

A LIBERDADE CRIATIVA NA INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CREATIVE LIBERTY IN THE INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Nilsiton Aragão**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a liberdade criativa na interpretação dos direitos fundamentais. O estudo do tema reflete a preocupação com a atividade dos magistrados, pois ressalta uma realidade que, embora indiscutível, não vem recebendo a atenção necessária dos estudiosos. Trata-se de um estudo qualitativo, cuja metodologia efetiva-se por meio de pesquisa bibliográfica e doutrinária, estabelecendo um diálogo entre a teoria dos direitos fundamentais e a hermenêutica jurídica. O trabalho permitiu concluir que os julgadores participam do processo de criação da norma do caso concreto demonstrando um inequívoco poder criativo, que é potencializado quando se trata de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica; Direitos fundamentais; Busca do sentido da norma; Poder criativo do intérprete.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the creative freedom in the interpretation of fundamental rights. The study of the issue reflects the concern with the activity of judges, because it stands out a reality that, while undeniable, is not receiving the necessary attention of scholars of the subject. This is a qualitative study, whose methodology is executed by means of literature and doctrine, establishing a dialogue between the theory of fundamental rights and legal hermeneutics. The study revealed that the judges participating in the process of creating the rule of the case, this creative power which is compounded when dealing with fundamental rights.

Keyword: Legal hermeneutics; Fundamental rights; Search for the meaning of the standard; Creative power of the interpreter.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Correspondência para/ *Correspondence to:* Av. Washington Soares, 525, apto. 702, Edson Queiroz, 60811-341, Fortaleza-CE, Brasil. E-mail: nilsiton_aragao@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o grau de interferência do julgador no procedimento de aplicação da norma jurídica, em especial em relação àquelas que expressam direitos fundamentais. O assunto comporta grandes controvérsias jurídicas que remontam aos mais basilares preceitos da hermenêutica jurídica, refletindo, hoje, um dos aspectos de maior relevância na formação e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Embora o tema sempre tenha encontrado lugar na pauta dos principais debates jurídicos, ganhou nova tônica no contexto mundial contemporâneo, especialmente a partir da segunda metade do século XX, momento em que a efetivação dos direitos fundamentais revelou-se como medida indispensável à consecução dos objetivos centrais do Estado no cenário de reconstrução da ordem internacional. Contudo, a estrutura normativa desses direitos não permite a subsistência das concepções juspositivistas de aplicação da norma jurídica como mera expressão silogística, impondo uma atuação mais incisiva do intérprete.

Assim, a atualidade e a relevância prática e teórica do assunto já fundamentam, demasiadamente, a escolha do tema para a construção de um estudo científico. Nesse cenário de extremos embates doutrinários, pretende-se analisar a liberdade criativa do julgador na interpretação dos direitos fundamentais, realidade corrente nos tribunais pátrios, mas que, por imposições de concepções conservadoras herdadas de um positivismo extremado, não é claramente enfrentada pela doutrina e pela jurisprudência.

No desenvolvimento do presente trabalho, será inicialmente abordado o objeto da interpretação com a distinção entre norma e enunciado normativo e a análise da polissemia dos textos pelos quais se expressam esses últimos. Após, será rapidamente abordada a evolução da hermenêutica jurídica na busca do sentido da norma, com ênfase nas concepções da interpretação como revelação do sentido correto e como escolha de um dos sentidos adequados. Com base nesses elementos preliminares, passar-se-á a estudar o poder criativo do intérprete, avaliando a necessidade e os limites da criatividade jurisdicional na aplicação da norma jurídica. Por fim, será analisado o poder criativo do intérprete especificamente quanto aos direitos fundamentais, observando como as especificidades dos enunciados normativos desses direitos dão ensejo à ampliação da criatividade jurisdicional.

Como visto, o presente trabalho destina-se a fazer incidir as novas concepções teóricas sobre os direitos fundamentais na análise da hermenêutica jurídica, no intento de se demonstrar que resta completamente superada a noção objetiva de aplicação da norma, reconhecendo que o julgador participa ativamente do processo de criação da norma do caso concreto.

O OBJETO DA INTERPRETAÇÃO

Antes de adentrar na análise da interpretação dos direitos fundamentais, urge definir de maneira clara o que é o objeto a ser interpretado e como ele se comporta; portanto, inicialmente, deve-se fazer uma diferenciação de norma e enunciado normativo e analisar a polissemia dos textos pelos quais esses últimos se expressam.

Norma e enunciado normativo

Uma questão preliminar que necessita se superar é a distinção entre norma e enunciado normativo. Trata-se de uma confusão bastante comum, principalmente em países que têm sua base jurídica firmada no *civil law*, sistema em que se privilegia a norma escrita.

Para bem compreender a distinção entre norma e enunciado, é necessário relembrar rapidamente o procedimento de criação da norma positiva pelo legislador e o procedimento de aplicação da norma pelo julgador. Ambos vão apreciar os fatos e os valores referentes ao contexto fático em análise, porém não de forma idêntica. O legislador avalia tais elementos de maneira abstrata e prévia, extraindo uma norma geral e expressando-a por meio de um enunciado normativo. O julgador contempla tais elementos de maneira concreta, extraindo do enunciado normativo, elaborado pelo legislador, a norma específica para o caso.

Dessa análise percebe-se que o enunciado normativo não se confunde nem com a norma geral encontrada pelo legislador nem com a norma específica, fruto da atuação do julgador. Por um lado, um enunciado deontico (dever-ser) abstratamente definido pode ser positivado das mais variadas formas, cabendo ao legislador elaborar o texto que exprima a conclusão a que se chegou da valoração de uma conduta. Por outro lado, de uma mesma disposição normativa, o jurista pode extrair as mais variadas normas em razão da multiplicidade de sentido que as palavras possuem, competindo-lhe escolher o sentido que melhor atenda à valoração da conduta específica¹.

Logo, norma e texto não se confundem. Em verdade, devem se aproximar o máximo possível, pois o enunciado normativo é a ponte que comunica legislador e julgador, de modo que quanto mais preciso o enunciado normativo for, maior será a possibilidade de que haja uma coincidência entre as conclusões de ambos. Porém, não devem nunca ser tidos como idênticos, sob pena de a atividade do

¹ É o que adverte André Rufino do Vale: “Considerando-se que as normas são o resultado da interpretação das disposições (texto), haverá tantas normas de direitos fundamentais quantas interpretações forem possíveis de uma mesma disposição jusfundamental” (VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14).

jugador ser considerada uma operação de simples silogismo, na qual o juiz seria, nas palavras de Montesquieu, a simples “boca da lei” (*la bouche de la loi*)².

Assim, pode-se concluir que *enunciado normativo* é a expressão formal e positiva de uma norma, pela qual se procede à manifestação textual da valoração de fatos jurídicos, fruto da atividade legislativa. A *norma* é o sentido atribuível ao enunciado normativo, corresponde ao conteúdo desse, extraído mediante a interpretação dos termos utilizados em seu texto com base em uma releitura dos fatos e valores que lhe deram origem³.

Essa distinção permite que se entendam questões polêmicas que os cercam. Por um lado, cabe observar que o sentido da norma não está totalmente preso ao enunciado normativo, podendo ser extraído o elemento deontico, mesmo quando expressamente ele não esteja visível⁴. É o caso dos direitos expressos por princípios jurídicos, estrutura normativa que exige a atuação do aplicador para definir o suporte fático da norma de acordo com o caso concreto.

É importante compreender que enunciados normativos e normas são institutos que possuem certa autonomia, de modo que não é correto concluir pela necessária correspondência entre uma norma e um enunciado normativo⁵. Por um lado, pode haver norma sem que haja um enunciado normativo, no caso das normas implícitas, e pode haver enunciado normativo sem que haja norma, como

² Nesse sentido leciona Miguel Reale: “À luz destes ensinamentos, não faltam processualistas imbuídos da convicção de que a sentença se desenvolve como um silogismo. Na realidade, porém, as coisas são bem mais complexas, implicando uma série de atos de caráter lógico e axiológico, a começar pela determinação prévia da norma aplicável à espécie, dentre às várias normas possíveis, o que desde logo exige uma referência preliminar ao elemento fático” (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 301).

³ Em sentido praticamente idêntico são as colocações de Ricardo Guastini (2005, p. 25-26): “Ora: (1) chamo ‘disposição’ qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; (2) chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmento de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim, a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado”.

⁴ Como se extrai da lição de Robert Alexy: “Isso faz com que fique claro que o conceito de norma é, em face do conceito de enunciado normativo, o conceito primário. É recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo. Tal critério pode ser formulado com o auxílio das modalidades deonticas, dentre as quais serão mencionadas, neste passo, apenas as modalidades do dever, da proibição e da permissão” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 54-55).

⁵ É o que observa Humberto Ávila: “O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 30).

na referência à proteção de Deus no preâmbulo da Constituição. Por outro lado, de um único enunciado normativo podem ser extraídas várias normas, como no caso do *caput*, do artigo 5º, da CF/88, e pode existir uma norma fruto de vários enunciados normativos, como na hipótese de um homicídio tentado (art. 121 c/c art. 14, II, do CP).

Por fim, cabe advertir que na literatura jurídica esses termos nem sempre são utilizados da maneira mais técnica, de modo que se convencionou utilizar a palavra “norma” para expressar tanto a norma propriamente dita como o enunciado normativo, cabendo ao leitor definir qual o significado que o autor pretendeu dar ao termo de acordo com o contexto em que foi empregado.

A polissemia do texto dos enunciados normativos

Sabendo que o objeto da interpretação é o enunciado normativo, resta saber como proceder à extração da norma jurídica do texto.

O aspecto basilar da compreensão da complexidade dessa atividade é refletido na multiplicidade de sentidos que as palavras que compõem o texto de um enunciado normativo podem assumir. Tais palavras não possuem um significado único; ao contrário, são polissêmicas, seja quando consideradas nelas mesmas ou no contexto em que se encontram. Esse fenômeno é comum na linguagem, de modo que são raras as palavras que não apresentam alguma multiplicidade significativa, normalmente decorrente de usos figurados, frutos de metáforas, metonímias e analogias, próprios da dinâmica da língua⁶.

É essa polissemia, geradora da multiplicidade significativa de um enunciado normativo, que impõe a necessidade de interpretação do texto para se extrair a norma. Por mais que o legislador tente construir um enunciado normativo com uma linguagem simples e precisa, pautada no máximo rigor científico e com a melhor técnica legislativa, não conseguirá produzir um texto unívoco, em que dele se possa retirar um único sentido, pois a ambiguidade normal das palavras utilizadas inevitavelmente despertará dúvidas e incertezas.

⁶ Como muita clareza salienta Celso Ribeiro Bastos: “Isto porque, como se sabe, as palavras, mesmo em Direito, revestem-se, invariavelmente, de certa imprecisão que surge em alguns casos como uma abstratividade exacerbada, ou de conteúdo plúrimo. Com isto, sua exatidão é abandonada, restando vago seu teor. Prestam-se dessa forma, as palavras, às mais variadas formas de preenchimento. O conteúdo de cada expressão, embora definível, resta indefinido porque vários são os significados que um mesmo termo pode revelar. E a razão disso está principalmente no fato de que os preceitos normativos são sempre abstrações da realidade. Para que a lei cumpra seu propósito de disciplinar um número infundável de situações, faz-se necessário recorrer a um alto nível de generalidade e abstração, o que acarreta, inevitavelmente, a imprecisão terminológica” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 42).

Por essa lógica, em um primeiro momento, deve-se ter em mente que o legislador, ao editar um enunciado normativo, realiza uma valoração de fatos sociais de maneira geral e abstrata, considerando uma multiplicidade de circunstâncias que podem eventualmente vir a ocorrer. Em um segundo momento, elabora um texto normativo, utilizando-se de uma formulação linguística que entende transmitir da maneira mais clara o resultado da interação entre os fatos e os valores por ele observados.

O jurista, ao seu turno, tendo diante de si uma situação fática similar àquela imaginada pelo legislador, porém concreta e específica, buscará naquele enunciado normativo a solução para o caso. Contudo, ao se deparar com o texto não encontrará uma resposta pronta e acabada, uma vez que as palavras e as expressões nele utilizadas possuem mais de um significado. Assim, pela leitura fria e objetiva do texto, o julgador não revelará a solução do litígio posto à sua análise, pois deverá escolher dentre os possíveis sentidos atribuíveis àquele texto o que melhor atenda às exigências do direito.

Desta forma, a identidade entre o sentido original do texto e aqueles que a ele serão atribuídos em momentos posteriores, quando de sua aplicação, é uma ideia utópica. Uma determinada palavra ou expressão pode ter sido escolhida pelo autor do texto para exprimir uma ideia, mas o contexto e o momento histórico em que essa palavra ou expressão é interpretada poderão levar a um sentido diverso. Os sentidos dados pelo legislador e pelo intérprete raramente serão os mesmos, pois, por mais que se aproximem, as experiências próprias de um e de outro levarão a entendimentos diversos, ainda que pontuais.

Retrata bem essa situação um exemplo hipotético comumente citado em aulas de hermenêutica. Trata-se da interpretação do texto de uma placa colocada na entrada de uma praia com o seguinte enunciado: “é proibido o uso de maiô”. Ao se imaginar que essa placa foi escrita na década de 1950, a finalidade de seu autor era a de que os visitantes somente poderiam transitar na praia de roupas. Todavia, se essa placa ficasse perdida por anos e fosse encontrada hoje, e novamente disposta naquela praia, os banhistas naturalmente entenderiam que somente é possível nela transitar de biquíni.

Importa ressaltar que o caráter vago, obscuro e indefinido dos enunciados normativos, ao contrário do que possa parecer, não representa um defeito que necessita ser sanado. Trata-se de uma peculiaridade necessária, uma vez que esse enunciado se dirige a uma gama de situações e não a uma única hipótese específica. De tal modo, por menor que seja o grau de generalidade e abstratividade que esse enunciado normativo possua, é natural a presença de lacunas fáticas e valorativas que somente serão preenchidas quando de sua aplicação ao caso concreto.

Dessa forma, a relação entre o enunciado normativo e a norma jurídica exige a intervenção humana para delimitação do sentido que deve ser considerado. A

atividade humana referida é a interpretação⁷, parte do direito pela qual irão se definir o conteúdo e o alcance do enunciado normativo, determinando seu sentido mediante a escolha de uma entre as muitas possibilidades interpretativas.

A EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NA BUSCA DO SENTIDO DA NORMA

Diante da polissemia do texto dos enunciados normativos, surge a necessidade de se delimitar a forma pela qual o intérprete deverá definir o sentido das palavras e, com isso, indicar qual a norma a ser aplicada a um caso concreto.

A discussão sobre a interpretação e a busca do sentido correto dos textos têm raízes, pelo menos, na antiguidade clássica, em que é possível observar diversas propostas interpretativas, realidade representada, por exemplo, pelos debates sobre a prevalência da interpretação alegórica ou da interpretação histórico-gramatical vivenciados pelas escolas de Alexandria e de Antioquia na Grécia antiga. Todavia, a concepção moderna de hermenêutica somente se desenvolveu no final da Idade Média, tendo por mola propulsora a interpretação da *Bíblia*. Nessa época, a atribuição de sentidos dados à Sagrada Escritura era monopólio da Igreja Católica, ressaltando que nessa função preponderava a interpretação gramatical⁸. Com a contraposição interpretativa realizada pelos protestantes às imposições de sentido dadas pela Igreja Católica aos textos bíblicos, começou a se buscar uma forma mais segura de entender a palavra divina, desenvolvendo-se, então, um estudo sobre a própria interpretação: nasce a hermenêutica⁹.

⁷ Nesse sentido, são indispensáveis os ensinamentos do ilustre jurista Eros Roberto Grau, que diz: “A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas linguísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo. A atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (enunciados, disposições, textos). O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete produz a norma” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70).

⁸ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz observa essa realidade ao comentar a interpretação realizada por Santo Agostinho: “A hermenêutica de Santo Agostinho é dedicada à busca da correta e segura interpretação do conteúdo intelectual existente nas Sagradas Escrituras. É natural, portanto, que ele dê especial atenção ao problema do significado das palavras nelas contidas ressaltando o papel da letra escrita em sua teoria do signo” (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte, 2002. p. 209).

⁹ Nesse sentido leciona Rodolfo Viana Pereira: “Entretanto, deve-se frisar, até o século XVII não havia a formação de uma teoria autônoma que perscrutasse, ainda que em domínios restritos do saber, os caminhos possíveis para se chegar à correta interpretação, fato esse que sustenta a assertiva de Jean Grodin ao afirmar que, até a data em referência, a Hermenêutica não possuía nenhum nome. Pode-se ressaltar que o surgimento do conceito data de tal século quando foi empregado pela primeira vez na Teologia como disciplina autônoma e auxiliar, com a função de descrever as regras para a correta interpretação da Sagrada Escritura, representando um conceito chave no grandioso debate empreendido pelo Protestantismo contra o monopólio interpretativo

Interpretação como revelação do sentido correto

Somente no início do século XVIII, com o advento dos trabalhos do filósofo e teólogo Friedrich Schleiermacher (1768-1834), é que a busca do sentido de textos ascende de interpretações setoriais para o *status* de disciplina que traça as condições gerais de compreensão de qualquer pensamento expresso por meio de palavras. Esse autor começa a desenvolver técnicas interpretativas que, embora se voltassem inicialmente aos textos sagrados, eram extensíveis a outras áreas da expressão humana, como os textos jurídicos, uma vez que possuem natureza semelhante.

Para Schleiermacher, o sentido do texto deveria ser buscado na ideia original do autor. Não se tratava, portanto, da simples compreensão do sentido literal das palavras, mas, sim, da intenção do autor, revelando, assim, uma perspectiva psicológica da interpretação. Para atingir tal fim, esse filósofo propõe duas formas de interpretação que se completam. A primeira é a interpretação gramatical, que se destinaria à análise dos signos linguísticos em que o texto se expressa, cujo sentido seria extraído da própria literalidade do documento interpretado. Ao lado dessa estaria a interpretação técnica, voltada para o sentido atribuído pelo autor, nos limites estabelecidos pela interpretação gramatical. A interpretação técnica se subdividiria em compreensão divinatória e comparativa: a primeira pretende identificar o sentido dado pelo autor pela harmonização entre o seu espírito e o do intérprete, o que lhe permitiria se colocar no lugar do autor; na segunda, o intérprete se debruça sobre vários escritos do autor e sobre diversos elementos gramaticais utilizados por esse, comparando-os e realizando uma análise histórica com o objetivo de desvelar a sua real intenção¹⁰.

A ideia desse filósofo se compatibilizava com os objetivos almejados pelas primeiras escolas de hermenêutica jurídica. Essas, na busca de consolidar a nova ordem que se firmava após a derrocada das monarquias absolutistas, pretendiam dar força à normatização que era instituída, evitando a deturpação da estrutura jurídica proposta por interpretações dos textos legais que buscassem o restabelecimento da conjuntura anterior¹¹. Foi sob essa ótica política e filosófica, na qual se defendia a

da Bíblia postulado e exercido pela Igreja Católica” (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 10).

¹⁰ Glauco Barreira Magalhães Filho comenta essa espécie de interpretação: “Percebemos aqui um intenso psicologismo no método proposto. Isto repercutiu posteriormente no Direito, através da ênfase exagerada dada à *vontade do legislador* como referencial necessário à interpretação correta da lei (*subjetivismo*), ensino praticamente já superado pelo *objetivismo* de caráter evolutivo e sociológico, o qual procura o sentido da norma jurídica na vontade nela objetivada e que acompanha a dinamicidade dos fatos sociais” (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 34).

¹¹ João Baptista Herkenhoff sintetiza em quatro pontos as razões do positivismo legal, acentuando o observado na Escola da Exegese: “a) a legislação sobre a qual se ergueu foi produto da burguesia, classe recentemente chegada ao poder, e coisa de que seu dinheiro explicitava o próprio direito natural; b) a legislação napoleônica vinha de ser editada e, como sempre ocorre, tendem os

separação dos poderes de forma radical, com a preponderância quase absoluta da decisão legislativa, que se desenvolveram o positivismo jurídico e a hermenêutica jurídica clássica.

Nesse contexto, as primeiras escolas hermenêuticas se desenvolvem sobre uma base eminentemente formalista, na qual a interpretação atribuída aos textos normativos deveria expressar a vontade do legislador, que era compreendida como a vontade geral do povo¹². A atividade do intérprete deveria estar limitada às palavras da lei, privilegiando a interpretação gramatical¹³. A Escola de Exegese, que se desenvolveu na França, foi a de maior repercussão, tendo dominado durante todo o século XIX.

Desde o surgimento do Estado liberal, o Legislativo é tido como poder mais democrático e, por isso, o que melhor representa a soberania popular. Essa noção, em maior ou menor grau, de certo modo, fez com que se concebesse uma sobreposição dele em relação aos demais. Na visão clássica, enquanto o Executivo e o Legislativo atuassem no compasso da batuta do legislador, a vontade popular estaria assegurada, de modo que a atividade legislativa era vista como a mais importante das funções estatais¹⁴. Se, entretanto, o Executivo ou o Judiciário, ao aplicar essa

códigos a ser tidos, pela época em que surgem, como obra completa e acabada; c) o racionalismo do século XVIII, que alcançou o século seguinte, gerou o amor da simetria, da construção lógica que, no Direito, encontra sua expressão maior nos códigos; d) a doutrina da irrestrita separação dos poderes (o juiz é o porta-voz da lei – Montesquieu), fruto da desconfiança do homem burguês, tornava intolerável que penetrasse o Judiciário na esfera do Legislativo através de uma interpretação das leis que não fosse rígida, literal” (HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 36-37).

¹² Lenio Luiz Streck faz uma crítica aos juristas que se intimidam diante da atividade interpretativa atribuindo-lhes a “síndrome de Abdula”, com referência ao conto de Ítalo Calvino que diz que “Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez ditava para Abdula, o escrívão. Em determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrívão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra ‘divina’ o que dissera Abdula. Esse fato escandalizou o escrívão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome da Alá” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 240).

¹³ Quanto à limitação do Judiciário leciona Margarida Maria Lacombe Camargo (1999, p. 62): “Crédulos nas inúmeras virtudes daquele corpo sistemático de normas, os componentes da Escola da Exegese propugnam uma atuação restrita do Poder Judiciário através do apego excessivo às palavras da lei. A atividade dos Juizes, na França, então comprometidos com o antigo regime, seria controlada pelo atendimento severo e restrito da lei. Lei feita pelo povo, em cujo conteúdo encontra-se a vontade geral. Na busca do seu significado, privilegia-se, então, o método de interpretação gramatical, bem como a exatidão das palavras interligadas por preposições de acordo com as regras de pontuação e de estrutura de orações. Por intermédio da gramática, encontrar-se-ia a vontade do legislador como a máxima expressão da vontade geral que encarna o poder”.

¹⁴ Jean-Jacques Rousseau reflete bem esse pensamento no seguinte trecho: “O princípio da vida política está na autoridade soberana. O Poder Legislativo é o Coração do Estado; o Poder Executivo é o cérebro que põe em movimento todas as partes. O cérebro pode ser atingido pela paralisia e o indivíduo continuar a viver ainda. O homem torna-se imbecil e vive ainda; mas tão logo o coração deixe de funcionar, o animal perece”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 91).

lei, alterassem a vontade do legislador, sua prática seria considerada ilegítima e passível de controle.

Nessa acepção, o jurista não era um intérprete do enunciado normativo, mas um simples aplicador dele, limitando-se a contemplar o direito em uma atividade meramente declaratória e descritiva. Sob essa perspectiva, o aplicador e a norma ficavam separados pela ilusão da autonomia e suficiência da lei, defendida no discurso jurídico-dogmático próprio do juspositivismo. Essa proposta retratava um verdadeiro fetichismo legal, no qual a lei já tinha um sentido em si mesma, não necessitando da intervenção humana posterior à sua edição para a delimitação de seu sentido na análise de um caso concreto¹⁵.

A hermenêutica jurídica dá um novo passo em sua evolução com as contribuições do alemão Wilhelm Dilthey (1833-1911), estudioso da obra de Schleiermacher, de quem adotou conceitos básicos, mas direcionando a hermenêutica para o âmbito da compreensão histórica¹⁶. Em sua obra *Introdução ao estudo das ciências humanas* (1883), esse autor começa a desenvolver a distinção entre as ciências da natureza e as ciências do espírito, ponto que viria a ser a pilastra mestra de toda a sua teoria. Dilthey afasta a fundamentação metafísica das ciências do espírito, com o objetivo de torná-la empírica, unindo-a com os padrões metodológicos das ciências da natureza, sem, entretanto, confundi-los. Ao passo que nas ciências da natureza a atividade cognitiva é a explicação, hipótese em que o cientista assume a postura de observador, eminentemente passiva, nas ciências do espírito, ao contrário, a atividade cognitiva é a compreensão, situação em que o cientista assume uma postura ativa diante do texto. Assim, poder-se-ia falar em um mundo dado e um mundo construído, sendo esse último limitado pelo primeiro¹⁷.

Como o Direito estaria enquadrado nas ciências do espírito, Dilthey permite que se retire um pouco da carga hermética atribuída à hermenêutica jurídica,

¹⁵ É o que ensina Lenio Luiz Streck: “A este fenômeno podemos denominar de ‘fetichização do discurso jurídico’, é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo *uma-lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’” (STRECK, op. cit., p. 93).

¹⁶ Nesse sentido leciona Rodolfo Viana Pereira: “Desse modo, a grande contribuição de Dilthey foi situar a possibilidade de compreensão, ainda que limitada ao âmbito das Humanidades, dentro da História e não fora dela, divergindo daqueles que achavam ser possível importar os métodos das Ciências Naturais – então considerados *explicativos/descritivos*, portanto *aistóricos* – para a interpretação objetiva dos fenômenos vivenciais, imersos no mundo histórico” (PEREIRA, op. cit., p. 16).

¹⁷ Sobre as contribuições de autor ressalta Christine Oliveira Peter da Silva: “O principal contributo de Dilthey foi alargar o horizonte da hermenêutica, colocando-o no contexto da interpretação dos estudos das ciências humanas. Entretanto, existe em seu desfavor, o fato de que sua teoria não conseguiu libertar-se totalmente do cientismo e da objetividade da escola histórica que Dilthey procurou ultrapassar” (SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 170).

pois o relacionamento do direito com os sistemas culturais dá ensejo a debates axiológicos inexistentes nas ciências naturais e rechaçados pelas doutrinas positivistas¹⁸. Porém, assim como seu predecessor, ele constrói uma teoria pautada na busca do método mais seguro para a atividade interpretativa que permitisse a identificação do sentido correto.

Essa versão epistemológica da hermenêutica desenvolvida por Schleiermacher e Dilthey gera certos problemas interpretativos no âmbito jurídico, pois limitava excessivamente o julgador, castrando sua intervenção criativa na tarefa de adaptar a lei à realidade diante do dogma do sentido correto.

Interpretação como escolha de um dos sentidos adequados

Martin Heidegger (1889-1976) quebrou o paradigma de existência de um sentido objetivamente válido para todos os casos, defendendo que a hermenêutica não poderia ser explicada por meio de métodos, mas deveria buscar o sentido do *Ser*¹⁹. Essa mudança de padrão interpretativo ficou conhecida como “giro hermenêutico”.

Heidegger sugere uma abordagem fenomenológica, concepção desenvolvida com base nos ensinamentos de seu mentor Edmund Husserl, propondo que a interpretação não é uma atividade de apreensão cognitiva extraída da atuação do sujeito sobre o objeto, mas trata-se de fenômenos que se revelam independentemente de subjetivismos, ou seja, não é o modo pelo qual se percebe a existência do objeto, mas a própria existência do objeto, de modo que para ele a hermenêutica analisa as manifestações do *Ser* no mundo²⁰. Assim, o sentido seria extraído

¹⁸ Ana Maria D'Ávila Lopes adverte que: “Por outro lado, a distinção feita por Dilthey colocava a ciência jurídica sob o paradigma próprio das ‘ciências do espírito’ desde que, no direito, ‘subsiste sin confusión lo histórico-vital y lo organizativo social’. Assim, o direito estaria referido a sistemas de cultura e organização da sociedade, onde o axiológico não poderia ser descartado” (LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001. p. 79).

¹⁹ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz observa com clareza a ideia de mudança de concepção sobre a hermenêutica: “Com Heidegger perfaz-se o trânsito da hermenêutica, como método das ciências do espírito, para a hermenêutica filosófica, passagem marcada pelo giro para uma ontologia fundamental do *Dasein*, cuja análise existencial é entendida como hermenêutica. A investigação histórico-filosófica da hermenêutica a ele se apresenta como um nexa necessário na configuração da hermenêutica filosófica atual. A hermenêutica é deslocada de uma perspectiva psicológica para uma esfera ontológica. O compreender passa a ser vislumbrado a partir da experiência existencial do próprio ato de interpretar: ‘Fenomenologia do *Daisen* é hermenêutica no significado original da palavra, a partir do qual se designa a tarefa da explicação’” (DINIZ, op. cit., p. 214).

²⁰ É nesse contexto com Glauco Barreira Magalhães Filho afirma: “Segundo Heidegger, a hermenêutica seria filosófica e não científica, ontológica e não epistemológica, existencial e não metodológica. Procuraria a essência da compreensão (auto revelação do *Ser*) e não a normatização de processo compreensivo. O estudo da compreensão confundir-se-ia com o estudo da existência, uma vez que essa permitiria o conhecimento do *ser*” (MAGALHÃES FILHO, op. cit., p. 38).

da própria existência do objeto interpretado e não fruto de uma abordagem metodológica correta. Heidegger começa a desenvolver a ideia de círculo hermenêutico ao estudar a relação entre pré-compreensão e compreensão. Segundo ele, não seria possível extrair uma compreensão de determinado texto se não houvesse pré-compreensões anteriores que permitissem desdobramentos do objeto interpretado²¹.

A hermenêutica filosófica ganha nova tônica com as contribuições de Hans-Georg Gadamer (1900-2002). Em sua obra de maior repercussão, *Verdade e método* (1960), esse autor reforça as críticas de Heidegger contra a existência de um método interpretativo único que permita que se chegue a um sentido correto e verdadeiro do objeto. Ele importa de Heidegger a noção de pré-compreensão, expressando-a, propositadamente, nos termos pejorativos “pré-juízo” e “pré-conceito”, para afirmar que a compreensão humana está inserida em um contexto histórico no qual se verifica a antecipação do sentido por experiências anteriormente vivenciadas²².

Com base nessas premissas, o autor pôde amadurecer a ideia de círculo hermenêutico, entendendo-o como momento em que se dá a interação entre o horizonte histórico do intérprete e o do objeto, no qual se desenvolve um novo sentido do objeto estudado. Nesse processo, observa-se uma fusão dos horizontes do sujeito que compreende e do objeto compreendido, relação da qual ambos saem alterados. O intérprete sofre uma ampliação de seu horizonte diante da nova compreensão realizada, o que lhe permitirá outra perspectiva dos objetos já compreendidos e dos que ainda serão. O objeto, por sua vez, também amplia seu horizonte, pois o novo sentido atribuído pelo intérprete soma-se a outros já existentes. Com a fusão de horizontes, observa-se uma ampliação dos horizontes do intérprete e do objeto, de modo que a compreensão não pode ser entabulada como circular, posto possuir nítido caráter evolutivo. Nesse sentido é que melhor repre-

²¹ Sobre a proposta desse autor observa Christine Oliveira Peter da Silva: “Ao buscar o conceito de compreensão e redefini-lo, Heidegger ultrapassou a teoria de Dilthey. Para Heidegger, a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem do ser, no contexto do ser-no-mundo, não constituindo, portanto, na capacidade ou dom especial de sentir a situação de outra pessoa, nem o poder de captar mais profundamente o significado de alguma manifestação da vida. Segundo Heidegger, a compreensão é a estrutura do ser que torna possível o exercício atual da compreensão a um nível empírico, constituindo, assim, na base de toda a interpretação” (SILVA, op. cit., p. 170).

²² Nesse sentido, leciona Rodolfo Viana Pereira: “Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua *situação hermenêutica* etc.). Por esse motivo, fracassará todo empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão, como dito, sujeita-se também à tradição ao qual pertence aquele que se dá ao conhecer” (PEREIRA, op. cit., p. 28).

senta a formulação de Gadamer uma espiral hermenêutica, na qual a interação entre sujeito e objeto nunca é idêntica, posto partir de “pré-conceitos” distintos²³.

Importante ressaltar que Gadamer propõe que a compreensão é realizada de forma mediata, pois o objeto compreendido não aparece de forma absoluta, mas, sim, em partes. O sujeito tem acesso somente a um dos vários focos possíveis daquele objeto. Logo, o sentido aparece de forma paulatina, à medida que se enfrenta o objeto sob perspectivas diversas, desvelando aspectos distintos em cada nova compreensão. Essa mediação do conhecimento implica a carga criativa que tem a compreensão, importando em um novo conhecimento, respeitando a historicidade do horizonte do sujeito e do objeto²⁴.

Na teoria proposta por esse filósofo da hermenêutica, o intérprete não deve simplesmente identificar o sentido preexistente do texto, mas participar ativamente na construção desse sentido, mediante um diálogo entre esse e o texto, no qual a linguagem medeia a experiência anterior do autor com a atual do intérprete²⁵.

O PODER CRIATIVO DO INTÉRPRETE

A perspectiva teórica construída com base na doutrina de Gadamer permite que a hermenêutica jurídica ganhe feições mais dinâmicas que se contrapõem às compreensões da atuação limitada do intérprete inicialmente desenvolvidas. Não

²³ É o que leciona Rodolfo Viana Pereira: “Em verdade, ainda que não importe qualquer prejuízo ao conceito, trata-se mais propriamente de uma *espiral* hermenêutica, já que o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao logo do processo, estabelecendo patamares mais concretos de interpretação, que, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado. Caso fosse literalmente circular, o intérprete sairia do movimento da mesma forma que entrou, ou seja, com os mesmos preconceitos originais. Não poderia ter, por isso, nenhum juízo sobre suas verdades, nem conquistar qualquer ganho em qualidade” (PEREIRA, op. cit., p. 35-36).

²⁴ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz: “A ideia de aplicação do Direito enquanto concretização, cujos reflexos são profundos no plano da hermenêutica jurídica, adquiriu um especial relevo no âmbito da hermenêutica constitucional: todos os problemas que a aplicação das normas constitucionais suscita são compreendidos como ‘problemas de concretização’. Em Konrad Hesse, por exemplo, a interpretação constitucional se desenvolve em função de um problema concreto, sendo manifesta a compreensão do intérprete. O caráter histórico da compreensão, entre o Texto Constitucional posto em vigor no passado e as exigências que sua aplicação suscita no presente, realizando uma atividade ao mesmo tempo prática e normativa, por meio da qual estabelece uma continuidade entre passado e presente” (DINIZ, op. cit., p. 227).

²⁵ Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz: “O círculo hermenêutico representa o momento ontológico da compreensão onde há um enlace dos movimentos da tradição (história), do intérprete (fusão de horizontes) e da pré-compreensão. Daí em diante, a compreensão vai se moldando a partir da consciência histórica do intérprete e do ‘mostra-se’ do objeto. O intérprete não cede a um objeto que lhe é previamente dado, mas participa na própria constituição do seu sentido, a partir de uma estrutura de mediação, própria da compreensão como um fenômeno histórico, no qual a linguagem mediatiza o passado e o presente através do diálogo entre sujeito e objeto” (DINIZ, op. cit., p. 221).

mais podia prosperar a concepção positivista que pregava a aplicação dos enunciados normativos de forma puramente cognoscitiva, mediante a simples subsunção do fato ao texto em um silogismo simples e objetivo que levaria a um único resultado, negando ao jurista a possibilidade de avaliar os vários sentidos que o texto podia assumir.

Assim, a noção de aplicação da lei como simples subsunção de caráter contemplativo é superada por uma compreensão de atuação ativa do intérprete na construção do conteúdo da norma. Com isso, reconhece-se que o julgador possui uma área de discricionariedade no procedimento de aplicação da lei, na qual se manifesta um poder criativo similar àquele conferido aos membros do Legislativo, embora bem mais restrito. O intérprete é inserido no processo de construção da norma, sendo ele quem irá determinar qual significado deve ser atribuído ao texto normativo em última instância.

A necessidade de criatividade jurisdicional

Nessa nova perspectiva constatou-se que ao se observar um enunciado normativo apenas em sua estrutura formal não é possível visualizar, de maneira unitária, a resposta para todas as hipóteses de sua incidência. O sentido da lei somente pode ser percebido quando se enxerga o texto normativo através das lentes do caso concreto, pois é no momento da aplicação que as palavras nele utilizadas ganham significado, abandonando sua polissemia natural mediante a escolha de uma das diversas acepções possíveis. Assim, é possível afirmar que o intérprete tem a função primordial de dar vida à letra fria da lei²⁶.

A infinidade de possibilidades da manifestação humana torna a previsão do enunciado normativo algo incompleto e inconclusivo. A conduta ali narrada pode se revelar das mais variadas formas, e o valor a ser defendido deve ser concebido com outros que igualmente incidem sobre o caso. Portanto, entre a previsão do legislador e o caso concreto existe uma enorme lacuna que será preenchida pelo julgador, e nesse preenchimento ele efetivamente criará a norma que será aplicada ao caso concreto. Assim, da mesma forma que o legislador realiza a valoração de fatos para a elaboração da norma, o julgador também o fará, mas ao passo que a norma produzida pelo legislador é geral e abstrata, a criada pelo jurista é concreta e específica.

²⁶ São, nesse sentido, os ensinamentos de Eros Roberto Grau: “*Interpretação e aplicação* não se realizam automaticamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. *Interpretação e aplicação* consubstanciam um processo unitário” (GRAU, op. cit., p. 76).

Nessa tarefa, as experiências particulares do intérprete interferirão invariavelmente na definição do significado do texto. Na leitura que ele fará do enunciado normativo, e do fato em análise, o julgador não partirá do zero, mas, ao contrário, terá por base suas vivências, que lhe dão uma noção particular dos valores sociais, de modo que na área de discricionariedade existente no processo de aplicação da lei o julgador deixará sua marca pessoal.

O reconhecimento da influência dos “pré-conceitos” do intérprete na construção da norma do caso concreto permite que se distingam os conceitos de imparcialidade e neutralidade. Pela própria condição humana, o julgador jamais será neutro, não havendo como ele ignorar suas experiências particulares no desempenho de suas atribuições. Deverá, no entanto, ser imparcial, não pendendo para nenhum dos lados da lide por interesses próprios, mas na decisão externará sua noção pessoal do direito em questão.

Portanto, a norma do caso concreto é formada tanto por elementos objetivos, presentes no texto normativo, como por elementos subjetivos, inerentes à condição humana do intérprete. É por essa conjugação de elementos objetivos e subjetivos que a norma se adapta às particularidades da realidade, assumindo uma feição humanizada. Por conseguinte, o poder criativo do julgador é uma qualidade inerente à sua função de intérprete e aplicador da lei, e não um vício da atividade, uma mácula que deve ser combatida e superada²⁷.

Ao contrário do que se possa pensar, essa participação criativa do julgador na aplicação da norma jurídica não é uma concepção surgida somente com o advento do pós-positivismo, visto que as correntes positivistas lastreadas em um arcabouço teórico mais firme já a admitiam. Kelsen, por exemplo, defendia veementemente essa concepção, criticando a proposta hermenêutica do sentido único, que predominava até os seus tempos²⁸. Esse jurista defendeu que a deter-

²⁷ Idênticas são as considerações de Inocêncio Mártires Coelho: “(...) a criatividade judicial, ao invés de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente; a interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha *naturalmente* no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado *à margem da lei*” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 96-97).

²⁸ Assim se manifestava Hans Kelsen: “A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configurado o processo desta interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), nas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 391).

minação do sentido previsto na norma nunca é completa, sendo impossível que o texto da lei possa vincular todas as direções de sua aplicação. Afirmar ele que os métodos interpretativos até então elaborados não conduziam a um único resultado, mas a possíveis resultados, que retratariam a moldura dentro da qual o julgador poderia atuar. Em síntese, a interpretação dos tribunais expressa um ato de vontade, refletido na escolha de um sentido entre os vários revelados pela interpretação cognoscitiva²⁹.

Limites da criatividade jurisdicional

Esse poder criativo do intérprete pode ser analisado em duas fases distintas e consecutivas. Primeiro, no processo de interpretação do enunciado normativo com a delimitação dos significados que se adéquam aos limites do texto, de acordo com a variedade de sentidos que podem ser atribuídos às palavras e expressões neles contidos. Segundo, tendo em mão as possíveis normas concretas aplicáveis ao caso, deverá escolher aquela que, segundo sua compreensão do caso concreto, atenda melhor aos valores sociais albergados no ordenamento.

Assim sendo, percebe-se que dois juristas, com igual capacidade técnica e imbuídos das mais nobres intenções, podem chegar a conclusões diferentes na aplicação de determinada lei. No processo de interpretação, eles podem não identificar os mesmos sentidos do texto normativo, e, ainda que eventualmente identificassem, podem optar por normas específicas diversas. Tal disparidade não implica necessariamente o equívoco de um deles. Se essas normas do caso concreto não exacerbarem os limites do texto normativo, ou seja, se se encontrarem dentro da área de discricionariedade delimitada pela moldura normativa, ambas serão igualmente válidas para o ordenamento.

Como se percebe, o poder criativo dos membros do Judiciário, intérpretes das leis por excelência, é consideravelmente intenso, e, se não possuir amarras objetivas, pode superar e suprimir os demais Poderes, principalmente o Legislativo, pois o sentido e o alcance dos enunciados normativos serão por ele delimitados, de forma que o problema não está no reconhecimento do poder criativo do intérprete, inquestionável, mas, sim, de seus limites³⁰.

²⁹ Nas palavras do próprio Hans Kelsen: “Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente” (KELSEN, *op. cit.*, p. 390).

³⁰ Assim, conclui também Mauro Cappelletti: “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O

Do mesmo modo que não se pode conceber que o sentido do enunciado normativo seja exclusivamente aquele imaginado pelo legislador, como queriam alguns positivistas, também não se pode aceitar que esse seja dado unicamente pelo julgador. Admitir essa alteração entre extremos consistiria em sair de um equívoco e cair em outro de mesmas proporções.

O julgador não pode interpretar o enunciado normativo de qualquer forma, pois não lhe cabe atribuir o sentido que lhe bem aprouver às palavras do enunciado normativo. Ao interpretar a norma deve buscar, dentre sentidos admitidos pelo texto da lei, aquele que melhor atenda à sua finalidade precípua de concretização dos valores eleitos como mais importantes pela sociedade por intermédio de seus representantes³¹. O intérprete deve tomar por base as conclusões do legislador, mas adaptando-as ao caso concreto, mediante a atribuição de sentidos às palavras, conforme a necessidade do fato e dos valores envolvidos³². É no momento de sua aplicação que o texto permite que o aplicador dialogue com o legislador para juntos determinarem a norma do caso concreto³³. O intérprete não pode se utilizar de subterfúgios gramaticais para desvirtuar ou se distanciar do preceito normativo.

Portanto, a hermenêutica jurídica não é uma atividade estática, pautada unicamente nos elementos objetivos delimitados pelo legislador, na qual a atuação do intérprete é indiferente para a aquisição do resultado. Da mesma forma não é

verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 21).

³¹ Sobre a busca do sentido leciona Raimundo Bezerra Falcão: “(...) a ação ou atividade de interpretar é a interpretação, conceito que não se confunde com o de hermenêutica, o qual, por sua vez, é traçado como complexo estrutural e operacional voltado à produção do sentido. Mas do sentido adequado. Não de um sentido qualquer, porém daquele que, de permeio à essencial inesgotabilidade, revista-se de melhores condições de atender aos fins maiores da interpretação, que não podem fugir à função social desta” (FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 242).

³² Observação essa feita, também, por Oscar Vilhena Vieira: “Não há uma liberdade total, onde o magistrado decide a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que pertencem ao sistema jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais. É dentro dessa esfera que se deve decidir. Caso haja discricionariedade, essa ocorre apenas num sentido fraco” (VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 200).

³³ Sobre o assunto leciona Ana Maria D’Ávila Lopes: “No direito, não existe um processo interpretativo independente da aplicação da norma, já que nesse momento é possível compreender todo o seu sentido; é nisso que se fundamenta sua validade. Compreensão, interpretação e aplicação não são três momentos autônomos, mas interdependentes. A autonomia interpretativa só existiria se se entendesse a aplicação jurídica como uma simples subsunção da norma ao caso concreto, afastada, portanto de sua historicidade” (LOPES, op. cit., p. 88).

uma atividade solta, totalmente desprovida de amarras, em que predomina exclusivamente a subjetividade do intérprete. Envolve, sim, uma comunhão de elementos objetivos e subjetivos, na qual os primeiros traçam os limites gerais e os segundos garantem uma adaptação específica³⁴.

O PODER CRIATIVO DO INTÉRPRETE NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se pode perceber, a interpretação jurídica já tem em si uma carga elevada de complexidade, mas quando se pretende tratar de tal assunto no âmbito constitucional a questão se assevera, em especial no âmbito dos direitos fundamentais, que possuem especificidades que fazem de sua interpretação um processo mais complexo e dificultoso que aquele aplicado à legislação comum. Portanto, cabe, por fim, analisar a ampliação do poder criativo do intérprete ocasionada pela natureza diferenciada dos enunciados normativos de direitos fundamentais.

Especificidades dos enunciados normativos de direitos fundamentais

Embora a interpretação dos direitos fundamentais siga a mesma linha das demais normas constitucionais, sendo-lhes aplicados os preceitos da hermenêutica constitucional, em verdade não se pode desconsiderar que elas não se equiparam totalmente. Essa natureza peculiar dos direitos fundamentais se manifesta em certas especificidades de seus enunciados normativos, das quais quatro merecem maior atenção: 1) superioridade axiológica; 2) natureza jurídico-política; 3) elevado grau de generalidade e abstratividade; e 4) estruturação normativa preferencialmente principiológica.

Um primeiro aspecto que revela essa diferença está na inexistência de uma base axiológica prévia que pautar a elaboração dos direitos fundamentais. A supremacia da Carta Política é um das peculiaridades que exigem um procedimento legislativo diferenciado, pois, ao passo que a legislação infraconstitucional tem sua interpretação orientada pelo texto constitucional, as normas constitucionais carecem de um dispositivo superior que a norteie. Essa especificidade se agrava no que concerne aos direitos fundamentais, uma vez que são eles a base axiológica do ordenamento, o alicerce sobre o qual será construído, inclusive, o restante da Constituição. Embora estejam no mesmo patamar hierárquico das demais normas

³⁴ Luiz Roberto Barroso: “A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291-292).

constitucionais, essas encontraram nos direitos fundamentais o substrato valorativo que garantirá uma coerência interna à Constituição.

Outro ponto que demonstra a maior complexidade da criação legislativa dos direitos fundamentais concerne à sua natureza jurídico-política. A criação de uma nova Constituição não possui limitações jurídicas, pois trata-se do passo inicial do ordenamento jurídico de um Estado. Sua função é exatamente a de juridicizar as decisões políticas fundamentais, limitando, assim, os debates políticos futuros. Dessa forma, a Constituição é a fronteira que separa o político do jurídico e, por isso, suas normas possuem um caráter híbrido³⁵. No momento pré-jurídico do processo constituinte, o ponto mais delicado dos debates está na delimitação dos direitos fundamentais, em especial quando a promulgação de uma constituição reflete a substituição de uma ideologia por outra diametralmente oposta, como foi o caso da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Estado Democrático, pondo fim à ditadura militar.

Assim, em sua maioria, os direitos fundamentais surgem em momentos de rupturas políticas do Estado, normalmente envoltos em conflitos internos entre classes sociais pelo domínio do poder. Por consequência dessa conjuntura instável, na qual a sociedade se encontra dividida por incompatibilidades de interesses, o sentido e alcance desses direitos não podem ser definitivamente delineados no texto constitucional, visto que são eles somente expressos de maneira aberta, postergando sua complementação para momentos posteriores quando o novo Estado se consolida.

Um terceiro aspecto que merece destaque é o elevado grau de generalidade e abstratividade que permeia os enunciados normativos dos direitos fundamentais. Considerando a conjuntura política anteriormente comentada e o fato de a Constituição ser um documento que visa regular o todo, diferente de leis ordinárias, que têm finalidades específicas, o constituinte está obrigado a utilizar-se de termos mais genéricos que os das demais normas. No que concerne aos direitos fundamentais, em especial aos sociais, sua carga axiológica mais elevada impõe uma maior abertura normativa, circunstância que diminui sua densidade jurídica, de modo que os enunciados normativos de direitos fundamentais utilizam-se de

³⁵ Luís Roberto Barroso observa bem esse caráter político da Constituição: “A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objetivo é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Por que assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se liberará de uma dimensão política, como assinalam os autores mais ilustres” (BARROSO, op. cit., p. 115).

palavras e expressões mais polissêmicas, o que abre um leque ainda maior de sentidos possíveis a serem analisados pelo julgador.

Por fim, é necessário abordar a estruturação normativa preferencialmente principiológica dos direitos fundamentais. Trata-se da especificidade que mais torna complexa sua interpretação, porque, na verdade, coroa todas as demais. Utiliza-se da espécie normativa principiológica para expressar os direitos fundamentais por se compatibilizar com as exigências advindas da sua superioridade axiológica, de sua natureza jurídico-política e de seu elevado grau de generalidade e abstratividade.

Todos esses fatores tornam quase impossível a formulação de regras jurídicas, uma vez que o constituinte não tem em mão elementos suficientes para construir um enunciado normativo mais denso. Os elementos fáticos de que dispõe são escassos em razão do próprio objetivo constitutivo da Carta Magna. As decisões políticas ali tomadas não tratam de pormenores da vida cotidiana, não indicam condutas específicas, senão daquelas mais relevantes. Logo, não é de se esperar que os direitos fundamentais indiquem de maneira minudente quais condutas devem ser proibidas, permitidas ou impostas, pois essa tarefa cabe ao legislador ordinário em seu ofício de regulamentar a Constituição. Portanto, a utilização da estrutura normativa principiológica na expressão formal dos direitos fundamentais é uma exigência de sua própria natureza, e não um defeito.

286

Como nos princípios jurídicos exige-se do julgador maior esforço cognitivo para a identificação da deonticidade da norma, o processo interpretativo se agrava, ao passo que nas normas regras a valoração da conduta é realizada pelo legislador, cabendo ao intérprete compatibilizar o caso concreto com a norma geral e abstrata. Nos princípios não há uma previsão prévia de conduta, mas somente a consagração de um valor, cabendo ao julgador fazer esse núcleo axiológico incidir no caso concreto, de modo a identificar o suporte fático e expressar seu caráter deontico.

A ampliação do poder criativo do intérprete nos direitos fundamentais

Com o advento do movimento constitucionalista, a hermenêutica jurídica ganha novo grau de complexidade. As especificidades das normas de direitos fundamentais dificultaram a visualização de uma argumentação jurídica clara na aplicação desses direitos, pois os métodos interpretativos, até então desenvolvidos, não surtiem os mesmos efeitos obtidos na aplicação das normas ordinárias, comprometendo a limitação satisfatória do poder criativo do julgador.

A solução imediata imposta pelas exigências de segurança e certeza jurídica foi a ausência de juridicidade de tais normas, concebendo os direitos fundamentais que não se encaixassem nos padrões normativos clássicos como simples recursos de complementação lógica do sistema ou meras pautas programáticas. Tais

normas careciam, assim, de eficácia prática imediata, estando na dependência de regulamentação legislativa para passar a possuir exigibilidade jurídica.

Com o desenvolvimento da teoria da norma jurídica, em especial no que diz respeito à força normativa dos princípios jurídicos, restou superada essa concepção que impunha a inatividade dos direitos fundamentais. Tal evolução doutrinária foi propulsão pelo catastrófico resultado de sua inefetividade. Como esses direitos não eram efetivados, e tinham entre suas funções primordiais a limitação do Poder Estatal, o resultado foi o crescimento exagerado do Poder Executivo, dando ensejo ao nascimento das ditaduras militares e, em última análise, às guerras mundiais.

Cientes disso, os responsáveis pela reestruturação dos Estados, após o término da Segunda Conflagração Mundial, superaram a mentalidade positivista de que os direitos fundamentais são somente fonte para as normas infraconstitucionais ou de aplicação subsidiária, concebendo-as antes, e sobretudo, como normas jurídicas propriamente ditas, prontas para regular relações jurídicas³⁶. Esse novo entendimento levou as cartas constitucionais a prever em seus textos uma cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Esse preceito de otimização dos direitos fundamentais encontrou manifestação expressa no texto da Constitucional Federal de 1988, no § 1º, do artigo 5º, inclusive com proteção de cláusula pétreia³⁷.

Diante desse preceito, os julgadores passaram a ter a obrigação constitucional de aplicar os direitos fundamentais, tendo agora o dever de, com base nesses direitos, indicar a norma específica que regerá o caso concreto. A concretização dos direitos fundamentais pelo julgador não se confunde com o das normas ordinárias. Embora a aplicação da lei de modo geral implique um poder criativo, esse é consideravelmente maior, pois o sentido que o intérprete dará à norma será fruto de uma avaliação dos valores constitucionais, afastando as concepções que contrariem os direitos fundamentais³⁸.

³⁶ Paulo Gustavo Gonet Branco, ao tratar da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, defende que: “Essa preocupação liga-se à necessidade de se superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito Formal, em que se protegiam os direitos fundamentais por meio da regulamentação da lei, expondo esses direitos ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador” (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 133).

³⁷ Paulo Gustavo Gonet Branco diz que: “Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional, para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF, autoriza que os operadores do direito, mesmo falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles” (MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 134).

³⁸ Nesse sentido, a lição de José Albuquerque Rocha: “Agora, o magistrado é chamado pela Constituição a colocar-se diante das leis, não mais como um ‘descobridor’ de um sentido que se acreditava já existente nelas, mas como um investigador, que tem o poder-dever de pesquisar os valores das leis em função dos valores constitucionais para repulsar a aplicação das que impliquem

As especificidades que cercam os direitos fundamentais fazem com que aquela lacuna normalmente existente entre a norma geral e abstrata elaborada pelo legislador e aquela específica e concreta editada pelo julgador, que representa a margem de discricionariedade legítima desse último, seja excessivamente ampliada, se confundindo com o próprio campo de atuação do legislador.

Essa dificuldade de limitação do poder criativo do intérprete na aplicação dos direitos fundamentais se evidencia em duas situações bastante corriqueiras: 1) situações em que chegam ao Judiciário ocorrências novas que não foram ainda objeto de trabalho pelo Legislativo, inexistindo solução clara no ordenamento jurídico; e 2) hipótese em que o legislador elabora normas que vão de encontro às disposições dos direitos fundamentais.

A primeira situação envolve os chamados casos difíceis, pelos quais se entende as situações fáticas inusitadas, não enfrentadas pelo legislador e que, portanto, não encontram respostas claras no texto normativo, nem mesmo por meio de interpretações analógicas. Em tais casos, o magistrado não pode se escusar do seu dever de dizer o direito no caso concreto, devendo ele dar uma solução ao problema com base nos fundamentos axiológicos do sistema albergados nos direitos fundamentais.

A controvérsia gira em torno da forma como se desincumbirá desse mister. É nesse ponto que surgem as principais discussões, pois a atividade do julgador se aproximaria muito daquela realizada pelos legisladores. A verdade é que, em maior ou menor grau, ainda se verifica uma forte resistência contra manifestações do Judiciário que não estejam acobertadas pelo manto de uma legislação específica. O posicionamento clássico da separação dos Poderes, segundo o qual os juízes devem aplicar o direito criado pelo legislador, embora já muito relativizado, ainda é intenso atualmente. Por esses motivos, a aplicação de direitos fundamentais diretamente a casos concretos, sem a intermediação de uma lei regulamentadora, ainda é muito criticada por configurar tal hipótese uma das mais fortes e nítidas manifestações de criatividade judicial.

Os direitos fundamentais permitiram que o Judiciário ampliasse seu poder criativo não somente na perspectiva positiva, mas também em um âmbito negativo. No auge do positivismo, em uma compreensão radical da separação dos poderes, tão inconcebível quanto admitir que os membros do Judiciário editassem de maneira originária a norma do caso concreto, era admitir que os tribunais invalidassem uma norma fruto da vontade geral emanada do Poder Legislativo. Essa visão foi abrandada, com o desenvolvimento do constitucionalismo e da organização piramidal do ordenamento, na qual o fundamento de validade das

valores contrastantes com os constitucionais⁹ (ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 114).

normas está em última análise na Constituição e, principalmente, nos direitos fundamentais. Com isso desenvolve-se a noção de jurisdição constitucional, pois, a partir desse momento, a atuação do Judiciário se desenvolveria principalmente perante a Constituição, e não perante a lei.

Nesses termos, a segunda hipótese, que revela o crescimento do poder criativo do intérprete, envolve o controle de constitucionalidade, instrumento jurídico que busca assegurar a supremacia da Constituição mediante o afastamento de normas infraconstitucionais que sejam contrárias às disposições da Carta Magna.

Quando a contrariedade é clara e incontestada, esse instrumento não gera maiores dúvidas, por exemplo, quando a Constituição veda peremptoriamente uma determinada conduta e o legislador edita uma lei determinando-a como obrigatória.

Todavia, quando esse controle envolve a interpretação dada a um determinado dispositivo constitucional, a temática revela sua verdadeira complexidade. Em tais casos não se trata de simples aplicação do dispositivo constitucional segundo sua literalidade, mas, sim, de um dos sentidos possíveis que a esse texto pode ser atribuído. O amplo rol de significados dos enunciados de direitos fundamentais abre margem para abusos por parte do Judiciário, posto que essa característica permite uma maleabilidade argumentativa que pode justificar o aumento ou redução da interferência do Judiciário nos demais poderes, de acordo com a conveniência³⁹.

Ora, o Poder Legislativo, composto dos representantes do povo, eleitos por sufrágio universal, ao analisar um fato que concretiza um direito fundamental, deparou-se com um imenso rol de possibilidades argumentativas, que direcionavam a proposições diversas, às vezes até contraditórias, e, ao final, entenderam corresponder um deles à vontade popular, positivando-o. O Judiciário não pode se utilizar da abertura semântica dos enunciados normativos de direitos fundamentais para atribuir-lhes o sentido que melhor atende aos interesses próprios do julgador, desconsiderando o interesse popular, erigidos pelos membros do Legislativo.

Embora, de fato, as deliberações legislativas nem sempre sigam os direcionamentos da vontade popular, o Poder Judiciário não possui representatividade para proceder a uma reanálise do fato normatizado, afirmando que o legislador elegeu de maneira errônea a proposição que melhor assegura o direito funda-

³⁹ É o que adverte Renato Stanzola Vieira: “Expressões plúrimas de significador como segurança jurídica, relevância social, governabilidade, têm servido de escudo retórico ora à *complacência* ora à *intromissão* da Jurisdição Constitucional, com risco à proteção de direitos fundamentais” (VIEIRA, op. cit., p. 305).

mental, substituindo-a por outra. Entender dessa forma significa instaurar a ditadura do juiz, que assumirá uma posição soberana, criando, aplicando e executando o direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo, pode-se dizer, a título de conclusão, que ao se proceder a interpretação dos direitos fundamentais não se pode confundir norma e enunciado normativo, de modo a possibilitar a compreensão da polissemia dos textos pelos quais esses últimos se expressam, questão central para avaliar a atividade do intérprete.

Observou-se que a hermenêutica jurídica passou por um processo de evolução, no qual a interpretação deixou de ser considerada a simples revelação do sentido correto do texto, assumindo a postura de escolha de um dos seus sentidos adequados, de modo que o intérprete não realiza uma simples atividade silogística, mas também participa ativamente do processo.

Com base nessas duas conclusões preliminares, constatou-se que o julgador, como intérprete da norma jurídica, possui indiscutível poder criativo, tendo, assim, a função primordial de dar vida à letra fria da lei, medida que se mostra necessária à correta aplicação do direito, mas que deve ter limites para se evitar excessos.

Observou-se, ainda, que essa criatividade jurisdicional é potencializada no procedimento de efetivação dos direitos fundamentais em razão da superioridade axiológica, da natureza jurídico-política, do elevado grau de generalidade e abstratividade e da estruturação preferencialmente principiológica de seus enunciados normativos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Democracia hoje: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais*. Passo Fundo: UPF, 2001.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ROCHA, José Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2004.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VILHENA VIEIRA, Oscar. *A Constituição e sua reserva de justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Data de recebimento: 16/07/2009

Data de aprovação: 08/10/2010

