

## LIMITES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Osmir Antonio Globekner\*

### RESUMO

Neste estudo, buscou-se analisar o conceito de limite da interpretação e, mais especificamente, o conceito de limite da interpretação jurídica, visando extrair-se a essência ou conteúdo do conceito. Nesse escopo, coube, primeiramente, identificar a idéia de limite como manifestada na natureza, na lógica matemática, na psique humana e no comportamento social, com o objetivo de construir um modelo abstrato, aplicável a essas distintas realidades. Resultou que se associou, à idéia de limite, a idéia do equilíbrio entre forças ou tendências opostas ou seja: de ponto de equilíbrio intermediário entre extremos, tangíveis ou apenas ideacionais, isto é, não realizáveis ou não desejáveis no mundo fenomênico, porém, referenciais sempre necessários para a apreensão do conceito de limite. Em seguida, procurou-se transpor o modelo assim concebido à Ciência do Direito e à Hermenêutica. Uma vez descrita a idéia de limite nessas disciplinas do pensamento, emergiram os elementos de contato revelados pela idéia de limite em uma e outra. Elementos justificadores da aproximação entre as disciplinas com resultante na Hermenêutica Jurídica, como uma hermenêutica específica, caracterizável, precisamente, pela peculiaridade dos seus limites. Por fim, buscou-se o elemento acima referido, a título ilustrativo, no pensamento hermenêutico de Jürgen Habermas e de Umberto Eco.

**PALAVRAS CHAVES:** HERMENÊUTICA JURÍDICA; INTERPRETAÇÃO JURÍDICA; LIMITES

### ABSTRACT

Our aim in this study is to analyze the concept of the interpretation limits and, more specifically, the concept of the judicial interpretation limits, in order to extract the essence of such concept. In this scope we tried, first of all, to identify the idea of limit, as appeared in nature, in mathematical reasoning, in the human psyche and in social

---

\* Engenheiro Químico (UNICAMP), Bacharel em Direito (UESC), Especialista em Direito Sanitário (USP) e Mestrando em Direito Público (UFBA).

behavior, with the objective of building an abstract model, understandable in such different realities. In this way we could associate the idea of limit as a balance among opposite forces or tendencies, or, in other words: as a break-even-point intermediate among extremes, whom can be barely tangible, not achievable, imaginary or not desirable into the real world, inspite of always necessary as referencial points to the concept of limit. Then, we tried to transpose this model to Law-Science and to Hermeneutics. Once we had described the idea of limit in those disciplines of thought, We could identify the elements of contact, forming the idea of limit within each discipline. Such elements could justify the approximation among the disciplines, resulting the judicial hermeneutics as a specific form of hermeneutics, featured , precisely, by the peculiarity of his limits. Lastly, we tried to illustrate the elements studied by his identification in the work of Jürgen Habermas and Umberto Eco.

**KEYWORDS:** LEGAL HERMENEUTICS; LEGAL INTERPRETATION; LIMITS

## **1 INTRODUÇÃO – A IDÉIA DE LIMITE**

Nesta introdução intentaremos esboçar, de forma ampla e um tanto livre, a idéia de limite, aplicável em distintas realidades. Tentaremos um esboço de conceito com pretensões de abstração. Assim, pensemos no seguinte modelo.

Os limites, quer os impostos pela natureza das coisas, quer os culturalmente elegíveis pelo indivíduo e pelo agrupamento social, seriam, sempre, o fruto da existência de uma tensão e da necessidade de equilíbrio, fruto de uma delimitação entre extremos, ou da necessidade de estabelecimento de um ponto intermédio, um ponto de equilíbrio.

A idéia de limite é coexistencial com a idéia de tensão entre forças motrizes ou entre tendências. O limite é resultante de um equilíbrio. O equilíbrio é, sempre, provisório, sempre dinâmico. A idéia de equilíbrio confina com a idéia de estabilidade e instabilidade. O limite, portanto, e por sua vez, é sempre provisório e resultante da composição de forças dinâmicas. É sempre sujeito à perturbação e à influência externas.

O limite é algo calculado, ponderado, entre dois extremos. Não raro, tais extremos são ideais, imaginários, não encontráveis ou não desejáveis no mundo fenomênico. Cujas ideias, entretanto, é necessária como objetivo referencial. Na matemática, por exemplo, esse referencial é concebido através das sucessivas aproximações, gerando a teoria dos limites e do cálculo infinitesimal.

Não havendo delimitação, não podemos derivar a ideia de entidade ou de identidade. Podemos imaginar que, se um ente não fosse comportado dentro de uma fronteira ou limite, esta se colocaria em uma expansão contínua, infinita e indefinida que findaria por descaracterizar o próprio ente como tal, ao não se encontrar aquilo que com ele confrontando, possa delimitá-lo.

Assim, por exemplo, podemos dizer que dentro de um copo sobre a mesa, existe a substância (entidade da) água, porque há uma tensão superficial que determina a separação entre a fase líquida da fase gasosa. Os limites entre forças de atração e repulsão no nível molecular, determinam a separação entre fase líquida e gasosa. O limite, sempre dinâmico e sempre provisório, é estabelecido e alterado de acordo com as circunstâncias externas de temperatura e pressão.

Porém, vamos supor, por um momento, que vivêssemos em um sistema em que o nível de energia fosse tão alto que todo líquido houvesse se convertido ao estado gasoso. Então já não teríamos a entidade da água, em sua forma líquida. Por outro lado, tampouco teríamos o conceito vapor, ou de água no estado gasoso, pois perderíamos tal conceito, ao não ter aquele outro, o de água líquida, que, em se lhe opondo, permitiria defini-lo.

É a tensão entre forças de atração e de energia cinética de movimento, expansão e contração do Universo, que devemos o fato da orbe terrestre estar em longa queda para o Sol, sem com ele nunca colidir, pelo menos, durante este lapso de equilíbrio que permitiu o desenvolvimento de nossa raça e da cultura humana na Terra. O limite está expresso na precisão das órbitas celestes. Não olvidemos que, nessa longa estabilidade, o equilíbrio é provisório e que a intensidade e composição das forças se alteram, pois que são dinâmicas, resultando na alteração do ponto de equilíbrio e, portanto, do limite.

Para tormarmos ainda um outro exemplo ao mundo natural, temos que uma infinidade de processos, físicos, químicos e biológicos na natureza, são explicados e compreendidos, termodinamicamente, pela contraposição entre dois princípios naturais: o da “busca” da menor energia e a o da “busca” da maior entropia. É a tendência da natureza em buscar o maior estado de desorganização, ao preço da menor energia. Entre o custo energético e o grau de desorganização (entropia) se determina o comportamento dos sistemas, a exemplo do sistema: água, vapor e gelo. Fatores externos como temperatura e pressão e trocas com o meio circundante, determinam os estados de equilíbrio e a definição dos limites que serão obtidos em cada sistema particular.

Sem pretendermos uma redução positivista às leis da natureza, mas reconhecendo que há leis universais que se manifestam com intensidade semelhantes na natureza e na mente do homem, bem como em sua organização social, é que nos propomos a transpor, ao menos no sentido metafórico, a idéia expressa no modelo acima para a psique humana e para o comportamento social, identificando o limite como tensão entre forças que resultam em um equilíbrio provisório, com momentos de estabilidade e momentos de instabilidade.

Na psicanálise temos, em Eros, a pulsão pela vida e, em Tanatos, a pulsão pela morte. Desejo de plenitude e medo de destruição. Ânsia de conquista e necessidade de preservação. No pensamento social de Freud, o progresso da civilização, impulsionado por estas relação dialética entre Eros e Tanatos, é fundado em um delicado equilíbrio, sempre transitório e pontual, no qual a síntese é o homem e sua civilização em um certo momento no tempo e espaço.

Na base instintiva do comportamento humano de preservação, de expansão e reprodução, está determinada a contenção, a submissão a condições adversas, bem como a luta por novas conquistas, a expansão, a navegação etc. Nesses impulsos individuais e coletivos, resulta determinado o equilíbrio da vida societária.

De forma que poderíamos identificar, em um sem número de sistemas naturais e sociais, o modelo acima delineado, em que o limite ou delimitação resulta do equilíbrio entre

forças oponentes, quando postas em equilíbrio entre extremos ideais, inatingíveis, todavia. Tal limite, sempre provisório, dependente de condições internas e externas ao sistema, gerando momentos de estabilidade e momentos de instabilidade.

## 2 A IDÉIA DE LIMITE NA HERMENÊUTICA GERAL

A Hermenêutica reflete a necessidade humana da comunicação e mediação, o limite nela aparece porque se configuram **duas forças diretrizes: continuidade versus ruptura, reprodução versus criação**; porque opomos dois extremos ideais: a **reprodução perfeita**, e a **criação absoluta**.

É intuitivo que, na atividade interpretativa, não se pode extrair mais do que se contém no objeto da interpretação. Até certo momento (limite) temos interpretação, pelo menos, nas dimensões mencionadas por Palmer (PALMER, 1981): do dizer, do explicar e do traduzir. Além desse momento, estaremos na perspectiva de uma criação autônoma.

Nada impede que o ato criativo se mescle com o ato interpretativo. Podemos ter Shakespeare na leitura da *Royal Shakespeare Company*, em *Stratford-upon-Avon*, e podemos ter Shakespeare na leitura de José Celso Martinez em São Paulo. Em qualquer delas, teremos os dois ingredientes, da interpretação e da criação autônoma, embora, certamente, em proporções bastante diversas.

Os extremos ideais e referenciais são, sempre, inatingíveis, o que faz situar o ato interpretativo, sempre, entre dois limites: nada é perfeitamente reproduzível, pois impossível re-evocar em sua inteireza a experiência passada, ainda que o intérprete seja o autor original, pois, no ato interpretativo, suas circunstâncias serão fatalmente outras, inclusive em função da criação original, que alterou o universo e, por consequência, alterou a percepção do próprio autor.

O extremo criativo conduziria ao paradoxo da mensagem que poderia significar qualquer coisa, redundando em que tal mensagem não seria portadora de significado algum. Em outro extremo, nenhum ato interpretativo pode ser absolutamente inovador, porque irremediavelmente fruto contextualizado na tradição, cultura e historicidade em

que submerso o intérprete. Entre estas duas posições extremas, contudo, é que sempre haverá de estar situado o ponto de equilíbrio. O limite interpretativo, assim, resultará em um ponto intermédio ou de equilíbrio entre estas duas possibilidades.

A natureza da hermenêutica vai resultar dessa tensão. A idéia de limite não é, portanto, idéia estranha à Hermenêutica, pelo contrário, a tensão liberdade versus limite permeia toda atividade interpretativa, sendo inerente à sua essência.

### **3 A IDÉIA DO LIMITE NO DIREITO**

Também no Direito, teremos inafastável a idéia de limite como equilíbrio entre forças de sentidos opostos: É do ser do Direito, a tensão “liberdade x limite” ou, em outras palavras, o paradoxo da “liberdade com limite”. Não há como excluir, da Ciência Jurídica, essa tensão fundamental referida por Boaventura de Sousa Santos como a tensão regulação/emancipação ou estabilidade/mutação (SANTOS, 2002).

Temos, também, uma expressão dessa tensão nos valores bilaterais da Axiologia de Cóssio: autonomia / heteronomia, segurança /ordem, paz/poder, solidariedade/cooperação (MACHADO NETO, 1974). Se utilizarmos o pensamento analógico para aplicar essa concepção à condicionante fundamental da interpretação jurídica, a necessidade de decisão terminativa, poderíamos ver que, no valor autonomia, a melhor solução para a aplicação do Direito seria a criação da norma concreta “*ad hoc*”, construção livre de cada solução em vista do caso concreto. Esta seria a solução mais adequada sob a ótica da liberdade ou da força criativa do Direito. Na impossibilidade dessa construção, se estivermos voltados, já agora, ao valor heteronomia; teríamos a “moldura” dogmática utilizada na forma mais adaptada possível através da interpretação jurídica.

Na Ciência Jurídica, também presente a tensão entre liberdade e limite. Referimo-nos à utilização do pensamento racional-sistemático em oposição ao pensamento tópico-teleológico discutido em Canaris (CANARIS, 1989). A Tensão entre a concepção sistêmica de uma lógica formal, e a concepção tópica de valores e fins, com ponto de equilíbrio provável, como indicado por aquele autor, no limite de uma ordenação lógica

de valores, de uma abertura da lógica sistemática à incorporação da contradição e ponderação de valores, através das nuances interpretativas.

A tensão resultando em limite pode ser vista também na utilização dos princípios em Direito, onde vige a igualdade hierárquica dos princípios. Assim, não temos princípios absolutos, mas princípios em tensão recíproca. Onde a delimitação, e, portanto, a definição, se dá, antes de que pelo seu conteúdo ínsito a cada princípio, pela sua contraposição aos demais que lhe são confrontantes. Aparentes contradições entre princípios se resolvem nessa acomodação entre princípios confrontantes, e na delimitação do âmbito de incidência de cada um, na perspectiva do caso concreto.

A própria tecnologia da atuação jurisdicional, voltada a pacificação do conflito, reflete o limite e o compromisso. A atividade jurisdicional no escopo social da pacificação é, sempre, a busca de um meio termo, de uma solução de compromisso, intermediária, delimitadora da extensão de direitos subjetivos.

Essa tensão entre liberdade e limite, imanente no Direito, encontra expressão na atividade hermenêutica, já que ela, também, intrinsecamente, é reveladora da mesma tensão e paradoxo. Assim temos a Hermenêutica Jurídica, como expressão da tensão ínsita ao Direito. Temos a Ciência do Direito como Teoria Hermenêutica. Fruto da impossibilidade de uma concepção puramente lógica de normas, tensão entre racionalidade e valor, volição e poder.

*A Hermenêutica Jurídica é método de acesso ao objeto e, como todo método, possui as características do próprio objeto.*

#### **4 PECULIARIDADES DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

Intentaremos aqui a identificação das peculiaridades da Interpretação jurídica. Isto é, o que a torna diversa e especial em relação à Interpretação em geral. Nesse intento, a título de ensaio, poderíamos pensar na caracterização do ato interpretativo a partir dos seguintes elementos: *objeto da interpretação, sujeito que interpreta, objetivo visado com a interpretação*

**Caracterização pelo objeto:** tomemos como objeto da interpretação jurídica, exclusivamente a norma jurídica, e aí já estaríamos sendo restritivos, já que podemos conceber a própria conduta como seu objeto, conforme proposto por Carlos Cossio. Mas, sendo restritivos, teríamos que o objeto, o texto a ser interpretado se distinguiria dos demais por seu caráter de texto padrão ou autoritativo.

Nessa linha, entretanto, além de estarmos refletindo apenas a visão parcial da identificação do Direito com o Estado e a Lei formal, não estaríamos no campo de uma exclusividade do fenômeno jurídico. Pois teríamos a concorrência de outros tantos textos fundados na autoridade. Por exemplo, a interpretação bíblica, importante, como exposto por Palmer (PALMER, 1981) no próprio desenvolvimento histórico da hermenêutica.

O fato é que a interpretação jurídica pode ser entendida sem a adstrição à interpretação da norma, para abranger a interpretação da vontade e da conduta individualizada, da natureza e o próprio conhecimento, enfim, como forma de apreensão da realidade natural ou social.

Assim, não vislumbramos qualquer nota distintiva entre hermenêutica jurídica e hermenêutica geral que possa estar fundada nas características do objeto da interpretação.

**Caracterização pelo sujeito:** se tomássemos como intérprete, restritivamente, o jurista, ou o aplicador do Direito, estrito senso, ou o Órgão de Jurisdição, como proposto por Hans Kelsen (KELSEN, 1998), poderíamos obter a nota distintiva acima referida.

Entretanto, seria restringir demasiado o campo da interpretação jurídica, já que, como aplicador amplo senso do Direito, haveria de se incluir também o legislador, e por fim todo receptor da norma jurídica em qualquer de suas modalidades, incluindo-se, todo indivíduo por ela obrigado à sua observação (HÄBERLE, 1997). O que conferiria tal generalidade ao sujeito intérprete, que nulificaria qualquer tentativa de obter-se a nota distintiva para a interpretação jurídica.



**Caracterização pelo objetivo visado:** também aqui, teríamos dificuldades em extremar as características distintivas da interpretação jurídica. O caráter teleológico, o fato de que a interpretação jurídica é voltada, em regra, à uma aplicação concreta, imediata e futura, não chegaria a ser característica suficiente para estabelecer uma perfeita distinção da interpretação em seu caráter geral.

Não podemos deixar de reconhecer, por outro lado, a amplitude de objetivos na interpretação jurídica. Basta mencionar uma divisão fundamental, entre a interpretação científica ou doutrinária do Direito e a interpretação voltada à atividade da jurisdição, o dizer o direito para o caso concreto.

Tércio Sampaio Ferraz Jr coloca que o papel da dogmática jurídica é criar condições para uma decisão possível. Ante a possibilidade de múltiplas interpretações e o possível conflito, se colocam questões zetéticas, isto é, a investigação voltada a todas as direções, de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, etc., portanto infinitas e questões dogmáticas, isto é, encerradas no sistema, portanto, finitas. Estas, fechadas, a serviço da ação e decisão; aquelas, abertas, a serviço da investigação. A dogmática possui função de controle da consistência da decidibilidade. Segundo o autor ainda, a teoria da hermenêutica que postulasse a infinitude ou ilimitação da interpretação estaria negando o fim prático de que a ciência jurídica está investida. (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Para Calmon de Passos, a interpretação jurídica se dá em duas esferas fundamentais: no pensar do cientista do Direito (que o autor chama pré-dogmático) e no pensar do aplicador do Direito (que o autor chama dogmático). De acordo com o autor, o pensar pré-dogmático, crítico ou multidisciplinar possui reduzido poder no agir, isto é, impotência perante o constituído, sendo importante para compreensão do instituído ou dogmatizado. Olvidar-se do pré-dogmático é empobrecer o próprio pensar dogmático posto pelo próprio homem, tornar estéril, formal, desvitalizado, superestimá-lo, contudo, é introduzir o arbítrio no seio jurídico e esquecer sua razão de ser: a autolimitação do poder para legitimar-se, assegurar o mínimo de liberdade, (CALMON, 2002). Nas palavras de Calmon de Passos, o reconhecimento das restrições impostas à

amplitude da cognição e, portanto, à amplitude da interpretação no âmbito da atividade jurisdicional.

Também Kelsen, conquanto veja na interpretação, uma atividade volitiva, não cognitiva, investida exclusivamente no aplicador do direito, não deixa de reconhecer como cognitiva a atividade do pensamento científico-doutrinário a atividade cognoscitiva com função de indicar ao legislador as incompletudes do ordenamento (KELSEN, 1998).

Assim, o jurista, encarregado da atividade cognoscitiva, colocado os limites do conhecimento e as opções razoáveis de interpretação, não precisa escolher entre as opções postas, porque não vinculado a aplicação do Direito, e pode concluir pela impossibilidade de um juízo seguro, ou que dependa das circunstâncias do caso concreto, para definir o juízo seguro.

O Juiz, ao contrário, nos casos difíceis, diante das indeterminações do Direito e da obrigação de julgar terá como suficiente o ter esgotado todos os meios de concretização de que dispõe, adotando a decisão que lhe pareça mais plausível e na qual haja, pelo menos, bons argumentos. Será uma solução, dentre outras válidas.

Fixemo-nos, todavia, nos problemas postos pela aplicação no sentido jurisdição, atribuição do Estado, uma vez que aí, nos parece, poderemos encontrar algo mais próximo da nota distintiva buscada, neste tópico, para a interpretação jurídica.

Os problemas postos no exercício da jurisdição, que, sem dúvida, repercutem na estrutura mesmo do pensar científico e na própria Ciência do Direito, poderiam ser sumarizados na:

- necessidade de **decidir terminativamente**, refletindo a função de estabilização, na pacificação do conflito. reflete-se da vedação do *non liquet*, no ordenamento jurídico-processual.
- necessidade de **decidir com racionalidade**, necessidade de redução da subjetividade e arbitrariedade, correspondente com a função de

orientação da conduta, função de prevenção do Direito. Reflete em que a decisão Jurídica, ainda que constitua ato volitivo, há de estar emoldurada lógica e axiologicamente no ordenamento jurídico.

- necessidade de **decidir com legitimação**, consonante com o fato de que a elaboração jurídica pressupõe a interpretação: do querer coletivo, da vontade da sociedade política, que há de estar expressa não apenas na Constituição, mas nas leis infra-constitucionais e na sentença judicial.

Incontornável a atividade de interpretação em face da indeterminação normativa e da textura aberta da norma e diante da impossibilidade de solução puramente lógica-sistemática, a questão da interpretação jurídica no âmbito jurisdição resultará sempre de algum grau de compromisso entre critérios sistemáticos (cânones interpretativos) e critérios que contemplem a perspectiva teleológica, permitindo a adequação ao objetivo visado pela norma.

## **5 O LIMITE NA HERMENÊUTICA JURÍDICA**

Permeando o pensamento hermenêutico jurídico teremos sempre presente dois extremos característicos da atividade de interpretação jurídica: o valor segurança, certeza, auto-limitação; de certa forma, opostos aos ideais de justiça e legitimação, fortemente vinculados aos aspectos teleológico e finalístico do exercício dessa atividade. As distintas teorias hermenêuticas ocupam-se em grande parte da obtenção do equilíbrio e da fixação do limite entre estes dois extremos.

Nesse sentido, a título ilustrativo, exporemos abaixo o pensamento de Habermas expresso em sua obra “Direito e Democracia – entre a faticidade e a validade” e o pensamento de Umberto Eco em “Interpretação e Super interpretação”.

### **5.1 HABERMAS**

Veremos que HABERMAS, também, se apóia na idéia da tensão entre forças ou extremos, determinando um ponto de equilíbrio, conforme suportado neste estudo.

“.. teoria do Direito, ao contrário das teorias filosóficas da justiça, movimenta-se no limite de ordens jurídicas concretas. Extrai os seus dados do direito vigente, de leis e casos precedentes, de doutrinas dogmáticas, de contextos políticos da legislação, de fontes históricas do direito, etc. Ao contrário da filosofia, a teoria do Direito não pode desprezar ” (HABERMAS, 1997, p. 243 a 244).

“A tensão entre faticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas.” (HABERMAS, 1997, p. 245)

“O conteúdo da tensão entre legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente”. (HABERMAS, 1997, p. 245)

Segundo o autor, para garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção da decisão*, a teoria do direito disporia de três alternativas: a hermenêutica jurídica, o realismo e o positivismo jurídico.

**Hermenêutica jurídica** que, segundo o autor, teve o mérito de contrapor ao modelo convencional, que vê a decisão como subsunção, oriunda na idéia aristotélica de que nenhuma regra pode regular sua própria aplicação. Para ele, a hermenêutica proporia um modelo processual de interpretação, com início em uma pré-compreensão valorativa que estabelece uma relação preliminar entre norma e “estado de coisas”, abrindo horizontes para ulteriores relacionamentos que se constituem e ou concretizam reciprocamente. Essa pré-compreensão inicialmente difusa, torna-se mais precisa na medida em que , sob sua orientação, a norma e o estado de coisas se constituem ou concretizam reciprocamente. A pré-compreensão do juiz é determinada através dos topoi de um contexto ético tradicional. A racionalidade seria medida pelos “standards” que ainda não se coagularam em normas. (HABERMAS, 1997, p. 247)

**Realismo**, em uma crítica àquele modelo: o que para uma pessoa vale como topoi comprovado historicamente é, para outra pessoa, pura ideologia ou preconceito. Nos

processos de seleção da prática de decisão judicial, aparecem determinantes extra-jurídicos, como interesses, processo de socialização, pertença a camadas, enfoques políticos, estrutura da personalidade dos juízes, tradições ideológicas, constelações de poder, fatores de dentro e de fora do sistema jurídico. A lógica própria do direito desaparece. Na visão do realismo legal, da Escola do direito livre e da jurisprudência de interesses, não é possível fazer uma distinção clara entre direito e política, lançando mão de características estruturais. Passa a não fazer sentido o fundamento do Direito na produção jurídica do passado. A escola do direito livre e jurisprudência dos interesses, de acordo com Habermas, inclina, como solução, as decisões para o futuro, inspirando-se em orientações axiológicas tidas como racionais, orientado aos fins, fundamentados utilitaristicamente de acordo com o bem estar econômico. Para Habermas, *“os realistas não conseguem explicar como é possível combinar a capacidade funcional do sistema jurídico com a consciência dos especialistas participantes, a qual é radicalmente cética em termos de direito”*. (HABERMAS, 1997, p. 248)

**Positivismo jurídico:** aqui se pretende fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimação da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas. Busca, na construção sistemática de sistema de regras, tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, sublinham o fechamento e autonomia de um sistema de direitos opaco em relação princípios não jurídicos. A legitimação transportada para o início, regra fundamental, assimilada fatidicamente a uma forma de vida histórica, ao costume. Resulta em que o Direito vigente não sendo suficiente, o juiz preencherá o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente, não cobertos pela autoridade do direito. RAZÃO ou MORAL são, de certa forma, subordinadas à história.

**Assim, o problema hermenêutico fundamental se converte em como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis**

Habermas passa a expor, em sua obra já citada, a teoria de DWORKIN. No momento da prática da decisão judicial para satisfazer simultaneamente ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade, DWORKIN a entrega a uma teoria pretensiosa, à juízes de carne e osso, aquém da figura ideal de um Hércules. (HABERMAS, 1997, p. 250).

Na teoria do discurso jurídico proposta por Habermas teremos as objeções feitas ao sentido e viabilidade de uma teoria do direito ideal, proporcionando a melhor interpretação judicial, fundada na premissa de um único autor, o Juiz. Habermas conduz sua análise para chegar, com Aulis AARNIO Robert ALEXY e Klaus GÜNTHER a que:

*“o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais, que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito”.* (HABERMAS, 1997, p. 287)

*“a correção das decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo.”* (HABERMAS, 1997, p. 287)

### **Onde encontraríamos o limite na proposta hermenêutica habermasiana ?**

Como vimos, também a abordagem de HABERMAS está permeada pela questão da oposição entre valores e da busca de um equilíbrio. Onde recairia a limitação referida neste estudo, dentro do contexto da teoria da ação comunicativa? Entendemos que justamente nas mesmas condições comunicativas, nas regras gerais do discurso e nas regras na argumentação jurídica. A forma de chegar-se ao equilíbrio, ocorreria ainda na limitação da interpretação jurídica. O conteúdo findaria preenchido pela ação comunicativa. Entendemos que, por sintonizada que seja a solução com o consenso obtido nesse processo, ela ainda é um limite, estabelecido em um ponto de equilíbrio entre a adstrição ao costume e valores historicamente determinados e a projeção idealizada de uma solução justa para o futuro.

## **5.2 ECO**

Analizamos o autor Umberto Eco em “A obra aberta”, de 1989, em que expõe as potencialidades da semiótica e “Interpretação e Super interpretação”, de 1993, onde tratará dos limites dessa mesma semiótica. Esta última obra constitui-se em um debate do autor com Richard RORTY, Jonathan CULLER e Christine BROOKE-ROSE.

As conclusões de Eco são no sentido de que, da potencialidade ilimitada da semiótica, não há que se derivar a ilimitação na interpretação do texto, que em um extremo, passaria a significar qualquer coisa, gerando interpretações ruins.

A interpretação vai ocorrer em um momento histórico que a condiciona e entre a “*intentio auctoris*” (inatingível) e “*intentio lectoris*” (ilimitada), Eco forja a “*intentio operis*” (intenção do texto) esta, forçosamente ocupando uma posição intermediária. Evidente, portanto a idéia de limite como compromisso entre extremos, que buscamos enfatizar neste estudo.

A concepção de ECO do leitor-modelo ou leitor médio, é muito similar à encontrável nas construções do Direito, no campo da culpa e da exclusão de culpabilidade, por exemplo, com os conceitos que buscam definir o “cidadão médio”, e a interpretação ou entendimento que a este seriam razoáveis, com o fito de se poder atribuir responsabilidade ao cidadão real e concreto.

É dizer, o intérprete, gozando de autonomia relativa, não pode ignorar a alteridade na atividade da interpretação. Interpretação sendo um processo dialógico, supõe um grau de aceitabilidade da interpretação. O limite pré-falado estaria então no entendimento médio, na forma como vem sendo exposto neste estudo, compromisso entre a adstrição (inatingível) a um sentido objetivo único e a liberdade total de sentido, que levaria a sentido algum.

Em termos do problema do limite, poderíamos ainda recuperar um aspecto interessante na obra de Eco: a exposição da outra face do mito de Hermes. Já que, na hermenêutica, enfatizamos o aspecto revelação, tradução. Na origem mítica da Hermenêutica, a expressão comunicativa que permite, ao humano, a apreensão do divino.

Mas o mesmo mito implica a existência do lado obscuro, oculto, não revelado e origem da revelação. Se Hermes é o tradutor do desconhecido para o conhecido, é razoável que inspire também a tradição hermética no sentido da divisa alquímica “*Obscurum per obscurius et ignotum per ignotius*”.

Eco se dedica à explicar a tradição hermética na obra “Interpretação e Super interpretação”, com fins de evidenciar a compulsão humana pelo oculto, em uma compulsão a tornar obscuro o que seria naturalmente claro. Faz considerações sobre a tradição hermética paralela em oposição ao racionalismo. Hermes em outro sentido que não o da Hermenêutica.

O autor parte da distinção do racionalismo grego entre gnose (conhecimento das coisas) e doxa (opinião ou percepção sobre as coisas). A tradição hermética busca a possibilidade de uma verdade absoluta, a possibilidade da revelação direta, para desmistificar essa tradição e a busca artificial de ocultar, por signos e códigos, o que naturalmente resultaria claro.

Temos a considerar, entretanto, aqui já nos despedindo da obra de Eco, uma tal tradição hermética, tão duradoura quanto a tradição hermenêutica, diante da crise paradigmática da pós-modernidade. É uma tradição que, neste contexto, há que ser valorizada na busca de uma integração dos saberes. Razoável buscar na simbologia, da literatura, da poesia, a integração do imponderável, do não racionalizável, mas também conformador da cultura humana e que sempre encontrou função e manifestação no espaço social.

Poderíamos reconhecer alguma legitimidade à pretensão do ocultamento, ou a pretensão da manutenção do oculto, mesmo no campo de uma disciplina construída com ênfase na racionalidade e na lógica como é o caso do Direito?

Para uma abordagem consentânea com o objeto deste estudo: identificamos a presença destes extremos da atividade hermenêutica: se por um lado temos a necessidade do desvelamento (componente humana e realista do mito de Hermes), de outra banda teremos, inevitavelmente, como as duas faces de uma mesma moeda, a necessidade do



ocultamento (componente divina ou mágica, significando sempre um contraponto ao real); trata-se da compulsão pelo obscuro, como afirma Umberto Eco na citada obra.

O equilíbrio hermenêutico poderia estar, precisamente, em oferecer opção intermediária entre dois extremos que na verdade se tocam: o desvelamento total que na tradição hermética constitui uma meta individual, portanto mantida externa ao Direito como disciplina da intersubjetividade; e a determinação total e absoluta, pretensão de um certo racionalismo, positivista, também desmitificável, como a história do pensamento humano, ciclicamente, se encarrega de demonstrar. O racionalismo, na verdade, pode se constituir em uma meta tão mítica quanto o seu oposto, o hermetismo, no sentido acima descrito.

É dizer, vislumbramos no campo da hermenêutica jurídica uma possibilidade de preservação do aspecto hermético, que, no fundo, permeia o desenvolvimento do racionalismo, como seu oposto. Poderia este ser o aspecto mais livre e íntimo, subjetivo, inerente ao sujeito da interpretação, nem sempre apreensível, mas sempre manifestável em termos da intersubjetividade.

Vemos no campo da hermenêutica jurídica as possibilidades de um ponto de equilíbrio ou um meio termo entre a compreensão dogmática e uma racionalidade prática, subjetiva e teleológica que exprima os elementos inapreensíveis àquela compreensão dogmática.

Vemos na dialética da aplicação do Direito, manifestada, no âmbito da atividade jurídica, através do ato da justificação-fundamentação, a possibilidade dessa combinação. A apreensão do Direito como ciência repercute, obviamente, na prática jurídica, tanto no aspecto genético como na questão de sua legitimação como prática social.

A apreensão do fenômeno social dentro da ciência jurídica tem importância na própria legitimação dessa prática. A apreensão racional tem o seu peso no processo de legitimação. O problema que aqui nos colocamos é o da expansão dessa razão e da pretensão de torna-la a única fonte de legitimação e que poderia significar a

simplificação excessiva da complexidade do humano e do social com todas as suas nuances, possibilidades, cambiantes, nunca completamente circunscritíveis ao domínio da racionalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Se nos ativermos ao aspecto estritamente subjetivo da interpretação, a sua amplitude resultaria muito elástica, talvez, infindável, conquanto condicionada pelas possibilidades cognitivas do sujeito intérprete, por sua adstrição ao já experimentado, conhecido ou vivido.

A presença do outro e a necessidade de comunicação determina outro nível de tensão, a necessidade de limite ou de compromisso na esfera da intersubjetividade e da faticidade.

A idéia de limite, como compromisso entre extremos, dependente das circunstâncias em derredor, sempre dinâmico e sempre provisório, pode ser reconhecida em distintas abordagens quer do Direito, quer da Hermenêutica; parecendo-nos, portanto, de utilidade, também na explicação do fenômeno interpretativo no campo jurídico.

## REFERÊNCIAS

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gubenkian, Lisboa, 1989

ECO, Umberto. **Interpretação e super interpretação**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1993.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Ciência Jurídica**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO NETO, L. A. **Fundamentación Ecológica de la Teoria General Del Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1974.

PALMER, E. Richard. **Hermenêutica**. Vozes: Petrópolis, 1981.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 2002

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente – Contra o desperdício da experiência**. Edição Brasileira: 4. ed – São Paulo : Cortez, 2002.