ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O CAMINHO HERMENÊUTICO DO JURISTA NA APLICAÇÃO DAS NORMAS

THE WAYS OF HERMENEUTICS FOR THE JURIST IN THE APPLICATION OF THE NORMS

Luís de Freitas Júnior*

RESUMO: A aplicação das normas, pelo jurista, é uma tarefa complexa que subjaz um intricado processo hermenêutico. A lei enquanto dispositivo é meramente um texto sem maior significado. A partir da interação do aplicador com a regra, com vistas à aplicação desta a um caso concreto, é que se pretenderá construir o seu sentido. O jurista, via de regra, toma a lei apenas como ponto de partida e agrega valores e visões a esse elemento, até que chegue a um resultado final. Toda a tarefa judicante tem essa nuança interpretativa, ainda que inconscientemente, dela não se podendo afastar o operador. Há influência hermenêutica na generalidade das situações. Essa inspiração pode se manifestar na forma de se expor o Direito ou advir das influências do passado do aplicador e ainda na interpretação única que surge a cada concretização da norma. É mister que se entenda que a tarefa jurídica, em todas as suas expressões, é algo imanentemente ligado à interpretação. Logo é preciso verificar as manifestações hermenêuticas no labor jurisdicional. O papel do aplicador do Direito é ter a consciência de todos os passos dados quando está a transformar os dispositivos de lei em norma aplicada. Assim, deve-se estar ciente de todos os processos hermenêuticos que se desenvolvem no intelecto no momento da efetivação do Ordenamento Jurídico. A partir do exercício da interpretação das normas jurídicas se chegará a um grau de maturidade hermenêutica que permita a conformação da regra com a realidade, mas coíba os subjetivismos demasiados, propiciando equilíbrio ao sistema.
Palavras-chave: Aplicação. Norma. Hermenêutica. Consciência. Equilíbrio.

ABSTRACT: The application of the laws by the judge is a complex task that has an underlying intricate hermeneutic process. The law as a provision is merely a text without any major meaning. From the interaction of the applier with the law aiming its usage in a real situation the construction of its meaning will be intended. The judge sees the law only as a starting point and adds values and views to this element until he can reach a final result. All judicial tasks have this interpretative nuance. Even though it's unconscious, the law applier can't vanish from it. There is a hermeneutic influence in the majority of the situations. This inspiration can be manifested in the manner of exposing the Law or its results from the influence of past experiences and also the unique interpretation that emerges at each

* Mestrando em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Integrada do Ceará – FIC. Procurador Federal. Fortaleza – Ceará – Brasil.

actual implementation of the law. It is crucial to understand that the judicial task, in all its varieties, is connected in an inherent way to interpretation. Therefore, it is essential to check this hermeneutic demonstration in the judicial task. The law applier's role is to be conscious about all the steps taken when transforming the written law into applicable law. Thus there must be awareness of all the interpretative processes that are developed in the intellect at the moment of the effectiveness of the judicial laws. Using the interpretation in the judicial laws an interpretative maturity level will be acquired, which will allow the accordance of the rule with reality, avoiding excess of subjectivity and propitiating balance to the system.
Keywords: Application. Law. Hermeneutics. Consciousness. Balance

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende versar sobre o uso dos mecanismos interpretativos, especificamente, pelo aplicador de normas jurídicas.

Em sua execução, apresentar-se-á a insuficiência do uso exclusivo dos textos de lei, como explicação suficiente para a faina forense.

A partir daí, buscar-se-á identificar e explicar as manifestações da hermenêutica, que se fazem mais presentes na atividade jurisdicional.

Nesse ponto, serão lançadas situações práticas que exemplifiquem a utilização dos mecanismos hermenêuticos no labor judicante.

Tentar-se-á, com isso, comprovar a indissociabilidade do fenômeno hermenêutico dentro do processo de aplicação normativa. Bem como, a necessidade do jurista ter a consciência da existência dessas operações a informar o seu trabalho.

Desta feita, demonstrar-se-á que o texto legal, expresso em um dispositivo de lei, não se confunde com a norma propriamente dita, posto que, esta somente se perfectibilizará com a utilização da interpretação.

Verificar-se-á, ainda, que a conclusão da liturgia interpretativa não cessa no intelecto do intérprete, mas dependerá da aplicação da norma ao caso concreto.

Contudo, será inquirido um ponto de equilíbrio entre a liberdade interpretativa do aplicador em contraposição com os anseios de previsibilidade do sistema legal, tudo numa perspectiva de melhor conformar a aplicação da norma à efetividade da atividade jurisdicional.

2 LEI E HERMENÊUTICA

O Direito se vale de procedimentos e regras para a efetivação da paz social.

Nada obstante, a aplicação das normas jurídicas não é uma tarefa realizada a priori. Deveras, um conflito de interesses não é solucionado com a simples justaposição de um dispositivo da lei ao caso concreto. Há uma operação mais complexa que alberga o trabalho do aplicador.

A hermenêutica é a ciência que estuda os caminhos da interpretação. De antemão, tem a função de explicar, clarificar e acessar o conteúdo misterioso de um objeto do conhecimento.

Na faina jurídica há uma imbricação indelével entre a legislação e a hermenêutica. Ambas equivalem-se em importância, como elementos para a formação da norma aplicada ao caso concreto. Eis, portanto, a importância de estudar esses dois fenômenos conjuntamente, no afã de desvendá-los e explicá-los em cada etapa de atuação do Direito.

2.1 PAPEL DA LEI NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

É certo que as regras de Direito encetam referenciais para a regulação dos conflitos e para o estabelecimento do dever-ser. Nada obstante, na práxis jurídica, a leitura da lei e sua colagem, não é suficiente para explicar a tarefa judicante.

O Ordenamento Jurídico, tal como está posto pelo legislador, é visto apenas como um parâmetro inicial para o jurista. Nesse núcleo, o jurista o tomará como supedâneo para dar o primeiro passo e para ter a ciência do que está vedado pelo sistema.

Em todas as manifestações jurídicas é possível se observar a hermenêutica se manifestando, v.g., o procedimento do Tribunal do júri; a aplicação das regras e princípios; a ponderação entre regras conflitantes; a interpretação social de dispositivos legais. Nessas situações é patente a diferença de resultados quando a hermenêutica é devidamente utilizada.

Por conseguinte, o conhecimento da legislação não é tido como uma indicação suficiente e final da resposta para as contendas da realidade. Ao contrário, a leitura da lei é apenas um primeiro passo para uma tarefa que demandará a utilização de uma série outros equipamentos até a resolução final dos casos. Nesse norte orienta Friedrich Müller (2005, p. 38):

> O teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a "ponta do iceberg". Por um lado, o teor literal serve via de regra à formu-

lação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado, a normatividade pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralingüísticos de tipo estatal-social.

2.2 IMPORTÂNCIA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NA APLICAÇÃO DA NORMA

A hermenêutica jurídica trata-se de um procedimento complexo que exige do profissional mais que conhecimentos jurídicos, porquanto demanda uma técnica de interpretação dos postulados.

O caminho seguido pelo intérprete da norma, desde a sua leitura até a sua aplicação, leva a uma aglutinação de elementos linguísticos que dará nova feição ao mandamento.

A aplicação do Direito à situação fática é produto direto do processo de interpretação levado a cabo pelo jurista. Nessa perspectiva, o operador irá condensar a regra com seus valores pessoais e éticas sociais, que produzirá, muitas vezes, um resultado diverso do que a redação primária indica.

São as influências do passado do intérprete, tais como suas experiências pessoais, seus traumas, sua personalidade, suas ideologias e a influência do meio cultural, social e econômico em que vive que acompanhará cada leitura de um dispositivo de lei e influenciará a imagem criada por ele.

A partir da constatação de que a interpretação é um antecedente lógico e ontológico da aplicação das normas, não se pretende incentivar ou reprimir esse fenômeno, mas se precisa compreendê-lo.

Destarte, se a exegese de uma norma e a consequente agregação de sentido à sua indicação primária é uma etapa intransponível do processo, deve-se ter a noção de como ela ocorre, quais são os instrumentos manejados e as suas formas de manifestação.

Essa dissecação do que efetivamente acontece, faz-se mister para se ter a consciência dos fenômenos que antecedem à aplicação normativa. Assim os próprios destinatários das normas conhecerão o caminho que o jurista irá seguir na condução da norma até a sua aplicação.

O estudo desses mecanismos é facilitado pela hermenêutica jurídica, que explicita as técnicas de interpretação de textos, as influências históricas no sentido de um escrito; a influência das pré-compreensões do aplicador, a dialética da formação do conhecimento, dentre outros fenômenos. Tudo isso numa visão direcionada para a ciência do Direito, que é por excelência um mecanismo social projetado para conferir justiça, segurança e previsibilidade às relações comunitárias.

Nesse caminho, será possível sair do ocaso e conferir à coletividade uma visão clara do fenômeno da aplicação das leis. Sendo isso necessário para distinguir quando um juízo de equidade não é o mesmo que o arbítrio judicial e quando a busca do justo não pode ser usada como panacéia para descumprir os mandamentos mais substanciais do sistema.

3 INTRODUÇÃO À HERMENÊUTICA

A busca pelo verdadeiro sentido da linguagem sempre dominou o exercício da literatura. Trata-se da busca pelos efeitos que um escrito pode surtir num meio social. Haja vista que, nos meandros da história, o domínio da linguagem está diretamente relacionado com a manutenção do poder.

Nesse diapasão, exsurge a hermenêutica, como mecanismo tendente a uma apreciação apurada do texto e reveladora dos significados ocultos. Seu desiderato é a extração dos elementos implícitos de sua sistematização, para que se forneça o arcabouço necessário à compreensão pelo intérprete. Nesse norte orienta José Ferrater Mora (1993, p. 333), em seu Dicionário de filosofia:

> A hermenêutica é o exame das condições em que acontece a compreensão. A hermenêutica considera, portanto, as relações e não o objeto, como é o caso de um texto. Como esta relação se manifesta na forma de transmissão da tradição mediante a linguagem, esta última é fundamental, mas não como um objeto a compreender e a interpretar, e sim como um acontecimento cujo sentido cumpre penetrar.

Investigando a etimologia da palavra hermenêutica, há que se fazer uma referência aos vocábulos gregos "hermeneuein" e "hermeneia" que significam, respectivamente, interpretar e interpretação. Sua aplicação inaugural

era afeta às áreas da literatura e da teologia. Asseveram nesse sentido Danilo Marcondes e Hilton Japiarse (1990, p.118) em seu Dicionário de filosofia:

> [...] A hermenêutica é um termo originalmente teológico, designando a metodologia própria para a interpretação da Bíblia. O termo passou depois a designar todo esforço e interpretação científica de um texto difícil que exige uma explicação. Contemporaneamente a hermenêutica constitui uma reflexão filosófica interpretativa ou compreensiva sobre os símbolos e os mitos em geral.

Nos primórdios, a hermenêutica tinha três funções principais, quais sejam, a proclamação em voz alta, a explicação do significado dos textos e a tradução de línguas estrangeiras.

Em seu sentido de linguagem falada, a hermenêutica desempenhava a função de uma performance sobre o objeto. Ora, é cediço que a linguagem escrita é um fenômeno da contemporaneidade, haja vista que adrede imperava a expressão oral. Nesse pórtico a hermenêutica funcionava como uma ferramenta que traria novo sentido ao original a partir da desenvoltura falada do orador.

Na acepção de explicação, a hermenêutica busca a racionalização e a clarificação do texto. Trata-se de um juízo de verdade ou falsidade sobre o objeto de conhecimento, a fim de estudar os processos de formação da compreensão.

A hermenêutica ainda é estudada na sua função de tradução, principalmente ao se levar em conta as diferenças entre os mundos do autor do texto e o dos leitores. Nessa perspectiva, busca-se exprimir a mensagem de maneira mais exata e compreensível que se possa.

3.1 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA NA CONTEMPORANEIDADE

Essa digressão sobre os três usos da hermenêutica que a teologia empregava inicialmente, ganha importância quando empregamo-las na compreensão atual das normas jurídicas.

É cediço o uso da oralidade nas fases de audiência em juízo, de defesa oral nos Tribunais e no rito do Júri. Nessas ocasiões, o aplicador do direito

mostra um esforço de eloquência para cooptar os receptores às suas ideias. Procura-se chamar a atenção dos ouvintes para os pontos principais de suas razões, atribuindo-lhes ênfase.

Nessa ocasião procura-se dar uma entonação especial à voz, condizente a cada emoção que se deseja passar, a fim de emocionar e trazer o interlocutor a aumentar sua convicção no discurso.

Da mesma sorte, a explicação é expediente recorrente na praxe jurídica. Em uma petição processual, a cada dispositivo de lei citado, anotam-se jurisprudências e digressões doutrinárias no afã de esclarecer a ideia principal. Com isso, o intérprete pode estar buscando tornar fácil a compreensão da norma, mas também pode estar trazendo outros argumentos para mudar a interpretação tradicional.

Malgrado a doutrina brasileira conte com notáveis expoentes, é salutar o recurso aos pensadores alienígenas para ventilar as ideias autóctones e trazer as experiências positivas de outras nações. Esse ato, via de regra, demanda a tradução dos textos para a língua pátria. Nesse momento, é mister que se considere a realidade sócio-econômico-cultural do país exportador, a fim de que não se consuma como adequado, um produto jurídico direcionado a realidades diversas da brasileira. O intérprete deve ficar atento para o substrato do país que foi fonte da obra para ter a ciência da proporção de aplicabilidade das construções deste, no Brasil.

4 EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA

A compreensão atual do fenômeno da interpretação no comportamento do jurista demanda um breve escorço sobre o pensamento dos estudiosos do assunto, no decorrer do tempo.

Foi a partir do século XVII, com os entraves ideológicos entre protestantes e católicos pela interpretação da Bíblia, que surgiu o conceito de hermenêutica. Entrementes, atribui-se a Schleiermacher, no século XIX, a formulação da hermenêutica moderna, porquanto poderia ser aplicada a qualquer ciência. Sua fórmula consistia em empregar o método científico nas interpretações. Com isso conseguiria conferir mais objetividade ao resultado final.

Posteriormente a hermenêutica recebeu notável contribuição de Dilthey, esse pensador passou a empregá-la nas Ciências do Espírito. Conforme sua teoria hermenêutica, deveria predominar o método da compreensão

situado dentro da história, em substituição ao método da explicação, que é mais cônsono com o estudo das ciências da natureza.

Com Heidegger, a hermenêutica tinha um modo de interpretação independente do subjetivismo do observador, pois a compreensão era considerada uma existência por si própria, como o modo de ser do Dasein (do ser-aí).

A partir de Gadamer aconteceu um giro hermenêutico nessa seara do conhecimento, caracterizando o buzilis da hermenêutica filosófica. Nessa fase, entende-se que a realidade se desvenda para o observador a partir de seu horizonte histórico. Assim, o intérprete olha os fenômenos, influenciado por seus preconceitos e pelo seu passado. Logo, o objetivismo, com o uso do método científico clássico, não era suficiente para explicar a compreensão.

Desafiando essa última teoria, Habermans critica-lhe o subjetivismo e o servilismo à tradição. Sugere que esses elementos podem dar lugar a preconceitos ilegítimos que venham a se tornar obstáculos epistemológicos à boa interpretação. Gadamer, todavia, explica que o relativismo pode ser inspecionado e que há um comportamento reflexivo diante da tradição.

A hermenêutica, entretanto, desprendeu-se de seu campo de incidência inaugural para abarcar outras searas de conhecimento. Esse progresso foi diretamente influenciado pela disseminação das ideias e divisão dos vários ramos das ciências.

Com a utilização da hermenêutica em outros espectros, sua função inaugural também foi se ampliando a fim de gerar técnicas hábeis a generalidade das searas investigadas.

5 APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA NO DIREITO

A hermenêutica lança suas ideias para o auxílio dos mais variados ramos do conhecimento, auxiliando os teóricos na interpretação dos seus textos. Sua função é trazer as estruturas fundamentais da compreensão para auxiliar o intérprete na tarefa de assimilação das ideias.

Com a ciência do Direito não poderia ser diferente. Esses mecanismos podem ser perfeitamente transplantados para a interpretação dos textos jurídicos, conservando a mesma efetividade.

Passemos a investigar algumas situações jurídicas em que são empre-

gadas as técnicas da hermenêutica filosófica, pensadas por Gadamer, quais sejam, as ideias de horizonte histórico, círculo hermenêutico e mediação.

6 AS SITUAÇÕES HISTÓRICAS E EXPERIÊNCIAS PASSADAS COMO CONDICIONANTES DA VISÃO JUDICIAL

O aplicador do direito não é um ser hermético. Não há, assim, uma redoma que separe esse profissional do mundo que o circunde. Logo, a realidade que supedaneia cada pessoa é decisiva para a interpretação que se tem sobre algo.

Existem, portanto, influências que orientam e condicionam a compreensão do homem sobre os objetos. Essas externalidades são decisivas para a espécie de tradução gerada por cada expectador.

Importante frisar nesse sentido a relevância exercida pelo momento histórico vivido por cada intérprete. Trata-se do posicionamento do observante no tempo, com todas as características evolutivas e ideológicas de cada época.

O homem é, em muito, influenciado por suas experiências pessoais. A investigação do passado do indivíduo com todas as suas vivências moldam decisivamente a estrutura de suas ideias.

Da mesma sorte acontece com as transformações que estão a ocorrer em seu derredor. As mudanças que se passam no tempo presente são condicionantes essenciais para que o intérprete enfrente cada novo conhecimento que se aproxime.

A hermenêutica não passou despercebida desse fenômeno; e a partir dos estudos de Gadamer concluiu-se que para se compreender a interpretação do homem sobre a coisa há que se perquirir o seu horizonte histórico.

Trata-se, esse elemento, da situação histórica de onde cada indivíduo vê o mundo. A partir desse degrau poderá dar diferentes conotações de sentido às coisas. Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 27) bem sintetiza este conceito:

> [...] toda a compreensão é historicamente situada, de forma que sua possibilidade de realização se dá apenas no contexto do horizonte daquele que se põe a conhecer.
> O *horizonte* demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua *situação hermenêutica*, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos.

Não é raro que as pessoas enxerguem diversamente o mesmo fenômeno. É como se uma situação idêntica adquirisse matizes diversos a partir das lentes históricas de cada observador. Uma das explicações para isso é o contato do intérprete com os objetos em momentos distintos.

Deveras, o critério de justiça acerca do tipo 'estupro presumido' é diferente se for vislumbrado por homens que viveram em séculos diferentes.

No início do século XX, época do sancionamento do Código Penal, havia uma presunção absoluta de violência acerca daquele que mantinha relações sexuais com uma menor de 14 anos – jovem inexperiente que não sabia dispor do seu próprio corpo.

Em dias hodiernos, essa visão cede espaço a uma relativização da violência que pode ser afastada quando considerados os atributos físicos, a experiência e a condescendência da jovem.

Outro fator da diversidade de impressão sobre o mesmo acontecimento é a diferença de experiências passadas, vividas pelo intérprete, v.g, caso do tipo penal do racismo. Haverá uma tendência de quem já sofreu pessoalmente a discriminação a interpretar o tipo de forma mais sensível, uma vez que ao vislumbrar as palavras da lei que remetem ao preconceito e à humilhação, estas ecoarão de forma viva no seu intelecto. Da mesma sorte, ao verificar a situação concreta ocorrerá no apreciador uma plena compreensão das sensações e identificação com a dor sofrida pela vítima.

Já comparando com o intérprete que nunca sofreu segregação, a empatia provavelmente com o caso não será a mesma, pois não houve a partilha das mesmas vivências no passado.

Esses conceitos pré-estabelecidos que influenciam na interpretação foram também estudados por Heidegger sobre a insígnia de 'pré-compreensão'. Richard Palmer (1986, p. 33 e 35) assim conclui:

> A compreensão que serve de base à interpretação, já molda e condiciona a interpretação, é uma interpretação preliminar, a interpretação que já ocorre no modo como nos voltamos para o objeto...
> O significado tem a ver com o contexto e também está numa relação com as intenções dos ouvintes. Em hermenêutica essa área de compreensão pressuposta é designada por pré-compreensão.

O aplicador do direito deve ser consciente que sua interpretação final não é algo que se possa lhe atribuir com exclusividade. Na verdade, há um amálgama histórico onde as gerações de pensadores e as experiências do mundo se manifestam em suas exposições.

Contudo, há que se adotar uma postura crítica em face desses dínamos históricos, porquanto as ideologias podem ser atrasadas e negativas e os preconceitos, castrantes. Daí cabe ao intérprete assumir uma postura consciente de como age e quais as influências que estão lhe guiando a cada passo.

É imperioso que se distinga qual a consciência coletiva de cada época para interpretar-se consoante um consenso do justo. Mas, principalmente, necessário se faz reconhecer quando as pressões sensacionalistas e as paixões começam a escurecer o discernimento e conduzir a uma interpretação desarrazoada.

7 A DIALÉTICA ENTRE AS PRIMEIRAS COMPREENSÕES E AS NOVAS INFORMAÇÕES NA COMPREENSÃO DO FENÔMENO JURÍDICO

O jurista não concebe o resultado final da interpretação em uma primeira análise. Para que se chegue a uma conclusão, há necessidade de se percorrer um caminhar progressivo de conjugação de visões acerca do objeto e de sua visões de mundo.

Isto é assim porque o conhecimento não se desvenda de uma só vez. Ele vai se mostrando paulatinamente. Há uma dialética de compreensão parcial que vai se somando até se chegar ao resultado final.

Nesse diapasão, a hermenêutica ensina que o observador primeiramente parte das ideias primitivas que tem sobre a coisa para, a partir daí, enxergar as novas informações. Logo, tomando como base o horizonte histórico do observador, este vai moldando o objeto estudado.

A partir daí, há uma simbiose entre as pré-compreensões e as novas informações, que ao final geram uma fusão de horizontes e por decorrência uma interpretação mais aperfeiçoada.

Observe-se que as informações adquiridas posteriormente vão esclarecendo ainda mais a coisa analisada e vai transformando as próprias ideias primitivas do estudioso.

Rodolfo Viana (2001, p. 35) explica-nos esse fenômeno:

> Sendo assim, o círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.

A aplicação prática do fenômeno do círculo hermenêutico na seara jurídica se verifica na interação entre princípios e regras, haja vista que ambos são normas jurídicas diferençando-se a partir de seus graus de especificação.

Note que o aplicador do direito, ao interpretar a legislação aplicável a um caso concreto, primeiramente analisará esses dispositivos desconhecidos com base em ideias iniciais, baseadas em princípios e de noções gerais.

Logo, prefacialmente ocorrerá uma abordagem intelectiva do significado do princípio e todas as suas ponderações genéricas. À medida que toma contato com as prescrições legais, compreendê-las-á com base naqueles primeiros conceitos. A partir daí investigará a legislação com toda uma pré-compreensão, em vias de um entendimento mais aperfeiçoado.

Acontece que os próprios princípios gerais já passarão a ser influenciados pelas novas ideias advindas da leitura da legislação. No final se chegará a um aprimoramento das noções gerais, que restarão bem mais supedaneadas, devido às novas informações angariadas no círculo hermenêutico.

De outro ângulo, o término do círculo também propiciará um novo entendimento da legislação aplicável ao caso, haja vista a influencia das lentes principiológicas na contemplação legislativa.

Dessa forma, num novo processo investigativo de leis, o intérprete já partirá com um subsídio básico mais robustecido que na ocasião anterior.

8 A MUDANÇA DE CONTORNOS DOS INSTITUTOS JURÍDICOS QUANDO MEDIADOS POR DIFERENTES PARADIGMAS

É preciso ponderar que o contato do intérprete com o objeto do conhecimento não é feito de forma direta. Assim, não há uma imediatidade na relação entre esses dois elementos. Haverá, para Gadamer, sempre um

conteúdo intermediador, que conferirá contornos e matizes que não fazem parte da estrutura principal da coisa perscrutada.

Vejamos o instituto da propriedade. Fomos acostumados a interpretá-la a partir da mediação das ideias da Revolução Francesa. Essa ideologia pregava o liberalismo e a não ingerência do Estado.

Partindo desse pressuposto, a concepção clássica de propriedade partia da premissa que era um valor absoluto e que o Estado não podia intervir para gerar justiça social.

Com a mudança de paradigmas da pós-modernidade, passou-se a sublimar o vetor do Estado Democrático de Direito, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Esses novos mediadores quando aplicados à interpretação do domínio geraram uma outra visão, qual seja a função social da propriedade. Nessa perspectiva, houve a relativização da propriedade, a punição do abuso desse direito e um sistema de desestímulos a terra improdutiva.

Ressalte-se que o instituto em si, qual seja, a propriedade, em nada mudou, porquanto continua sendo o poder de usar, gozar e dispor sobre um bem da vida. Inobstante, ao passo que se transplantarmos o mediador do foco dos ideais de 1789 e partirmos para os vetores democráticos, o produto da interpretação se metamorfoseia.

Nesse espectro, constatamos que as coisas que estão sob nossa interpretação, podem mudar diametralmente de significado, à medida que os mediadores forem modificados.

9 A INTERPRETAÇÃO COMO MOMENTO DE TRANSMUDAÇÃO DO TEXTO EM NORMA

A norma não se confunde com texto. Ela não é somente aquilo que está escrito na lei. O texto trata-se apenas de um dispositivo. Assim, norma é o sentido que vai se conferir ao conjunto de textos normativos, ou seja, é o significado extraído da sistematização dos dispositivos.

As regras jurídicas passam a ter a função muito mais de referencial que propriamente de razão última e final sobre o entendimento da situação. As normas, assim, serão criadas com a liberdade e equidade judicial. Ensina Humberto Ávila (2003, p. 24):

> [...] É preciso substituir a convicção de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas convicções, às circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o Ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Humberto Ávila exemplifica com a regra de proibições de liminares contra a Fazenda Pública, colocando em contraponto a situação em que é necessário que se condene, *initio litis,* a Administração, a fornecer remédios a um paciente terminal, tendo em vista o direito à vida e à saúde, assegurados na CF. *Op. Cit.* (2003, p. 45).

Trata-se de situação em que há textos de lei que apresentam conflitos aparentes e que haverá que se criar a norma, lastreada na interpretação sistemática dos dispositivos.

Dessa forma a interpretação não descreve o sentido, no entanto ela os constrói à medida que os aplica à realidade concreta.

10 A APLICAÇÃO COMO MOMENTO CULMINANTE DA INTERPRETAÇÃO

A tarefa da interpretação não consiste em simplesmente decodificar signos ou textos. A sua missão só estará completa no momento da aplicação do conhecimento à realidade. Por conseguinte, a simples exegese do objeto do conhecimento não cumpre o desiderato da hermenêutica. Há a necessidade de aplicação do produto ao caso concreto, para, com isso, se extrair todo o conteúdo interpretativo.

Com o operador do direito acontece o mesmo, não bastam os processos intelectivos e subjetivos de exegese da regra. A interpretação só fecha seu ciclo com a construção repetida de decisões. Assim, a norma vai extraindo a sua significação a partir da continuidade de aplicações que vai sendo dada. Lenio Luiz Streck (2006, p. 312) arremata:

> A interpretação do direito é um ato de 'integração', cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte e a

> parte só se adquire pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto), se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica[...]. Exatamente por superar o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos, e por superar os modelos procedimentais, é que a hermenêutica trata da realização concreta do direito, isto é, não há mais só textos; há normas, e nelas, está contida a normatividade que abrange a realização concreta. É o caso concreto que será o lócus desse acontecer do sentido.

A aplicação do direito não é somente um dado acessório na faina judicante. Antes é o momento de manifestação maior dessa ciência. Destarte, o sentido da lei não é aquele previsto pelo legislador, nem o ditado pelo doutrinador, mas é o cristalizado no caso concreto, pelas decisões do aplicador.

Nas palavras de José Lamego (1990, p. 218): "A interpretação não se cinge à determinação do conteúdo semântico do enunciado normativo. A busca da norma aplicável é um passo inicial e fundamental do processo de concretização".

Não se interpreta a lei em geral, mas deve-se interpretá-la para cada caso concreto. Há uma construção sucessiva de sentido a cada aplicação que se dá à lei. Na verdade, o intérprete vai compreender a norma tomando por base o problema sugerido pela realidade.

Senão vejamos, a lei de improbidade administrativa foi uma conquista moralizadora para nosso Ordenamento. Dentre seus dispositivos, prevê a punição para contratação para o serviço público sem o respectivo concurso. Nada obstante, casos existem em que não seria crível condenar o administrador por improbidade e cominar-lhe todas as penalidades decorrentes (inelegibilidade, perda de bens e do mandato, restituição ao patrimônio público). É o caso do gestor que admite um único servidor para serviço, v.g, de advogado do município, por um curto período de tempo, sem a realização do certame. Nessa situação, ainda que a lei exija a seleção prévia, se não houve prejuízo ao município, há de ser razoável um temperamento da regra e a interpretação no caso concreto de uma norma mais condizente com a justiça, por exemplo, uma recomendação do Ministério Público para a demissão do servidor.

Nessa hipótese, ficam pinçadas as várias ponderações que o aplicador concebe à regra, no momento da aplicação, criando novas interpretações para as regras no mundo fático.

Entende-se, ainda, que a interpretação de uma norma jurídica será obje-

to de constantes reapreciações. Desta feita, a cada decisão tomada, tendo determinada regra como base, haverá uma nova implementação de significado.

A importância dessa dinâmica é que a interpretação da lei estará sempre sendo atualizada. Esse fator ganha maior relevância quando cientes do prejuízo institucional que seria o engessamento do sentido da norma frente às mudanças impostas pelo tempo. Destarte, a lei não deve se desprender da história.

11 A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA SUBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA

Não é o correto afirmar que não há nenhum sentido antes da aplicação da norma e que o hermeneuta estaria integralmente livre na aplicação de sua subjetividade, impressões pessoais e experiências passadas.

É cediço que deve haver uma objetividade mínima a cingir a liberdade criativa do juiz. Há um conteúdo prévio de significado no texto, decorrente da própria linguagem e do contexto histórico em que se vive. Daí se afirmar que a construção do significado sempre parte de um substrato preliminar de sentido, que dá certo limite à sua inventividade. Corroborando esse entendimento, destaca Friedrich Müller (2005, p. 52):

> O postulado da objetividade jurídica não pode ser formulado no sentido de um conceito ideal "absoluto"; pode, no entanto, ser perfeitamente formulado como postulado de uma racionalidade verificável da aplicação do direito, suscetível de discussão e como postulado de sua adequação material no sentido da *caracterização material* de prescrições jurídicas e da inclusão dos elementos materiais de normatividade na concretização.

A conformação da norma com a realidade é salutar e desejável, mas não se concebem os excessos. É preciso coroar o Ordenamento com um mínimo de previsibilidade e segurança contra os arbítrios jurisdicionais. Ademais a adequação ao caso concreto valerá quando se prestigiar os anseios de justiça, mas jamais quando se pretender usurpar a função legislativa.

Ademais, deve-se evitar a chamada inflação interpretativa, onde o hermeneuta excede-se na extração de sentido da regra, a ponto de desvirtuá-las, e

querer vulgarizar essa prática, para os casos além do estritamente necessário.

Desta feita, sempre haverá um pensamento predominante num contexto histórico que vinculará a interpretação subjetiva, procurando dar um pouco mais de objetividade à glosa. E esse bom senso é o que se deve buscar.

Logo, o engenho do juiz, ao interpretar, será a conciliação das experiências passadas, do seu bom senso e da visualização do caso concreto, sem romper com o contexto presente e tendo a consciência dos efeitos de sua hermenêutica na realidade subjacente.

12 CONCLUSÃO

A maiêutica de uma proposição jurídica é um momento de transformação da realidade e de influências no contexto social. Esse fenômeno não pode ser tratado ingenuamente, antes devem ser investigados os fatores que influenciam essa manifestação.

Deveras, a prolação final de uma sentença, um parecer jurídico-administrativo ou uma defesa judicial encerram um fenômeno complexo, imbricado por um procedimento hermenêutico que merece investigação amiúde.

O aplicador do direito, assim, tomará um dispositivo jurídico apenas como ponto de partida para a superação dos conflitos de interesses; e nesse rito aliará a seus conhecimentos técnicos as regras da hermenêutica para se chegar a um clímax interpretativo da concretização da norma.

Seria ingênuo, quiçá impossível, vislumbrar um ambiente de labor jurídico onde não vicejasse a interpretação, como dínamo propulsor da aplicação da norma. Nesses termos, mister que os aplicadores do direito tenham a consciência de sua ingerência interpretativa, máxime, que dominem o uso de tais engrenagens.

O *buzilis* da questão tem sido o encontro do ponto de harmonia entre a liberdade interpretativa e um objetivismo mínimo que se pretende de um sistema jurídico. Certeza mesmo, só a que não podemos abdicar das benemerências da interpretação no quotidiano jurisdicional.

Há, indeclinavelmente, um desafio conciliatório configurado pelos desvios nas regras causados pelos excessos na exegese. Esse sintoma, só o bom senso e a prática contínua da interpretação poderá amadurecer. Inobstante, para que se alcance esse desiderato, é imperioso que se intensifiquem os estudos da hermenêutica jurídica, que os aplicadores tenham a responsabilidade no seu

manejo e que a sociedade exerça o controle-cidadão das atividades jurídicas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 3. ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

COUTINHO, Jacinto de Miranda; LIMA, Martônio, Mont'alverne Barreto. **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos.** Rio de Janeiro: Renvoar, 2006.

JAPIARSE, Hilton; MARCONDES Danilo. **Dicionário de filosofia.** Rio de Janeiro: José Zahar editor, 1990.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência.** Lisboa: Fragmentos, 1990.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. 70. ed. Lisboa: [s.e]. 1986.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Belo horizonte: Del Rey, 2001.

Correspondência | Correspondence:

Luís de Freitas Júnior
Advocacia Geral da União, Av. Heráclito Graça, 273, Centro, CEP 60.140-061. Fortaleza, CE, Brasil.
Fone: (85) 3452-1201.
Email: luixfreitas@bol.com.br

Recebido: 20/03/2010.
Aprovado: 30/05/2010.