

**COMO OS MAGISTRADOS DECIDEM OU DEVERIAM DECIDIR: perspectivas
hermenêuticas e critérios para a interpretação judicial¹**
**HOW THE JUDGES DECIDE OR SHOULD DECIDE: hermeneutical perspectives and
criteria for judicial interpretation**

Bruna Mizuki²

RESUMO

O artigo traz uma análise das condições gerais que delimitam a atividade interpretativa dos magistrados. Alguns autores estudados são Hans Kelsen (2009) e Alf Ross (2007); para quem, a despeito de haver critérios ou não, a decisão final seria tão somente a expressão de um ato político e de vontade, embasado em processos cognoscitivos. E o ordenamento jurídico seria apenas um pretexto. Para Inocêncio Mártires Coelho (2011) e Karl Larenz (1989), no entanto, critérios são imprescindíveis, na tomada de decisão, mantendo o foco na observância ao devido processo legal, na consciência jurídica geral e no respeito aos precedentes. É no campo da hermenêutica que se desenvolve todo o debate. Entretanto, por uma questão metodológica, não se discutirá as várias hermenêuticas e sua doutrina, mas suas decorrências e os parâmetros atuais do debate. Assim, como metodologia, optou-se por seguir a perspectiva dos autores mencionados, na tentativa de promover um diálogo sobre o tema proposto, envolvendo visões positivistas e jusnaturalistas ou jusmoralistas, ciente de que cada uma delas alcança sentidos distintos que não serão explanados, implicitamente, neste artigo.

Palavras-chave: Interpretação; decisão judicial; hermenêutica.

ABSTRACT

This article analyses how does interpretative activity may be delimited in judges' behavior. Hans Kelsen (2009) and Alf Ross (2007) are some cited authors, for whom, despite having criteria or not, the final decision would be merely the expression of a political will, despite of being based on cognitive processes. And the law would be just a pretext. To Inocêncio Mártires Coelho (2011) and Karl Larenz (1989), however, criteria are essential in decision making, while focusing on compliance with due process, observing the general legal awareness and respect for precedent. It is in the field of hermeneutics that the whole debate develops. However, as a methodological issue, the various hermeneutical, and his doctrine,

¹ O artigo é fruto de um dos capítulos da dissertação de mestrado, em andamento no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Bacharel em Direito pela Universidade de Franca-SP.

O artigo foi elaborado sob a orientação do Professor Dr. Luís Carlos Martins Alves Jr., doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UnB) e professor titular do mestrado em Direito do UniCEUB.

won't be discussed here; but its consequences and the current parameters of the debate. Thus, as methodology, it was decided to follow the authors' views, as mentioned, in an attempt to promote a dialogue on the theme, involving positivist and jusnaturalistas or jusmoralistas, aware that each one achieves different meanings that are not explained, implicitly, in this article.

Keywords: Interpretation; judicial decision; hermeneutics.

INTRODUÇÃO

Um problema persistente, na jurisdição constitucional brasileira, consiste no fato de que não se sedimenta uma jurisprudência, tendo os precedentes como indicadores e orientadores de julgamentos futuros. Aliado a esse problema, ocorre, não raramente, a falta de clareza e coerência nas decisões. Não é incomum, portanto, que se chegue aos mesmos resultados, com argumentos diferentes.

Trata-se de um tema que tem provocado inúmeras discussões entre os operadores do direito e intérpretes da lei, sobretudo porque se busca, na prática dos magistrados, identificar um mínimo de coerência em nome da expectativa de racionalidade e previsibilidade do sentido normativo das decisões. Isso não tem ocorrido.

Nesse sentido, o trabalho hermenêutico torna-se uma ferramenta importante, à medida que prima pelo ajustamento entre normas e fatos que vão ordenar a vida em sociedade, uma vez que é nesse momento que o juiz, observando a generalidade da norma, respeita a singularidade do caso concreto.

Neste contexto, o presente artigo objetiva enfrentar essas questões, apresentando critérios que possam reduzir as incoerências nas decisões judiciais, valendo-se, para tanto, da hermenêutica jurídica e da interpretação constitucional.

Para tanto, foi feita uma leitura de autores que se debruçaram sobre o tema e estão contempladas, neste artigo, as principais opiniões e conclusões deles. Primeiramente, a análise dos autores Kelsen (2009) e Ross (2007) e a interpretação deles quanto à decisão judicial, diante da inevitável pluralidade de significações. Em segundo lugar, os autores Coelho (2011) e Larenz (1989) também se manifestam sobre a temática. Para Kelsen (2009), deve-se obter “o maior grau possível de segurança jurídica” (2009, p. 397) ao proceder à análise. Para Coelho (2011), os magistrados devem evitar o “puro decisionismo”. Para todos eles e para o devido processo legal, o importante é conferir segurança e legitimidade à decisão.

1 COMO OS MAGISTRADOS DECIDEM: UMA PERSPECTIVA À LUZ DE HANS KELSEN (2009) E ALF ROSS (2007)

1.1 A interpretação segundo Kelsen (2009)

Para Kelsen (2009), a decisão judicial é uma decisão política, pois está condicionada à vontade, aos interesses e às conveniências do magistrado. E o ordenamento jurídico é apenas um pretexto para fortalecer a decisão deste. Em outras palavras, todos os métodos de interpretação conduzem a resultados possíveis; nunca a um único correto e que, no final, o Tribunal decide a seu critério. Nesse sentido, fica claro que a própria moldura Kelseniana seria um ato hermenêutico uma vez que dá margem à atribuição de vários sentidos.

Há várias possibilidades de solução ou interpretação, no caso concreto, mas só uma – com a decisão judicial – torna-se norma. Com isso, afirmar que uma sentença judicial é fundada na lei significa, na verdade, que ela foi produzida dentro da moldura que a lei representa; não significa que ela é a norma individual, mas apenas uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 2009). Moldura que deve ser observada, mas ainda restariam espaços vazios que seriam preenchidos por atos de vontade, como se constata em:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem (KELSEN, 2009, p. 390).

Portanto, interpretar faz-se necessário, pois o sistema das normas não consegue prever todas as situações fáticas existentes, deixando várias possibilidades em aberto:

[...] a questão de saber qual é, dentre as possibilidades aquela que se apresenta nos quadros do Direito a aplicar, a correta, não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 2009, p. 393).

Sempre que a interpretação é feita pelo órgão aplicador do Direito ela será autêntica, pois, ao fazê-la, cria-se o Direito. Assim, será autêntica a interpretação quando esta assumir a forma de uma lei, ou de um tratado de direito internacional com caráter geral; qualquer outra interpretação, pelo fato de não ser autêntica, não cria Direito. E, nesse sentido,

É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância. [...] É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações

seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica (KELSEN, 2009, p. 394;397).

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, cabe a necessidade de fixar o sentido e a interpretação das normas empregadas na ação. É exigida, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Em suma, todas as normas jurídicas, na medida em que hajam de ser aplicadas, devem ser interpretadas.

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva obtida por uma operação de conhecimento do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade, quando o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada (KELSEN, 2009).

Em perspectiva diversa, Freitas Filho (2003) entende que o paradigma juspositivista de Kelsen (2009) está superado, ao assumir que a realidade jurídica atual possui os requisitos de uma situação de superação paradigmática, e é ponto de razoável consenso entre os juristas que as anomalias estão constantemente presentes. Neste passo, a crise do Direito encontra-se instalada justamente na permanência de tais anomalias. E, nesse sentido, o autor esclarece:

O que se convencionou chamar de crise do Direito é um conjunto de condições que apontam para a possibilidade de mudança e que se revela em disfunções, ou para usar os dizeres de Kuhn, anomalias (segundo o paradigma vigente) reveladoras da incapacidade do modelo de saber hegemônico de dar respostas satisfatórias a determinados problemas contemporâneos apresentados na concretude fática. [...] Questões macroeconômicas, novos direitos, a globalização econômica, a perda de capacidade normativa do Estado-nação entre outros fatos, provocam o ator jurídico a pensar o Direito de forma diversa daquela de uma realidade sócio-econômica de matriz liberal na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada (FREITAS FILHO, 2003, p. 45).

O conceito de paradigma desenvolvido por Kuhn (2005) foi pensado para as ciências exatas e biológicas, “[...] que possuem um grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais [...]”, de maneira que essa conceituação deve ser utilizada, no Direito, com “reserva terminológica” (FREITAS FILHO, 2003, p. 30). O mesmo autor alerta que a mudança de paradigma, no caso do Direito, pode acontecer quando começa a formar-se outro padrão normativo, “[...] encontrando no mesmo o caráter normativo jurídico” (FREITAS FILHO, 2003, p. 32). Acrescenta que o paradigma juspositivista Kelseniano seria uma construção teórica feita por Kelsen, no início do século, cuja pretensão foi de purificar metodologicamente o estudo da “Ciência do Direito” e, com isso excluir outros fatores que o autor chama de metajurídicos. A própria nomeação como “pura” propõe

garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e, ainda, excluir deste conhecimento tudo mais que for alheio ao seu objeto (FREITAS FILHO, 2003, p. 38).

E é precisamente por seu caráter anti-ideológico que a teoria pura do Direito prova ser uma verdadeira ciência do Direito (KELSEN, 1992).

Entretanto, ainda é cedo para se falar em superação do paradigma juspositivista Kelseniano que entende que a “[...] obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária” (KELSEN, 2009, p. 393).

Mas, isso não significa que o autor em tela despreza um mínimo de segurança jurídica, uma vez que adverte que, diante da inevitável pluralidade de significações, deve-se obter “o maior grau possível de segurança jurídica” (KELSEN, 2009, p. 397). Em outras palavras, no final, vale tudo; não há interpretação correta e o Tribunal decide a seu critério, embora não deva ser esta a conduta a ser seguida pelos intérpretes da lei ao decidir.

1.2 Uma teoria do método segundo Alf Ross (2007)

Ross (2007) propõe uma teoria do método à medida que expressa como deve ser interpretado o direito e defende que a administração da justiça fundamenta-se em processos cognoscitivos, mas que, entretanto, isso não altera o fato de que para tal, mesmo quando seu caminho é preparado por esses processos, é, por sua própria natureza, uma decisão, um ato de vontade.

Lato sentido, “interpretação” é como o referido autor denomina a atividade de saber qual norma aplicar, dentre as várias existentes de método jurídico, ou no caso do direito formulado ou direito legislado. Adianta que não se pode enunciar uma ideologia do método com a mesma precisão de uma ideologia das fontes do direito, especialmente no que tange à interpretação do direito legislado. Isso porque regras fixas não podem ser formuladas; o máximo que se pode conseguir é um estilo de método ou de interpretação (ROSS, 2007).

Entretanto, alerta que o estudo do método, assim como das fontes do direito, precisa ser dividido numa “parte doutrinária” e em uma “teoria geral”. A primeira consiste na investigação do método seguido pelos tribunais num ordenamento jurídico específico, e constitui uma porção da ciência do direito e, tal como não há uma ideologia universal das fontes do direito, também não há um método universal. Em contrapartida, a tarefa da teoria geral consiste em explicar pressuposições fatuais dos problemas dos métodos e em subsumir e caracterizar dentro de uma tipologia geral todos os estilos de métodos e interpretação que realmente ocorrem (ROSS, 2007).

Por essa razão, estabelecer uma teoria do direito precede qualquer discussão hermenêutica. Se o intérprete não estiver filiado a uma ou a outra teoria, ao escolher os métodos de interpretação, ele colocará ali apenas as suas convicções pessoais. Tal divisão é necessária, porque os problemas do método ou de interpretação assumem formas distintas a depender do sistema (ROSS, 2007).

Em um sistema no qual os precedentes constituem a fonte predominante do direito, o problema do método consiste em como extrair uma regra geral dos precedentes existentes e aplicá-la ao caso a ser decidido. A dificuldade aumenta pelo fato da regra geral ser alterada com frequência no curso do desenvolvimento de um caso para outro. Em contrapartida, há outro sistema no qual a legislação é a fonte predominante do direito e o juiz encontra-se diante de um texto provido de autoridade de uma regra geral de direito. A técnica de argumentação exigida por esse método visa a descobrir qual o significado da lei e a definir quais fatos são abarcados por ela ou não (ROSS, 2007).

Na visão deste autor,

[...] temos assistido ao desenvolvimento da semântica geral, a qual se ocupa da linguagem como meio de expressão e comunicação, sua importância no que se refere à ação e compreensão, e a função das palavras como símbolos e seu valor emocional (ROSS, 2007, p. 139, nota de rodapé).

Disso decorre que toda interpretação do direito legislado inicia-se com um texto que, em seu aspecto físico, é capaz de influenciar o juiz porque possui um significado cuja função é apontar, através dos símbolos que representa, para algo que é distinto do próprio texto³ (ROSS, 2007).

Para o autor, a solução baseia-se na teoria tradicional do método, construída como uma doutrina dogmático-normativa, que expressa como deve ser interpretado o direito.

Esses postulados dogmáticos se desenvolvem de forma dedutiva a partir de ideias pré-concebidas sobre o conceito de direito, a natureza do direito e o papel da administração da justiça e são formulados como afirmações sobre o objetivo ou o propósito da interpretação (ROSS, 2007, p. 185).

Segundo Ross (2007), emerge desses postulados uma série de princípios gerais de interpretação, ou regras de interpretação mais concretas que, em geral, são construções que carecem de valor para a compreensão do direito vigente ou para predizer decisões jurídicas

³ Nesse sentido, é importante fazer a distinção entre signos (natural) e símbolos (artificial, elaborado pelo ser humano). Por exemplo, a luz vermelha, verde e amarela, que se alternam no sinal de trânsito, têm significados convencionados pelo homem (por costumes ou normas linguísticas) que só podem ser descobertos por meio de estudo da expressão das pessoas. A “[...] unidade linguística mínima que é portadora de significado por direito próprio” (ROSS, 2007, p. 144) – é determinada de modo mais preciso quando é considerada na conexão em que é formulada, proporcionando fundamento na tomada de decisão, indicando a mais provável. Portanto, a interpretação por conexão não se apóia no uso linguístico e não utiliza como ferramenta as palavras empregadas, mas trabalha com todos os fatos, dados e experiências que podem levar ao que se quis comunicar.

futuras. Isso não aconteceria a menos que essas construções reflitam a respeito do método que os tribunais empregam na prática. Contudo, adverte que “[...] seu relativo valor de verdade é limitado porque tentam unir artificialmente, num propósito único, as diversas considerações que influem na interpretação” (ROSS, 2007, p. 185).

Há uma relação entre a doutrina das fontes do direito e a teoria do método. A doutrina positivista do direito, que reconhece que a validade de todo o direito deriva de uma vontade soberana, encontra seu paralelo numa teoria do método que considera que a teoria da interpretação consiste em estabelecer a verdadeira vontade do legislador, imanente em suas sanções, exclusivamente por métodos lógicos, e sem fazer referência a propósitos e valorações alheios ao texto da lei (ROSS, 2007).

Desenvolvem-se “[...] métodos lógicos de inferência [...]” (ROSS, 2007, p. 186) que se acredita tornar possível deduzir o significado da legislação além do que está expresso de forma direta. Esses métodos de inferência costumam ser desenvolvidos mediante a chamada construção de conceitos porque se pensa que os efeitos jurídicos possíveis são determinados por conceitos pressupostos pelo ordenamento jurídico. Assim, a decisão de um caso concreto seria obtida através da classificação de um dos conceitos reconhecidos pelo ordenamento e a solução seria deduzida de acordo com os efeitos jurídicos contidos naquele conceito.

Contrariamente, há as teorias do método da escola do direito livre, correspondentes às teorias jurídicas idealistas, segundo as quais a validade do direito origina-se de ideias ou propósitos que são inerentes ao direito como a ideia de justiça, o princípio da solidariedade, da justiça social, etc.. A lei é considerada como uma tentativa mais ou menos frutífera de realizar essas ideias e a missão da interpretação é pensar plenamente a lei em harmonia com os princípios imanentes ao direito.

Tais teorias interpretativas do movimento do direito livre podem ostentar a marca jusnaturalista, ou apresentar um caráter sociológico-histórico-psicológico. São comuns, nas decisões judiciais, considerações de propósito social e ponderação de interesses como diretrizes para uma interpretação livre (ROSS, 2007). As teorias do movimento do direito livre se acham mais próximas da verdade do que as teorias positivistas, segundo Ross, porque “[...] por trás da aparência dogmático-normativa há uma compreensão correta do fato de que a administração da justiça não se reduz a uma derivação lógica a partir de normas positivas” (ROSS, 2007, p. 186).

O autor acrescenta que as teorias positivistas ocultam a atividade político-jurídica do juiz que é também motivado por exigências sociais e considerações sociológico-jurídicas. Chama de ilusão a lógica imanente que as teorias positivistas se valem porque entende que

A razão jurídica imanente ou a própria regra de direito não pode ser separada do propósito prático que se situa fora dela, nem as consequências formais podem ser separadas de um ajuste valorativo de regras, em relação com os valores pressupostos (ROSS, 2007, p. 187).

Faz-se uma distinção no âmbito da doutrina da interpretação em sentido estrito entre as teorias chamadas subjetiva e objetiva. Para a primeira teoria o propósito da interpretação é desvendar a vontade do legislador e, para a segunda, a lei é considerada como uma manifestação objetiva da mente e deve ser compreendida com base naquilo que dela emerge (ROSS, 2007, p. 187).

Entretanto, para o autor, tal distinção é falsa porque as duas teorias distinguem-se pela importância atribuída à história da sanção da lei. E, além do mais “[...] esse problema não pode ser resolvido com base em ideias metafísicas concernentes a se a força obrigatória do direito emana da vontade ou da palavra” (ROSS, 2007, p. 187). Apesar de se analisar as vantagens e desvantagens de um ou outro ordenamento, no que diz respeito a um sistema jurídico vigente, trata-se de questão pontual saber se os tribunais seguem tradicionalmente um estilo de interpretação subjetiva ou objetiva.

Ademais, o papel criador desempenhado pelo juiz na administração da justiça, ao retificar as diretivas da lei, raramente se manifesta. Comumente o juiz não admite que sua interpretação tenha esse caráter construtivo; procura demonstrar que chegou à sua decisão objetivamente e que esta é respaldada pelo significado da lei ou pela intenção do legislador. Em outras palavras, tenta convencer que “[...] a administração da justiça é somente determinada pelo motivo da obediência ao direito, em combinação com uma percepção racional do significado da lei ou da vontade do legislador” (ROSS, 2007, p. 182).

Nesse sentido,

Provavelmente não há razão para nos preocuparmos com relação a esse ficcionalismo na administração da justiça, quer o próprio juiz creia ou não que a fachada de argumentação expressa o que realmente motivou sua decisão. E sem uma profunda investigação de psicologia social, não ousaríamos sequer negar que é provável que essa ficção tenha, inclusive, efeitos socialmente benéficos (ROSS, 2007, p. 185).

Portanto, trata-se de um problema de natureza analítico-descritiva. Em outras palavras, a descrição de como a interpretação ocorre, na prática, proporciona uma análise à luz de uma teoria geral do método, capaz de demonstrar os fatores gerais que operam em toda administração da justiça. Isso permite o esboço de uma tipologia geral, a fim de caracterizar os diversos estilos de método e interpretação existentes. Inclusive, essa descrição e tipologia são requisitos essenciais para um exame político-jurídico racional do método (ROSS, 2007).

Assim, é essencial ter clara a ideia de como se dá a atividade do juiz, quando se defronta com a tarefa de interpretar e aplicar a lei a um caso específico. E, nesse sentido, reconhece-se (ROSS, 2007) que a tarefa do juiz é um problema prático. O conhecimento dos fatos e o conteúdo das normas jurídicas certamente desempenharão um papel fundamental em sua decisão e, nessa medida, a administração da justiça se funda em processos cognoscitivos. Entretanto, isso não altera o fato de que a administração da justiça, mesmo quando seu caminho é preparado por processos cognoscitivos, é, por sua própria natureza, uma decisão, um ato de vontade.

2 COMO OS MAGISTRADOS DEVERIAM DECIDIR: UMA PERSPECTIVA SEGUNDO INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO (2011) E KARL LARENZ (1989)

2.1 A interpretação constitucional segundo Coelho (2011)

O referido autor serviu de norte em torno da discussão hermenêutica de como os magistrados deveriam decidir, por dedicar-se a investigar as condições de possibilidade de um conhecimento jurídico que, sendo razoavelmente objetivo, seria capaz de legitimar a atividade hermenêutica em critérios aceitáveis. Como explicação prévia sobre o assunto, o autor revela:

Daí termos considerado válido utilizar como parâmetros de controle e legitimação da atividade hermenêutica a *consciência jurídica geral* e o *devido processo legal (substantive due process/procedural)* porque à luz da experiência histórica, esses critérios de verdade, conquanto não de todo eficazes, têm-se mostrado pelo menos razoáveis, na medida em que impedem os voluntarismos, mas não inibem a necessária criatividade dos intérpretes e aplicadores do direito (COELHO, 2011, p. 26).

Portanto, quando se trata de interpretação constitucional, pode-se dizer que o verdadeiro legislador não é quem faz a lei, mas quem a interpreta em caráter definitivo. E essa afirmação é feita porque

É de ciência comum que o tema da interpretação constitucional sempre suscitou as mais variadas controvérsias doutrinárias, tendo provocado discussões que vão desde as questões pertinentes à especificidade dessa interpretação, em face da hermenêutica jurídica geral, até as polêmicas sobre o caráter acentuadamente “político”, para não dizer até certo ponto “arbitrário”, com que é interpretada/aplicada a Constituição, sobretudo pelas cortes constitucionais, o que, tudo somado, parece indicar que a concretização dos enunciados constitucionais apresenta notas ou dificuldades adicionais, se comparada com os problemas enfrentados pelos operadores do direito quando da exegese dos preceitos infraconstitucionais (COELHO, 2011, p. 27).

O autor esclarece que não se propõe a enfrentar as discussões que se travam no terreno da linguística. E assume a posição de que a interpretação de qualquer norma jurídica e, portanto, também da Constituição, trata-se de uma atividade intelectual. Atividade que tem,

por finalidade, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, abstratos e gerais, a situações, particulares e concretas⁴, da vida.

A propósito, o autor menciona um grande problema da atividade interpretativa, quando se trata de jurisdição constitucional, já que o exercício dessa criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, como também porque a atividade interpretativa se desenvolve, quase que exclusivamente, em torno de enunciados abertos, indeterminados e polissêmicos, como são as normas constitucionais que integram a parte dogmática das Constituições.

Nessa perspectiva, a respeito da criação judicial do direito, Coelho (2011) resume que “[...] ao fim e ao cabo, a tão combatida criação judicial do direito é apenas um complemento do trabalho do legislador [...]”, que não seria capaz de prever, na lei, todas as possibilidades da complexa realidade social (COELHO, 2011, p. 56). E chama a atenção para o fato:

Em qualquer caso, porém, não se deve perder de vista que pertence às cortes constitucionais – e não aos seus críticos externos, por mais qualificados que eles se considerem – a *última palavra* sobre o que é ou não compatível com a Constituição, uma prerrogativa tão excepcional que nos impõe meditar, criticamente, sobre o modelo brasileiro de jurisdição constitucional, para sabermos até que ponto e em que medida a forma de escolha dos seus juízes e a vitaliciedade dos mandatos não retarda as sempre necessárias releituras da nossa Lei Fundamental (COELHO, 2011, p. 57).

Diante de tal constatação, a adequação das normas aos fatos, cujo trabalho é desenvolvido pelos intérpretes-aplicadores, apresenta-se como requisito indispensável à própria efetividade do direito que, só se mantém se estiver em sintonia com a realidade social. “Afim, se as normas jurídicas devessem necessariamente andar a reboque dos fatos sociais, seriam estes e não elas os verdadeiros conformadores das relações humanas” (COELHO, 2011, p. 61).

O autor acrescenta:

Portanto, é somente pelo trabalho hermenêutico de *ajustamento* entre normas e fatos – no qual se fundem, necessariamente, a *compreensão*, a *interpretação* e a *aplicação* dos modelos jurídicos – que se viabiliza a ordenação *jurídico-normativa* da vida social, porque é no ato e no momento da *individualização* da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir (COELHO, 2011, p. 63).

⁴ Alves Jr. (2010, p. 78) acrescenta que o direito é arte de convencimento e chama de interpretação “[...] a atribuição de sentidos às circunstâncias fáticas e aos enunciados jurídico-normativos”. Mas, segue advertindo que cada intérprete tem o seu direito, motivado, não raras vezes, por “circunstâncias específicas”, “interesses particulares” e “conveniências pessoais”.

Tudo isso evidencia o significado exemplar da hermenêutica jurídica (COELHO, 2011), em cujo âmbito, permite, por meio da mediação dos intérpretes, que estes ampliem seu horizonte hermenêutico, à medida que ocorre a fusão do seu próprio horizonte com o do texto. Por outro lado, no âmbito do direito, esse enriquecimento de perspectiva, à medida que aumenta a capacidade de análise e de persuasão, acentua-lhe, concomitantemente o dever de prestar contas da sua interpretação, que, para ser legítimo precisa ser racional, objetivo e controlável, pois é contrário ao Estado de Direito um julgamento despótico acima da lei e dos critérios de interpretação.

Nessa linha, considera a fundamentação das decisões como um dever imposto aos magistrados,

Pela simples razão de que, à míngua de justificação, todo ato decisório tem-se por ilegítimo, objetivamente inválido e incompatível com a ideia do direito enquanto instrumento de ordenação *justa e racional* da convivência humana. (COELHO, 2011, p.74) [...] Daí a importância – a rigor, a indispensabilidade – de que se revestem, nos países de tradição democrática, o princípio do *devido processo legal* e as chamadas *garantias judiciais*, como instrumentos de racionalização/otimização do debate processual e, conseqüentemente, de controle e legitimação dos seus resultados (COELHO, 2011, p. 75).

Disso decorre, imediatamente, que, ao aplicador da lei, por maior que seja a sua liberdade de interpretação, não é dado atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos indo além do sentido literal que funciona como limite da interpretação⁵. Em linguagem Kelseniana, dir-se-ia que, embora a atividade interpretativa não seja apenas um ato de conhecimento, mas um ato de vontade, ao intérprete-aplicador não é dado desconsiderar o marco normativo que lhe é imposto pela norma de nível superior, da qual se extrai a decisão para o caso concreto⁶ (COELHO, 2011).

Contudo, o autor admite que os tribunais podem e devem mudar a direção ou posicionamento, sempre que a realidade assim o exigir. Mas adverte que, nesses casos deve haver uma fundamentação mais profunda. E acrescenta que, devido à rapidez com que se

⁵ Alves Jr (2010) chama essa limitação do intérprete, ao que está escrito no texto normativo, de limitação semântica. Significa que o intérprete não pode falar o que não está escrito no texto, nem pode deixar de falar aquilo que efetivamente está escrito no texto.

⁶ Nesse particular, faz referência à Súmula 400 do STF, como exemplo de expressão do modo como se deve pensar o direito, pelo menos à luz da moderna hermenêutica filosófica, e afirma que:

Noutros termos, quando a Súmula 400 enuncia que uma decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra *a* do art. 101, III, da Constituição Federal (Constituição de 1946), o que está a dizer, em verdade, é que esse tribunal – antes, o STF; agora, o STJ –, se e quando se deparar com um recurso dessa natureza, poderá acolhê-lo ou dele nem sequer tomar conhecimento, sob o argumento de que, na espécie, a instância inferior, entre várias interpretações igualmente possíveis, escolheu uma que, não só ela, mas também as instâncias superiores, voluntariamente, poderiam adotar num juízo de mera aceitabilidade e não de perfectibilidade (COELHO, 2011, p. 93).

operam as transformações sociais, “[...] 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 dos aplicadores do direito” (COELHO, 2011, p. 96).

No mesmo sentido, acrescenta:

Tratando-se, porém, de uma liberdade objetivamente *vinculada* à correção e à justiça da decisão – atributos de resto passíveis de avaliação e de controle externos -, não pode o intérprete, contraditoriamente, *partir* de resultados *preconcebidos* e, depois, para legitimá-los, valer-se de uma pseudoargumentação para *afeiçoar* a norma aos seus preconceitos, porque se agir dessa maneira, tal *inversão* do itinerário do raciocínio acabará desqualificando o seu trabalho e comprometendo a *avaliação dos resultados* como critério de controle da interpretação (COELHO, 2011, p. 99).

Seguindo Coelho (2011), adota-se uma perspectiva integradora da atividade hermenêutica, que decorre da ausência de hierarquia entre os diversos procedimentos interpretativos. E, portanto, não por acaso, perdeu sentido, então, a velha disputa entre os chamados “métodos” de interpretação do direito, os quais devem ser utilizados conjuntamente devido à complexidade do trabalho hermenêutico (COELHO, 2011).

Com relação à Constituição enquanto objeto, segundo o autor, esta determina a escolha de método próprio para o seu conhecimento, método esse que, à medida que vai sendo manejado pelo intérprete, vai “criando” seus objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito, “[...] cuja consistência há de ser controlada submetendo-se os seus resultados a um critério de verdade baseado na justiça da decisão, em cada caso concreto” (COELHO, 2011, p. 114).

Assim,

Reconhecida, afinal, a especificidade da matéria constitucional – ainda que restrita à parte *dogmática* das constituições -, torna-se evidente que a interpretação dita *especificamente* constitucional, ao fim e ao cabo, é antes de tudo uma *hermenêutica de princípios*, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a ideia *retrospectiva* de interpretação pela ideia *prospectiva* de concretização (COELHO, 2011, p. 189).

Nessa perspectiva, com relação aos limites propriamente ditos da interpretação constitucional, o autor adverte que não se trata de “[...] um problema próprio da hermenêutica jurídica, nem muito menos da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana” (COELHO, 2011, p. 171).

Diante do exposto, e, com apoio na proposta do autor em tela, acredita-se que os magistrados deveriam decidir adotando, como parâmetro de racionalização e despersonalização da atividade hermenêutica, a observância ao devido processo legal em sentido amplo. E guardar conformidade com a consciência jurídica geral, como parâmetros de controle, para evitar o “puro decisionismo”, o que permitirá, ao mesmo tempo, refrear os

voluntarismos, sem inibir a criatividade, que é indispensável a todas as formas de concretização de modelos jurídicos (COELHO, 2011).

2.2 A interpretação segundo Larenz (1989)

Na linha de Larenz (1989), a aplicação das normas aos casos concretos constitui aspecto imanente da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade da prática hermenêutica, que não se pode desenvolver abstratamente, mas, sobretudo, exige um “balançar de olhos” entre a norma e o fato, ou entre a possível interpretação e o seu resultado.

Portanto, é graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos, em cuja realização se funde a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos, que se põe em movimento o processo de ordenação jurídico-normativo da vida social; já que é nesse exato momento que o juiz reduz a distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto (LARENZ, 1989).

Segundo o autor:

O direito não é coisa, não é uma entidade que exista de uma vez por todas e que se possa pegar como se pega um objeto; pelo contrário, o seu sentido acontece continuamente. A justiça, a seu turno, não pode estar pré-constituída como se fosse uma coisa; antes vai sendo encontrada, pela mediação dos seus realizadores. Em suma, o elemento normativo – por sua própria natureza -, não se pode mostrar de modo palpável, como se mostram os objetos perceptíveis pelos sentidos; antes depende de compreensão. Nesse sentido – porque desprovido de imediatidade ou carente de mediação -, o próprio direito é, essencialmente, hermenêutica (LARENZ, 1989, p. 237).

Ademais, apesar de reconhecer a possibilidade de mudança de entendimento dos tribunais, por meio da atividade interpretativa dos magistrados, o autor chama a atenção para o fato:

Embora os tribunais não estejam presos à determinada interpretação, sempre que mudem ou pretendam mudar de orientação, estão obrigados a expor suas razões e estas têm que ser de tal ordem que possam sustentar a nova interpretação. A atividade interpretativa do juiz, tal como a da ciência, está subordinada à exigência de correção dos seus resultados, entendendo-se correção no sentido de razão suficiente de conhecimento. A correção deve ser lógico-formal e material, para que a atividade interpretativa seja considerada científica (LARENZ, 1989, p. 358).

Nesse sentido, no tocante à interpretação constitucional, o autor posiciona-se no sentido de que o Tribunal Constitucional Federal não está acima da Constituição, mas submetido à ela e é chamado à sua interpretação e, nos limites da liberdade da decisão judicial, ao seu desenvolvimento. Mas ressalva que a arbitrariedade da escolha do método ou uma discricionariedade idêntica à do legislador não são conciliáveis com a sua postura jurídico-constitucional. De forma que o juiz deve ter em atenção, todos os critérios de

interpretação, continuidade histórica, mudança nas relações, direitos fundamentais carecidos de preenchimento etc⁷ (LARENZ, 1989).

O autor adverte:

A aplicação correta do direito positivo, isto é, “conforme ao direito”, não só autoriza o juiz a desenvolvê-lo no sentido de continuar a formá-lo através da interpretação, como até mesmo obriga-o a isso, quando assim o exige a formulação de uma decisão justa. Faz parte das funções legítimas do juiz, a par da interpretação do direito a aplicar, a formulação integradora e – em determinados limites – corretora ou modificativa do direito. Atualmente, já não se questiona que é ínsita à atividade judicante a formulação não só “integradora”, mas também “modificadora” do direito, embora haja dúvidas sobre os limites dessa faculdade reconhecida a juízes e tribunais. Vida de juiz é vida ativa, e não vida contemplativa (LARENZ, 1989, p. 424).

Assim, diante do reconhecimento dessa liberdade judicial, Larenz (1989), estabelece que um “critério de interpretação” seria a Conformidade à Constituição. Mas, adverte que “[...] até esse critério tem limitações, pois a interpretação conforme a Constituição se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei” (LARENZ, 1989, p. 481).

A interpretação, em conformidade com a Constituição, não contradiz os princípios da Constituição, e, sendo possível, segundo os demais critérios de interpretação, há de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. Assim, entre as várias interpretações possíveis sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição (LARENZ, 1989).

No mesmo sentido, se a interpretação mais antiga estiver em contradição com um princípio constitucional, há de verificar-se se é possível uma interpretação conforme a Constituição. Se sim, há de preferir-se esta; se não, há de denegar-se validade à norma, como contrária à Constituição (LARENZ, 1989).

Entretanto, para ele, não há como definir em que momento uma interpretação, originariamente legitimada, há de ceder à outra que se orienta pelas pautas atuais. Pode-se dizer que a interpretação é uma atividade criadora do espírito, tendo o intérprete, uma margem

⁷ Mas, o autor ressalta que constituem exceção as resoluções de princípio de grande alcance econômico, pois, se em tais casos não se alcançar um resultado seguro com os meios de interpretação, em sentido estrito, há, porventura, lugar para um desenvolvimento do direito transcendente à lei e, então o tribunal deveria ter certamente em conta as consequências de índole econômica e social. Assim, o Tribunal Constitucional resolve casos por meios normais de argumentação jurídica, mas quando envolve resoluções de grande alcance político para o futuro da comunidade, estes meios não são suficientes. E, assim, incumbe ao Tribunal Constitucional, “[...] uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídica estadual e da sua capacidade de funcionamento” (LARENZ, 1978, p. 516). Desta forma, nestes casos, não se pode renunciar à ponderação das consequências e ainda afirma que, no que se refere à avaliação das consequências previsíveis, que esta avaliação só pode estar orientada à ideia de bem comum, especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível.

de livre apreciação, adentro da qual são plausíveis diferentes resoluções. Mas ao contrário do que se pode pensar, exige-se do intérprete, que tenha em conta os diferentes critérios de interpretação. E que fundamente as razões porque considera algum critério como determinante. E só quando o intérprete tiver esgotado todas as possibilidades de alcançar um resultado metodologicamente assegurado, pode o juiz encontrar uma decisão de sua exclusiva responsabilidade. Mas, neste caso, deve explicar a valoração que fez (LARENZ, 1989).

O juiz que interpreta uma lei tem em vista um caso concreto a resolver, sendo que esta aspiração é legítima porque tendo a lei possibilidades de soluções que satisfaçam a justiça, o juiz busca uma resolução justa do caso que dê conta do interesse legítimo de ambas as partes. E, mesmo que esta meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem moral (LARENZ, 1989).

A aspiração a uma justiça de caso é, portanto, um fator legítimo no processo de decisão judicial, conquanto não induza o juiz a manipular a lei de acordo com as suas convicções. Mas, atualmente tem-se uma situação complicada: por um lado há a perda de autoridade do legislador atual, que só raras vezes se ocupa do tempo necessário e faz o esforço de tornar a examinar cuidadosamente as suas formulações. Não raramente, este legislador omite, em absoluto, uma regulação, quando esta pode e deve servir a sua causa; por outro, há o juiz que sorteia o Direito estatuído para substituir as pautas legais pela sua ideia pessoal de justiça (LARENZ, 1989).

De acordo com Larenz (1989), por todas essas razões, é possível que uma interpretação que parecia originalmente em conformidade com a Constituição deixe de sê-lo. Quando isso ocorrer, deve-se escolher a interpretação que seja, então, como a única conforme a Constituição. Mas, por outro lado, como à Constituição cabe uma elevada função de estabilização, existindo limites à sua modificação por via de uma interpretação nova, deve-se ter uma especial atenção na aceitação de uma mudança de significado, ainda mais quando for relativa a um preceito constitucional fundamental para a organização do Estado Democrático de Direito, ou da ordem de valores que se há de expressar nos direitos fundamentais.

Assim, diante do exposto, pode-se concluir, valendo-se das ideias de Larenz (1989), que deve haver critérios para a atividade interpretativa dos magistrados e que a interpretação, conforme a Constituição, apresenta-se como um desses critérios de como os magistrados deveriam decidir. Mas que, além deste e de outros critérios que possam existir, é imprescindível o respeito aos precedentes que, no final é o que realmente irá conferir segurança e legitimidade à decisão.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acredita-se (e espera-se) que a leitura dos conceitos e ideias dos autores citados, aqui relatados, pode acrescentar suporte aos critérios que pautam a atividade interpretativa dos magistrados, quando se faz imperativo que se valham dos fundamentos da hermenêutica jurídica e da interpretação constitucional. Além do mais, esta leitura é uma descrição/relato do que já é, constitucionalmente, exigido: o dever de fundamentação das decisões.

Somente assim, pode-se afirmar (COELHO, 1997) que, porque foi produzida nas bases do devido processo legal, em sentido amplo, uma decisão judicial estaria revestida de legitimidade e eficácia, tornando-se insuscetível de desfazimento. Na linguagem jurídico-processual, equivale a dizer que o resultado a que se chegou por meio do discurso racional não admite ação rescisória. Pode-se afirmar que a sentença assim produzida, por ter observado o devido processo legal, poderá converter-se em acórdão, transitar em julgado e pragmaticamente, ser aceita como verdade.

Nessa perspectiva, Larenz (1989) sugere, como critério, a interpretação conforme a Constituição; aquela que impõe limites ao intérprete, à medida que este não pode, a pretexto de salvar a lei, substituir-se ao legislador - e dizer além da lei - porque isso não é ser conforme a Constituição; mas violá-la.

Assim, a importância da hermenêutica é determinar a decisão a um problema concreto, a partir da coerência dos preceitos jurídicos adequados, à luz de circunstâncias fáticas, em virtude de um processo argumentativamente justificado que proporcione, ao mesmo tempo, segurança jurídica e legitimidade do juízo.

Nesse sentido, a criação judicial deve, sim, ser vista como fundamento para se pensar o papel da jurisprudência, no sistema jurídico brasileiro, como poder criado para garantir a coerência material da Constituição; sendo o dever de motivar e o respeito às garantias constitucionais do processo, os mecanismos utilizados para sua legitimação e controle.

Afinal, o juiz é instituído pela sociedade para dizer qual a interpretação “correta”, qual a decisão final, porque ninguém pode viver para sempre em estado de tensão. Então, o que se faz hoje é uma vigilância crítica da atuação dos tribunais, cobrando mais fundamentação, argumentos razoáveis e uma justificação mais profunda.

4 REFERÊNCIAS

ALVES JR, Luís Carlos Martins. **Direitos constitucionais fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/1992 a 74/2013 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/1994. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21 ago. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo, Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília, Brasília Jurídica, 2003.

_____. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.44, n.175, jul./set. 2007.

_____. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2009.

KELSEN Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo, Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do direito**: tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo, Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trad. Edson Bini. 2. ed. Bauru, SP, EDIPRO, 2007.