

Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos

Inocência Mártires Coelho

*Presidente e Professor do IDP, Doutor em Direito, Professor da
UnB, Advogado.*

DOI: 10.11117/22361766.01.01.03

SUMÁRIO: 1 Colocação do tema; 2 Problemas relativos ao sujeito, ao objeto e aos métodos da interpretação; 3 Dimensões essenciais da experiência hermenêutica; Conclusões.

“O direito natural e o positivismo prescreveram o *conceito objetivo de conhecimento*, o *conceito jurídico ontológico-substancial (conceito legal)*, a *ideologia da subsunção* e a idéia de um *sistema fechado*. A hermenêutica declara guerra a todos esses dogmas.”

“A hermenêutica é racional, só que ela se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais – como o da aplicação do direito – conforme o seguinte lema: tratar o irracional da forma mais racional possível.”

ARTHUR KAUFMANN

1 COLOCAÇÃO DO TEMA

O assunto objeto deste estudo, até por conta do seu título, está a exigir algumas *precisiones*, como diriam os escritores de língua castelhana.

Com esse propósito advertimos que as considerações desenvolvidas a seguir – a começar pela definição do que se considera *racionalidade* no âmbito da interpretação e aplicação do direito – têm como ponto de partida certos achados ou *inegabilidades* da nova hermenêutica, verdades que embora surgidas nos domínios da filosofia logo se trasladaram para o campo da experiência jurídica, onde, após os naturais problemas de aclimação, vieram a dar frutos da melhor qualidade.

Referimo-nos, especialmente, às reflexões de MARTIN HEIDEGGER e do seu discípulo mais famoso, HANS-GEORG GADAMER, cujas incursões bissextas pela hermenêutica jurídica muitos consideram mais fecundas do que a maioria dos ensaios e tratados que lhe dedicaram alguns filósofos do direito e vários juristas de profissão, exceção feita a figuras luminares como EMILIO BETTI e MIGUEL REALE, que transitam com igual talento das mais abstratas especulações filosóficas aos mais concretos problemas da aplicação do Direito.

Pois bem, para os objetivos que ora temos em vista, consideramos *racionalidade hermenêutica* a subordinação/adequação da atividade interpretativa a princípios e regras suscetíveis de livre aceitação/validação pela própria comunidade em que atuam os operadores do Direito. Assim, *racional* será aquela atividade hermenêutica que, observando métodos, critérios e padrões socialmente compartilhados, mostrar-se apta à realização de fins reputados valiosos por determinada comunidade, em dado momento da sua história.

Aos críticos mais afoitos explicamos, desde logo, que ao falarmos em *comunidade* pura e simplesmente, sem adjetivos ou quaisquer outras expressões restritivas, tivemos em mira não reduzir o campo denotativo desse conceito e, assim, poder utilizá-lo com maior amplitude. Daí, por exemplo, não termos dito comunidade *racional*, o que nos encerraria num círculo vicioso; nem comunidade de *sábios* ou de *especialistas*, conceitos pedantes e imprecisos; nem tampouco comunidade *jurídica* ou sequer comunidade *hermenêutica* porque, ao fim e ao cabo, como sabem até mesmo os teóricos do *discurso racional* – APEL, HABERMAS, PERELMANN e tantos outros – é a própria sociedade como um todo quem define, com o seu aplauso ou o seu repúdio, aquilo que lhe parece racional ou simplesmente razoável. Esse juízo comunitário, obviamente, não implica a idéia bizarra de nenhum *plebiscito hermenêutico*, até porque deve ser emitido no marco das instituições e procedimentos inerentes ao Estado Constitucional de Direito, em cujo âmbito a observância do princípio majoritário, a par de lhes conferir eficácia, faz presumir a consistência e legitimidade de todas as decisões. É o quanto basta, em termos de racionalidade hermenêutica, até porque, em alguma medida, tudo o que implica valoração – as opções legislativas e as decisões judiciais, por exemplo – é congenitamente irracional e infenso a critérios de verdade ou testes de validação.

2 PROBLEMAS RELATIVOS AO SUJEITO, AO OBJETO E AOS MÉTODOS DA INTERPRETAÇÃO

Sem comprometer, antes para reforçar a sua interdependência e solidariedade – pois ninguém conhece verdadeiramente a unidade se ignora a distinção¹ – de início apreciaremos separadamente essas inegabilidades, em relação ao *sujeito*, ao *objeto* e aos *métodos* e *princípios* da interpretação; a seguir, evidenciadas as suas íntimas conexões, tentaremos reconstruí-lhes a unidade essencial, sob o conceito mais abrangente de *experiência hermenêutica*, em que se integram, se completam e se esclarecem, mutuamente, os diversos aspectos, dimensões ou momentos da *realização*

1 JACQUES MARITAIN. *Los Grados del Saber*. Buenos Aires: Ediciones Desclée, de Brouwer, 1947, p. 7; EDGAR MORIN. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez Editora-Brasília/DF, Unesco, 2000, p. 37, 38.

do Direito, dada a correlação essencial entre *ato normativo* e *ato interpretativo*, entre produção e aplicação do Direito.²

Feitas essas considerações, comecemos pela inegabilidade de que não existe interpretação sem intérprete, de que todo intérprete do direito é uma pessoa de carne e osso, um indivíduo *histórico*, situado e datado, mundanizado, portanto, cuja personalidade, igual à de todo o mundo, compõe-se de elementos vários – biológicos, psicológicos, sociais e culturais – que, em permanente interação, vão conformando a sua humana *existência*³ e, se não determinam, certamente *condicionam* as respostas que esse indivíduo se vê obrigado a oferecer, em todo instante, aos problemas dessa mesma existência.⁴ Afinal de contas, anota RECASÉNS, viver é encontrar-se sempre, efetiva ou potencialmente, numa encruzilhada, tendo de escolher um dos caminhos.⁵

Como, logicamente, isso também acontece com os magistrados, os quais, por dever de ofício e sob pena de denegação de justiça, são obrigados a encontrar soluções *corretas* e *justas* para os conflitos de interesses que a sociedade vai confiando à sua jurisdição, é fácil reconhecer – sem apelo a nenhuma rebuscada filosofia da existência – que as suas atitudes e decisões, como as de qualquer pessoa, refletem o mundo em que vivem e o modo como vivem nesse mundo.

Dado que, de outro lado, a atividade hermenêutica é, também ela, um evento *histórico*, algo que se desenvolve em tempo e lugar determinados e sob a pressão de circunstâncias concretas; que toda compreensão, a seu turno, não surge do nada, nem é isenta de pressupostos ou condições, antes se guia desde o começo e até o fim pela *pré-compreensão* do intérprete;⁶ que a figura do juiz asséptico é pura e simplesmente uma impossibilidade antropológica;⁷ e que, finalmente, não existe um ponto arquimediano exterior à história, de onde possamos julgar as coisas mundanas com isenção e objetividade,⁸ então parece óbvio que os juristas devam curvar-se a essas inegabilidades e, nesse terreno pantanoso, seguindo os conselhos dos mais experientes, procurar substituir qualquer ambiciosa pretensão de objetividade – de resto ingenuamente neutra⁹ e de valor ilusório para as

2 MIGUEL REALE. *Estudos de filosofia e ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 72, 82.

3 MARTIN HEIDEGGER. *Ser e tempo*. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, Parte I, 1988, p. 39, 41, 77, 89 e notas explicativas, p. 310; *Carta sobre o Humanismo*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987, p. 46, 48.

4 VIKTOR E. FRANKL. *O homem incondicionado*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1968, p. 164.

5 LUÍS RECASÉNS SICHES. *Tratado de Sociología*. Rio de Janeiro: Globo, col. I, 1965, p. 157, 158; *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1965, p. 86.

6 MARTIN HEIDEGGER. *Ser e tempo*, cit., p. 207.

7 EUGENIO RAÚL ZAFARONI. *Estructuras Judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 199, 205.

8 KARL JASPERS. *Origen y Meta de la Historia*. 3. ed. Trad. Fernando Vela. Madrid: Revista de Occidente, 1965, p. 348 e 352; HANS-GEORG GADAMER. *Verdad y Método*. Salamanca: Sígueme, v. I, 1993, p. 454.

9 KARL-OTTO APEL. *Teoría de la verdad y ética del discurso*. Barcelona: Ediciones Paidós – I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 47.

ciências e as coisas do espírito¹⁰ – por uma honesta e prestante *intersubjetividade*, assim considerada a *convergência de entendimento*, entre vários sujeitos, sobre determinado objeto, a partir de um *mesmo ponto de vista*.¹¹ Em suma, trocar as solipsistas ambições cognitivas dos iluminados por uma busca cooperativa da verdade.¹²

No que respeita ao *objeto* da interpretação jurídica, outras tantas inegabilidades devem igualmente ser admitidas, a começar pelo reconhecimento de que são ambíguas até mesmo algumas das expressões básicas do *jogo de linguagem* dos juristas, mais especificamente alguns conceitos operacionais da Teoria Geral do Direito, como os vocábulos *norma*, *regra* ou *standard*, o primeiro dos quais, anota SANTIAGO NINO, pode denotar – conforme se trate de uma visão descritiva ou normativa do direito – tanto uma *proposição normativa*, quanto um *ato lingüístico*, uma *prática social* ou simplesmente um *texto*.¹³

Afora essa primeira inegabilidade, outra igualmente relevante, pelos seus reflexos no trabalho hermenêutico, é a *textura aberta* dos enunciados jurídicos, uma característica que, sendo considerada inerente à linguagem normativa, em geral, como observa HART,¹⁴ nos obriga a descartar, de plano, a idéia de univocidade de sentido dos preceitos objeto de interpretação.

A propósito, relembre-se a clássica advertência de HANS KELSEN a nos dizer que, em razão dessa abertura semântica, qualquer aplicação do direito envolve, necessariamente, atos de conhecimento e de vontade dos seus operadores – *apreender* a norma superior e *escolher* entre as suas possíveis derivações – e que, assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as *únicas* leis retas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as *únicas* sentenças corretas.¹⁵ É isso porque, tanto num caso, como no outro, não se pode falar de um sentido objetivo, quer da lei fundamental, quer da norma simplesmente legal; nem pretender reduzir os atos de fundamentação/derivação – a chamada dinâmica jurídica – a procedimentos dedutivos ou meramente formais. É que entre o céu das normas abstratas e gerais – de resto em acelerada extinção¹⁶ – e a terra das suas múltiplas individualizações concretizadoras, parece existir mais criatividade e valoração do que imaginam os seguidores das vãs filosofias positivas...

10 HANS-GEORG GADAMER. *Le Problème de la Conscience Historique*. Paris: Éditions du Seuil, 1996, p. 74.

11 ARTHUR KAUFMANN. *Filosofia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 192; JOSÉ M. VILANOVA. *Filosofia del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 99.

12 JÜRGEN HABERMAS. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, tomo I, 1988, p. 46.

13 CARLOS SANTIAGO NINO. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 39/40.

14 HERBERT HART. *El concepto de derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 155, 169.

15 HANS KELSEN. *Teoría pura do direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, v. II, 1962, p. 292.

16 GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 36, 37.

Pois bem, assumindo essa complexidade no âmbito da interpretação constitucional, por exemplo, GUSTAVO ZAGREBELSKY assinala que hoje em dia cometeria grave erro quem, aferrado a velhos esquemas conceituais – quais os da clássica teoria do ordenamento jurídico de formulação kelseniana¹⁷ –, pretendesse unificar a ordem jurídica mecanicamente, de cima para baixo, a partir de uma força jurídica de hierarquia superior, que se desenvolve unilateral e dedutivamente desde a Constituição e se espalha pelas demais e subordinadas manifestações do Direito. É que, de um lado, já não existe aquele “centro” de ordenação, representado pelo monarca e/ou pelas assembleias parlamentares e, de outro, o próprio Direito Constitucional, que antes dava suporte dogmático a essa *arrumação*, passou a ser visto, metaforicamente, como um conjunto de *materiais de construção*, a se transformarem num edifício concreto, e isso não por obra e graça da Constituição, enquanto tal, mas de uma *política constitucional*, em cujo âmbito se discutem as possíveis combinações desses materiais.¹⁸

Ainda com referência às inegabilidades ligadas ao objeto da interpretação, temos o fato de que, embora teoricamente componham um *sistema*, como na construção de KELSEN e de tantos outros – o que, em tese, associado às idéias de *legislador racional* e mesmo de *política constitucional*, simplificaria a sua aplicação pela ausência de conflitos, lacunas ou redundâncias no interior do ordenamento – em verdade as normas jurídicas, qual peças de um jogo de xadrez por começar, mostram-se dispersas ou espalhadas, à espera de profissionais habilitados que logrem dispô-las e movimentá-las, estrategicamente, seja identificando e fazendo atuar as suas hipóteses de incidência e respectivas conseqüências jurídicas, se de *regras* se tratar, seja concretizando os *princípios jurídicos*, através das sofisticadas técnicas de complementação e restrição recíprocas, que singularizam o jogo, dito *concertado*, da sua aplicação.

Sob esse aspecto, e precisamente em razão da congênita indeterminação semântica dos comandos jurídicos, aquilo que à primeira vista pareceria ensejar eventuais devaneios, justificando a crítica de que a hermenêutica, irracionalmente, substitui a argumentação por um filosofar poético-criativo,¹⁹ essa ilusória liberdade acaba se convertendo num ônus adicional para o intérprete, a quem não se permite atribuir a essas *formas representativas*, como as denomina BETTI, sentidos outros, de todo estranhos a elas ou nem de longe coincidentes com aquilo que imaginaram os seus criadores;²⁰ nem tampouco abandonar um sentido claro e distinto, revelado

17 HANS KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 115, 163.

18 GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*, cit., p. 13 e 40.

19 GIANNI VATTIMO. *Más allá de la interpretación*. Barcelona: Ediciones Paidós – I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, p. 147.

20 EMILIO BETTI. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, v. I, 1990, p. 305, 306; *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 32, 33.

pela análise de um texto legal, por exemplo, e sair em busca de um *sentido subentendido ou oculto*, a fim de dobrar a regra jurídica a situações supervenientes, como adverte REALE, para quem esse é o verdadeiro significado da máxima *interpretatio cessat in claris*.²¹

Em síntese, por maior que seja a abertura de um texto normativo, não é dado ao leitor ultrapassar-lhe o sentido literal possível – *aquilo que se deve proteger para abrir*, como diria UMBERTO ECO²² – um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade lingüística e para ela funciona como termômetro da interpretação. Relembrando a célebre distinção de SAUSSURE, dir-se-ia que só nos limites da *langue* pode o intérprete dispor da *parole*; e que, se isso for verdadeiro, a liberdade de interpretação – envolvendo risco e responsabilidade – é tudo, menos atividade arbitrária.²³

De outro lado, como as normas jurídicas não são auto-explicativas, nem postulam a sua própria aplicação, e tampouco existem cânones hermenêuticos que, uma vez observados, eliminariam as disputas interpretativas, pensadores como PAUL RICOEUR destacam o caráter *polêmico* até mesmo dos respectivos procedimentos de validação, afirmando que a plurivocidade dos textos, como a das ações, é trazida à luz do dia e posta diante dos tribunais sob a forma de *conflitos de interpretação*, de controvérsias que nos sistemas jurídicos – necessariamente finitos e fechados²⁴ – resolvem-se, afinal, de forma *autoritária*, pelas instâncias a tanto legitimadas. Noutros domínios, como nas artes e nas ciências sociais, arremata esse fecundo pensador, não há lugar para essa *última palavra* ou, se ela existisse, não passaria de uma violência e nada mais.²⁵

Ainda no terreno das dificuldades relativas ao objeto da interpretação, e igualmente alimentada pela contribuição filosófica, merece registro a controvertida distinção entre *princípios jurídicos e regras de direito*, com reflexos que ultrapassam as querelas estritamente hermenêuticas, acirram debates políticos, põem em cheque a separação dos poderes e, de certa forma, chegam a perturbar o funcionamento das instituições democráticas.

Não por acaso dizia o Bispo HOADLY, sintomaticamente exumado por KELSEN, que o verdadeiro legislador, para todos os efeitos, é aquele que dispõe de *autoridade absoluta para interpretar* quaisquer leis escritas ou faladas, e não quem primeiro as escreveu ou pronunciou,²⁶ uma assertiva

21 MIGUEL REALE. *Estudos de filosofia e ciência do direito*, cit., p. 75. Essa interdição, porque tem em mira coibir os abusos, não proíbe as *dobras de adaptação*, que o intérprete deve fazer quando uma primeira leitura da lei lhe conduzir a resultados para ele manifestamente injustos. FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juizes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185.

22 UMBERTO ECO. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 11.

23 GIANNI VATTIMO. *Más allá de la interpretación*, cit., p. 38.

24 SEBASTIÁN SOLER. *Interpretación de la Ley*. Barcelona: Ariel, 1962, p. 95,96.

25 PAUL RICOEUR. *Do texto à acção - Ensaios de Hermenêutica II*. Lisboa: Rés-Editora, s/d, p. 206.

26 HANS KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*, cit., p. 155, 156.

que põe sob incômoda iluminação de holofotes a *legislação* editada pelas modernas cortes constitucionais e atualiza, contra essas *legislaturas sem mandato*, a crítica de BLACKSTONE à prerrogativa – *absoluta e despótica* – de que dispunha o parlamento inglês para fazer, confirmar, ampliar, restringir, rechaçar, revigorar e *interpretar as leis*.²⁷

Mas por que essa distinção entre princípios e regras, aparentemente anódina, possui tamanho *potencial ofensivo*? É que, na aplicação de regras de direito, como todos sabem, é bastante reduzido, para não dizer nulo, o espaço de que dispõem os seus intérpretes para *fazer justiça pelas próprias mãos*, o que não ocorre na *concretização* dos princípios – praticamente livre – como se verá a seguir.

Sendo *ordenações de vigência* com hipóteses de incidência e conseqüências jurídicas precisas, previamente definidas pelo legislador, as regras de direito, por força mesmo da simplicidade da sua estrutura normativo-material, parecem não se prestar a interpretações criadoras, nem tampouco a leituras que distorçam ou subvertam os comandos emergentes dos seus enunciados. Diversamente, em se tratando de princípios jurídicos, não há falar sequer em atividade interpretativa, porque desde a opção por substituí-los às regras de direito, passando pela sua formalização lingüística, deliberadamente aberta, até o momento em que se aplicam às situações da vida, tudo neles é incerteza e indeterminação. E isso graças ao próprio legislador, que devendo ser invariavelmente *racional*, vez por outra parece evadir-se dessa incômoda prisão.

Feitas essas considerações, vejamos quais as diferenças usualmente apontadas entre os princípios jurídicos e as regras de direito, examinando, ao mesmo tempo, as suas conseqüências de ordem estritamente hermenêutica.

De início, embora nos desobrigando de apontar uma diferença *ontológica* entre essas espécies normativas, até porque dita ontologia não resistiria ao teste da experiência nos diversos quadrantes do mundo jurídico,²⁸ dispensando-nos desse esforço *essencialista* afirmaremos, com MARCEL STATI, que “aquilo que caracteriza particularmente o princípio – e isto constitui sua diferença com a regra de direito (...) – é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstração lógica...”²⁹

Sob perspectiva um tanto diversa, JOSEF ESSER distingue aquelas duas espécies normativas dizendo que “os princípios jurídicos, diferentemente das normas [regras] de direito, são conteúdo em oposição a forma,

27 CHRISTOPHER WOLFE. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 130.

28 Cf., por todos, JOSEF ESSER. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, especialmente as p. 113, 179.

29 *Le standard juridique*. Paris: L'JAM, 1927, p. 56.

embora o uso dessas categorias aristotélicas – adverte – não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial”, até porque “histórica e efetivamente, a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele conteúdo fundamental ainda não reconhecido como *ratio*”.³⁰

Se, por outro lado, adotarmos o critério de RONALD DWORKIN, diremos que a diferença entre regras e princípios é de natureza *lógica* e que decorre dos respectivos modos de aplicação.³¹

Com efeito, em razão da sua estrutura normativo-material – se *A*, deve ser *B* –, as regras são aplicadas à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de acordo com a *regra de reconhecimento*³² do sistema a que pertencem, as suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando – como *inválidas* – outras regras, que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas.

Noutras palavras, em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a sua consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas *incompatíveis*. Se, ao contrário, aqueles mesmos fatos constituírem hipótese de incidência de outras regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também *integralmente e com exclusividade*, afastando-se – por incompatíveis – as consequências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Daí se dizer que, na aplicação aos casos ocorrentes, disjuntivamente, as regras valem ou não valem, incidem ou não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que as respectivas consequências jurídicas forem *antinômicas* ou reciprocamente excludentes, uma solução que é *lógica* só nas aparências e não revela o intrincado *jogo consigo mesmo* que, em qualquer instância, o aplicador do direito é obrigado a disputar até eleger as normas que levará em conta para decidir as causas ou controvérsias submetidas à sua apreciação.³³

30 JOSEF ESSER. *Principio y norma*, cit., p. 65.

31 RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 74 e ss.

32 HERBERT HART. *El concepto de derecho*, cit. p. 117, 118.

33 Ver, a propósito, o que disse KARL LARENZ sobre o *vaivém dialético* da aplicação do direito: “No começo, está o texto da lei – só aparentemente claro e fácil de aplicar – e no final – se este existe –, entretecida em torno do texto, uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmutou amplamente o seu conteúdo, a ponto de em casos extremos quase o tornar irreconhecível. Com efeito, um estranho resultado daquele processo que o jurista se habituou a

Como o direito, enquanto *ordenamento* ou *sistema*, não tolera *antinomias* ou contradições, ao longo dos séculos de interpretação das leis a jurisprudência foi elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver os conflitos entre normas, pelo menos aqueles simplesmente *aparentes*, já que as antinomias *reais* permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada ao poder discricionário do intérprete, como assinala BOBBIO.³⁴ Fruto desse trabalho jurisprudencial, a que não faltou suporte doutrinário, são os chamados critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*, em verdade simples regras técnicas que, na maioria dos casos, ao ser utilizadas parecem ter resolvido apenas falsos problemas. É que a incidência de uma norma afasta a incidência da outra, de tal sorte que, no mais das vezes, as chamadas regras de *solução* de conflitos são invocadas pelos aplicadores do direito menos para *resolver* do que para *declarar* inexistentes supostos defeitos lógicos nos ordenamentos em que operam.

Afinal de contas, parece *intuitivo* que aquelas regras, *precedendo* a promulgação das normas jurídicas, previnam ou evitem o surgimento de contradições entre elas, as quais, precisamente por isso, podem ser descartadas como simplesmente *aparentes*. Esse procedimento seria correto se, contra toda a evidência, existisse de fato o *legislador racional*³⁵ e se os sistemas jurídicos, fruto do seu trabalho, fossem logicamente consistentes ou imunes à ocorrência de conflitos *reais*, isto é, de situações em que duas normas (i) pertencentes ao mesmo ordenamento; (ii) dotadas de igual hierarquia; (iii) editadas simultaneamente; e (iv) possuindo âmbitos de validade idênticos, mesmo assim estabelecem para um *mesmo caso* soluções que – pelo menos *aos olhos do intérprete* – são mutuamente incompatíveis.³⁶

Por isso, nesses casos modelares de inconsistência *total-total* ou de incompatibilidade *absoluta* entre normas,³⁷ não se encontram soluções

denominar simplesmente de *aplicação das normas!*". *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 250.

34 NORBERTO BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora da UnB/Polis, 1989, p. 100. Embora formulada em contexto diverso, merece registro esta observação de MANUEL CALVO GARCÍA sobre a racionalidade das leis: "Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que el legislador real no es racional o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quienes tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley". *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 217.

35 Sobre a ficção do *legislador racional*, ver CARLOS SANTIAGO NINO. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 85, 101.

36 CARLOS SANTIAGO NINO. *Notas de introducción al derecho*, cit., p. 58; NORBERTO BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 86/91. A propósito – para ressaltar a dificuldade na identificação das antinomias – registre-se a autocritica de ROBERTO J. VERNENGO no sentido de que ainda são relativamente pobres os instrumentos de investigação semântica de que dispõem os juristas para testar o rigor dos seus métodos, e de que não existem critérios razoavelmente confiáveis de que se possam utilizar para dizer quando duas expressões normativas ordenam ou prescrevem um mesmo comportamento. *La interpretación literal de la ley*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971, p. 6.

37 ALF ROSS. *Sobre el derecho y la justicia*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 124, 125.

maneja os critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*, até porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição e, afinal, só “resolvem” mesmo os conflitos aparentes de normas.³⁸

No campo da aplicação dos *princípios*, ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas – por sua própria natureza, finalidade e formulação – parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de *tensão* ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do direito.

Daí a precisa observação de HUMBERTO ÁVILA de que a própria idéia de “conflito” deve ser repensada, pois se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrentes da relação dialética que mantém com outros princípios, parece inconcebível a ocorrência de efetivas “colisões” entre eles. Tratar-se-ia, prossegue, de um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas, o que no caso dos princípios está previamente afastado, pois eles são definidos justamente em função de não terem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinadas. Destarte, conclui, o problema que surge na aplicação dos princípios reside muito mais em saber qual deles será aplicado e qual a relação que mantém entre si.³⁹

É que, diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como *imperativos categóricos* nem *ordenações de vigência* diretamente emanadas do legislador, antes apenas enunciam *motivos* para que o aplicador se decida neste ou naquele sentido. Noutras palavras, enquanto com relação às regras e sob determinada concepção de justiça, de resto integrada na *consciência jurídica geral*,⁴⁰ o legislador *desde logo* e com exclusividade define os respectivos *suposto* e *disposição*, i.e., cada hipótese de incidência e sua consequência jurídica, no que toca aos princípios jurídicos ele se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar a tarefa com aqueles que irão aplicá-los, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que essas espécies normativas logram atualizar-se e operar como verdadeiros *mandatos de otimização*.

Por isso, lembrando LARENZ, diríamos que, em si mesmos, os princípios não são – ou *ainda* não são – regras suscetíveis de aplicação direta

38 CARLOS SANTIAGO NINO. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, cit., p. 96, 97.

39 A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan./mar. 1999 (nota 48, à p. 162).

40 KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978, p. 272, 274.

e imediata, mas apenas *pontos de partida* ou pensamentos diretores, que sinalizam – aí se detém o legislador – para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso.⁴¹ Nesse sentido, pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em *dois tempos* e a *quatro mãos*: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se concretizam, como *normas de decisão*, pelos intérpretes e aplicadores do direito. Ou, se preferirmos, os princípios são as regras a *longo prazo*, porque embora pareçam precedê-las – como enganosamente sugere o seu nome – em verdade é delas que eles vão sendo extraídos e generalizados, pelos juízes e tribunais, no curso do processo de composição de conflitos em que consiste a realização judicial do direito.⁴²

De outra parte, sem imporem aos seus operadores uma única decisão correta e justa, eles admitem e até mesmo exigem *convivência* e *conciliação* com outros princípios – igualmente operantes e eventualmente concorrentes – que ofereçam razão para soluções em sentido diverso, tudo isso num complexo *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas; ou, se preferirmos, num processo essencialmente dialético, que se inicia no instante em que o intérprete esboça a aplicação dos princípios às situações da vida, e que se conclui quando, logrando concretizá-los, ele dá fiel cumprimento a esses mandatos de otimização recebidos do legislador.⁴³

A sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais evidenciam, por outro lado, que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante *dimensão institucional*, como fatores de criação e manutenção de *unidade política*, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais.⁴⁴

Em decisão paradigmática sobre o modo como se desenvolve o *jogo* da aplicação dos princípios jurídicos, o STF assentou que em face da Constituição, para *conciliar* o fundamento da *livre iniciativa* e o princípio da *livre concorrência* com os princípios da *defesa do consumidor* e da *redução das desigualdades sociais*, em conformidade com os ditames da *justiça social*

41 KARL LARENZ. *Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p. 33.

42 JOSEF ESSER. *Principio y norma*, cit., p. 71.

43 CLAUD-WILHELM CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 88, 99; KARL LARENZ. *Metodologia*, cit., 1989, p. 579: “É decisivo, por outro lado, que o pensamento não procede aqui ‘linearmente’, só num sentido: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio”.

44 VITAL MOREIRA. Revisão constitucional e princípios fundamentais. In: *Constituição e revisão constitucional*. Coimbra: Editorial Caminho, 1980, p. 73.

– valores inconciliáveis, se tomados em sentido absoluto – pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, *abusivo* que é o poder econômico que visa ao aumento *arbitrário* dos lucros.⁴⁵

Trata-se, portanto, convém insistir, de uma espécie de convivência necessariamente *amistosa* – um *jogo concertado* – menos pela natureza, digamos, *pacífica* dos princípios, do que pelo fato de as colisões entre eles não serem antinomias *jurídicas* em sentido próprio, embora possam dar lugar a *regras* mutuamente incompatíveis.⁴⁶

Com efeito, nessa decisão o STF mais não fez do que *ponderar* e *relativizar* o peso dos princípios concorrentes e, diante das *circunstâncias* do caso, legitimar a intervenção legislativa do Estado em determinado setor da atividade econômica, sem que assim decidindo tenha invalidado qualquer dos standards normativos em *conflito*, os quais, *abstratamente* considerados, continuaram com a mesma força normativa e a mesma relevância constitucional. Se e quando, à vista de um outro caso *concreto*, aqueles princípios voltarem a entrar em estado de *tensão* – e novamente a depender das *circunstâncias* –, o tribunal poderá levar a cabo um *balanceamento* diverso, atribuindo maior peso ao que, na situação anterior, recebeu menor ponderação.

Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repete igualmente utilizáveis como *norma de decisão*, o intérprete fará uma *ponderação* entre os standards concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão⁴⁷ – optando, afinal, por aquele que, *nas circunstâncias*, lhe pareça mais adequado em termos de *otimização* de justiça.

Em palavras de ALEXY, resolve-se esse *conflito* estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma *relação de precedência condicionada*, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que *condições* um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.⁴⁸

Tratando-se de um método de ponderação de bens à *luz do caso concreto*, é intuitivo que *a priori* não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada – porque fora de cotejo axiológico – apenas a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fonte* dos demais valores,

45 ADIn 319/DF, Relator Ministro MOREIRA ALVES, RTJ 149/666-692.

46 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1987, p. 190; JOSEF ESSER. *Principio y norma*, cit., p. 55,56.

47 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

48 Op. cit., p. 92.

como valor *fundante* da experiência ética ou, se preferirmos, como *princípio* e *fim* de toda ordem jurídica.⁴⁹

Considerando, como já acentuado, que em face do contexto a avaliação dos princípios pode *mudar de sinal* – a precedência entre eles é sempre *condicionada* – o fato de se dar menor importância a qualquer deles, em determinada situação, não o invalida ou desqualifica para futuras aplicações, porque sua preterição terá decorrido exclusivamente das *circunstâncias do caso*, que não se prestam a fomentar precedentes. É que, ao contrário das regras de direito – claras ordenações de *vigência* ou mandatos de *realização* – os princípios jurídicos são mandatos de *otimização* ou preceitos de intensidade modulável, a serem aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação.⁵⁰

Pois bem, é precisamente nessa característica – pelo menos ao ver de ALEXY – que residiria o traço fundamental dos princípios jurídicos, a diferença específica que permitiria considerá-los *qualitativamente* distintos das regras de direito:

“O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os *princípios* são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandatos de otimização*, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As *regras*, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.”⁵¹

A despeito da grande aceitação que mereceu da doutrina, não são poucos os autores de expressão que se opõem a esse critério diferenciador, seja dizendo que não apenas os princípios, mas também as regras, seriam

49 Cf., sobre a transcendentalidade do valor *persona humana*, BATTISTA MONDIN. A metafísica da pessoa como fundamento da Bioética. In: *Questões atuais de bioética*. Stanislav Ladusâns (coord.). São Paulo: Edições Loyola, 1990, p. 147, 174, e *Definição filosófica da pessoa humana*. Bauru/SP: EDUSC, 1998; MIGUEL REALE. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 70, 74, e *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 211, 214; GREGORIO PECES-BARBA. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 112 e 121; JOAQUÍN ARCE y FLÓREZ-VALDÉS. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 144, 151. Em sentido contrário, apontando situações em que a dignidade da pessoa humana cederia lugar a outros princípios, ver ROBERT ALEXY, *Teoría*, cit., p. 105, 109.

50 ROBERT ALEXY. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993, p. 12, 14.

51 ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86, 87.

mandatos de otimização, seja afirmando que não só as regras, mas também os princípios, podem entrar em *colisão total*, de sorte que, num caso concreto, a aplicação de determinado princípio afastaria os outros, eventualmente colidentes, como não pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico.⁵²

Por isso, a idéia de *mandato de otimização* ao invés de servir de fundamento para uma diferença *qualitativa* entre regras e princípios, antes representaria uma simples técnica de argumentação, utilizável não somente na aplicação dos princípios, mas também na concretização de todo e qualquer standard normativo.⁵³

Dignas de registro nesse debate são também as considerações de GUSTAVO ZAGREBELSKY, para quem a diferença mais importante entre regras e princípios talvez possa vir sugerida pelo distinto “tratamento” que lhes dispensa a ciência do Direito.

Com efeito, anota ZAGREBELSKY, só às regras se aplicam os variados e virtuosos métodos da interpretação jurídica que têm por objeto a linguagem do legislador; nas formulações dos princípios, ao contrário, há pouco que interpretar, pelo menos desse modo. É que, usualmente, o seu significado lingüístico é auto-evidente e nada existe que deva ser esclarecido raciocinando sobre as palavras. Suas fórmulas quase sempre se traduzem em expressões um tanto banais, “produto de uma recepção jurídica de terceira ou quarta mão”, mas nem por isso menos veneráveis, que remetem a tradições históricas e contextos de significado a serem entendidos em seu *ethos* mais do que “interpretados” pela análise da linguagem. Em poucas palavras, às regras “se obedece” e, por isso, é importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que as contêm; aos princípios, pelo contrário, “se presta adesão” e, por esse motivo, é importante compreendermos o mundo de valores, as grandes opções de cultura jurídica de que fazem parte e às quais as palavras não fazem mais que uma simples alusão. Noutros termos, enquanto as regras nos dizem como devemos, não devemos ou podemos atuar em situações específicas, os princípios a esse respeito nada nos dizem diretamente, embora nos proporcionem critérios para *tomar posição* em circunstâncias só aparentemente indeterminadas. Mais ainda, porque não contêm “suposto de fato”, a eles, diversamente do que ocorre com as regras, só podemos atribuir algum significado operativo fazendo-os “reagir” diante de casos concretos.

Uma outra diferença, prossegue ZAGREBELSKY, poder-se-ia indicar assinalando que só as regras podem ser observadas e aplicadas mecânica e passivamente e, por isso, se o direito contivesse apenas essa espécie de

52 HUMBERTO ÁVILA, op. cit., p. 163/164.

53 LUIS PRIETO SANCHÍS. *Sobre principios y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 44, 50.

normas não seria insensato pensar-se em “mecanizar” a sua aplicação, por meio de autômatas pensantes, aos quais indicariamos o fato e eles prontamente nos dariam a resposta, utilizando, quem sabe, os principais esquemas lógicos de aplicação de preceitos jurídicos – o silogismo judicial e a subsunção do suposto de fato concreto no suposto abstrato da norma. No caso dos princípios, essa “aplicação” é completamente diferente, pois quando a realidade nos exige alguma “resposta”, nossa “tomada de posição” será conforme esses princípios. Uma máquina capaz de se “comportar” no sentido aqui indicado, conclui ZAGREBELSKY, é uma hipótese que sequer pode ser considerada, pelo menos enquanto a máquina continuar a ser máquina.⁵⁴

Finalmente, quanto aos problemas ligados aos *métodos* e *princípios* da interpretação, o primeiro e grande embaraço para a racionalidade hermenêutica – apesar das respeitáveis opiniões em contrário – parece residir na multiplicidade e imprecisão desses instrumentos de trabalho, associadas à inexistência de critérios que possam validar a sua escolha pelos aplicadores do direito, seja em função dos *casos* a decidir, das *normas* a manejar ou, até mesmo, dos *objetivos* que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica. Desprovidos de parâmetros de controle que assegurem um mínimo de objetividade na seleção dos seus instrumentos de trabalho, esses operadores jurídicos acabam fazendo as escolhas com base em sentimentos e intuições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dizem sobre a racionalidade das suas decisões.

Afinal de contas – para ficarmos apenas no âmbito das *leituras* da lei fundamental – o que significam, objetivamente, expressões tais como *unidade da constituição*, *concordância prática*, *interpretação conforme*, *exatidão funcional* ou *máxima efetividade*, com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional, se também essas locuções estão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação? A que resultados, minimamente controláveis, se pode chegar partindo de métodos cuja esotérica denominação – *hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual* ou *normativo-estruturante*, por exemplo – mais confunde do que orienta os que adentram o labirinto da sua utilização? Como aplicar, com segurança, o multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*,⁵⁵ essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para fazer milagres hermenêuticos dos quais até Deus duvida? Como usar a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o

54 GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 110, 111.

55 XAVIER PHILIPPE. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Paris: Economica, Presses Universitaires D'Aix –Marseille, 1990; Georges Xynopoulos; Adele Anzon et al. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale – Riferimenti comparatistici*. Milano: Giuffrè, 1994. *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité*. Paris: L.G.D.J, 1995.

que significam os seus *topoi* e todos os que dela se utilizam parecem fazê-lo na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados a gosto do freguês?⁵⁶

Apesar ou por causa das incertezas daí decorrentes, autores existem, hoje em maioria, que enaltecem as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável, não se constitui em obstáculo, antes colabora, e de modo decisivo, para o conhecimento da verdade e se for aproveitado *racionalmente*, ao invés de embaraçar os aplicadores do direito – como tudo leva a crer – acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e lhes facilitando a tarefa de atribuir a cada um o que é seu.⁵⁷ Em contrapartida, diante de tão meritória liberdade de movimentos, talvez se devesse reconhecer, sem constrangimentos lógicos ou axiológicos, que a serviço do direito tanto os fins justificam os meios, quanto os meios justificam os fins, embora ninguém possa dizer, em sã consciência, qual deles deva ter precedência, nem como são manipulados pelos sujeitos da interpretação.

3 DIMENSÕES ESSENCIAIS DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA

As considerações desenvolvidas a seguir, abrangendo os mais variados aspectos da atividade hermenêutica e destacando a sua extrema complexidade – qual demonstrou MIGUEL REALE em suas diretrizes de uma *interpretação estrutural*⁵⁸ – talvez não consigam convencer os que lhe verberam a *irracionalidade*, mas certamente abalarão muitos dos seus argumentos.

Preliminarmente, é de se destacar o caráter *lingüístico* de qualquer interpretação, a exigir que os interlocutores falem a mesma linguagem, como condição de possibilidade de sua mútua compreensão, até porque, adverte GADAMER, “quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala”.⁵⁹

Disso decorre, a rigor e imediatamente, a perda de sentido da velha disputa entre aqueles que atribuem à tarefa interpretativa a finalidade de descobrir, por trás das normas jurídicas, uma suposta *vontade* do legislador, e os que, também voluntaristas, impõem ao intérprete o dever de se curvar

56 THEODOR VIEHWEG. *Tópica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964, e *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991; JUAN ANTONIO GARCIA AMADO. *Teorías de la Tópica Jurídica*. Madrid: Civitas, 1988, p. 119/138; JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid: Tecnos, 1975, p. 151.

57 ARTHUR KAUFMANN. *Filosofía del derecho*, cit., p. 104 e 519.

58 MIGUEL REALE. *Estudos de filosofia e ciência do direito*, cit., p. 81, 82.

59 HANS-GEORG GADAMER. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, v. II, 1993, p. 150.

às palavras ou à vontade da lei como condição de legitimidade do labor hermenêutico.

Nem uma coisa, nem outra, pois onde aquela vontade – seja a da lei, seja a do legislador – não se exteriorizou em determinada linguagem normativa, de uso comunitariamente inteligível, não há falar sequer em atividade hermenêutica. Afinal de contas – anota EMILIO BETTI – o objeto da interpretação não é a *vontade* como tal, mas a forma em que está explicitada: o *feito* ou o *falado*.⁶⁰

A propósito, relembremos que na discussão sobre a natureza das normas jurídicas, mesmo aqueles que as consideram como imperativos ou mandatos têm o cuidado de ressaltar que essas “ordens” não configuram fenômenos psíquicos, não são manifestações de vontade em sentido próprio, mas apenas imperativos *despsicologizados*, o que não deixa de ser uma expressão original.

No campo da interpretação constitucional, por exemplo, onde as normas positivadas sequer traduzem decisões inequívocas do legislador, nem muito menos uma suposta ou imaginária *vontade* da própria Constituição – limitando-se, no mais das vezes, a enunciar princípios ou a indicar objetivos a serem comunitariamente alcançados e/ou renovados ao longo do tempo –, nesse domínio parece disparatado conceber-se o intérprete como um psicanalista que, no divã do seu consultório, procure descobrir o cliente *verdadeiro*, que se esconde atrás do paciente de carne e osso. Ao contrário, é precisamente nesse âmbito da hermenêutica jurídica onde se manifesta em grau mais elevado a *criatividade* dos intérpretes e aplicadores do direito.

Em seguida, relembremos o caráter *necessário* da atividade interpretativa, a exigir nova leitura do velho brocardo *interpretatio cessat in claris*, um *topos* que, ingenuamente utilizado, além de conduzir a um gritante círculo vicioso, pressupõe a existência de leis cuja redação, se bem cuidada, impediria dúvidas, obscuridades ou contradições, tornando *dispensável* o labor interpretativo.⁶¹

Refutando esse modo de ver as coisas, e após ressaltar a natureza necessariamente *problemática* de toda interpretação – porque em seu âmbito o intérprete deve considerar os diferentes significados possíveis de um termo, ou de uma seqüência de palavras, para escolher, afinal, aquele que lhe pareça o *correto* – KARL LARENZ adverte que seria um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente *obscuros, pouco claros* ou *contraditórios*.

60 EMILIO BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 28.

61 Sobre o sentido desse brocardo, como princípio lógico-abstrato, mas, sobretudo, como *categoria histórica*, ver o texto “Para uma hermenêutica estrutural”, de MIGUEL REALE, in: *Estudos de filosofia e ciência do Direito*, cit., p. 75,76.

Diversamente – arremata o mestre da metodologia da ciência do direito –, em princípio, *todos* os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo esta necessidade de interpretação não um *defeito*, que se possa evitar mediante uma redação tão precisa quanto possível, mas um *dado de realidade*, que continuará a subsistir enquanto as leis, sentenças, resoluções e mesmo os contratos não forem redigidos exclusivamente em linguagem codificada ou simbolizada.⁶²

Sirva-nos de consolo, no particular, a observação de ALCHOURRÓN e BULYGIN de que “*solo en los lenguajes puramente formales – como son los de la lógica y de la matemática puras – no se plantean problemas de vaguedad, pero no porque sus conceptos sean más exactos que los de otras ciencias, sino porque no son empíricos*”, observação enriquecida pela citação, logo a seguir, deste precioso ensinamento de EINSTEIN: “na medida em que se referem à realidade, os conceitos são vagos; na medida em que não são vagos, não se referem à realidade”.⁶³ Nessa mesma linha, o que também nos conforta, ADAM SCHAFF afirma que se deixarmos de lado os termos científicos, cujos significados se estabelecem por convenção, constataremos que a vagueza é uma propriedade de quase todas as palavras e que, sob este aspecto, se trata de um fenômeno *objetivo*.⁶⁴

De outra parte, há de se considerar que nenhuma interpretação ocorre no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade *contextualizada*, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos lingüísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica. E isso, como já acentuado, sem falarmos nos condicionamentos sócio-culturais, nos preconceitos ou na ideologia dos intérpretes e aplicadores do direito, *inegabilidades* cujos efeitos são reputados *perversos* no âmbito da Sociologia do Conhecimento, mas valorados, *positivamente*, nos domínios da Hermenêutica Filosófica como elementos constitutivos da pré-compreensão.⁶⁵

Daí, ainda a propósito desses usos e contextos lingüísticos, as percucientes observações de LARENZ, alertando-nos que a interpretação de qualquer enunciado normativo há de iniciar-se pelo seu sentido *literal* – assim entendido o significado de um texto ou de uma cadeia de palavras no uso lingüístico *geral* –, e que onde for possível constatar usos lingüísticos

62 KARL LARENZ. *Metodología*, cit., 1989, p. 240, 241.

63 CARLOS E. ALCHOURRÓN; EUGENIO BULYGIN. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p. 62, 63.

64 ADAM SCHAFF. *Introducción a la semántica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 58.

65 Sobre as origens sociais do pensamento, ver KARL MANNHEIM. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; KARL MANNHEIM; WRIGHT MILLS; ROBERT MERTON. *Sociologia do conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967; sobre a pré-compreensão na experiência hermenêutica: HANS-GEORG GADAMER. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993, p. 331, 377; e sobre a impossibilidade antropológica do juiz “asséptico”: EUGENIO RAÚL ZAFARONI. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994, p. 199,205.

especiais, valerá o significado emergente dessa linguagem técnica, porque a sua adoção, no texto de determinada lei, terá sido intencional e decorrente da necessidade de atingir objetivos que, ao ver do legislador, poderiam não ser alcançados se ele utilizasse a chamada linguagem *vulgar*.⁶⁶

Ainda assim, como o direito é uma coisa que interessa a todos e, por isso, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral, mesmo essa linguagem *técnica*, para se tornar acessível, deve apoiar-se na linguagem comum – uma espécie de *esperanto jurídico* – a fim de que os destinatários das leis, entendendo as suas ordens, possam guiar-se por elas e delas receber instrução.

Por isso, nas situações em que, evidentemente, a lei se tenha desviado do seu uso lingüístico especial, impõe-se apelar de novo para o uso lingüístico geral que, então, funcionará como *instância de controle e tradução*, balizando os limites dentro dos quais há de se encontrar o sentido procurado, até mesmo como condição de legitimidade do preceito que se pretenda aplicar, porque parece intuitivo que uma norma ininteligível, veiculada em linguagem singularmente esotérica, não possa impor obrigações a ninguém.⁶⁷

No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados *arbitrários* aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido lingüisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como *limite da interpretação*. Essa idéia de limite, entretanto, não nos deve induzir ao erro de imaginar o intérprete como um prisioneiro da linguagem, nem tampouco a linguagem como um universo fechado, insuscetível de crescimento. Pelo contrário, o que se verifica é uma constante e fecunda interação entre os dois pólos dessa relação – entre a *consciência hermenêutica individual* e a *consciência hermenêutica geral* – em cujo âmbito, dialeticamente, a linguagem se enriquece e se expande a cada “achado” dos seus usuários, ao mesmo tempo em que lhes possibilita utilizar o seu acervo para novos e intermináveis “descobrimientos”.

Em face dessa constante e mútua fecundação e do modo como repercute no âmbito da Cultura, em geral, e nos domínios da Jurisprudência, em particular, apesar das críticas que recebeu pela rigidez de algumas das suas posições, impõe-se creditar a EMILIO BETTI o mérito de haver lutado para que a liberdade do intérprete – que todos consideram inerente ao ato de compreender – não descambasse para um relativismo estéril e banalizador.

Fruto dessas suas reflexões de base, foi a formulação dos *cânones hermenêuticos fundamentais* com relação ao *sujeito* e ao *objeto* da

66 KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, cit., 1989, p. 385, 390.

67 Relembre-se, ainda uma vez, a lição de GADAMER: “quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala” (*Verdad y método*, cit., v. II, p. 150).

interpretação, dos quais destacamos, pela sua pertinência, no particular, o cânone da *autonomia* hermenêutica do objeto ou da *imanência* do critério hermenêutico.

Segundo o autor da monumental *Teoria Generale della Interpretazione*, para que não se comprometa a objetividade da interpretação, quaisquer formas *significativas* – obviamente também as formas *jurídicas* –, enquanto *objetivações* da mente de um Outro, têm de ser compreendidas em relação a essa mente, que nelas foi objetivada, e não com referência a qualquer sentido que a própria forma possa adquirir, uma vez abstraída da função representativa que possuía para aquela mente ou aquele pensamento.

Em suma, para esse importante jurista e filósofo – porque *sensus non est inferendus sed efferendus* –, o sentido que se procura há de *provir* ou ser *extraído* daquelas objetivações do espírito, e não *introduzido* nessas formas representativas de modo arbitrário, sub-reptício ou fraudulento.

“Com isso, o que desejamos dizer – arremata EMILIO BETTI – é que as formas significativas têm de ser consideradas autônomas e compreendidas de acordo com a sua própria lógica de desenvolvimento, conforme à sua necessidade interior, coerência e racionalidade; que não de ser avaliadas de acordo com os parâmetros imanentes na intenção inicial a que deveriam corresponder, do ponto de vista do autor e do seu impulso formativo no processo de criação, e não segundo sua idoneidade para servir a este ou àquele fim extrínseco que possa parecer relevante para o seu intérprete.”⁶⁸

Nessa perspectiva, em que o respeito à *autonomia do texto* é indispensável à objetividade e à controlabilidade da interpretação – da mesma forma que a *transcendência* do objeto é condição de possibilidade do conhecimento enquanto apreensão de algo *externo* ao sujeito, de algo que se lhe *opõe* e permanece um *outro* mesmo depois de *apreendido* pela sua consciência –, nessa perspectiva dir-se-ia, citando MEIER-HAYOZ, que a letra da lei possui dupla finalidade, de um lado funcionando como *ponto de partida* para a elucidação do sentido pelo intérprete e, de outro, definindo os *limites* postos à sua atividade hermenêutica enquanto tal.⁶⁹ Por isso, em paradoxo só aparente, observa UMBERTO ECO que todo discurso sobre a liberdade de interpretação deve começar por uma defesa do sentido literal,⁷⁰ advertência que se mostra óbvia se tivermos presente que, sem um significado *central*, que lhes balize os movimentos, serão erráticas todas as oscilações semânticas. Afinal de contas – lembrava ROBERTO LYRA FILHO, invocando HEGEL, LÊNIN e ORTEGA – a espiral precisa de direção para o

68 EMILIO BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 32, 33.

69 Apud KARL LARENZ. *Metodologia*, cit., 1978, p. 367, nota 3.

70 UMBERTO ECO. *Os limites da interpretação*, cit., p. 9.

infinito tanto quanto a linha reta⁷¹, o que, se é verdade, impõe a todo intérprete criativo convencer o público de que, mesmo parecendo perdido no meio da *espiral hermenêutica*, em verdade ele comanda o processo e sabe onde vai chegar. Caso contrário, i.e., se andar em ziguezague sem maiores explicações, aos olhos da comunidade não passará de um extravagante, a fazer malabarismos com as palavras e produzir interpretações “clamorosamente inaceitáveis”.⁷²

Relembrando a lição kelseniana, dir-se-ia que embora a atividade interpretativa envolva necessariamente conhecimento e *vontade*, não é dado ao aplicador do direito desconsiderar o *marco normativo* imposto pela regra de nível superior, da qual deve extrair, *por derivação*, a decisão para o caso concreto, uma advertência que permanece válida ainda que, ao limite, a definição desse marco acabe sendo um *construído hermenêutico* do próprio aplicador do direito, como certa feita nos objetou criticamente o perspicaz ODIM BRANDÃO FERREIRA. É que, no Estado de Direito, para serem auto-sustentáveis, sobretudo essas *construções* devem observar normas de segurança – o *devido processo legal*, em sentido amplo, por exemplo – estabelecidas pela própria sociedade.

Por isso é que uma opção apenas *razoável* ou *plausível*, uma decisão que não se considere a *melhor*, embora seja passível de críticas segundo padrões de correção absoluta – à DWORKIN, por exemplo⁷³ –, não estará sujeita a desfazimento se, apesar disso, a comunidade considerar que foi adotada no marco das derivações *possíveis* e à luz dos critérios *usuais* de interpretação.

Esse, para nós, é o fundamento hermenêutico da Súmula nº 400 do STF, ao dizer, sob o regime constitucional anterior a 1988, que não se admite recurso extraordinário contra decisão que deu *razoável* interpretação à lei, ainda que não seja a *melhor*, o mesmo valendo para a Súmula nº 343, quando estabelece que não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação *controvertida* nos tribunais, uma interdição que subsistirá mesmo que a jurisprudência do tribunal venha, posteriormente, a se *fixar* em sentido contrário.⁷⁴

Apesar dessa orientação, e sem prejuízo de se reconhecer aos julgadores a prerrogativa ou mesmo a *obrigação* de mudar de entendimento

71 *Desordem e processo: um posfácio explicativo. Desordem e processo - estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Doreodó Araujo Lyra (coord.). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 287.

72 UMBERTO ECO. *Os limites da interpretação*, cit., Introdução, p. XXII.

73 RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 396 e ss.; *Conferencias de Ronald Dworkin en Chile*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994, p. 49, 76.

74 Cf., no mesmo sentido, Súmula nº 134, do extinto TFR e Enunciado nº 83, do TST.

quando, a seu ver, *melhores razões* apontem para outra interpretação, ninguém imagina dispensar-lhes da exigência de *explicitar* aquelas razões e demonstrar que esses argumentos *sustentam* a nova interpretação, tanto à vista do caso que se está a decidir, quanto de casos novos, da mesma espécie, que venham a surgir no futuro.⁷⁵

Por isso é que o abandono dos precedentes exige não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentem essa decisão, mas também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. Quem resolve desprezar um precedente assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato abandonar-se, sem melhores razões em contrário, um entendimento até então prevalecente.⁷⁶

Esse é um dos motivos pelos quais, ainda quando bem fundamentadas, as viragens de jurisprudência não invalidam nem questionam as interpretações adotadas no passado; apenas sinalizam que *doravante* – tendo em vista esses novos *considerandos*, que não rescindem os anteriores – “a norma passa a vigorar no significado ou na modificação que a jurisprudência lhe deu”.⁷⁷

Por outro lado, como as transformações sociais, de que decorrem as mudanças de jurisprudência, não se verificam da noite para o dia, muito embora em certas épocas possam adquirir maior velocidade, parece lícito concluirmos que, em razão do modo como se altera a realidade social, a escolha do caso ou do momento em que se deva atribuir novo significado a determinado texto de lei encerra, a rigor, uma decisão discricionária – mas não *irracional* – dos aplicadores do direito.

Nessa perspectiva, os chamados *leading cases* são instantes de viragem hermenêutica que, em certa medida, poderiam ser antecipados ou diferidos, como atesta, aliás, a experiência do chamado *apelo ao legislador*, uma prática de que se utiliza a Corte Constitucional alemã quando se defronta com situações que, embora *ainda* possam considerar-se constitucionais, *tendem* a virar inconstitucionais caso não sejam adotadas medidas legislativas que, aos olhos do tribunal, se mostrem necessárias à conjuração desse *estado* de patologia constitucional.⁷⁸

Finalmente, como derradeira *condição* do trabalho hermenêutico, cumpre assinalar o caráter *unitário* do processo em que ele se desenvolve,

75 KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*, cit., 1978, p. 358; *Metodologia*, cit., 1989, p. 378.

76 ROBERT ALEXY. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 265; MARINA GASCÓN ABELLÁN. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 39, 40; AULIS AARNIO. *Lo racional como razonable*, cit., p. 260.

77 KARL LARENZ. *Metodologia*, cit., 1978, p. 136.

78 GILMAR FERREIRA MENDES. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 229, 243.

do que resulta considerarem-se as suas distintas fases como momentos necessários de uma *unidade de compreensão*, a exigir que todos os instrumentos hermenêuticos sejam integrados na tarefa de atribuir sentido às normas sob interpretação, independente da sua natureza e posição hierárquica no sistema jurídico.

Por isso, embora essa observação tenha sido feita em sede constitucional, pode-se dizer, lembrando GOMES CANOTILHO, que já se tornou pacífico considerar a interpretação do direito, em geral, como um *conjunto de métodos* desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente, complementares.⁷⁹

Trata-se de uma observação que, de resto, pode ser comprovada à luz do direito positivo. Tal é o caso do Código Civil espanhol, cujo art. 4.1 determina que as normas se interpretem segundo o sentido próprio das suas *palavras*; em relação com *contexto*, os *antecedentes históricos e legislativos*, e a *realidade social do tempo em que devam ser aplicadas*, atendendo-se, fundamentalmente, ao seu *espírito e finalidade*, regra hermenêutica que se completa com a previsão, nesse mesmo dispositivo, de que também se use a *equidade*, embora com a restrição de que decisões fundadas exclusivamente nesse critério dependem de expressa autorização legal.⁸⁰

Como disse ATIENZA, ao analisar esses preceitos legais no contexto do que chamou de *racionalidade na produção e na aplicação do direito*, nesse artigo de lei se contemplam cinco tipos ou momentos da interpretação, correspondentes, respectivamente, a cinco níveis de racionalidade que, a seu ver, balizam, igualmente, o trabalho do legislador – interpretação *textual* ou *lingüística*; *sistemática*; *pragmática*; *teleológica*; e *ética* ou *valorativa* – formas ou técnicas de interpretação tão intimamente ligadas que todas pressupõem as anteriores e, ao mesmo tempo, a elas se subordinam, segundo determinado padrão de racionalidade. Em síntese, interdependência e complementaridade, sob a mesma e necessária racionalidade, não apenas entre os diferentes métodos, momentos ou espécies de interpretação, mas também entre legislação e jurisdição, entre produção e aplicação do direito.⁸¹

No mesmo sentido, afirma FRIEDRICH MÜLLER que as *regras tradicionais de interpretação* não podem ser individualizadas como *métodos* independentes entre si, porque desde o início do processo de concretização elas se manifestam não apenas complementando-se e apoiando-se reciprocamente, mas também entrelaçadas, materialmente, umas com as

79 GOMES CANOTILHO. *Direito constitucional*, cit., p. 1084.

80 No Direito brasileiro: LICC, art. 5º; CPC, art. 127.

81 MANUEL ATIENZA. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997, p. 95, 100.

outras.⁸² Apesar de importantes, essas observações não primam pela originalidade, porque há mais de século e meio o velho SAVIGNY já anunciava essa *novidade*, ao dizer que os *elementos* gramatical, lógico, histórico e sistemático não constituem quatro classes de interpretação, entre as quais se possa optar segundo o gosto ou o capricho, mas apenas quatro *operações*, distintas embora, cuja *integração* é indispensável para o êxito da interpretação.⁸³

Como, por outro lado, nunca é demais insistir, não existe uma relação hierárquica fixa entre os diversos critérios de interpretação,⁸⁴ essa pluralidade de métodos converte-se em “veículo da liberdade do juiz”,⁸⁵ que acaba podendo escolher o método em função do objeto e mesmo do resultado que, estimando *correto* e *justo*, pretenda alcançar em cada caso. Tratando-se, porém, de uma liberdade *vigiada* porque está comprometida com o acerto e a justiça da decisão – atributos de resto passíveis de avaliação e controle externos – não pode o intérprete *partir* de resultados *preconcebidos* e, para legitimá-los, *afeiçoar* a norma aos seus preconceitos com uma pseudo-argumentação, pois se agir dessa maneira essa inversão do itinerário hermenêutico acabará desqualificando a *avaliação das conseqüências* como parâmetro de controle da interpretação.

Afinal de contas, uma coisa é a pré-compreensão do aplicador do direito ou a sua intuição do justo, que lhe insinuam a decisão final e legitimam a tese de RADBRUCH de que “a interpretação é o resultado do seu resultado”; e outra, bem diversa, é a deliberada distorção de fatos e perspectivas, com o propósito de atingir objetivos que, sem esse desvio de comportamento, dificilmente poderiam ser alcançados.

À vista dessa interdependência dos métodos e critérios da interpretação do direito, forçoso é reconhecer que perdeu sentido, igualmente, a velha disputa entre esses instrumentos de trabalho, os quais devem ser utilizados em conjunto e complementarmente para enfrentar as dificuldades da tarefa hermenêutica, em cujo âmbito se fundem, em *unidade complexa*, os problemas relativos à *produção*, à *compreensão*, à *interpretação* e à *aplicação* dos modelos jurídicos.⁸⁶

82 Apud KARL LARENZ, in: *Metodologia*, cit., 1989, p. 395.

83 SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, t. I, s/d, p. 188.

84 KARL LARENZ. *Metodologia*, cit., 1978, p. 390; HANS KELSEN. *Teoria pura*, cit., v. II, p. 290.

85 MARTIN KRIELE, apud KARL LARENZ. *Metodologia*, cit., 1978, p. 394.

86 Ver, a propósito dessa fusão de problemas numa unidade de compreensão, esta passagem de EDGAR MORIN: “o conhecimento *pertinente* deve enfrentar a complexidade; *complexus* significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico) e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto do conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a diversidade”. *Os sete saberes*, cit., p. 38.

CONCLUSÕES

Diante de tudo quanto foi exposto e do muito que restou implícito, acreditamos que o debate sobre a racionalidade hermenêutica poderia adquirir contornos *racionais* se os seus contendores aceitassem algumas dessas inegabilidades, às quais se juntariam, para enfeixá-las num bloco coerente, as fórmulas sinteticamente indicadas no fecho desta exposição. Noutras palavras, achamos que seria possível atingir esse objetivo se lográsssemos integrar, em síntese superadora, as posições *objetivistas* dos que reduzem a racionalidade cognitiva aos procedimentos próprios das autodenominadas ciências *exatas*, e as posturas *subjetivistas* dos que se insurgem contra quaisquer controles nos domínios das chamadas *ciências do espírito*.

Em suma, nem um dogmatismo obtuso, nem um relativismo banalizador, antes uma fecunda colaboração, por exemplo, entre a inventividade da hermenêutica e os rigores da teoria analítica do direito, sob um comum e humilde entendimento de que “analítica sem hermenêutica é vazia, hermenêutica sem analítica é cega”.⁸⁷

Admitida essa postura conciliatória, que não implica nenhum sincretismo metodológico, pode-se defender a racionalidade do processo de aplicação do direito, alinhando em seu favor as seguintes *inegabilidades*, que recolhemos em leituras diversas e, para provocar os críticos dessa mistura, ousamos denominar *hermenêutico-epistemológicas*:⁸⁸

- aquilo que chamamos conhecimento é o fenômeno que consiste na apreensão do objeto pelo sujeito, não do objeto propriamente dito, *em si e por si* – porque este transcende, necessariamente, o sujeito –, mas apenas do objeto enquanto *objeto do conhecimento*;
- todo objeto do conhecimento, portanto, é uma *criação* do sujeito, que nele põe ou supõe determinadas condições para que possa ser percebido, como as formas *espaço* e *tempo*, que não pertencem às coisas em si mesmas, mas apenas enquanto são *coisas para o sujeito*;
- nessa perspectiva, não tem sentido cogitar-se do conhecimento das coisas *em si mesmas*, mas apenas do conhecimento de *fenômenos*, isto é, de coisas *como elas se apresentam*, já recobertas por aquelas formas, que são condições de possibilidade de todo conhecimento;
- toda compreensão, inclusive entre as ciências naturais, é sempre e *ao mesmo tempo objetiva e subjetiva*;

87 ARTHUR KAUFMANN. *Filosofia del derecho*, cit., p. 87.

88 Sobre as diferenças ou eventuais antagonismos entre os padrões cognitivos da Hermenêutica e da Epistemologia, ver RICHARD RORTY. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, especialmente o capítulo VII – *Da epistemologia à hermenêutica*.

- em virtude da função *constitutiva, conformadora e transformadora*, que o sujeito desempenha, *por direito próprio*, no âmbito da relação ontognosiológica, o conhecimento do objeto não é nem pode ser igual ao objeto do conhecimento;
- o conhecimento dos objetos *culturais*, igualmente, não coincide com o objeto desse conhecimento, até porque sendo realidades *significativas* esses objetos exigem participação e criatividade do sujeito para se revelarem em toda a sua plenitude;
- como o direito participa do mundo da cultura, o seu conhecimento está submetido a todas as *vicissitudes* que singularizam o processo gnosiológico das *coisas do espírito*, o que se constitui num motivo adicional para não se cobrar *mais objetividade* ou *racionalidade* aos sujeitos da interpretação;
- a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, antes se constitui numa qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver *racionalmente*;
- a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à *margem da lei*;
- toda compreensão se dá a partir da *pré-compreensão* do intérprete, a qual funciona como condição de possibilidade para o surgimento e desenvolvimento da sua compreensão;
- a compreensão de qualquer preceito jurídico depende da nossa pré-compreensão sobre a *coisa* ou o referente fundamental a que chamamos *Direito*, e que o legislador procura nos comunicar através dos enunciados normativos;
- o legislador real não é racional e, por isso, quem deve ser racional é o intérprete-aplicador do direito;
- toda norma só vigora *na* interpretação que lhe atribuem os agentes a tanto legitimados, mas essa compreensão não é livre a ponto de afrontar a comunidade linguística;
- legislador não é somente o autor material da lei, por virtude de cuja autoridade ela foi promulgada, mas também aquele por cuja autoridade ela continua em vigor;
- quem tem a prerrogativa de impor, afinal, a sua interpretação é de fato e de direito titular do poder de legislar;
- o silêncio do legislador atual, que pode desautorizar qualquer interpretação, mas se abstém de fazê-lo, confere legitimidade à compreensão normativa de juízes e tribunais;

- a vontade do legislador não é um ato voluntário, que se esgota no momento da produção da lei, mas uma energia que a regenera de modo contínuo, como se estivesse a (re)produzi-la numa gestação infinita;
- a interpretação jurídica não consiste em *pensar de novo* o que já foi pensado, mas em saber *pensar até ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por outrem;
- o sentido das normas jurídicas, embora não possa contrariar o seu enunciado, exige a criatividade do intérprete para se revelar completamente;
- normas gerais não fazem justiça a casos particulares e, por isso, sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao aplicador do direito, este não realiza o ideal de justiça, que consiste em dar a cada um o *que é seu*;
- no exercício desse mister, a racionalidade científica cede lugar à razoabilidade jurídica, e a verdade epistemológica, à simplesmente hermenêutica.