como orientação a ser seguida por quem deve tomar aquela decisão, ou seja, para quem encontra e forma a norma particular.

É assim – prossegue Cossio – que o juiz, por uma razão ontológica, cria direito dentro da lei, mas não pode criá-lo fora dela senão por delegação, mercê do quê, em rigor, se transforma em legislador. Resulta decisiva, então, para a compreensão de tudo isso, a distinção entre normas jurídicas gerais e normas individualizadas, que a Escola de Viena elaborou com rigorosa força demonstrativa. As sentenças, as resoluções administrativas e os negócios jurídicos são, então, compreendidos como normas, e não como fatos, conforme o ensino tradicional.<sup>7</sup>

A importância da *nova hermenêutica* está em que a razão mencionada por Cossio, que daria lugar à interpretação tradicional, desaparece. Outra é, agora, a razão ontológica da *criação* de direito pelo intérprete autêntico.

6. Cossio cita Capograssi – “aplicar a lei significa para o juiz, para o administrador, para o jurista prático, encontrar e formar a norma particular adequada ao caso particular, e a lei é apenas o critério dado ao juiz para regular-se melhor ao resolver a busca que o caso particular suscita”.

7. Referindo-se à extensão interpretativa no caso das lacunas jurídicas, Cossio [1939:105-106] observa que, ao contrário do paleontólogo – que constrói toda uma ossatura a partir de um só osso desenterrado –, o juiz encontra a norma jurídica não formulada pelo legislador. Isso porque, sendo o direito uma totalidade hermética, a norma necessariamente está nela. O juiz unicamente explicita a norma não formulada. O juiz não cria a norma geral na qual fundamentará sua decisão, mesmo porque essa hipótese implicaria que o caso fosse julgado segundo uma norma criada depois do fato e para o fato – o que contrariaria outros pressupostos da ordem jurídica.

Por isso recuso a concepção da interpretação como mera *subsunção* [v. **Engisch 1983:43 e ss.**]. Pois a interpretação do direito não se reduz a exercício de comprovação de que, em determinada situação de fato, efetivamente se dão as condições de uma consequência jurídica (um *dever-ser*). Nesse mero exercício não há absolutamente nenhuma *criação* de direito.<sup>8</sup>

8. A subsunção implica apreciar-se como da generalidade de um dever-ser, de suas *implicações gerais*, são obtidas as proposições concretas desse dever-ser. Últimar essa operação é aplicar o direito; sua mecânica está fundada em um silogismo: a premissa maior é o texto normativo, a premissa menor são os pressupostos de fato e a consequência jurídica [**Canosa Usera 1988:9-10**].

Lembre-se o trecho clássico de Beccaria [**1911:28**]: “In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev’essere la legge generale; la minore, l’azione conforme o no alla legge; la conseguenza; la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all’incertezza”.

Donati [**2002:27**] observa que: “Alla certezza del diritto si correla, come conseguenza necessaria, la soggezione del giudice al diritto. Se il diritto è dato, il giudice non deve più elaborare la regola compositrice del conflitto intersoggettivo sottoposto alla sua cognizione, ma limitarsi a correlare il fatto al diritto, a sussumere il fatto nel diritto, e, da questa sussunzione, ricevere le conclusioni. Il diritto diviene, così, la premissa maggiore di un sillogismo apodittico, il fatto la premissa minore, la sentenza la conclusione indotta da queste due premesse”.

Ainda a negar a interpretação como mera subsunção, Pontes de Miranda [**1975:288-292**]: “A expressão ‘erro *contra literam*’, ou violação da regra jurídica (ou texto) literal de lei, nenhuma referência contém a ser escrito ou não escrito o direito. (...) O direito, em sua evolução incessante, ou, pelo menos, em sua mutabilidade, porque lhe faltam os fatores de estabilidade, mais característicos da moral e da religião, constitui o que, em cada momento, é tido pelo mais justo e ao mesmo tempo *realizável*. (...) O princípio de que o juiz está sujeito à lei é, ainda onde o meteram nas Constituições, algo de ‘guia de viajantes’, de itinerário, que muito serve, mas nem sempre basta. Equivale a inserir-se nos regulamentos de uma fábrica uma lei de física, a que se devem subordinar as máquinas: a alteração há de ser nas máquinas. Se entendemos que a palavra ‘lei’ substitui a que lá deverá estar, ‘direito’, já muda de figura. Porque direito é conceito sociológico, a que o juiz se subordina, pelo fato mesmo de ser instrumento da realização dele. E esse é o *verdadeiro* conteúdo do juramento do juiz quando promete respeitar e assegurar a lei. Se o conteúdo fosse o de impor a *letra legal*, e só ela, aos fatos, a função judicial não corresponderia àquilo para que foi criada: apaziguar, realizar o direito objetivo. Seria a perfeição em matéria de braço mecânico do legislador, braço sem cabeça, sem inteligência, sem discernimento; mas antissocial e, como a lei e a jurisdição servem à sociedade, absurda. Além disso, violaria, eventualmente, todos os processos de adaptação da própria vida social, porque só atenderia a eles, fosse a moral, fosse a ciência, fosse a religião, *se coincidissem* com o papel escrito. Seria pouco provável a realizabilidade do direito objetivo se *só* fosse a lei: não apenas pela inevitabilidade das lacunas, como porque a própria realização supõe provimento aos casos omissos e a subordinação das partes imperfeitas aos princípios do próprio direito a ser realizado. (...) A regra extralegal (no sentido de não escrita nos textos), assente com fixidez e inequívocidade, é *direito*, ao passo que não o é

## 16. Interpretar/compreender<sup>9</sup>

As exposições tradicionais sobre a interpretação do direito geralmente são abertas com uma alusão à *compreensão*.

Diz-se, então, em alusão à interpretação em geral, que – ainda que o verbo denote distintos significados – *interpretar é compreender*.

Deveras, *interpretar é*, em *sentido amplo, compreender*. Diante de determinado signo linguístico, a ele atribuímos um significado específico, definindo a conotação que expressa, em coerência com as regras de sentido da linguagem no bojo da qual o signo comparece. Praticamos, então, exercício de *compreensão* desse signo (= buscamos entendê-lo). *Interpretar*, em sentido amplo, *é compreender* signos linguísticos.

Em *sentido estrito*, contudo, o verbo “interpretar” assume distinta conotação. Qualquer ato de comunicação pode ensejar uma ou outra das seguintes situações: (i) as palavras e expressões da linguagem nele utilizadas são suficientemente claras, verificando-se, então, uma situação de *isomorfia* [Wróblewski 1985:23]; (ii) inexistente essa clareza, e dúvidas se manifestam quanto ao sentido preciso de tais palavras e expressões.

Demanda-se, assim, nesta segunda situação, como antecedente indispensável à plenitude da *compreensão*, a determinação do significado das palavras e expressões de que se cuida, no que se busca precisar seus sentidos. Aqui, portanto, a *interpretação (em sentido estrito)* – exercí-

a regra legal a que a interpretação fez dizer outra coisa ou o substituiu. Pouco importa, ou nada importa, que a letra seja *clara*, que a lei seja *clara*: a lei pode ser clara e obscuro o direito que, diante dela, se deve aplicar. Porque a lei é roteiro, itinerário, guia. Do que foi dito podemos tirar que o direito, a que se referem as leis processuais, não é a lei; mas aquele cercado, não muito ‘fino’, em que os textos são estacas, que às vezes, por serem duas ou mais, uma adiante das outras, o arame só por uma passa, porque a outra ou outras ficaram ‘fora’ do que bastaria ao cercado ou *seria preciso* ao cercado. O *verbum legis* é ínfimo se nós lhe antepomos a *vis ac potestas legis*. O conteúdo imanente da ordem jurídica obriga a que a lei mesma, que não é *prius*, sofra a ajustação ao direito fixado, que ela não teve forças para mudar. A opinião de que ao *iudicium rescindens* não vão somente as sentenças proferidas *contra direito ‘escrito’* nunca deixou de ser a dos grandes juristas. O direito, e não a lei como texto, é o que se teme seja ofendido. Alguns escritores desavisados leram ‘direito expresso’ como se fosse ‘lei escrita clara’, lei escrita explícita. É grave erro. O direito de que se fala é o direito em sua *consistência de revelação*”.

9. Com a *nova hermenêutica* é também irreconciliável a chamada *interpretação negativa*, que decorre da prescrição segundo a qual o intérprete deve ater-se exclusivamente à interpretação literal do texto ou remeter-se à interpretação dada ao texto pelo legislador. A *interpretação negativa* importa que se reserve ao legislador o papel de único intérprete, negando-se aos juízes o seu desempenho. Para ampliar, v. Grau [2009:Anexo II].

cio complexo, distinto da pronta coleta de um específico significado – antecede, na medida em que a viabiliza, a plenitude da *compreensão*. Interpretamos, *em sentido estrito*, para compreender. *Compreender é interpretar em sentido amplo*.

### 17. Situações de isomorfia e situações de interpretação

Raras vezes nos colocamos, no uso da linguagem jurídica, diante de *situações de isomorfia*. Em regra, nela afloram *situações de interpretação*. Ambiguidade e imprecisão das palavras e expressões da linguagem jurídica encaminham, inexoravelmente, a instalação de *situações de interpretação em sentido estrito*.<sup>10</sup>

Ademais, sempre, ainda quando se trate de situações de *isomorfia*, o exercício de determinação do sentido das palavras e expressões se impõe. Mesmo palavras e expressões unívocas na linguagem usual assumem – ou deveriam assumir – na linguagem jurídica sentidos mais precisos que os naquele primeiro nível a elas atribuídos [Larenz 1983:83]. Daí por que se há de tomar sob reserva a afirmação de que *in claris cessat interpretatio*, à qual se contrapõem as máximas de Ulpiano – “Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio” (*Digesto*, L. 25, tít. 4, frag. 1, § 11) – e de Celso – “Scire legis non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem” (*Digesto*, L. 1, tít. 3, frag. 17).

Note-se bem, quanto a esse ponto, que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada. Isso é de uma clareza sem par, embora poucos o percebam.<sup>11</sup>

Além disso, tanto a *situação de dúvida* (*situação de interpretação*) quanto a *situação de isomorfia* dependem de atos concretos de comunica-

10. V., sobre a linguagem, o *Apêndice*.

11. Diz Frosini [1991:98]: “O aforismo latino, [*in claris non fit interpretatio*] em seu significado original, tinha uma função específica: a de fazer prevalecer a vontade do legislador sobre a do comentarista. Mas no seu uso habitual foi adquirindo o sentido irreflexivo e enganoso de que se pode prescindir da interpretação da mensagem legislativa quando esta é clara em si mesma. Em realidade, a clareza de uma lei, que nunca se encontra isolada do contexto que é o ordenamento jurídico ao qual pertence e graças ao qual torna-se operante, não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, que a reconhece e afirma como tal: como clareza e certeza” [v. também Tarello 1980:33-35].

ção, não podendo ser consideradas *in abstracto*: o mesmo texto é claro ou dúbio, segundo os contextos concretos do seu uso.<sup>12</sup> A clareza (isomorfia), destarte, é noção pragmática, comprometida com alguns caracteres semânticos da linguagem jurídica [Wróblewski 1985:24]. O texto claro torna-se obscuro em função da tensão dos interesses que se põem em torno dele. A luta pela produção de sentido do texto se instala em torno dessa tensão.

### 18. Por que se impõe a interpretação do direito?

Praticamos a interpretação do direito não – ou não apenas por isso – porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado.

O intérprete procede à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos. Este ponto desejo enfatizar: o intérprete apreende o significado dos textos no quadro da realidade do momento no qual as normas serão aplicadas. Daí que a realidade do momento no qual os acontecimentos que compõem o caso se apresentam pesará de maneira determinante na produção da(s) norma(s) aplicável(veis) ao caso. Isso estarei a dizer de ora por diante sempre que referir a circunstância de o intérprete proceder à interpretação dos textos normativos no quadro da realidade, tal e qual a realidade é no momento da interpretação dos textos e dos fatos.<sup>13</sup>

Mas não é só, visto que – repito-o – a interpretação do direito é *constitutiva*, não simplesmente *declaratória*. Vale dizer: não se limita – a interpretação do direito – a ser mera compreensão dos textos, da realidade e dos fatos. Vai bem além disso.<sup>14</sup>

12. V. nota 56, abaixo.

13. Gadamer [1991:612] afirma que a tarefa da hermenêutica jurídica não é compreender as proposições jurídicas vigentes, mas encontrar direito, isto é, interpretar as leis de modo a que a ordem jurídica cubra inteiramente a realidade social.

14. Lembre-se a observação de Ascarelli [1955:763]: “a interpretação (...) é uma construção e uma reconstrução que explica, desenvolve, restringe, modifica substancialmente; reconduz-se sempre ao dado interpretado e sempre modificando-o. (...). Cada lei existe, no fim, qual interpretada; cada lei é qual a faz a interpretação que seja

Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos, da realidade e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de determinada solução para ele, consignada na norma de decisão.<sup>15</sup>

Cumpramos distinguir, pois, de um lado, as *normas jurídicas* produzidas pelo intérprete a partir dos textos e da realidade e, de outro, a *norma de decisão* do caso, expressa na sentença judicial. Dizendo-o de outra forma: em um primeiro momento o intérprete trabalha os textos e a realidade visando a produzir *normas jurídicas* gerais; a partir dessas normas, decide – isto é, define a *norma de decisão*. As normas jurídicas gerais que conformam e informam a decisão surgem de uma primeira operação, da qual decorre a afirmação da outra, a norma de decisão.

### ***19. Interpretação e concretização do direito***

Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem desti-

acolhida, e esta interpretação na realidade reconstrói a lei e pode fazê-la diversa da sua primeira inteligência; transforma-a com o tempo; adapta-a e modifica-a; desenvolve-a ou a reduz a nada. E nesta interpretação se fazem valer as exigências e as convicções do intérprete, assim como aquela condenação moral que, todavia, não se ergue eticamente contra a norma, negando-a, mas se concretiza interpretando-a e plasmando-a (...); respeitando-a e assim respeitando a exigência de ordem e de certeza que esta sempre representa mas, ao mesmo tempo, transformando-a e, assim, adequando-a a um sempre mutável equilíbrio de contrastantes forças e valorações”. No original: “L’interpretazione (...) è una costruzione e una ricostruzione che spiega, sviluppa, restringe, sostanzialmente modifica; sempre riconducendosi al dato interpretato eppur sempre modificandolo. (...) Ogni legge è alla fine quale interpretata ogni legge è quale la fa l’interpretazione che venga accolta e questa interpretazione in realtà ricostruisce la legge e la può fare diversa dalla sua prima intelligenza; la viene trasformando col tempo; la adatta e modifica; la sviluppa o la riduce al nulla. E in questa interpretazione pur si fanno valere le esigenze e le convinzioni dell’interprete, sì che quella condanna morale che tuttavia non si erige eticamente contro la norma negandola, pur si fa operosa interpretandola e plasmandola (...); rispettandola e così rimanendo sensibile a quell’esigenza di ordine e certezza che questa pur sempre rappresenta, am insieme trasformandola e così adeguandola a un sempre mutevole equilibrio di contrastanti forze e valutazioni”.

15. Daí por que a interpretação (= interpretação/aplicação) do direito é peculiar em relação à compreensão de outros textos. Não se volta à simples determinação do significado de textos normativos, porém à obtenção do que Castanheira Neves [1993:84] chama de “critério prático normativo adequado” de decisão de casos concretos.

túidos de clareza –, mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo sua aplicação a um caso, real ou fictício.

O texto normativo – observa Friedrich Müller [1993:169] – não contém imediatamente a *norma*. A *norma* é *construída*, pelo intérprete, no decorrer do processo de *concretização* do direito; o preceito jurídico é matéria que precisa ser “trabalhada”.<sup>16</sup>

Partindo do *texto normativo*, no quadro da realidade contemporânea à interpretação, alcançamos a *norma jurídica*, para então caminharmos até a *norma de decisão*, aquela que confere solução ao caso. Somente então se dá a concretização do direito.

O texto normativo é uma fração da norma – aquela absorvida pela linguagem jurídica –, mas não é, ainda, a norma. Pois não se reduz à linguagem jurídica. Abrange todos os elementos e situações do mundo da vida, tal como se manifestam no momento de sua aplicação.

A concretização implica um caminhar do *texto normativo em direção à norma concreta* (a *norma jurídica*), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado. A concretização somente se realiza no passo seguinte, quando é afirmada a *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto.<sup>17</sup>

16. Diz Müller [2000:61-62]: “Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida em que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (isto é: o teor literal de uma norma) pode parecer ‘clara’ ou mesmo ‘unívoca’ no papel, já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente ‘destituída de clareza’. Isso se evidencia sempre somente na tentativa efetiva da concretização. Nela não se ‘aplica’ algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas ‘a’ norma jurídica não está pronta nem ‘substancialmente’ concluída”. [Note-se que a tradução deste trecho é imprecisa, mencionando “norma” quando, na verdade, se trata, nele, de “texto”].

17. Para ampliar, v. Grau [2009:77-80, item 6]. Sobre a *teoria jurídica estruturante* e a concretização em Müller, v. a exposição de Neves [2003:360-362].

## 20. Os contextos da interpretação

A interpretação em sentido estrito desenrola-se em três distintos contextos [Wróblewski 1985:38 e ss.].

No primeiro deles – o *contexto linguístico* – as situações de dúvida decorrem da circunstância de a linguagem jurídica apresentar ambiguidades e zonas de penumbra e ser potencialmente vaga e imprecisa – traços que advêm do fato de se nutrir da linguagem natural.

No segundo – o *contexto sistêmico* –, as dúvidas que a reclamam manifestam-se quando o significado *prima facie* de um texto normativo resulta inconsistente ou incoerente em presença de outro ou outros textos normativos do sistema jurídico no qual o primeiro se encontra inserido. A interpretação em sentido estrito, então, se impõe, seja porque (i) os textos normativos de um sistema jurídico relacionam-se substantiva e formalmente, (ii) seja não apenas porque há hierarquia entre eles, mas também porque assumem formas e modalidades diversas (normas gerais e normas especiais; normas primárias e normas secundárias; normas de conduta, normas de organização e normas-objetivo), ou, ainda, (iii) porque não se presume contradição entre eles (consistência do sistema) e, ademais, (iv) a harmonia entre eles é pressuposta (coerência do sistema).

No terceiro – o *contexto funcional* –, as situações de dúvida consistem, basicamente, na coexistência *prima facie* de múltiplas funções, conflitivas e excludentes entre si, atribuíveis a um mesmo texto normativo.

## 21. Compreender e reexprimir

O vocábulo “interpretação” veicula, no mínimo, dois sentidos: (i) a atividade de interpretar; (ii) o produto, resultado da atividade de interpretar. Neste segundo sentido a interpretação é a norma, ou seja, o significado que se atribui (como resultado da atividade de interpretação) às leis e outros atos normativos [Tarello 1980:102].

Daí por que interpretar, mesmo e já no momento da interpretação do texto normativo, não é apenas compreender.

A interpretação é uma relação entre duas expressões. A primeira (que porta uma *significação*), expressão original, é o objeto da interpretação. A segunda, designada “a interpretação”, cumpre, em relação à outra, a função de *interpretante* [Ortigués 1987:219]. A interpretação

aporta à primeira expressão (*objeto da interpretação*) uma *nova forma de expressão*, que não é necessariamente verbal – como ocorre no caso das artes *alográficas* (música e teatro). Assim, interpretar é *compreender + reformular ou reexprimir sob nova forma*.<sup>18</sup>

A interpretação consubstancia operação de *mediação* que consiste em transformar uma expressão em uma outra, visando a tornar mais compreensível o objeto ao qual a linguagem se aplica.

## 22. *Significantes e significados*

Operação de carácter linguístico, a interpretação do direito há de ser descrita como processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas linguísticas* contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu *conteúdo normativo*: caminhamos dos *significantes* (os enunciados, textos) aos *significados* [Zagrebel'sky 1990:68].

O que pretendo sustentar é o carácter *alográfico* da interpretação do direito.

## 23. *Artes autográficas e artes alográficas*

Podemos distinguir dois tipos de expressão artística: as artes *alográficas* e as artes *autográficas*. Nas artes *alográficas* (música e teatro) a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. Nas artes *autográficas* (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra [Ortigues 1987:221].

Em ambas (artes *alográficas* e artes *autográficas*) há *interpretação*, mas são distintas uma e outra.

A interpretação da pintura e do romance importa *compreensão*. A obra, *objeto da interpretação*, é completada apenas pelo seu autor. A *compreensão* visa à fruição de *emoção estética* independentemente da mediação de um *intérprete*.

18. A interpretação de qualquer linguagem verbal ou notacional consiste em *mostrar algo*: vai “do abstrato ao concreto, da fórmula à respectiva aplicação, à sua ‘ilustração’ ou à sua inserção na vida” [Ortigues 1987:220]. Na interpretação de fatos, ao contrário, vai-se do concreto ao abstrato, da experiência à linguagem.

A interpretação musical e teatral importa *compreensão + reprodução*. A obra *objeto da interpretação* reclama um *intérprete* para que possa ser *compreendida*, produzindo *emoção estética*. O *primeiro intérprete* compreende e reproduz, e o *segundo intérprete* compreende mediante a – através da – *compreensão/reprodução do primeiro intérprete*, ainda que nessa *segunda* compreensão se manifeste também a construção de uma *nova forma de expressão*.<sup>19</sup>

#### 24. O texto normativo é alográfico

O texto, preceito, enunciado normativo é *alográfico*. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A *completude* do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete.

Mas o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, distinto do *texto*. É a *norma*.

Isso significa que o *texto* normativo, visando à solução de conflitos – isto é, uma decisão *normativamente fundada* para problemas práticos, em razão do quê consubstancia *dever-ser* (*sollen*, e não *sein*), e não *contemplação estética* –, reclama um *intérprete* (*primeiro intérprete*) que *compreenda e reproduza* não para que um *segundo intérprete* possa *compreender*, mas a fim de que determinado conflito seja decidido.<sup>20</sup>

19. Roman Ingarden [*apud Kalinowski 1982:109 e ss.*] distinguia entre a obra de arte e a obra estética produzidas. A primeira, pelo artista; a segunda, por seu intérprete. Esta tem por fundamento aquela. Mas pode acontecer que a interpretação infiel seja esteticamente superior à interpretação fiel – o que, aliás, é particularmente visível no domínio teatral.

Maximiliano [1957:83] diz: “Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhados belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram automático; e sim árbitro de adaptação dos textos às *espécies* ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social”.

20. Ao contrário da interpretação científica e filosófica, a interpretação jurídica é uma interpretação prática [Kalinowski 1982:112 e 118].

Abrangendo textos, realidade e fatos, a interpretação do direito opera a mediação entre o *caráter geral do texto normativo* e sua *aplicação particular*. Opera sua *inserção na vida*.

## 25. A determinação do conteúdo normativo

A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas linguísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos (enunciados, disposições, textos)*. O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (*o texto*). Neste sentido, o intérprete *produz a norma*.

Atividade que se presta a transformar *disposições (textos, enunciados)* em *normas*, a interpretação é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual o intérprete desvenda as *normas* contidas nas *disposições*.

*Interpretar* é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos em um *enunciado normativo*. O *produto* do ato de interpretar, portanto, é o *significado* atribuído ao *enunciado* ou *texto (preceito, disposição)* [Canotilho 1991:208].<sup>21</sup>

## 26. Texto e norma (as normas resultam da interpretação)

L'oggetto dell'interpretazione giuridica è perciò costituito da enunciati: gli enunciati normativi. [Tarello 1980:107]

Aparecem de modo bem distinto, neste ponto de minha exposição, *o texto (enunciado, disposição)* e *a norma*. *Texto e norma* não se identi-

21. Dizendo-o na síntese de Tarello: interpretação é a atividade “con cui un operatore qualchesia attribuisce significati a documenti che esprimono norme, al fine appunto di racavare la norma espressa dal documento” [1980:61]. Norma significa “semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base de indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione” [1980:64]. “Nelle organizzazioni giuridiche moderne, le norme sono i significati che si attribuiscono ai documenti delle leggi e degle altri atti normativi giuridici. A questa attribuzione di significato si dà il nome di interpretazione” [1980:102].