

HUMBERTO ÁVILA

***CONSTITUIÇÃO,
LIBERDADE
E INTERPRETAÇÃO***

3ª edição, revista

Obstáculos à Efetividade da Liberdade no Estado Constitucional

2.1 Ceticismo. 2.2 Particularismo. 2.3 Consequencialismo. 2.4 Populismo. 2.5 Idealismo. 2.6 Emotivismo.

2.1 Ceticismo

Uma das razões que levam o intérprete a desconsiderar os significados mínimos dos dispositivos introduzidos pelo legislador é a teoria da interpretação que ele – ostensiva ou silenciosamente, consciente ou inconscientemente – adota.

A interpretação, enquanto processo que produz determinado resultado, pode ter, em um quadro bastante simplificado exposto por Riccardo Guastini, três principais acepções: descobrir um significado, escolher um significado ou criar um significado.

Quando se defende que a interpretação é a descoberta de um significado sustenta-se, de um lado, que os termos – palavras e expressões – e os enunciados objeto de interpretação exprimem um *único* significado; de outro, que a atividade de interpretar consiste na simples revelação daquele significado, sem que possa o intérprete, de algum modo, contribuir para sua conformação. Essa teoria da interpretação pode ser denominada de teoria cognitivista da interpretação, na medida em que pressupõe que a interpretação seja uma atividade meramente cognitiva, isto é, de simples conhecimento, jamais de vontade ou de decisão, nada mais cabendo ao intérprete senão descobrir o significado que preexiste à sua própria atividade interpretativa. Para tal teoria, portanto, interpretar é simplesmente descobrir *um* significado.

Quando se sustenta que a interpretação é a escolha de um significado entre os significados possíveis, afirma-se, de um lado, que os termos e os enunciados objeto de interpretação conotam potencialmente alguns significados, e não apenas um; de outro, que a atividade de interpretar consiste em inicialmente descobrir esses significados e posteriormente escolher um deles, sendo precisamente essa escolha a contribuição que dará o intérprete para definir o significado que enfim resultará de sua atividade. Essa teoria da interpretação pode ser denominada de teoria cognitivista moderada da interpretação (ou cética moderada, dependendo do ângulo que se pretenda privilegiar), na medida em que pressupõe que a interpretação seja conjuntamente uma atividade de conhecimento e de vontade: de conhecimento, por pressupor que o intérprete primeiro reconheça os significados preexistentes; e de vontade, por pressupor que ele decida qual dos significados preexistentes é o correto. Para tal teoria, por conseguinte, interpretar é reconhecer *algum* ou *alguns* significados e optar por um deles.

Quando se assume que a interpretação é a criação de um significado, argumenta-se, de um lado, que os termos e os enunciados objeto de interpretação não possuem nenhum significado preexistente à atividade interpretativa, razão pela qual admitem receber qualquer significado; de outro, que a atividade interpretativa consiste em construir um significado, sendo essa atividade totalmente constitutiva de um significado que antes dela não existia. Essa teoria da interpretação pode ser denominada de teoria cética radical da interpretação, na medida em que pressupõe que a interpretação seja exclusivamente um ato de vontade, jamais de conhecimento. Para tal teoria, por consequência, interpretar é atribuir *qualquer* significado.

Na qualidade de teorias gerais da interpretação, que procuram definir o estatuto lógico ou a natureza geral da interpretação, tanto a teoria cognitivista radical quanto a teoria cética radical estão equivocadas.

A teoria cognitivista radical, também denominada de teoria formalista da interpretação, está equivocada porque pressupõe que os termos e os enunciados comportam um único significado. Isso, porém, não é verdadeiro, já que, entre tantas outras causas de indeterminação, a linguagem é potencialmente ambígua e complexa: ambígua, porque pode exprimir *alternativamente* mais de um significado; complexa, porque pode exprimir *simultaneamente* mais de um significado. A ambiguidade surge, por exemplo, na interpretação do vocábulo “aumentar”, inserido

no dispositivo que impede os entes federados de aumentar tributos no mesmo exercício em que houver sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou: “aumentar” pode significar tanto o incremento direto do tributo, pela elevação de sua alíquota, quanto o indireto, por qualquer tipo de elevação direta ou indireta da carga tributária, como sucede quando é revogado um benefício fiscal e, por conta disso, a carga tributária termina aumentando. Em suma, o dispositivo “X” pode significar tanto “A” quanto “B”; não possui um significado apenas, portanto.

A complexidade tem lugar, por exemplo, quando se interpreta a expressão “sem lei que o estabeleça”, inserida no dispositivo que impede os entes federados de instituir ou aumentar tributos sem lei que estabeleça a instituição ou o aumento: “sem lei que o estabeleça” significa que deve haver uma lei aprovada pelo Parlamento (legalidade formal), que a própria lei deve definir os elementos da obrigação tributária (legalidade material), que os regulamentos só podem cumprir a função de executar a lei, sem ir além dela ou contra ela (função executiva dos regulamentos), que os tributos não podem ser exigidos por analogia (proibição de analogia) e que a função legislativa não pode ser delegada pelo legislador ao administrador ou julgador (proibição de delegação). Em suma, o dispositivo “X” significa, ao mesmo tempo, “A”, “B”, “C”, “D” e “E”. Não possui um significado apenas, então.

Além da ambiguidade e da complexidade, também a genericidade e a vagueza afastam o argumento de que os enunciados normativos podem de fato receber uma e apenas uma interpretação. O significado de um enunciado normativo é (mais ou menos) genérico quando, em razão da sua amplitude, pode ser especificado de modos diferentes e alternativos. É o que ocorre com a maioria dos princípios, que podem ser especificados de múltiplas maneiras, relativamente aos sujeitos, ao objeto, ao tempo, ao lugar, ao modo, à medida e assim por diante. Como apontam para um fim (“F”), com maior ou menor amplitude, sem predeterminar ou referir diretamente o meio (“M”), os princípios podem ser concretizados de diferentes formas, isto é, a partir deles podem ser reconstruídas diferentes regras havidas como meios para promover o fim (“Para F, então *algum* M”). Esse fenômeno pode ser explicado como uma espécie de implicação, no sentido de saber se determinada norma (N1) implica ou não outra norma (N2). O significado de um enunciado normativo é (mais ou menos) vago quando, em razão de sua falta de precisão, embora se saiba que se aplica com certeza a determinados casos (zona de certeza

positiva ou relativa a candidatos positivos) e não se aplica com certeza a outros (zona de certeza negativa ou relativa a candidatos negativos), não se sabe ao certo se se aplica ou não a determinados casos-limite (zona de penumbra ou relativa a candidatos neutros), pela ausência de um critério intrínseco que possa definir a sua aplicabilidade. Como falta um critério quantitativo que defina se o significado é ou não aplicável (vagueza quantitativa) ou não se sabe à exaustão quais são as propriedades (ou suas especificações) havidas como necessárias e suficientes para a sua aplicação (vagueza combinatória), os significados portadores de vagueza podem ser aplicados de diferentes formas, isto é, a partir deles podem ser reconstruídas diferentes regras mediante a indicação de critérios, propriedades ou atributos que definem a sua aplicação ou não aplicação a determinados casos (“Se A , e não X , então Z ”). Esse fenômeno também pode ser explicado como uma espécie de defectibilidade, no sentido de saber se determinada norma (N1) está ou não sujeita a exceções implícitas em virtude de determinadas particularidades.

O importante, aqui, é que a ambiguidade, a complexidade, a genericidade e a vagueza, assim como outras espécies de indeterminação, impedem que se possa definir a interpretação como sendo uma atividade concernente a descobrir um único significado. Tampouco se pode afirmar que a interpretação seja uma atividade de puro conhecimento, sem que o intérprete seja forçado a tomar decisões. Desde a escolha das fontes a serem interpretadas até os argumentos a serem utilizados, sempre estará presente – em maior ou menor medida – uma decisão do intérprete baseada em argumentos e regras de preferência entre eles, quando não mesmo em teorias e doutrinas que qualifiquem os argumentos e as regras de preferência que ele utiliza. Isso não quer dizer, como será adiante justificado, que o intérprete possa atribuir qualquer significado e escolher qualquer argumento ou regra de prevalência, muito menos que todos os eventuais significados possíveis sejam igualmente razoáveis e da mesma forma juridicamente suportados. Quer dizer apenas que não se pode sustentar que a atividade interpretativa se resume a descobrir *um* significado.

A teoria cética radical, também denominada de teoria realista da interpretação, está igualmente equivocada porque pressupõe que os termos e os enunciados não possuem nenhum significado anterior à atividade interpretativa específica e que o intérprete é totalmente livre para atribuir o significado que melhor lhe aprouver. Isso, porém, tampouco é verdadeiro, já que as palavras e expressões exprimem significados, sendo por

isso mesmo utilizadas e compreendidas pelas pessoas mesmo quando não são por estas expressamente definidas.

No âmbito do Direito, além disso, as palavras e expressões têm seus significados consolidados ao longo do tempo pelos intérpretes do ordenamento jurídico, sejam eles os julgadores, os administradores ou os doutrinadores. Assim, quando empregadas pelo legislador, as palavras e expressões vêm carregadas de significados que preexistem à atividade de interpretação desses termos em determinada situação. E quando o legislador deseja se afastar desse sentido usual e consolidado, a fim de atribuir uma acepção completamente nova a uma palavra antiga ou mudar parcialmente seu significado anterior, ele tem a possibilidade de estipular ou cunhar, direta ou indiretamente, uma definição ou uma redefinição. Mesmo os enunciados – isto é, as orações dotadas de significado completo, com sujeito, verbo e predicado – utilizados pelo legislador vão sendo paulatinamente interpretados pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário e aplicados a determinados casos concretos no transcorrer do tempo. Desse modo, quando interpretados pelo intérprete, seja ele quem for, os enunciados também já vêm carregados de significados que preexistem à sua interpretação em determinada situação.

As considerações anteriores prestam-se a demonstrar que a interpretação não pode ser qualificada, em termos gerais, como uma atividade de criação de significados, na medida em que as palavras e expressões encerram significados que preexistem à atividade interpretativa individual.

Como teoria geral da interpretação, portanto, a hipótese que melhor explica a atividade de interpretação é a teoria cognitivista moderada. Com efeito, a interpretação pode melhor ser entendida como a reconstrução dos significados possíveis admitidos pelos termos objeto de interpretação e a escolha de um desses significados, baseada em um ou mais argumentos e em regras de prevalência entre eles.

Nesse passo, é importante voltar aos exemplos acima apresentados. Quando se interpreta a palavra “receita” inserta no dispositivo que faculta à União instituir uma contribuição social e se entende que ela denota os valores que ingressam definitivamente no patrimônio dos contribuintes, sem reserva ou condição, está-se, mesmo sem o dizer, privilegiando o argumento semântico, relativo ao significado preliminar das palavras, em detrimento do argumento teleológico, concernente à finalidade do dispositivo. Entende-se que o primeiro deva prevalecer sobre o segundo, em razão de o dispositivo atribuir ao ente federado um

poder cujo exercício irá restringir os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, razão pela qual o significado preliminar incorporado à palavra utilizada pelo legislador constituinte, que orienta o contribuinte no dia a dia do exercício de suas atividades, deve prevalecer sobre aquilo que o mesmo legislador teria eventualmente pretendido dizer, mas terminou não dizendo.

Já quando se interpreta a palavra “casa” inserta no dispositivo que estabelece a casa como asilo inviolável do indivíduo e se decide que ela, a par de exprimir o significado preliminar de residência ou domicílio, denota qualquer compartimento habitado, como um quarto de hotel, de pensão ou de hospedaria, ou mesmo um local privado onde o indivíduo exerce sua profissão ou sua atividade econômica, está-se, mesmo sem o dizer, privilegiando o argumento teleológico, concernente à finalidade do dispositivo, em detrimento do argumento semântico, relativo ao significado preliminar de suas palavras. Entende-se que o primeiro deva prevalecer sobre o segundo, em razão de o dispositivo instituir uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal e lhe assegurar um espaço inviolável para o desenvolvimento de sua personalidade e de sua profissão, razão pela qual a finalidade do dispositivo deve prevalecer sobre eventual significado preliminar de uma das palavras que ele empregou.

Com esses exemplos, aqui trazidos a título meramente ilustrativo, pretende-se apenas dizer que o intérprete parte dos significados incorporados aos termos objeto de interpretação e, estribado em argumentos e regras de preferência entre eles, escolhe justificadamente aquele que entende deva ser o correto. Isso significa dizer que a interpretação é conjuntamente uma atividade de conhecimento e de vontade: de conhecimento, porque pressupõe a existência de significados atrelados, por incorporação ou definição, aos termos empregados pelo legislador; de vontade, por exigir que o intérprete, com base em argumentos e regras de prevalência entre eles, decida qual dos significados é o correto. Embora devesse fazê-lo, para tornar transparente e criticável sua argumentação, não costuma o intérprete revelar que interpreta com base em argumentos e regras de prevalência entre eles – não obstante, consciente ou inconscientemente, sempre o faça, ainda que não o exteriorize.

Mas, se a interpretação é a atividade por meio da qual o intérprete reconstrói significados possíveis e decide, assente em argumentos e regras de prevalência, qual deles é o correto, mister ser dito que quando esse mesmo intérprete, a pretexto de interpretar, desconsidera os signi-

ficados mínimos dos dispositivos introduzidos pelo legislador, o modo como este normatizou a matéria e os efeitos que sua interpretação irá provocar nos direitos fundamentais do indivíduo, ele em verdade não interpreta, mas subverte aquilo que foi posto pelo legislador, surpreendendo e enganando o indivíduo com consequências com as quais este não podia nem devia contar. É precisamente aqui que aparece com nitidez o motivo por que deve o ceticismo ser considerado um obstáculo à efetividade da liberdade no Estado Constitucional.

Quando o intérprete, mesmo sem o dizer ou mesmo sem o saber, atribui a palavras e expressões constantes de dispositivos que outorgam poder ao Estado, ou estabelecem direitos e garantias individuais, significados incompatíveis com seus significados consolidados, ele acaba por surpreender o indivíduo, na medida em que este age esperando pelo reconhecimento de determinado significado e, depois que agiu, tem sua conduta regulada com base em um significado diferente, vindo a sofrer uma consequência com a qual não podia contar e eventualmente não queria nem podia suportar.

Por exemplo, quando o indivíduo exerce sua profissão sabendo que deverá pagar o imposto sobre a renda relativa aos rendimentos que porventura vier a auferir, ele o faz ciente de que só deverá pagar o referido imposto se aquilo que receber provocar um acréscimo a seu patrimônio, exatamente porque a palavra “renda” é há décadas definida, tanto pelo legislador quanto pela jurisprudência, como “acrécimo patrimonial em determinado período”. Se, no entanto, o intérprete atribuir à palavra “renda” um significado incompatível com o de “acrécimo patrimonial em determinado período”, mesmo que com base em sedutores propósitos, dois fenômenos serão necessariamente produzidos, mesmo que ele não o queira ou não o saiba: de um lado, o contribuinte será surpreendido, na medida em que, tendo agido na expectativa do reconhecimento de determinado significado, verá sua conduta regulada com base em significado diverso; de outro, o Estado, que só tinha poder para tributar a renda, será beneficiado com a tributação de algo que não constitui renda, sendo futuramente incentivado a atuar mesmo quando não tenha poderes para tanto. Em suma, o contribuinte será certamente surpreendido no presente e provavelmente tornará a ser surpreendido no futuro.

Outro exemplo: o indivíduo sabe que, se porventura for fiscalizado por alguma autoridade, seu domicílio deverá ser considerado “inviolável” e a autoridade só poderá nele ingressar durante o dia, por determi-

nação judicial. Sabe igualmente que, se seu domicílio for invadido sem essa autorização, qualquer prova que venha a ser obtida pela autoridade o terá sido por “meios ilícitos”, e, como tal, deverá ser considerada “inadmissível” em qualquer tipo de processo. Em outras palavras: o indivíduo age sabendo que a palavra “inviolável” significa “inaceitável” e a expressão “meios ilícitos” significa “meios proibidos”, exatamente porque aquela palavra e esta expressão, por terem tais significados consolidados, são por todos compreendidas dessa forma. Se, todavia, o intérprete atribuir à palavra “inviolável”, ainda que apoiado em arrebatadoras finalidades, um significado incompatível com o de “inaceitável” e à expressão “meios ilícitos” um significado inconciliável com o de “meios proibidos”, permitindo, à força dessa interpretação, que uma prova obtida por meio da invasão do domicílio do indivíduo durante o dia e sem autorização judicial seja aceita em determinado processo, uma vez mais dois fenômenos serão necessariamente produzidos, mesmo que ele não o queira ou não o saiba: de um lado, o indivíduo será surpreendido, pois, tendo agido confiando no reconhecimento de determinado significado, verá sua conduta regulada com base em um significado diferente; de outro, o Estado, que só tinha poder de obter provas por meios lícitos, obterá provas por meios ilícitos, sendo futuramente incentivado a atuar mesmo quando não tenha poderes para tanto.

Em ambos os casos o indivíduo não apenas não consegue antecipar a atuação estatal, pois espera ser regulado de uma forma e termina o sendo de outra, como também não logra fazer com que seus direitos sejam transformados em deveres por quem os deve respeitar. Vale dizer: o Direito, em virtude de as palavras utilizadas pelo legislador perderem seu significado, perde, por sua vez, a força prescritiva de modificar o comportamento de seus destinatários. Como consequência, os direitos individuais, por não servirem como instrumento para levar o Estado a se abster de fazer algo e se obrigar a fazer algo, perdem também sua força normativa de transformar em deveres alheios aquilo que recaia em seu âmbito de proteção. Em suma, o Direito deixa de ser Direito e os direitos deixam de ser direitos.

O importante para o tópico ora discutido é que, insistindo no exemplo empregado da regra “Se ‘A’, então ‘Z’”, quando o intérprete desconsidera os significados mínimos da hipótese “A” ou da consequência “Z”, o modo como o legislador normatizou a matéria (se por meio de uma regra ou de um princípio) e os efeitos que sua interpretação irá provocar

nos direitos fundamentais do indivíduo (se restringindo ou ampliando sua liberdade), ele – sabendo ou não, querendo ou não, tanto faz – está adotando a teoria cética da interpretação, de acordo com a qual interpretar é atribuir qualquer significado às palavras do legislador. Ao assim proceder, porém, ele – sabendo ou não, querendo ou não, também pouco importa – está eliminando o caráter prescritivo do Direito, pela anulação de seu poder de modificar o comportamento de seus destinatários, e abolindo a eficácia normativa dos direitos fundamentais, pela extinção de sua força constritiva sobre quem injustificadamente restringir seu âmbito de proteção. E, ao fazê-lo, está necessariamente impedindo que o indivíduo possa autonomamente plasmar seu presente e livremente definir seu futuro.

É preciso deixar claro, por fim, que quando se afirma que o intérprete não está autorizado a desconsiderar os significados das palavras e expressões empregadas pelo legislador, nem a estrutura justificativa com que este tratou de determinada matéria, não se está negando que o intérprete não utilize nem possa utilizar vários tipos de argumentos, nem que não possa, eventualmente, até criar novos significados. Essas duas atividades – argumentação e criação – submetem-se, porém, a estruturas e limites bem definidos.

Pode o intérprete de fato empregar os mais variados argumentos no processo de interpretação – (1) argumentos institucionais imanentes ao ordenamento jurídico: semânticos (relativos ao significado ordinário ou técnico da linguagem) e sintáticos (referentes à estrutura da linguagem), teleológicos (concernentes à finalidade que o legislador pretendeu atingir ou que o dispositivo pretende promover) e sistemáticos (atinentes ao contexto normativo no qual o dispositivo está inserido); (2) argumentos institucionais transcendententes ao ordenamento jurídico: históricos (pertinentes ao contexto histórico em que surgiu o dispositivo ou em que ele será aplicado) e genéticos (relacionados à gênese do dispositivo); (3) argumentos não institucionais ou meramente práticos: argumentos consequencialistas (respeitantes às consequências da decisão acerca do significado do dispositivo).

Embora possa o intérprete de fato e em tese utilizar todos esses argumentos, não lhe é permitido juridicamente escolher arbitrariamente qualquer um, na medida em que o próprio ordenamento jurídico, ainda que indiretamente, estabeleceu certa prevalência entre eles quando fixou seus princípios fundamentais gerais ou específicos.

Se, com efeito, o princípio do Estado de Direito estabelece uma ligação estrutural entre a atividade do Estado e o Direito, o princípio democrático determina a participação dos cidadãos nas decisões políticas por intermédio de representantes que consolidam suas posições em fontes do Direito e o princípio da separação dos Poderes estabelece que cada um dos Poderes deve exercer suas funções típicas com independência e harmonia, então, quando se tratar de uma interpretação cujo resultado possa restringir os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, os argumentos que se deixem reconduzir àquilo que o legislador direta e particularmente estabeleceu (argumentos semânticos e sintáticos) devem prevalecer sobre aqueles que digam respeito ao que ele eventualmente pretendia dizer, mas de fato não disse nem direta, nem particularmente (argumentos históricos e genéticos). Afinal, o Direito serve de orientação para os indivíduos exercerem seus direitos fundamentais de liberdade, e os indivíduos só podem orientar-se com base naquilo que o legislador disse, não no que eventualmente pretendia ter dito, mas terminou não dizendo. E os argumentos baseados em fontes formais (argumentos institucionais) devem prevalecer sobre aqueles que, apesar do apelo prático, não se deixem reconduzir ao que foi expressamente estabelecido pelo legislador, mas a consequências que o próprio intérprete presume serão provocadas com sua interpretação (argumentos não institucionais). Não haveria de ser diferente, visto que os indivíduos só podem orientar-se com base naquilo que o legislador disse no passado, jamais com base naquilo que o julgador dirá no futuro.

Quando, porém, se tratar de uma interpretação cujo resultado venha a ampliar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, os argumentos que se deixem reconduzir àquilo que o legislador direta e particularmente estabeleceu (argumentos semânticos, sintáticos) podem eventualmente ceder frente àqueles que digam respeito ao que ele objetivava fazer e ao momento histórico em que concebeu esse objetivo (argumentos teleológicos, históricos e genéticos). É que nesse âmbito não se estão definindo significados que limitarão o poder do Estado frente ao indivíduo, mas significados que permitirão ao indivíduo configurar sua forma de viver.

O essencial a ser dito é que os princípios constitucionais, se levados a sério, repercutem sobre os argumentos que o intérprete pode utilizar. Conquanto a atividade de interpretação seja permeada de argumentos, dependendo da matéria e da estrutura normativa escolhida pelo legisla-

dor, alguns deles poderão ser utilizados; outros, não; alguns terão mais importância; outros, menos. E isso porque, dependendo desses fatores, o indivíduo será ou não surpreendido por significados com os quais não podia contar e por consequências que não queria ou eventualmente nem poderia suportar.

Do mesmo modo, a atividade interpretativa, mais que descobrir significados e decidir sobre eles, como de ordinário ocorre, pode ocasionalmente envolver a criação de significados. É o caso, por exemplo, da constatação e do preenchimento de lacunas pelo intérprete: em algumas circunstâncias o intérprete percebe que determinada situação, quando analisada à luz do ordenamento como um todo, deveria ter sido regulada pelo legislador, mas não o foi. Comprovada a omissão e constatada a existência de uma lacuna, poderá ele eventualmente preenchê-la, mediante a introdução de um significado novo, isto é, de uma regra que não pode ser reconduzida a algum dispositivo expressamente estabelecido pelo legislador, precisamente porque este, no que respeita àquela situação particular, se omitiu.

É necessário ter em mente, todavia, que essa atividade, ademais de excepcional, não é nem desestruturada, nem ilimitada: não é desestruturada, porque deve ser realizada com base em critérios que se reconduzem ao próprio ordenamento jurídico, como é o caso do preenchimento de lacunas com base na finalidade do dispositivo objeto de interpretação ou com base nos princípios fundamentais aplicáveis à matéria que está sendo tratada; e não é ilimitada, porque, dependendo dos efeitos que a interpretação irá produzir nos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, o preenchimento de lacunas nem sequer é permitido, como ocorre no caso do direito tributário, em que é vedada a instituição de tributos “sem lei que o estabeleça”, e no caso do direito penal, em que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Em outras palavras: embora possa o intérprete introduzir significados em situações excepcionais, quando o legislador é omissor e o âmbito normativo regulado o permite, não pode reversamente ignorar os significados dos dispositivos quando o legislador não se omite, ainda que – repise-se – munido dos melhores propósitos. É que, a proceder assim, estará o intérprete não apenas desconsiderando aquilo que o legislador estabeleceu, em flagrante violação ao princípio democrático e à regra da legalidade; estará também tomando de assalto o indivíduo com significados com os quais este não podia contar e submetendo-o a

consequências que não queria e eventualmente nem poderia suportar, em manifesta violação ao princípio de liberdade.

2.2 *Particularismo*

Outra razão que leva o intérprete a desconsiderar os significados mínimos dos dispositivos introduzidos pelo legislador é o modelo de aplicação que ele – ostensiva ou silenciosamente, consciente ou inconscientemente – utiliza.

A aplicação, como modo por meio do qual o intérprete enquadra casos na classe de casos previstos em determinada hipótese normativa, pode ter, igualmente em um quadro bastante simplificado exposto por Frederick Schauer, quatro principais acepções: aplicar regras de maneira totalmente rígida e sem exceções; aplicar regras de maneira parcialmente rígida, abrindo exceções para poucos casos; aplicar regras de maneira parcialmente flexível, abrindo exceções para muitos casos; e desconsiderar totalmente as regras. Os modelos variam, portanto, conforme o grau de rigidez atribuído às regras e a importância atribuída ao caso, oscilando, com muitas variações e nuances, de um extremo em que as regras possuem rigidez absoluta e as circunstâncias do caso são irrelevantes, sendo a solução dada total ou predominantemente pelas regras e, portanto, pelo legislador, até outro extremo em que as regras não apresentam qualquer rigidez e as circunstâncias do caso são decisivas, sendo a solução do caso ditada total ou predominantemente pelas circunstâncias do caso e, por conseguinte, pelo julgador.

O modelo aplicativo denominado de “formalismo puro” defende que as regras devam ser aplicadas de forma absolutamente rígida, sem qualquer tipo de flexibilização, ainda que por razões de justiça individual. Nessa acepção, as regras funcionariam – com permissão para uma metáfora – como muros de presídios de segurança máxima, erigindo barreiras intransponíveis a quem está cercado por eles. Desse modo, a regra “Se ‘A’, então ‘Z’” deveria ser aplicada indistintamente, ainda que o legislador se houvesse esquecido de um elemento essencial quando editou o dispositivo com base no qual será reconstruída a regra a ser aplicada ou surgisse um elemento dessa natureza no momento de sua aplicação. Tal elemento, para efeitos didáticos, poderia ser qualificado como “fator X”. A mencionada regra, nesse modelo aplicativo, poderia ser, então, formalizada como “Se ‘A’, então ‘Z’, *mesmo que* ‘X’”. Por