

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Matheus Alves da Rocha

Um Percurso da História Hermenêutica Brasileira

Entre o formalismo e o subjetivismo
na interpretação judicial

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O TEMA DO *IN CLARIS CESSAT INTERPRETATIO* NAS DISCUSSÕES CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO

O que gera a aporia é que o equitativo é o justo, porém não o justo conforme à lei, mas uma retificação do justo com amparo na lei. A causa disto é que toda lei é universal; porém, a respeito de algumas coisas, não é possível exprimir-se corretamente em termos universais. Então, naquelas coisas nas quais é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazer isso de modo correto, a lei abrange o que vale na maior parte das vezes, não ignorando o erro cometido. Não por isso está menos correta: o erro, pois, não reside na lei, tampouco no legislador, mas na natureza da coisa, pois a matéria das ações é bem de tal tipo. Quando, assim, a lei se pronuncia em termos universais, mas a situação evolve em direção a algo que viola o universal na medida em que o legislador deixa algo de lado e errou ao se pronunciar de modo absoluto, é então correto retificar o que está inadequado, o que o próprio legislador declararia se estivesse presente aqui e, que se tivesse sabido, teria posto na legislação.¹

A história da Hermenêutica pode ser contada desde, pelo menos, a partir do século XVII², quando foi pela primeira vez nomeada como *arte da interpretação* e disciplina voltada à produção de técnicas interpre-

-
1. ZINGANO, Marco. Aristoteles: Ethica Nicomachea v1-15: tratado da justiça / tradução e comentário de Marco Zingano; texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017.
 2. GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. UNISINOS. p. 23.

tativas. Contudo, a preocupação com a interpretação de textos e outros símbolos remonta aos gregos, passando pela escolástica, até ter na palavra Hermenêutica uma referência em arcabouço de técnicas, preocupadas em esclarecer os sentidos de algo fruto da cultura humana. A figura de Hermes, como o deus grego responsável pela descoberta da linguagem e da escrita pela humanidade, tem significado central na etimologia da palavra *hermeneuien*, representando aquele que traduz o que não está acessível à inteligência humana. Hermes estava encarregado de mediar a comunicação entre deuses e homens, mas, afinal, soube-se apenas o que Hermes disse sobre o que os deuses disseram.

Seria possível um acesso direto à linguagem dos deuses? Reformulando essa pergunta para o Direito, seria possível o acesso imediato ao significado dos textos? Lenio Streck traz uma pergunta a mais: “se fosse possível esse ‘acesso direto’, que utilidade isso teria para os homens, que, definitivamente, não são deuses?”³

O uso mais antigo da palavra *Hermenêutica* refere-se aos princípios de interpretação teológicos, quando se tornou necessário a interpretação adequada dos textos sagrados. É na obra de Johann Conrad Dannhauer, chamada *Hermeneutica sacre sive methodus exponendarum sacrarum litterarum* de 1654⁴, que o termo *hermenêutica* é utilizado pela primeira vez na modernidade. A arte da interpretação também possui uma longa tradição em estudos filológicos e literários.

O Direito sempre esteve às voltas com a interpretação textual. Hans-Georg Gadamer destaca o exemplo da hermenêutica jurídica como um caso especial de compreensão dos textos, partindo da tensão originária entre disposição normativa geral e caso particular analisado pelo jurista⁵. Os textos ocupam um lugar central na atividade do jurista, pois a atividade envolve um contato com o passado e uma intermediação entre a generalidade da norma e o particular do caso concreto.

Conforme ressalta Paulo Grossi, cabia à figura do príncipe *dizer a lei* na baixa idade média. *Lex* esta que não representava um conjunto sistemático de textos, mas um universo de produção normativa, que

3. STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Apresentação: Eros Roberto Grau. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 451.

4. PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 44.

5. GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. v. 1 p. 473.

poderia ser conhecida a partir do costume popular, pela produção legislativa ou pela produção do príncipe⁶. A *interpretatio* é o primeiro ato de tradução das leis esparsas à aplicação no caso concreto:

Nestes termos, a tarefa de traduzir, ou seja, conceitos de trazer para o presente e para a língua dos presentes, o que disseram os antigos, é a primeira providência a ser tomada para tornar compreensíveis velhas leis. Esse traduzir *sentença-sentido* das leis (ou dos textos) constitui a primeira função dos juristas nos anos de tratava-se nascimento da “ciência do direito” universitária na Baixa Idade Média Européia, da qual somos herdeiros. De fato, é sob a denominação de *interpretatio* que se processa o desenvolvimento em meio da doutrina ou dogmática jurídica.⁷

A ideia de *dizer a lei* ou traduzir a norma para o caso concreto permaneceu viva na tradição jurídica ocidental, principalmente após os movimentos codificadores a partir do século XIX. No Brasil, durante o período monárquico, o jurista pernambucano Francisco de Paula Baptista (1811-1881) representa o ponta pé inicial da produção bibliográfica brasileira sobre hermenêutica jurídica. O intuito dos capítulos seguintes é analisar o que grandes autores brasileiros escreveram sobre interpretação judicial da lei, com um foco principal no brocardo latino *in claris cessat interpretatio*, defendido no século XIX pelo autor pernambucano em seu *Compendio de Hermenêutica Jurídica para uso das Faculdades de Direito do Brazil* (1855). Essa expressão, em tradução livre, quer dizer: “a interpretação cessa quando há clareza”.

Qual é a importância do axioma para a história da interpretação jurídica? O que está por trás da frase? Pensando os dias de hoje, como ela reflete alguns problemas que a teoria da interpretação das normas ainda enfrenta?

6. “As coisas são bem diferentes na nossa cultura medieval, na qual pouco importa quem a produz, ao passo que é muito mais importante o que a regra deve ser na essência para elevar-se a *lex*, ou seja, o que importam são seus conteúdos. As *leges* podem ser produzidas por uma pluralidade de sujeitos políticos: o *populus*, a *plebs*, o *senatus*, o *princeps*, a *civitas*, qualquer comunidade dotada de autonomia; falar-se-á tranquilamente de *lex scripta* ou *non scripta* [...]” GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 168.

7. LOPES, José Reinaldo de Lima. Da *Interpretatio* à interpretação: um percurso histórico e teórico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 39, 2018. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.88593>. p. 5.

É difícil precisar com exatidão a origem da expressão, que embora tenha se tornado conhecida em latim, não aparenta ter gênese no direito romano, como afirma Carlos Maximiliano⁸. Há um ensinamento de Paulo, jurista romano citado no *Digesto*, que afirma algo similar: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quoestio* – “Quando nas palavras não existe ambiguidade, não se deve admitir pesquisa acerca da vontade ou intenção”.

Corroborando com Maximiliano, Tulio Alberto Álvarez afirma que não fazia parte da cultura romana pregar como regra uma interpretação unicamente literal:

Aunque no pueda precisarse su origen remoto con absoluta exactitud e identidad, podría comenzar el desmontaje de lo figurado mencionando que no puede señalarse una paternidad quiritaria en el aforismo. En efecto, el mismo no aparece expresamente en el texto sacramental del derecho romano; me refiero a su ausencia en el *Digesto*, específicamente el Liber L, en el que se trabaja “De verborum significatione” y “De diversis regulis iuris antiqui”; justo en la finalización de tan magna obra. Inclusive puedo establecer alguna contradicción con citas indubitadas contenidas en el mismo, como aquella en la que Ulpiano advierte que, aunque sea manifiesta la claridad del edicto del pretor, no debe descuidarse la interpretación respectiva⁹

O mais provável é que o brocardo latino tenha sido formulado para a interpretação de disposições de última vontade, ou seja, na interpretação de testamentos. Maximiliano reforça a ideia: “Quem abra o *Digesto*, logo observa que a máxima de Paulo só se refere a testamentos, revela um respeito, talvez exagerado, pela última vontade.”¹⁰ O *Corpus juris civilis* que data do século VI d.C. tem uma grande importância para a cultura jurídica do ocidente¹¹, sendo uma grande preocupação à época, pois

8. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 38.

9. ÁLVAREZ, T. A. In claris non fit interpretatio: ¿Puede considerarse este brocardo un parámetro de interpretación constitucional? **Revista de la Facultad de Derecho**, n. 74, 2021. Disponível em: <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4973>. Acesso em: 19 sep. 2024.

10. Op. cit., p. 38.

11. Como reapareceu o texto de Justiniano no Ocidente é ainda uma questão disputada entre os historiadores. Alguns atribuem o fato ao interesse da Cúria Pontifícia em restabelecer a herança imperial da Sé Romana. Sabe-se que na Itália do século VI, reconquistada por Justiniano, vigorara o direito

era uma segurança no cumprimento dos contratos celebrados entre os cidadãos. Não se buscava a intencionalidade do contratante, mas aquilo que estava expresso literalmente no pacto.

Foi na Escolástica, segundo Maximiliano, em que houve uma degeneração do Direito, a partir do momento em que os magistrados estavam mais preocupados com as produções doutrinárias produzidas pelos glosadores, homens que compilavam interpretações da lei, do que com o próprio texto legal. Surge, então, uma reação ao monopólio dos glosadores e um apelo ao texto legal. “Foi sob a influência desta reação necessária que abrolharam os aforismos conservadores: *In claris non fit interpretatio*. – *Lex clara non indiget nterpretatione*. – *In claris non admittitur voluntatis quoesitio*.”¹²

A brocardo vai ganhar nova força no século XVIII, com a Escola da Exegese Francesa e o Código Napoleônico, que trouxe em seu artigo 4º a proibição do magistrado de deixar de julgar um caso em razão de obscuridade da lei

A partir de 1800 la ley tiende a concebirse como la forma exclusiva de producción del derecho y... la interpretación queda reducida a una labor puramente intelectual de descubrimiento del único sentido correcto de la norma. Por consiguiente, si el significado de la norma no ofrecía dudas, la búsqueda cesaba con la mera lectura del texto. En puridad in claris nonfit interpretatio equivalia a postular una interpretación declarativa frente a cualquier intento de corrección extensiva o restrictiva¹³

A existência de normas claras deve afastar o ato interpretativo do magistrado? Qual é o alcance da interpretação? Ela ocorre de forma situacional ou está o magistrado sempre às voltas com o processo interpretativo? A tradição jurídica brasileira, desde Francisco de Paula Baptista, passando por Carlos Maximiliano, Alípio Silveira e Lenio Luiz

romano recolhido no *Código*, no *Digesto*, nas *Novellae* e *Instituta*. Consta que tal extensão de vigência havia sido feita a pedido do papa Virgílio em 554 (decretada pelo imperador pela *pragmatica sanctio pro petitione Vigili*). LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 111

12. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 39.
13. PRIETO SANCHÍS, L., **Ideologia o interpretação jurídica**, Editorial Tecnos. Madrid, 1993, *op cit* MIRAUT MARTÍN, Laura. Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos. Anuario de Filosofía del Derecho, n. 19, p. 377-399, 2002. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10553/119009>. p. 381.

Streck, trouxe diferentes respostas a como se constrói uma decisão judicial. Todos eles passaram pela questão do *in claris cessat interpretatio*.

As questões suscitadas pelo *in claris cessat interpretatio* podem ser observadas até hoje, visto que o ato de interpretar textos e suas consequências no Direito estão longe de representar um consenso na doutrina e jurisprudência. Alguns pontos de discussão atuais me parecem relevantes no que tocam o tema:

- a) Quando discutimos o Neoconstitucionalismo, juntamente com a ideia de texto constitucional e sua efetividade;
- b) A “cultura de precedentes” (supostamente) inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015 no Brasil e a figura das Súmulas Vinculantes.
- c) A *jurisprudencialização* do Direito ou, em outros termos, a disseminação do realismo jurídico na cultura jurídica brasileira.

Abordo brevemente cada um desses temas, no intuito de demonstrar a relevância ainda atual do tema da interpretação e sua dispensa em “casos claros”. Esse esforço tem como intenção destacar, para além da atualidade da discussão acerca da clareza dos textos jurídicos, os limites da atividade interpretativa do magistrado. Pontos que me parecem fundamentais até hoje, na moderna discussão sobre aplicação do Direito e criação do Direito.

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIFERENCIAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA

A expressão *Estado Pós-moderno* é cunhada por Jacques Chevallier para designar as diversas mudanças que passou a figura do Estado na organização da sociedade, principalmente a partir segunda metade do século XX. Apesar das diferenças de configuração estatal, a depender da região do globo, a partir deste século e mormente após às duas grandes guerras mundiais, o Estado apenas se expandiu em importância e impacto social. Antes visto com uma concepção liberal, de garantia das liberdades e da segurança em sociedade, o Estado passou a ter características de intervenção cada vez mais profundas em sociedade.

Contudo, apesar da guinada do Estado Social na segunda metade do século XX, esse movimento não passou incólume até os dias de hoje. Chevallier identifica crises nesse sistema:

O movimento aparentemente irresistível e irreversível de expansão estatal foi superado no último quarto do século XX, pela influência de duas dinâmicas, uma interna, outra externa, que se conjugaram: de um lado, influências diversas vão pesar no sentido de uma reavaliação da relação Estado/sociedade; de outro, a internacionalização vai tomar novas formas ao longo dos anos 1990, contribuindo para minar certas posições conquistadas pelo Estado.¹⁴

Essas transformações, de acordo com Chevallier, impactaram diretamente o âmbito jurídico. Pelo menos desde Hans Kelsen é possível identificar o Estado como uma entidade jurídica, inseparável do conceito de Direito. A ideia de ordenamento normativo é, desde a criação dos Estados, uma expressão absoluta do racional em uma dada sociedade. O autor afirma que a normatividade jurídica se tornou, assim, vetor da racionalidade social: “é racional aquilo que é conforme as normas jurídicas, em virtude do postulado segundo o qual as normas, elas próprias, são racionais.”¹⁵ A sociedade repousa confiança absoluta na instituição do Direito como ordenador de condutas em comunidade.

Com o florescimento dos direitos sociais e sua posterior crise, o Direito moderno teve suas fundações abaladas. O Estado intervencionista, em um primeiro momento, requereu do Direito uma série de mudanças e adaptações no seu caráter liberal.

Um direito novo, então, apareceu, um direito “intervencionista” (N. LUHMAN), concebido como um instrumento de ação nas mãos do Estado, colocado a serviço da realização de políticas públicas e visando não mais a enquadrar os comportamentos, mas a atingir certos objetivos e a produzir determinados efeitos econômicos e sociais; enquanto o direito moderno “de tipo formal” garantia a autonomia dos atores sociais, esse direito novo, “de tipo material” e “de tipo reflexivo”, manifestará “concepções regulatórias”, buscando agir sobre os equilíbrios sociais.¹⁶

A realização de políticas públicas previstas na legislação forçou a comunidade jurídica a desenvolver algumas novas teses acerca do novo

14. CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno = L'Étatpost-moderne. Prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 29.

15. Ibid., p. 120.

16. Ibid., p. 121.

tipo de teoria constitucional que germinava na sociedade ocidental. Um novo movimento se disseminou na Europa, que posteriormente chegou no Brasil. As cartas constitucionais passaram a prever normas principiológicas em seus textos, algumas vezes trazendo um catálogo de princípios de ordem liberal e social.

Neste contexto, o direito constitucional toma novas matizes, sendo alçada a verdadeira disciplina estruturante do ordenamento jurídico. A Constituição passa a ter um papel central na organização estatal e na consolidação de direitos em sociedade. Até o século XIX, as constituições operavam em uma lógica ligada ao Estado Burguês, de caráter apenas liberal e não previa objetivos a serem alcançados pelos Estados. Com o Estado Social, afirma Bonavides, a Constituição passa a ter um papel mais “adaptativo e estabilizador de sancionar, mediante a legalidade ou juridicidade, todas as transformações já feitas ou transcorridas no âmbito da sociedade.”¹⁷

Com o fim das duas grandes guerras e a derrocada dos regimes totalitários, a Europa se viu às voltas com um problema em suas mãos: Como pôde o Direito permitir tantas barbaridades? O sistema jurídico falhou. O que fazer dele daqui em diante? Pensou-se que a solução seria romper com o positivismo formalista, culpando-o pela rigidez nas interpretações legais que permitiram genocídios. Surge uma onda de pensadores que vão estruturar uma teoria, hoje conhecida como neoconstitucionalismo, que busca dar conta das mudanças inauguradas pelas novas cartas constitucionais. É possível dividir as propostas do neoconstitucionalismo em três: a) Novos textos constitucionais; b) Nova Teoria da Constituição; e c) Nova Postura Jurisprudencial.¹⁸

Falar em neoconstitucionalismo é ir além de um modelo liberal de Constituição, mas uma transição para um Estado provedor, que se preocupa também em manter as bases de uma democracia e com o bem-estar social do povo. No Brasil isso é fácil de ser observado: antes da Constituição de 1988, o país passou por 21 anos de regime autoritário, onde garantias individuais eram limitadas por decretos legais. O que se tinha era uma mentalidade de apego à política liberal, sendo apenas com o advento de Constituinte e a redemocratização que direitos sociais hoje importantíssimos foram levados a sério, como o Sistema Único de Saúde.

17. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 172.

18. Miguel Carbonell *apud* STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 Verbetes Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos. p. 249.

O movimento chamado de neoconstitucionalismo pode ser entendido como uma teoria que busca dar conta das mudanças ocorridas no âmbito político e jurídico, onde as cartas constitucionais tomaram primazia no ordenamento jurídico e incorporaram valores morais ao seu texto. Na linha do que afirma Miguel Carbonell:

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Además, estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.¹⁹

O que nos interessa para este trabalho é destacar as críticas realizadas pela doutrina *neoconstitucionalista* acerca da concepção positivista do Direito, fundadas na ideia de que positivismo jurídico identifica lei à norma jurídica. Ou seja, os defensores da nova corrente defendem que o positivismo legalista – aquele que afirma a possibilidade de se interpretar o ordenamento jurídico baseado em uma significação literal do texto jurídico – foi responsável por todo atraso e barbáries cometidas nas duas grandes guerras mundiais e pela ascensão dos regimes totalitários do século XX.

Dois são os problemas identificados por Abboud e Oliveira acerca do *neoconstitucionalismo*:

primeiro, o diagnóstico equivocado de que o principal problema do direito no período imediatamente anterior à 1945 dizia respeito ao formalismo derivado de uma concepção jurídica baseada em um legicentrismo que apartou os problemas jurídicos das questões ligadas à justificação filosófica do direito, da ética e da justiça;

19. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canon neoconstitucional**. España: Trotta, 2010. p. 161-162.

segundo, a descrição do protagonismo judiciário como uma consequência da “descoberta” europeia da supremacia judicial dos estadunidenses, esconde aquilo que pode ser considerado o principal elemento relacionado à questão separação de poderes: a pretensão de limitação do exercício do poder político.²⁰

O que se buscou foi uma proposta que superasse o positivismo jurídico tradicional, apostando muito na criação judicial do Direito por parte do magistrado, o que dá ao intérprete uma grande dose de liberdade. Apenas no final da década de 1990 o termo começou a ser utilizado e difundido. Um dos pilares do *neoconstitucionalismo* é uma aposta na discricionariedade judicial. Sendo comum, a partir de então, a frase de que “O juiz boca da lei morreu, nasce agora o juiz dos princípios”, em que a interpretação é elástica e essencialmente dada pelos tribunais.

No Brasil, a proposta chegou a partir de uma concretização dos direitos constitucionais por via do judiciário, um direito constitucional da efetividade. De acordo com Lenio Streck, um dos grandes problemas da recepção brasileira do *neoconstitucionalismo* foi a equiparação de princípios a valores.

Tem-se visto que, sob a bandeira “neoconstitucionalista”, defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores (de princípios, de regras e até mesmo de interesses); uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo “neo” em diversas ocasiões, como neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o Direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Eis o equívoco de quem quer transformar o Direito em um valor ou em valores. Fazer isso é a forma mais sofisticada de negá-lo. Transformar o Direito em valor ou aderir à tese de que princípios são valores é tornar o Direito em um ato de vontade, embora a referência a

20. ABOUD, Georges; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 12, p. 196–214, 2020. Disponível em: <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/116>. Acesso em: 23 jul. 2024. p. 197.

valores, no plano filosófico, deveria remeter sempre a uma questão externa ao sujeito-intérprete.²¹

Para Streck, valores possuem uma densidade conceitual fluida, que permitem ao magistrado investigar de forma subjetiva uma ordem moral e que pode não estar abarcada pelo texto constitucional. Princípios, em uma leitura hermenêutica adequada, são diferentes, pois agem como limitadores interpretativos e definidores de relações jurídicas.

A ponderação passa a ocupar lugar de destaque nos julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro. A aposta em ponderação de princípios e uma aposta no ativismo judicial resultou em uma postura subjetivista de muitos tribunais no mundo, o que não é diferente no Brasil. Desde a Constituição de 1988, onde há um catálogo extenso de direitos individuais e coletivos, o constituinte assumiu o ônus de resgatar o Brasil de muitas mazelas sociais e promover objetivos que visam combater desigualdades sociais e regionais. Para os *neoconstitucionalistas*, ficou a cargo do judiciário a concretização destes objetivos, mesmo que exista uma lacuna legislativa que possa dar conta de definir as políticas públicas de forma pormenorizada.

Essa postura, caracterizada pela crença de que cabe ao judiciário ser um motor da história, é causadora de diversos problemas e mazelas em uma democracia que se propõe estável. Luis Roberto Barroso, atualmente presidente do Supremo Tribunal Federal e um dos principais nomes dessa corrente teórica no Brasil, escreveu um artigo que afirma o papel da Suprema Corte brasileira como detentora dos papéis de *Contramajoritária*, *Representativa* e *Iluminista* na sociedade. Neste artigo, o Ministro Luis Roberto Barroso afirma que a linha entre o Direito e a Política é tênue, e afirma que a decisão judicial, entendida nos dias de hoje sob a égide das novas constituições, deve abandonar o antigo formalismo, que entendia a decisão judicial como um processo neutro:

Já no plano da aplicação do Direito, sua separação da política é tida como possível e desejável. Tal pretensão se realiza, sobretudo, por mecanismos destinados a evitar a ingerência do poder político sobre a atuação judicial. Para blindar a atuação judicial da influência imprópria da política, a cultura jurídica tradicional

21. STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: 50 Verbetes Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos – Letramento. p. 250.

sempre se utilizou de dois grandes instrumentos: a independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo; e a vinculação ao Direito, pela qual juízes e tribunais têm sua atuação determinada pela Constituição, pelas leis e pelas categorias convencionais próprias da teoria e da técnica jurídicas. Essa separação entre Direito e política é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Nela se cultivam crenças como a da neutralidade científica, da completude do Direito e a da interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização das normas jurídicas, em valorações estritamente técnicas. Tal perspectiva esteve sob fogo cerrado ao longo de boa parte do século passado, tendo sido criticada por tratar questões políticas como se fossem linguísticas, e por ocultar escolhas entre diferentes possibilidades interpretativas por trás do discurso da única solução possível.²²

Luis Roberto Barroso representa o que ficou conhecida como *doutrina da efetividade constitucional*. O autor sustenta que a Constituição de 1988 significa um marco da história jurídica brasileira, depois de um longo período de inefetividade das normas. Influenciado por autores como Konrad Hesse e Raymundo Faoro, Barroso sustenta que antes de 1988 houve uma pré-história constitucional, marcada por elites econômicas que não permitiram a concretização dos objetivos constitucionais desde 1824. Lynch e Mendonça elaboraram críticas às teorias de base da doutrina da efetividade, em razão de um esquecimento da história constitucional brasileira e uma suposta inefetividade das instituições criadas pelas Constituições anteriores²³.

Ao invés de uma superação do paradigma positivista, em busca de uma maior racionalidade na interpretação e no controle do poder, o *neoconstitucionalismo* fortaleceu sobremaneira o judiciário. Acontece que autores como Écio Oto, Susanna Pozzolo, Prieto Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini imaginaram o *neoconstitucionalismo* como um pós-positivismo. Contudo, o paradigma que propuseram

22. BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171–2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 20 set. 2024. p. 19.

23. LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 942–973, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/25654>. Acesso em: 28 set. 2024. p. 994-1002.

superar foi apenas aquele positivismo exegético, ou, como afirma Luigi Ferrajoli, o *paleojuspositivismo*²⁴.

Em nome de uma interpretação que possa comportar as mudanças sociais e as novas constituições garantidoras de direitos, autores *neoconstitucionalistas* acabaram abrindo espaço para um decisionismo e um critério muito amplo de liberdade do magistrado frente ao texto normativo. Aqui, é evidente a expressão contrária ao *in claris cessat interpretatio*, já que valores como Justiça, Equidade, Efetividade tomam conta da hermenêutica jurídica marcada por princípios.

Importante deixar registrado que essas posturas não superam, efetivamente, os diversos positivismos jurídicos, que em maior ou menor medida acabam conferindo ao magistrado uma margem de discricionariedade judicial. Não é diminuindo a força do texto normativo que poderemos ter decisões judiciais com maior segurança jurídica. A grande crítica feita por Ronald Dworkin na década de sessenta²⁵ ²⁶ denuncia o que o positivismo de autores como H. L. A. Hart fracassava ao abrir uma margem de discricionariedade na decisão judicial.

Em um artigo bastante conhecido, o professor Lenio Streck desmistifica a crença de que o positivismo jurídico está identificado com uma interpretação literal do texto, pois, *aplicar a letra da lei não é uma atitude positivista*²⁷. Hans Kelsen, um autor conhecido como um positivista *hardcore*, também não pode ser enquadrado na tese de que o positivismo jurídico pugna um apego cego à lei. Ao contrário, mesmo Kelsen (de forma similar a H.L.A Hart), afirma que a legislação possui vagueza em algumas situações e caberá ao juiz complementá-la com certa dose de liberdade.

Parece-me nítido que a discussão acerca do *in claris cessat interpretatio* toca em pontos importantes sobre como entendemos o papel dos magistrados frente aos novos textos constitucionais. Quais são os limites do texto e o quanto ele vincula na decisão judicial?

24. STRECK, L. L. O Constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 11–28, 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23>. Acesso em: 20 set. 2024. p. 12.

25. DWORKIN, Ronald M. The model of rules. **University of Chicago Law Review**, v. 35, n. 1, p. 14–46. 1967. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol35/iss1/3>. Acesso em: 3 jul. 2024.

26. DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Belknap, 1995.

27. STRECK, L. L. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158–173, 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 20 set. 2024.

Seguindo as lições de Hans-Georg Gadamer, Lenio Streck defende a tese de que o ato de compreensão envolve, necessariamente, um ato de interpretação e aplicação. A lição que o autor expõe em *Verdade e Método* chamada *applicatio*. A tradição hermenêutica antes de Gadamer dividia o contato com os textos na forma de *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e, com o pietismo, *subtilitas applicandi* (aplicação). Três momentos que seriam característicos do ato compreensivo²⁸. Gadamer pugna por uma re colocação desta ordem em um processo unitário; compreender é interpretar e é, também, aplicação.

Com ajuda da hermenêutica filosófica, Lenio Streck incorpora no Brasil os cânones da virada ontológico-linguística e reafirma a impossibilidade de deixar a interpretação ausente no ato de compreender. Contudo, esses atos conjuntos estão inseridos em um todo linguístico que é a *tradição*, que sob eles exerce uma influência, não podendo mais ser defensável uma visão que vá para o objetivismo em busca de essências ou um subjetivismo que assujeite a lei ao intérprete. Aquilo que Ernildo Stein defende: a hermenêutica como uma terceira cadeira, que se põe entre subjetivismo e objetivismo, “é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem”²⁹.

Penso que um estudo sobre a história da hermenêutica jurídica brasileira é de suma importância para refletirmos sobre as diversas teorias da interpretação. A relevância dessa discussão é importante até os dias de hoje, visto que o termo *in claris cessat interpretatio* ainda é utilizado pelos tribunais brasileiros. Em pesquisas, encontrei exemplos de utilização no TRF-1³⁰ e no STJ³¹. Artificio que, ainda hoje, utiliza-se como fundamentação de decisão judicial. A questão da interpretação e seus limites é um dos pontos principais de estudo da hermenêutica jurídica e filosófica, sendo premente desenvolvermos estudos de como o juiz “acessa o Direito” ou como o “Direito é expresso na norma”.

28. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2015. v. 1. p. 459.

29. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 48.

30. BRASIL. TRF 1. AC 0005898-49.2008.4.01.4300, Juiz Federal Leão Aparecido Alves, TRF1 - Quinta Turma, e-DJF1 27/11/2015. p. 1168.

31. BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.387.683 - DF (2013/0007525-9). Relator: Ministro Sidnei Beneti. Acórdão, 6 de agosto de 2013. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInTeiroTeorDoAcordao?num_registro=201300075259&dt_publicacao=20/03/2014. Acesso em 10 de agosto de 2024.