

O MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO HISTÓRICO E A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

THE METHOD OF HISTORICAL INTERPRETATION AND THE CURRENT JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Andressa Fracaro Cavalheiro¹

RESUMO: O presente artigo trata do método de interpretação histórico e sua importância ainda que em meio a outros métodos interpretativos utilizados atualmente. Inicia fazendo a distinção entre norma e texto normativo, entendendo norma como o resultado da interpretação dos textos normativos. São tecidas considerações sobre a interpretação propriamente dita, por meio do entendimento de diversos autores, desde Savigny até Guastini, passando por Larenz, Schauer e MacCormick, por exemplo. Da mesma maneira foram trabalhados os conceitos sobre métodos interpretativos por diversos autores, a fim de apresentar-se e definir-se o que seja o método histórico, asseverando sua relevância inclusive para quem propõe outros métodos interpretativos que não os considerados clássicos (literal, lógico, histórico e sistemático e, para alguns, o teleológico), ao mesmo tempo em que se faz sua distinção do método de interpretação genético. Por fim, apresenta-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua relação com o método histórico, demonstrando-se a confusão feita entre este método e o genético.

Palavras-Chave: Interpretação Jurídica. Método histórico. Conceituações e distinções.

ABSTRACT: This article examines the method of historical interpreting and its importance even in the midst of other interpretative methods used today. Begins distinguishing between rule and normative text, understanding the norm as a result of interpretation of legal texts. Considerations are made about the interpretation itself, through the understanding of many authors since Savigny until Guastini, passing Larenz, Schauer and MacCormick, for example. Likewise the concepts were worked on interpretive methods by several authors in order to introduce yourself and set up what is the historical method, asserting its relevance even for those who propose other interpretive methods than those considered classics (literal, logical, historical and systematic and, for some, the teleological), at the same time it makes its distinctness from the genetic method of interpretation. Finally, we present jurisprudence of the Supreme Court and its relationship to the historical method, demonstrating the confusion made between this method and the genetic.

Keywords: Legal Interpretation. Historical method. Concepts and distinctions.

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Matrícula n. 222297). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professora Assistente no curso de graduação em Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste, campus de Francisco Beltrão. Membro Titular da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário, Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa em Governo Eletrônico – E-GOV da UFSC, junto ao Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais da UNOESC, ambos vinculados ao CNPq, membro do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais e Novos Direitos, do Grupo de Pesquisa em Justiça e Cidadania nas Práticas Judiciárias Brasileiras – Estudos de Caso, e, no Grupo de Pesquisa em Teoria e Prática dos Casos Difíceis no Direito, todos junto à UFRGS e vinculados ao CNPq. Advogada.

1 Introdução

Os textos normativos deveriam ser suficientemente claros para não provocar em seus destinatários, intérpretes e aplicadores, dúvidas interpretativas. A verdade, entretanto, é que tal não ocorre, cabendo a todos *interpretar* seu conteúdo para descobrir qual a norma que deles deve extrair-se, ou seja, qual comportamento deve(ria) ser adotado.

Assim, especialmente a atividade jurisdicional tem sido cada vez mais *interpretativa*, inclusive para dar conta da complexidade das relações humanas e de suas conseqüências para o mundo jurídico, notadamente no que tange aos direitos humanos e fundamentais. Como decorrência deste fenômeno desenvolve-se novas técnicas e teorias, seja a da resposta certa dworkiana, a ponderação principiológica de Alexy, ou mesmo o método de comparação jurídica proposto por Häberle no que tange à interpretação constitucional².

O fato, inegável, é que a interpretação normativa é atribuição incontestada de todos, destinatários, juristas e aplicadores e, por isso, o uso de técnicas (ou métodos) de interpretação é mecanismo indispensável para a extração dos conteúdos normativos que vão possibilitar a concreção da norma pretendida ordenamento jurídico.

Mas o objeto deste artigo é, assim, não o estudo das técnicas interpretativas em geral, mas especificamente, a técnica de interpretação histórica, visando demonstrar como sua utilização é, mesmo em meio a tantas outras técnicas e métodos, importante, necessária e indispensável, ainda que possa ser confundido com outros, como se verá na análise da decisão trazida a lume, relativa a um dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, que faz referência expressa ao método histórico.

Assim sendo, para consecução do desiderato assinalado, utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento analítico e a técnica de pesquisa indireta, baseada em bibliografia. Passemos, pois, às considerações iniciais.

2 Algumas considerações sobre interpretação jurídica

2.1 A distinção entre norma e texto normativo

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*; DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. HÄBERLE, Peter. Métodos y principios de interpretación constitucional: un catálogo de problemas. In: ReDCE. n. 13, ano 7. Jan-jun. 2010, p. 379-411.

Iniciemos posicionando-nos com Ávila no que respeita à distinção entre normas e texto normativo, ou seja, entendendo que normas são o resultado da interpretação de dispositivos normativos; são, como assinala o autor, sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos ou conjuntos normativos não havendo, portanto, correspondência necessária entre norma e dispositivo, porque nem sempre que houver um dispositivo haverá uma norma e nem sempre que houver uma norma haverá um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2009, p. 30).

Larenz (2005, p. 441), ao aduzir que o objeto da interpretação é o texto legal, como portador do sentido nele vertido de cuja compreensão se trata na interpretação, também parece fazer, ainda que não expressamente, a distinção entre norma e texto normativo. Essa posição é reforçada ante o entendimento do autor quanto à inexistência de uma interpretação absolutamente correta, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Não seria definitiva dada a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocariam o aplicador da norma constantemente perante novas questões. Tampouco seria válida para todas as épocas porque a interpretação teria sempre uma referência de sentido não só à totalidade do ordenamento jurídico respectivo, mas também às pautas de valoração que lhe são subjacentes. Ora, se reconhece a possibilidade de distintas interpretações ao aplicar uma norma, sem que tenha havido, necessariamente, mudança da lei, é porque entende que a norma se extrai do texto normativo, mediante interpretação, não sendo objeto da interpretação a norma (resultado da interpretação), mas o próprio texto normativo.

Parece ser no mesmo sentido o pensamento de Guastini (2011, p. 5), quando, sob a égide de um conceito amplo de interpretação, entende-a como congênere à tradução, na medida em que ambas significariam, em verdade, reformulações de texto. Assim, enquanto traduzir significaria reformular um texto em uma língua diversa daquela em que foi formulado, interpretar importaria numa reformulação textual dos textos normativos das fontes de direito (textos normativos, formulações de normas). Por esta razão, seria totalmente inoportuno referir sob a designação *norma* tanto o texto interpretado (a disposição normativa) quanto o resultado da interpretação (o significado adstrito ao texto)³.

³ Segundo o autor “la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual. En expresiones como ‘interpretación jurídica’, ‘interpretación del derecho’, ‘interpretación de la ley’, ‘interpretación de los actos (o documentos) normativos’, ‘interpretación de normas’ y otras similares, el vocablo ‘interpretación’ denota, *grosso modo*, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo. [...] El modo de expresarse normalmente, según el cual la interpretación tiene como objeto *normas*, es correcto a condición de que, en este contexto, por ‘norma’ se entienda (como a veces se concibe) un *texto* normativo. Pero ese modo de hablar es incorrecto, desviante, se por ‘norma’ se entienda (como sucede comúnmente) no ya el texto normativo, sino el *significado* que contiene. En tal caso, la norma constituye no el objeto, sino el producto de la actividad interpretativa” – (GUASTINI, 2011, p. 2;3).

Ainda que Guastini apresente vários conceitos e acepções do que seja interpretação⁴, neste momento, para demonstrar a distinção entre norma e texto normativo, convém atermo-nos a dois deles: o conceito de interpretação restrito e o conceito de interpretação amplo. O primeiro fala em interpretação para referir-se à atribuição de significado a uma formulação normativa na presença de dúvidas ou controvérsias em torno de seu campo de aplicação. Deste modo, um texto somente necessitaria de interpretação se seu significado fosse obscuro ou discutível, se houvesse, assim, dúvidas se seria aplicável ou não a um determinado fato. O segundo toma interpretação para referir-se a qualquer atribuição de significado a uma formulação normativa, independentemente de dúvidas ou controvérsias. Por esse conceito, qualquer texto, em qualquer situação, requereria interpretação.

Daí que, segundo diz, quem adota o primeiro conceito de interpretação comumente tende a identificar textos legislativos e normas, ou seja, todo texto ou fragmento de texto expressaria uma norma. Quem adota o segundo conceito, se inclinaria a distinguir entre textos legislativos e normas. As normas seriam o significado dos textos. A interpretação, assim, teria como objeto não as normas, mas os textos. Interpretar seria decidir o significado de um texto legislativo. Interpretar seria produzir uma norma. As normas seriam, assim, produzidas pelos intérpretes (GUASTINI, 2011, p. 3-8).

Pode-se denominar *enunciado interpretativo* aos enunciados que atribuem significado a um texto normativo. Do mesmo modo, pode-se chamar “disposição” todo enunciado pertencente a uma fonte de direito e reservar a expressão “norma” para designar o conteúdo de sentido da disposição, seu significado, que é uma variável dependente da interpretação (GUASTINI, 2011, p. 10-11). Portanto,

En este sentido, la disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, y la norma, su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es una disposición interpretada y, de ese modo, reformulada por el intérprete: es un enunciado del lenguaje de éstos. La distinción, como se ha dicho, es consecuencia necesaria del hecho de que entre las disposiciones y las normas no se da una correspondencia biunívoca. (GUASTINI, 2011, p. 11)

⁴ Na obra *Estudios sobre la interpretacion jurídica* (GUASTINI, 2011) o autor apresenta 5 conceitos de interpretação jurídica: conceito restrito (interpretação é a atribuição de significado a um texto obscuro ou duvidoso, somente), conceito amplo (interpretação é qualquer atribuição de significado a uma formulação normativa, independentemente de dúvidas ou controvérsias), interpretação como conjunto de trabalhos dos juristas (interpretação em sentido amplo ou restrito, bem como identificação das fontes de direito válidas, sistematização do direito), interpretação como atividade de elucidação de textos percebidos como incorretos ou manipulatórios e, finalmente, interpretação como sinônimo de aplicação da norma). Já na obra *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto* (GUASTINI, 1999; GUASTINI 1996), Guastini, a partir de dois tipos de interpretação (interpretação-conhecimento e interpretação-decisão) e fazendo distinção entre interpretação em abstrato e interpretação em concreto, apresenta três possíveis acepções de interpretação, segundo a linguagem comum dos juristas: (1) o reconhecimento de um significado; (2) a decisão de um significado e, (3) a criação de um significado.

Desta feita, nosso entendimento é de que também Guastini distingue entre norma e texto normativo, dando maior ênfase à posição adotada neste trabalho entendendo que norma é a atribuição de sentido a um texto normativo; é o resultado da interpretação de uma disposição normativa; o resultado da interpretação de um dispositivo legal.

No Brasil, tal distinção é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode verificar a partir da ementa da decisão exarada na ADPF 153, de relatoria do então Min. Eros Grau, em julgamento realizado ainda no ano de 2010:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL [...] 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda; opera a sua inserção no mundo da vida. [...]. (STF, 2010).

Destarte, tendo-se como aceita, doutrinária e jurisprudencialmente, a distinção entre norma e texto normativo, tratemos com um pouco mais de especificidade da interpretação propriamente dita, não sendo difícil, neste ponto, elaborar-se um conceito inicial de interpretação: Interpretar é atribuir sentido a uma disposição (ou texto) normativa(o).

2.2 Interpretação propriamente dita

A interpretação não é objeto de estudo recente, encontrando-se referência a ela desde épocas remotas⁵. Assim, desde o século XII até a atualidade não cessaram os estudos e as obras em torno da atividade interpretativa que, longe de esgotar o tema, trazem apenas um início de análise dos múltiplos aspectos da interpretação.

No que concerne ao direito, a interpretação se encontra tão profundamente arraigada que há ocasiões em que “ni siquiera nos planteamos el por qué de tal operación en este campo” (RAZ, 1996, p. 25⁶). O fato é que a interpretação é sempre necessária porque o texto da lei é uma fria sucessão de palavras que se deve reavivar-se (TRABUCCHI, 1967, p.

⁵ O próprio SAVIGNY (1979) apresenta uma história da interpretação já a partir do século XII. Sinteticamente, denomina assim o autor tais períodos históricos da interpretação: séculos XII e XIII, período dos glosadores; séculos XIV e XV, período dos comentadores; séculos XV a XVII, período dos humanistas franceses; final do século XVII e século XVIII, período dos holandeses. Depois disso, a escola alemã, como o quinto período.

⁶ Veja-se RAZ, 1996, onde o autor reconhecendo que a interpretação se encontra no direito para manter-se, propõe-se a responder um seu próprio indágamento: “qué podemos saber de la naturaleza del derecho del hecho de que la interpretación juegue el papel que juega em las decisiones judiciales”.

46), e, portanto, “el tema de la interpretación del Derecho va y retorna, pero siempre se conserva fresco y eterno” (IGARTÚA SALLAVERRÍA, 1994, p. 7).

Savigny entende a lei (textos normativos) como o mecanismo, totalmente objetivo, independente e plenamente afastado de toda convicção individual, que impede qualquer tipo de arbitrariedade no grau de limitação que o indivíduo deve ter diante do outro. Assim, essa confiança na lei, como elemento que permite a existência livre e a independência do indivíduo da vontade de outros, faz com que a entenda como algo estabelecido para excluir toda e qualquer arbitrariedade e, assim, caberia ao juiz fazer, da lei, uma interpretação puramente lógica. Por isso assevera expressamente que “toda ley debe expresar un pensamiento en forma tal que valga como norma. Quien interprete, pues, una ley, debe analizar el pensamiento contenido en la ley, debe investigar el contenido de la ley”. (SAVIGNY, 1979, p. 7-8).

Naturalmente, para Savigny, a interpretação não é outra coisa senão a reconstrução do conteúdo da lei, devendo o intérprete colocar-se no ponto de vista do legislador e produzir, assim, artificialmente, seu pensamento. Mas esta interpretação só é possível por meio de uma tripla composição da tarefa, ou seja, a interpretação deve ser lógica, gramatical e histórica (SAVIGNY, 1979, p. 13). Segundo suas palavras, a interpretação deve ter:

(1) Una parte lógica que consiste en la presentación del contenido de la ley en su origen y presenta la relación de las partes entre sí. Es también la genética presentación del pensamiento en la ley. Pero el pensamiento debe ser expresado, por lo cual es preciso también que haya normas de lenguaje, y de ello surge; (2) la parte gramática, una condición necesaria de la lógica. También se relaciona con la parte lógica; (3) la parte histórica. La ley es dada en un momento determinado, a un pueblo determinado; es preciso conocer, pues, estas condiciones históricas para captar el pensamiento de la ley. La presentación de la ley es sólo posible por la presentación del momento en que la ley existe. (SAVIGNY, 1979, p. 13)

Interessante referir que Savigny não entendia a atividade interpretativa como aquela que se faz somente quando uma lei é obscura ou dúbia ou imprecisa, porque, segundo diz “interpretación es reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro, es igual) expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley” (SAVIGNY, 1979, p. 14). Daí tem-se que para o autor, a intenção do legislador pode ou não aparecer na lei, e, sendo assim, a interpretação só vai se ater à intenção do legislador se tal restar clara na lei, do contrário, não. Por isso, a interpretação se atém a lei, não ao legislador. Deste modo, tem-se que para Savigny todas as premissas da interpretação devem se achar na própria lei.

Por fim, toda a interpretação adequada ao seu fim deve unir o diferente, o em si contraposto, deve ser, ao mesmo tempo, universal e individual. Individual, porque todo texto de lei deve expressar uma parte do todo, mas de tal modo que não esteja contido em nenhuma outra parte. Assim, o intérprete deve possuir a difícil arte de descobrir o particular

de cada texto, aquilo que só pode ser extraído dele. Entretanto, a interpretação deve ser, ao mesmo tempo, universal, na medida em que reconheça que a legislação expressa um só todo, de modo que a interpretação do particular se amolde ao todo, se amolde ao sistema. (SAVIGNY, 1979, p. 18-24).

Para Larenz (2005, p. 438) a interpretação da lei constitui-se em um processo de duplo sentido onde (1) se conforma a situação de fato definitiva enquanto enunciado, a partir da situação de fato em concreto, atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis e, (2) se especifica o conteúdo das normas a aplicar, atendendo, mais uma vez, à situação de fato, tanto quanto seja necessário. E ainda que se refira ao processo interpretativo como necessário nas chamadas questões problemáticas, entende Larenz de maneira muito ampla o que sejam essas questões problemáticas, reconhecendo, por exemplo, a indefinição legal de muitos conceitos jurídicos, o uso de uma mesma expressão em diferentes leis, e inclusive na mesma, com sentidos distintos, ou ainda o fato de que duas proposições jurídicas podem prescrever para a mesma situação consequências jurídicas excludentes. (LARENZ, 2005, p. 440-441). Assim, nessas (e em outras) situações problemáticas a interpretação é sempre indispensável.

Também Larenz (2005, p. 445 e ss.) procura responder ao questionamento sobre qual seria o escopo da interpretação, se a vontade do legislador ou o sentido normativo da lei, a partir da análise das teorias subjetivista e objetivista. Para a teoria subjetivista, também chamada teoria da vontade, a interpretação teria por objetivo buscar a vontade histórico-psicológico do legislador, ao revés da teoria objetivista, também chamada de teoria imanente à lei, que buscaria o sentido que é inerente à própria lei. Suas reflexões sobre ambas as teorias merecem ser transcritas

A cada uma destas teorias subjaz uma parte da verdade; por isso, nenhuma delas pode ser aceite [sic] sem limitações. A verdade da teoria subjetivista é que a lei jurídica, ao invés da natural, é feita por homens e para homens, é expressão de uma vontade dirigida à criação de uma ordem tanto quanto possível justa e adequada às necessidades da sociedade. Por detrás da lei está uma determinada intenção reguladora, estão valorações, aspirações e reflexões substantivas, que nela acharam expressão mais ou menos clara. [...] Mas isso não é tudo. A verdade da teoria objectivista é que uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma acção que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não podia ter abrangido e dá respostas a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias de seus autores. (LARENZ, 2005, p. 446)

Assim é que para Larenz, por reconhecer a verdade de ambas as teorias, o escopo da interpretação é o resultado de um processo de pensamento em que se processem ambas as teorias, porque a interpretação só pode ser o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, estabelecido atendendo às intenções de regulação e às ideias

normativas concretas do legislador histórico, e, de modo algum, independentemente delas. (LARENZ, 2005, p. 448).

Para Reale interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, deste modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Adepto da chamada hermenêutica estrutural⁷, assevera o autor que toda interpretação jurídica seria de natureza teleológica (finalista), fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito, ocorrendo numa estrutura de significações e nunca de forma isolada, onde cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico (REALE, 2003, p. 273).

Guastini, por sua vez, compreende interpretação a partir do conceito de definição. Isto porque, segundo afirma, a noção do que seja interpretação é controvertida na teoria do direito, ao contrário do que ocorre com o conceito de definição. Para ele, assim, “interpretazione e definizione, infatti, sono specie di un unico genere (forse, in verità, sono proprio la stessa cosa)” (GUASTINI, 1996, p. 165).

Segundo aduz, tanto o termo definição quanto o termo interpretação são usados para referir-se, de um lado, às interpretações (ou definições) atividade e, de outro, em interpretações (ou definições) produto. As definições-atividades consistem em determinar o significado de um vocábulo ou sintagma, do mesmo modo que as interpretações-atividades consistem em determinar o significado de vocábulos particulares, sintagmas ou enunciados completos. Já definições-produto e a interpretação-produto seriam o resultado do produto da respectiva atividade, qual seja, definir ou interpretar (GUASTINI, 1996, p. 165-167; GUASTINI, 1999, p. 201-203).

Para Guastini (2011, p. 10), a interpretação constitui-se numa atividade discursiva. É a expressão discursiva de uma atividade mental. É o discurso do intérprete. Esse discurso estaria constituído, de um lado, por enunciados que atribuem significado ao discurso das fontes e, de outro, por enunciados que constituem argumentos para justificar a interpretação pré-escolhida (GUASTINI, 2011, p. 10).

Convém ressaltar, em nosso sentir, o que já identificamos acima como sendo enunciados interpretativos, no que tange ao seu uso e à sua conseqüente consideração como verdadeiras ou falsas. Refere o autor que em linguagem comum, os enunciados interpretativos são utilizados de dois modos diametralmente opostos: (1) atribuir significado a um texto ou, (2) referir-se a uma interpretação, ou seja, transmitir uma informação em torno do significado dado por alguém a determinado texto. No primeiro caso teríamos um discurso interpretativo e no segundo um discurso descritivo de interpretações. Quem

⁷ O autor denomina hermenêutica estrutural ao processo interpretativo que não obedece a uma ascensão mecânica das partes ao todo, mas que representa antes uma forma de captação do valor das partes inserido na estrutura da lei, por sua vez inseparável da estrutura do sistema e do ordenamento. (REALE, 2005, p. 272)

descreve as interpretações de outros, cumpre um ato lingüístico descritivo e, assim, sujeito à atribuição dos valores verdadeiros e falsas. Já quem interpreta diretamente um texto realiza um ato lingüístico (interpretação) ao qual não se pode atribuir os valores de verdade. (GUASTINI, 2011, p. 11-12).

A elucidação deste ponto parece estar mais clara na obra *Distinguendo* (GUASTINI, 1996, p. 165-172; 1999, p. 201-210), onde, a partir de uma distinção entre interpretações-conhecimento e interpretações-decisão, advindas da congênere distinção entre definições lexicográficas e estipulativas, sustenta o autor que tanto as interpretações-conhecimento, quanto as definições lexicográficas, são enunciados empíricos (descritivos) e, portanto, sujeitos à descrever um fenômeno de forma verdadeira ou não. Já às interpretações-estipulativas, por não se limitarem somente à atividade descritiva, escolhendo um significado em detrimento de outros, não se pode atribuir o valor veracidade. Decidir uma interpretação e descrever uma interpretação seriam, para Guastini, atos (lingüísticos) radicalmente distintos.

Por fim, ainda que MacCormick (2008, p. 161) entenda que uma concepção estreita de interpretação seja mais útil à argumentação jurídica, reconhece que “aplicar o Direito envolve sempre interpretá-lo. Qualquer norma colocada em um texto legal dotado de autoridade precisa ser entendida antes que possa ser aplicado”. Portanto, num sentido amplo, toda a aplicação do Direito exigiria um ato interpretativo.

Entendendo também interpretação como sendo atividade reservada não só aos casos de dúvida ou controvérsia a respeito do conteúdo de determinado texto normativo, mas como condição de aplicação deste texto, está Schauer⁸, para quem, “then we say that the rule is in need of *interpretation*, and ordinary talk appears to reserve the word ‘interpretation’ for those cases in which there seems to be a problem. In this respect, common linguistic usage is potentially misleading, because *every* application of a rule is also an interpretation.” (SCHAUER, 2002, p. 207 – destaques no original).

As conceituações trazidas à lume objetivam unicamente esclarecer que a atividade interpretativa ocorre sempre que se busca atribuir sentido a um texto normativo. Assim, aplicar o direito é sempre interpretar. E essa atividade ocorre em todos os casos, não apenas naqueles considerados “difíceis”, onde há contradição, obscuridade ou se tem dúvidas sobre o conteúdo do texto normativo. Mesmo uma lei cujo conteúdo seja facilmente apreendido resulta ter sido interpretada. Dado que o objeto deste texto é a interpretação

⁸ Schauer, na obra *Playing by the rules*, conduz seu trabalho, em nosso sentir, para o estudo dos chamados *hard cases*, inclusive considerando problemática a identificação dos elementos que constituiriam um caso difícil – “Interpretation may be what we do when we face a hard case, but the very question of what constitutes a hard case is problematic” (SCHAUER, 2002, p. 208) – razão pela qual não teceremos maiores comentários à respeito de suas ideias sobre interpretação, tendo em vista os limites inicialmente propostos para este trabalho.

histórica e sua aplicação prática, que pode estar relacionada com mais de uma teoria de Direito, basta-nos esclarecer e fixar um conceito de interpretação, razão pela qual aqui se não se optou por apresentar um único entendimento, mas entendimentos que, em última análise, caracterizassem a interpretação como a atividade atributiva inicialmente definida.

2 A interpretação histórica

2.1 Métodos ou técnicas interpretativas

Ao falar-se de interpretação, ou seja, em atribuir-se a um determinado texto normativo, retirando dele as normas a serem aplicadas, é possível extrair a seguinte pergunta: Como interpretar? De que forma o intérprete passa do texto à norma?

A resposta a esta pergunta é dada pelos chamados métodos, cânones, técnicas, critérios ou diretivas interpretativas⁹ que não só mostram como interpretar, mas também justificam a interpretação feita e podem, por isso, representar uma determinada teoria de Direito¹⁰. Dado os limites propostos a este trabalho, tais relações não serão aqui trabalhadas, pelos motivos anteriormente expostos.

Para Savigny (1878, p. 187/188) quatro elementos se distinguem na interpretação: o gramatical, o lógico, o histórico e sistemático. O primeiro teria por objeto as palavras das quais se serve o legislador para comunicar seu pensamento; o segundo, a decomposição deste pensamento ou as relações lógicas que os unem às suas diferentes partes, o terceiro, o estado de direito, e o último, o laço íntimo que une as instituições e regras do direito ao seio de uma vasta unidade. O estudo destes elementos esgotaria, para o autor, o conteúdo da lei, razão pela qual nenhum deles pode ser esquecido.

Engisch, que trata a interpretação a partir do silogismo jurídico, apresenta o que chama de quatro diferentes métodos e pontos de partida na interpretação: a interpretação segundo o sentido idiomático (interpretação gramatical), a interpretação a partir do contexto lógico (interpretação lógica ou sistemática, que se apóia na situação que uma disposição ocupa na lei e na sua vinculação com outras disposições), a interpretação a partir do contexto histórico (gênesis histórica), e finalmente a interpretação a partir da *ratio*, da

⁹ É certo que alguns autores justificam a escolha por uma ou outra nomenclatura, em detrimento das demais, mas essa distinção ou critério de escolha não será levada em consideração neste estudo, onde tais expressões serão utilizadas como sinônimos – num claro exercício de definição estipulativa, como pressupõe a classificação feita por Guastini, *vide* alhures.

¹⁰ Sobre o assunto veja-se AMADO, Juan Antonio García. La interpretación Constitucional. In: *Revista Jurídica de Castilla y León*. N. 02, fev., 2004, p. 35-72, onde o autor explica três concepções de direito (lingüística, intencionalista e axiológica), relacionando-as a três ideias do objeto de interpretação jurídica e a três modos distintos de hierarquizar os argumentos e métodos de interpretação, para, então, mostrar como tais concepções se refletem em três visões distintas da Constituição e de sua interpretação.

finalidade, do fundamento da disposição normativa (interpretação teleológica) (ENGISCH, 1967, p.88-104).

Assevera também Engisch que estes quatro tipos de interpretação pertencem, desde Savigny, ao patrimônio mais ou menos firme da hermenêutica jurídica. Atualmente é possível encontrar-se esses elementos agrupados sob a denominação elementos de interpretação clássica ou dogmática, ainda que alguns autores, como o próprio Guastini, diferenciem a interpretação histórica das demais, como se verá adiante.

Para Larenz (2005) os critérios de interpretação podem agrupar-se da seguinte maneira: (1) o sentido literal; (2) o contexto significativo da lei, (3) a intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico, (4) critérios teológico-objetivos; (5) interpretação conforme à constituição;

Já para Guastini (1996; 1999) existiriam dois tipos fundamentais de interpretação: a literal (ou declarativa) e a corretora, sendo ambos mutuamente excludentes, porque não poderia, uma interpretação, ser ao mesmo tempo literal e corretora. Ainda que sejam excludentes, são interdependentes, na medida em que a interpretação corretora se definiria por contraposição à interpretação literal, esta, um conceito primário e aquela, um conceito secundário.

A interpretação corretora estaria caracterizada por oposição à interpretação literal (ou declarativa). Assim, ao se conceber a interpretação literal como atribuição aos textos normativos do significado que lhes é próprio, a interpretação corretora se apresentaria como um desvio do significado “próprio” das palavras, já que não existiria, em absoluto, algo que seja o significado próprio das palavras (GUASTINI, 1999, p. 217).

Prossegue o autor (1999. p. 217-233.) explicando os argumentos nos quais se baseiam os tipos de interpretação literal e corretora, especificando que a interpretação corretora baseia-se, essencialmente, em três tipos de argumento: (1) o argumento lógico, psicológico ou teleológico, que apelaria à vontade, à intenção, aos objetivos do legislador, ou seja, à *ratio legis*; (2) o argumento chamado *ad absurdum*, que apelaria à suposta razoabilidade do legislador; e (3) o argumento chamado naturalista, que apelaria à natureza das coisas, à mudança das circunstâncias de fato (mudanças sociais, por exemplo), para desacreditar o significado literal de um texto, considerando-o não adequado à realidade.

Para Guastini (1999, *loc. cit.*) a interpretação corretora pode ser extensiva – que estende o significado *prima facie* de uma disposição, de forma a incluir em seu campo de aplicação pressupostos de fato que, pela interpretação literal, não seriam incluídos – e a restritiva – que restringe o significado *prima facie* de uma disposição, de forma a excluir de seu campo de aplicação pressupostos de fato que, segundo a interpretação literal, nele se incluiriam. Associados à interpretação extensiva estariam os argumentos *a simili* ou analógico e o argumento *a fortiori*, e associado à interpretação restritiva estaria o argumento

da dissociação. O autor também associa à interpretação corretora a interpretação sistemática e interpretação conforme e, por fim, menciona duas outras formas de interpretar que não se deixam capturar pelas simples oposição interpretação declarativa *versus* interpretação corretora, que são a interpretação histórica e a interpretação evolutiva.

Dentre as classificações propostas por Alexy (2001, p. 230 e ss.) relativas à interpretação e os argumentos que as fundamentam, pode-se citar seis grupos: os da interpretação semântica, genética, histórica, comparativa, sistemática e teleológica. Ferrara (2002, p. 33 e ss.) identifica dois métodos de interpretação: literal e lógica ou racional. A literal é entendida como sinônimo de interpretação gramatical, lingüística ou verbal. A racional conteria três elementos: o racional, o sistemático e o histórico.

Assim, entendidas como diversas as possíveis classificações existentes sobre os métodos, técnicas, cânones ou elementos interpretativos, passemos a analisar, exclusivamente, as relativas à interpretação histórica.

3.2 A interpretação histórica

Sustenta Savigny (1876, p. 187) que o elemento histórico tem por objeto o estado do direito existente sobre a matéria, na época em que a lei foi feita; esse elemento determina o modo de ação da lei e a mudança por ela introduzida, que é precisamente o que o elemento histórico deve esclarecer.

Note-se que não trata, para Savigny, de observar a *intenção* do legislador ou mesmo a *intenção* da lei quando de sua promulgação, mas o que se pretende, com o elemento histórico, é observar o estado do direito existente sobre a matéria, o que justifica, claro, mudanças interpretativas quando este estado for alterado, sem que haja, necessariamente, mudança do texto normativo.

Não se pode perder de vista, por óbvio, o fato de que para Savigny,

El buen éxito de la interpretación depende de dos condiciones esenciales, en donde se resumen los caracteres de estos diversos elementos, y son, á saber: primero, debemos reproducir en nosotros mismos la operación intelectual en virtud de la cual se determinó el pensamiento de la ley; segundo, debemos traer á consideración los hechos históricos y el sistema entero del derecho para ponerlos en inmediata relación con el texto que tratamos de interpretar. (SAVIGNY, 1876, p. 188).

Deste modo, resta claro que se a boa interpretação depende destas duas condições essenciais: (1) a reprodução, no intérprete, da operação intelectual através do qual se determinou o pensamento da lei e, (2) a consideração dos fatos históricos e da integralidade do sistema, isso não significa buscar nem a *intenção da lei* quando de sua promulgação, e

muito menos a *intenção do legislador*, mas levar em consideração os fatos históricos e a integralidade do sistema, inclusive com sua valoração subjacente, a fim de reproduzir não a interpretação da época, mas a operação intelectual através da qual se determinou o pensamento da lei à época que, quando reproduzida, por determinar uma norma distinta.

Reale (2003, p. 282) aduz que sob inspiração da escola histórica de Savigny, vários mestres sustentaram que a lei é algo que representa uma realidade histórica que se situava na progressão do tempo. Uma lei nasceria, portanto, obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas seu significado não é imutável.

Argumenta o autor, e com ele concorda-se, que feita a lei ela não fica adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais. Portanto, se faz indispensável estudar as fontes inspiradoras da emanção da lei não só para ver quais as intenções do legislador, mas também para o fim de ajustá-las a situações supervenientes. É que não basta, sustenta Reale, querer descobrir a intenção do legislador através dos trabalhos preparatórios da legislação, que é mera história externa do texto. Importa verificar qual teria sido a intenção do legislador, e sua conclusão, se no seu tempo houvesse os fenômenos que se encontram hoje diante de nossos olhos. A pergunta a ser feita, para Reale, seria: “que teria resolvido o legislador se, no eu tempo, já existissem tais e quais fatos que hoje se constituem uma realidade indeclinável de nossa vida social (REALE, 2003, p. 265).

Essa ideia deu origem ao que se chama de interpretação histórico-evolutiva, iniciada a partir de uma compreensão progressiva da lei, advinda dos pandectas alemães, tendo seu maior representante, Windscheid, colocado o problema da interpretação na *intenção possível do legislador*, não no seu tempo, mas na época em que se situaria o intérprete. Pois bem. Refere Reale que foi Gabriel Saleilles quem deu claro contorno à esta teoria, na França, defendendo que uma lei, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do seu legislador, passando a ter vida própria, recebendo e mutuando influências do meio ambiente, transformando seu significado. (Reale, 2003, p. 283).

Como já dito, independentemente das técnicas e métodos ou mesmo das teorias interpretativas, os autores mais diversos contemplam o elemento histórico em suas análises, razão pela qual, a partir de agora, ver-se-á como alguns desses autores tratam a interpretação histórica, ainda que a designem sob outras denominações.

Alexy (2001, p. 230 e ss) ao tratar da fundamentação das interpretações a atribui aos cânones, agrupando-os em seis grupos, dentre os quais encontra-se o argumento histórico. Sobre ele assevera: “fala-se em *argumento histórico*” quando se expõem fatos que se referem à história do problema jurídico discutido, como razões a favor ou contra uma interpretação. [...]”.

Assim, não é também para Alexy, um argumento histórico aquele que busca a intenção do legislador ou mesmo da lei, mas entender as razões favoráveis ou não a uma dada interpretação. O exemplo usado pelo autor esclarece a questão:

[O argumento histórico] Consiste em demonstrar: (1) Já se deu uma vez determinada solução para o problema discutido?; (2) esta conduziu à consequência F; (3) F é indesejável; (4) as situações não são entre si tão diferentes para que F não ocorra hoje e, (5), portanto, a solução em questão não é aceitável hoje. Trata-se aqui de um acaso de aprendizado da História. O importante é que o argumento desta forma não pressupõe só conhecimento histórico, sociológico e econômico, mas que, com (3), inclui-se também uma premissa normativa, que deve ser fundamentada. (ALEXY, 2001, p. 234/235)

É dizer: ainda que não tenha havido alteração legislativa, o argumento (interpretação) histórico pode justificar a escolha pela mudança interpretativa, dado que a solução então dada ao caso não seria hoje desejável. É reconhecer, assim, a importância do estado de direito existente sobre a matéria no momento em que o texto normativo foi criado em relação ao estado de direito existente sobre a matéria no momento em que a decisão será dada. Se a decisão dada produziu uma consequência que não se deseja, então, por meio mesmo deste argumento histórico, seria possível justificar outra norma da qual não decorra mais a consequência que se deseja seja repelida.

Também MacCormick (2008, p. 165 e ss.) vai trabalhar com categorias de argumentos interpretativos e, assim, com argumentos históricos. Segundo entende

Os argumentos a partir da história levam em conta que uma lei ou grupo de leis podem, ao longo do tempo, vir a ser interpretadas de acordo com uma compreensão historicamente desenvolvida sobre o conteúdo ou propósito da lei, ou do grupo de leis tomadas em conjunto como um todo. Quando isso acontece, então qualquer disposição da lei ou grupo de leis terá que ser interpretada de modo que sua aplicação em um caso concreto seja compatível com aquela compreensão historicamente desenvolvida de seu conteúdo ou de seu propósito. (MACCORMICK, 2008, p. 168).

No entendimento esposado pelo autor, tem-se também a ideia de um estado do direito à época da decisão, porque uma lei, ao longo do tempo, pode vir a ser interpretada com uma compreensão historicamente desenvolvida sobre ela ou sobre um grupo de leis tomadas em conjunto como um todo.

Guastini também vai reconhecer a categoria da interpretação histórica, ainda que a associe a uma espécie de interpretação estática, porque restrita ao momento em que foi emanada. Cabe aqui fazer uma ressalva, para que não paire dúvidas. O que se defende aqui é que por meio de uma interpretação histórica se pode alterar a norma decorrente do texto normativo. É o que alguns denominam de interpretação histórico-evolutiva, termo este que neste momento se refuta, por entender-se que a *evolução* é decorrência da própria estrutura da interpretação histórica, ainda que nos moldes propostos por Savigny, já que se

entendendo o estado do direito à época de sua criação, seria possível recusar a mesma interpretação em um momento histórico, justamente pela mudança do estado do direito.

A essa possibilidade, Guastini chama *interpretação evolutiva*, que é aquela segundo a qual, a interpretação que permite dar a uma disposição normativa um significado novo e distinto de seu significado histórico. Assim, por histórico, entende o autor o momento de sua emanção e, por evolutiva, essa possibilidade de criar-se um novo significado e, portanto, extrair-se uma nova norma.

O entendimento de Guastini sobre a interpretação histórica nos parece estar equivocado, na medida em que a vincula à estrita intenção do legislador, como se vê no seguinte trecho de sua obra: “[...] la interpretación evolutiva no puede ser argumentada haciendo referencia a la concreta voluntad ‘del legislador’ (que es, en cambio, el argumento fundamental de la interpretación ‘histórica’). El argumento que más se adapta a la interpretación evolutiva es el de la ‘naturaleza de las cosas’: la interpretación de la ley debe cambiar cuando lo hacen las circunstancias en que la ley debe ser aplicada” (GUASTINI, 1999, p. 234)¹¹. A definição que adotamos sobre o que seja interpretação genética, a partir do entendimento de Ávila (2001, p. 18) é a que se vincula à intenção do legislador e, portanto, não há que ser confundida com interpretação histórica.

O fato é que por conta das definições aqui trazidas, essa é uma definição que não pode ser aceita, na medida em que o próprio Savigny, ao definir interpretação como reconstrução do pensamento da *lei* e não do legislador. Assim, o que se alguns chamam de interpretação histórico-evolutiva, entende-se, neste trabalho, por interpretação histórica, julgando-se desnecessário o adjetivo evolutiva, na medida em que reconhecendo-se a importância do elemento histórico, ou seja, do estado do direito à época não só da emanção do texto normativo, mas da sua aplicação, naturalmente, por meio da evolução do próprio estado do direito, historicamente considerado, será possível a extração de uma outra norma.

O próprio Ávila tem entendimento similar ao asseverar que “os argumentos históricos dizem respeito à investigação do problema objeto de regulação pelas normas hoje válidas, de modo a recompor o sentido que a norma tinha ao ser editada, atualizando-a no tempo”

¹¹ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2013, diz expressamente, às páginas 17: **O argumento histórico faz normalmente apelo à “natureza das coisas”**, na medida em que procura demonstrar que, em decorrência das mutações históricas, o significado literal do dispositivo não mais se molda à realidade do momento da aplicação”, citando como sua fonte a obra GUASTINI, Riccardo. Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto. Torino: Giappichelli, 1996. p. 178. Nos textos consultados por esta autora, o que faz apelo à natureza das coisas seria, segundo Guastini, o argumento evolutivo e não o histórico, ficando aqui ressaltada, entretanto, eventual incorreção da tradução e/ou entendimento desta autora.

(ÁVILA, 2001). Se o argumento histórico permite a atualização da norma no tempo, então desnecessário chamá-lo histórico-evolutivo.

Por fim, nos parece importante, para que não restem dúvidas sobre as posições aqui adotadas, que o entendimento formulado acerca da interpretação genética, comumente confundida com a interpretação histórica, parte das seguintes definições:

Ávila, tratar dos argumentos genéticos, aqui entendidos como sinônimo de interpretação genética, expressamente refere: “Os argumentos genéticos dizem respeito à vontade do legislador, tanto no que se refere ao significado que o legislador teria ligado a determinada expressão (argumento genético semântico-subjetivo), quanto à finalidade que ele teria pretendido atingir (argumento genético teleológico-subjetivo)”. (ÁVILA, 2001, p. 17).

É nesta linha o entendimento de Alexy, (2001, 232), ao dizer que “há um argumento genético quando se justifica uma interpretação *R’ de R*, porque ela corresponde à vontade do legislador”. Paredes (s.d., p. 15) refere que a interpretação genética se sustenta nas causas que originaram o surgimento da lei. Em suas palavras:

Aunque esta interpretación se relaciona de manera estrecha con la histórica, de ninguna manera deben confundirse. Una considera las circunstancias prevalecientes en el momento en que se emitió la norma, las condiciones materiales y sociales imperantes en esa fecha, que han originado el surgimiento de la disposición; otra, el modo como se ha entendido una norma en las distintas épocas, esto es, su evolución. [...] Es decir, el argumento genético consiste en definir el origen o gestación de una norma o negocio, para cuya explicación se consideran los trabajos preparatorios, debates parlamentarios, dictámenes de las comisiones, la exposición de motivos [...] (PAREDES, s.d., p. 16).

Também para Ávila os debates parlamentares, os projetos de lei, etc., fazem parte da interpretação genética, não podendo confundir-se argumentos históricos e genéticos:

Os argumentos históricos não se confundem com os argumentos genéticos: enquanto os argumentos históricos fazem referência a textos normativos anteriores, e com semelhante âmbito de incidência relativamente ao da norma objeto de interpretação, os argumentos genéticos dizem respeito a textos não-normativos (discussões parlamentares, projetos de lei, discursos legislativos, exposições de motivos), e se referem à formação do próprio dispositivo objeto de interpretação. (ÁVILA, 2001, p. 17).

Assim, tem-se que aqueles que ainda identificam a interpretação histórica com a vontade do legislador acabam por confundi-la com a interpretação genética, o que, nos termos expostos, não se pode admitir.

Definida, pois, o que se entende por interpretação histórica e a tendo diferenciado da interpretação genética, passemos ao último ponto deste trabalho, que é analisar decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa cita expressamente a interpretação

histórica como método interpretativo adotado, a fim de não só avaliar sua importância, mas identificar se o entendimento do que seja interpretação histórica para o STF encontra eco nas definições trazidas.

4 O Supremo Tribunal Federal e a interpretação histórica no acórdão do RE 279.469/RS

Em julgado do ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, em votação por maioria, entendeu pelo afastamento definitivo de militar que, contando com menos de dez anos de serviço, pretenda candidatar-se a cargo eletivo. Para tal conclusão, o voto majoritário utilizou-se do que entendeu interpretação histórica. Passemos à análise.

Trata-se o caso de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão exarada por seu Tribunal, concedendo a segurança pretendida por Joaldo Afonso Nery, determinando fosse assim reintegrado no serviço ativo, no posto de 2º tenente, com ressarcimento das vantagens devidas. A questão cinge-se à interpretação dada a disposição do inciso I, do § 8º do art. 14 da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: “Art. 14: A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 8º - O militar alistável é exigido, atendidas as seguintes condições: I – se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade”.

No caso, o recorrido Joaldo Afonso Nery alegou ter requerido, em 28 de junho de 1996, o afastamento de suas funções para candidatar-se a vereador cientificando do fato a autoridade militar a que estava subordinado, quando deferido o registro de sua candidatura. Entretanto, foi instaurado processo administrativo à sua revelia, dele resultando sua demissão *ex officio*.

A interpretação dada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul ao citado artigo constitucional foi no sentido de que fosse por interpretação lexicológica e sistêmica, fosse para evitar ofensa ao direito da cidadania passiva, o afastamento referido no inciso I do parágrafo 8º do artigo 14 da Constituição, é afastamento provisório, não importando em demissão de ofício.

O Estado do Rio Grande do Sul, baseando-se nos dispositivos tanto de seu Estatuto de Policiais Militares (Lei Estadual 7.138, de 30 janeiro de 1978), quanto no Estatuto dos Militares (Lei Federal 6.880, de 9 de dezembro de 1980), requereu a improcedência.

Do Recurso Extraordinário, recebido pela 2ª Turma, foi relator o então Ministro Mauricio Corrêa, proferindo seu voto em 28 de agosto de 2001, não conhecendo do recurso interposto. O julgamento, em virtude do pedido de vistas do Min. Carlos Velloso foi

suspenso, tendo sido afetado ao Plenário em 2002. O ministro Carlos Velloso, conhecendo do Recurso e ao contrário do Relator, lhe deu provimento, o que provocou novo pedido de vistas, desta vez pelo Min. Cezar Peluso, em 14 de abril de 2004. Colhido o voto-vista do Min. Peluso, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao recurso, tendo sido a redação do acórdão feita pelo próprio Min. Peluso.

Esclarecidos minimamente os aspectos processuais relativos a este RE, passemos a analisar os critérios interpretativos utilizados pela Corte, em especial no que tange ao método histórico, a partir dos votos proferidos pelos Ministros Maurício Corrêa (Relator originário), Carlos Velloso, Cezar Peluso (Redator do acórdão) e Ministra Carmem Lúcia. Faremos também uma rápida incursão nos debates produzidos nas duas sessões plenárias, a primeira envolvendo os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Carlos Britto, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Gilmar Mendes, e a segunda, envolvendo os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Para o Min. Relator – Maurício Corrêa – a controvérsia processual do caso girava em torno da extensão do afastamento previsto no mencionado inc. I do § 8º do art. 14 da Constituição, se provisório ou definitivo. Aduz inicialmente o Ministro o fato de que a Constituição anterior à atual (Carta de 1967/1969) disciplinava inteiramente a questão. Assim, sob a égide da anterior Constituição, o militar que constasse com menos de 5 anos de serviço seria excluído do serviço ativo ao candidatar-se. Já o militar que contasse com 5 anos ou mais, ao candidatar-se, seria afastado temporariamente do serviço ativo e agregado para tratar de interesse particular. Se eleito fosse seria, no ato da diplomação, transferido para a inatividade, nos termos da lei.

Para o Ministro, a Constituição de 1988 não determina a exclusão do militar que se candidatar a cargo eletivo, caso não tenha 10 anos de serviço ativo. Em seu entendimento, a expressão “afastar-se da atividade” só poderia ter um sentido semântico e lógico, traduzido na interrupção temporária da atividade funcional de que se está investido, para o exercício do cargo de cargo eletivo, situação provisória e precária que não poderia converter-se em fundamento de perda do cargo.

Assim, entre outros argumentos e justificativas, aduz o Ministro que o legislador constituinte, ao contemplar a possibilidade de o militar com tempo de serviço inferior a dez anos, candidatar-se a cargo eletivo, quis, em verdade, garantir o amplo exercício dos direitos inerentes à cidadania e por isso a redação da Constituição anterior à de 1988 foi sensivelmente alterada, de modo que o prazo de cinco anos foi ampliado para dez e que o termo “excluído do serviço ativo” foi substituído por “afastar-se da atividade”.

Assim, conheceu o Min. do recurso interposto, negando-lhe provimento, para garantir a decisão do juízo *a quo*, no sentido de reintegrar ao cargo o policial demitido.

O Min. Carlos Velloso, após pedir vistas dos autos, votou em sentido contrário, ou seja, conheceu e deu provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Sul, para reconhecer como acertada a demissão *ex officio* operada. O argumento principal do Min. Carlos Velloso, em nosso sentir, foi de que garantindo o simples afastamento do militar que contava com menos de 10 anos de serviço, estaria havendo uma indevida equiparação com o militar que contasse com mais de 10 anos de serviço, razão pela qual entendeu que o acórdão recorrido realmente causou ofensa ao inciso I, do § 8º do art. 14 da Constituição.

Após o voto do Min. Carlos Velloso, seguiu-se intensa sessão de debates cujo resultado foi novo pedido de vistas, desta vez pelo Min. Cezar Peluso que, adianta-se, prolatou o voto vencedor. Neste voto, o Ministro procura elucidar o conteúdo da expressão “afastar-se da atividade”, fazendo uso de três critérios interpretativos: o gramatical, o lógico-sistemático e o histórico.

Por todos eles, discordou o Ministro da posição do voto do então relator Min. Mauricio Correa. Atamo-nos às suas considerações relativas ao método de interpretação histórico. Começa o Ministro por minimizar a importância deste método, o chamando de “senão irrelevante, de secundário papel exegético”, o definindo como o método da “vontade do legislador histórico”. Ora, como visto o método histórico *não se confunde* com a vontade do legislador, histórico ou não.

Pois bem. O Ministro compulsou os registros das discussões, na Assembléia Nacional Constituinte, acerca das restrições ao exercício da capacidade eleitoral passiva dos militares, definindo a intenção do constituinte originário como a de excluir em definitivo, o militar que, com menos de 10 anos de serviço, quisesse concorrer a cargo eletivo.

Novamente faz confusão, o senhor Ministro, entre o método histórico e o genético, aquele para quem interessa, em verdade, tais elementos prévios à emanção da lei. Ao método histórico interessaria o estado do direito à época da emanção da lei para, então, verificar-se se, atualmente, a interpretação a ser dada ao dispositivo seria ou não alterada, em função do *atual* estado do direito. Isso, entretanto, sequer foi considerado.

A Ministra Carmem Lúcia também deu provimento ao recurso interposto, ou seja, opinou pela demissão *ex officio* do militar *in casu*, em decorrência de sua análise dos debates ocorridos na Assembléia Nacional Constituinte. Para a Ministra, a questão referente ao afastamento do militar candidato com menos de dez anos de serviço foi abordada pelo constituinte originário, que optou por manter o caráter definitivo deste afastamento. Daí que, segundo seu entendimento, a Constituição de 1988 não cuida da situação do militar candidato que, com menos de dez anos de serviço, venha a ser eleito, como o faz em relação ao candidato militar que tenha mais de dez anos de serviço.

Ainda que não tenha dado nome ao método de interpretação que utilizou, também a Min. Carmem Lúcia fez uso da interpretação genética, já que, tal qual o Min. Peluso, se ocupou em estudar os debates da Assembléia Nacional Constituinte.

Sem questionar o mérito da questão, e aqui se ressalta que o posicionamento pessoal desta autora é no mesmo sentido do entendimento do então Min. Mauricio Correa e, em alguns pontos, da posição defendida em debate pelo Min. Carlos Britto, o que se pergunta é: o estado do direito quando da decisão era o mesmo da sua emanção? É dizer: não houve nenhuma mudança que justificasse eventual mudança na *intenção* do legislador constituinte?

Será que uma interpretação presa à vontade do legislador representa a vontade da lei, ou seja, aquilo que se pode extrair não da intenção do legislador, mas da intenção da própria lei que, tal qual criança que se desprende do ventre materno, se desprende de seus autores? A intenção dos legisladores realmente restou clara na lei, a ponto de, assim, ser contemplada? Se a lei nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações sociais, seria o seu significado imutável? Ficaria a lei adstrita às suas fontes originárias, sem acompanhar as vicissitudes sociais?

Não se está aqui a menosprezar a interpretação genética e, portanto, a importância de se estudar as fontes inspiradoras da emanção das leis, mas há que se perguntar se esta vinculação ajusta a lei às situações que lhe são supervenientes. Seria esta a conclusão do constituinte originário dada a realidade de não de 1988, mas a de 2011?

Talvez o atual estado do direito, e os fatores supervenientes à 1988 realmente corroborem o entendimento segundo o qual o militar candidato que contar com menos de dez anos de serviço deva ser excluído do serviço militar, mas o conteúdo das decisões proferidas não foram claras neste respeito.

5 CONCLUSÃO

A interpretação histórica, enquanto elemento, método, critério ou sinônimo que o valha, reveste-se de importância mesmo nos dias atuais, onde inúmeras formas de interpretar o direito são teorizadas. O fato é que o texto normativo, independentemente de sua clareza ou obscuridade, necessita ser sempre interpretado e, assim, ter seu sentido atribuído, extraindo-se a normativa que nele subjaz. Ainda neste cenário de novas teorias interpretativas, a interpretação histórica não perde a importância, ainda que goze de um status, por isso, não deve ser entendida meramente como uma técnica de interpretação acessória.

De outro lado, nota-se que é comum confundir a interpretação histórica com a interpretação genética, como fez o Supremo Tribunal Federal no acórdão analisado. Talvez a interpretação histórica possa contar com maior prestígio quando o seu conceito, aqui defendido, seja corretamente assimilado, evitando-se confundi-la com outros métodos, não menos válidos ou mesmo necessários.

6 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. In Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2013

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: Editorial Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

_____. *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

_____. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1996.

IGARTÚA SALAVERRIA, José. *Teoria analítica del derecho: la interpretación de la ley*. Pamplona: Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.]

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

PAREDES, Víctor Emilio Anchondo. *Métodos de interpretación jurídica*. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [s.d]. Disponível em < www.juridicas.unam.mx > Acesso em 02 de fevereiro de 2013.

RAZ, Joseph. Por qué interpretar? In.: *Isonomia*, n. 5., out., 1996. Disponível em: http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/02405065325240496976613/isonomia05/isonomia5_02.pdf. Acesso em 12.fev.2013

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. ajustada ao novo Código Civil. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Londres: Clarendon Press – Oxford, 1991; 2002 (reimpr.) – Clarendon Law Series.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Traducción de Martínez-Calcerrada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, p. 46.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora. 1876.

_____. *Metodología jurídica*. Traducción de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979.