

Interpretação jurídica: Do dogma da completude ao sistema aberto

Luis Manuel Fonseca Pires¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. As teorias declarativas e o dogma da completude. 1.1. Da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen. 1.2. As lacunas e as antinomias. 2. Sistema aberto: a tópica, a lógica do razoável e a nova retórica. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

O propósito deste artigo é apresentar as referências que formaram as diretrizes das teorias da interpretação jurídica junto ao Estado de Direito – ainda fortemente presentes em nossas práticas contemporâneas – e os novos paradigmas que surgiram há algumas décadas, modelos que têm influenciado e reformulado o modo de compreender e aplicar o direito, mas ainda contam com alguma resistência.

As referências clássicas sobre a interpretação do direito desenvolveram-se durante o século XIX, e reforçaram-se com a teoria pura do direito de Hans Kelsen no início do século XX, em sua maioria a propugnar que a inteligência do direito, ao ter que interpretar uma norma jurídica, não passaria de envidar empenho em *descrever*, *conhecer*, proceder a um labor exclusivamente *cognitivo* do direito.

Mas em meados do século XX, com a proliferação de normas jurídicas com expressões vagas, e o reconhecimento da normatividade dos princípios, outros modelos surgiram, e sobre eles é preciso pensar. Fazem parte de novos paradigmas que se impõem à compreensão do fenômeno jurídico.

¹ Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP. Autor, dentre outras, das obras *Controle judicial da discricionariedade administrativa* – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas, 3. ed., editora Fórum (finalista do Prêmio Jabuti 2009 pela editora Campus-Elsevier), e *Moradia e propriedade* – um breve ensaio sobre conflitos humanos, editora Fórum, e *O estado social e democrático e o serviço público* – um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade, 2. ed., editora Fórum, e *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, e *Regime Jurídico das Licenças*, e *Loteamentos Urbanos*, Quartier Latin, e um dos autores de *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica*, editora Fórum.

1. As teorias declarativas e o dogma da completezude

Compreender o direito, extrair o significado das disposições normativas, aplicar a lei aos conflitos concretos, são objetivos que sempre incomodaram e inspiraram os estudiosos do direito em todos os tempos.

Conforme sublinha o jurista português José de Oliveira Ascensão,² desde a época do Imperador Justiniano há a preocupação de controlar a interpretação da lei, e mesmo após a Revolução Francesa pretendeu-se excluir qualquer componente subjetivo na interpretação com o receio de que a atuação dos juízes pudesse comprometer as conquistas do movimento revolucionário.

Sob este prisma, encampamos a terminologia de Rodolfo Luis Vigo,³ professor catedrático de filosofia do direito na Argentina, que denomina *modelo dogmático* às teorias jurídicas das escolas exegéticas, históricas, o primeiro período de Ihering, a jurisprudência dos conceitos, e o pensamento de Kelsen, enfim, doutrinas que propugnavam a interpretação do direito como uma atividade meramente *descritiva*, orientada por um silogismo dedutivo rigoroso que pretendia equiparar a metodologia de conhecimento do direito à utilizada pelas ciências exatas, a uma lógica formal.

A solução de um caso concreto obtém-se, por essa orientação, por uma pretensa subsunção formalística, como se ao se expor um fato sob um ordenamento jurídico fosse mesmo possível inequívoca e imediatamente encontrar, por uma operação mecanicista, desprovida de qualquer envolvimento *volitivo* do intérprete, uma norma jurídica que versasse hipoteticamente sobre o assunto com a exata correspondência de todos os seus elementos, de modo que por consequência, com este alinhamento entre a norma e o fato, fosse simples chegar à conclusão. O próprio conceito de direito, por esta perspectiva, erigiu-se gradualmente sob uma estrutura estritamente positivista, isto é, o direito era a lei (o *texto* da lei) – a *vontade* e o *relativismo axiológico* eram absolutamente vedados à ciência jurídica.

Ainda conforme Rodolfo Luis Vigo,⁴ é com a adoção deste modelo dogmático que Savigny define a interpretação jurídica como a reconstrução do pensamento que se encontra insito na lei, no que coincide, neste aspecto, com Ihering ao conceber a interpretação como a “jurisprudência inferior” porque, segundo ele, nada se cria de novo, mas

² *O direito* – introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira, p. 378.

³ Interpretação jurídica, p. 36 e ss.

⁴ *Interpretação jurídica*, p. 37-38.

apenas são esclarecidos os elementos jurídicos pré-existentes, o que em tudo e por tudo consolida o pensamento de Montesquieu – também lembrado na mesma lição de Vigo –, ao idealizar, sobre a figura do magistrado, “um ser inanimado que repete as palavras da lei”.

Havia, como por estas primeiras linhas já se percebe, um fetichismo pela letra da lei, uma crença de que seria realmente possível desenvolver um método que serviria a apenas *descrever* (descobrir) o direito – ou a intenção do legislador, ou a intenção da norma, mas, de um jeito ou de outro, sem qualquer componente *subjetivo* por quem fosse exercer a interpretação e aplicação⁵ do direito.

1.1. Da escola da exegese ao positivismo de Hans Kelsen

No século XIX, desenvolve-se em França a “escola da exegese”. De acordo com Maria Helena Diniz,⁶ esta doutrina propugna que o direito positivo deve coincidir com a lei escrita, destarte, a função do jurista outra não pode ser senão a de meramente *revelar* o seu sentido. Este reducionismo exegetico expressa a proposta única de *descobrir* a intenção do legislador. O direito, como dissemos, é reduzido ao texto da lei, e ao intérprete compete a mecânica atividade – como se tanto fosse possível – de simplesmente, e nada mais, aplicar a *lógica dedutiva*: adota-se como premissa maior a lei, como premissa menor o fato concreto, e ao se subsumir formalmente o fato à lei a decisão é encontrada com uma suposta simplicidade.

Ainda segundo a jurista referida, correspondente à “escola da exegese” foi o “pandectismo”, na Alemanha, e a escola analítica, na Inglaterra.

Mas enquanto para os franceses o ponto de partida era a lei, para os alemães era, com exclusividade, o direito romano. De todo modo, as duas correntes apregoavam o uso do método dedutivo, o apego quase místico ao texto da lei.

Nessa época, o centro das divergências entre as doutrinas que se preocupavam com a interpretação jurídica era, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr.,⁷ saber se o direito a ser declarado, a partir dos

⁵ Convém anotar que optamos por considerar a *interpretação* e a *aplicação* como fenômenos indissociáveis, como o faz Fernando Sainz Moreno (*Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 129). Mas adverte Carlos Ayres Britto sobre a distinção conceitual entre hermenêutica e interpretação jurídica: a primeira é “[...] um conjunto de noções preparatórias da interpretação [...]”, e a segunda é a aplicação a uma particular norma de direito os enunciados daquela (*Teoria da Constituição*, p. 143-144).

⁶ *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 50 e ss.

⁷ *Introdução ao estudo do direito*, p. 266.

textos normativos, era o que expressava o pensamento do legislador (correntes subjetivas) ou o “espírito do povo” (correntes objetivas). Em busca da *vontade do legislador* é que, ainda segundo o jurista, orientava-se a “jurisprudência dos conceitos”, na Alemanha, e a já mencionada “escola da exegese”, em França.

Pretendia-se, segundo Rodolfo Luis Vigo, que as razões do legislador (exegese) e as do cientista (“jurisprudência dos conceitos”) apresentassem níveis de “[...] perfeição, previsão e clarividência que as tornavam insuspeitas de silêncios ou incoerências”.⁸ Vislumbrava-se o direito, como adverte o autor,⁹ com todos os aspectos próprios de um sistema fechado: unidade, completude e coerência.

Mas a insuficiência do rigor formalista, as ensanchas de soluções injustas que o método mecanicista proporcionava, inspirou, do final do século XIX ao início do XX, outras teorias que, em busca do sentido *objetivo* da norma, agregaram outros informes ao método de interpretação. É o caso da “jurisprudência dos interesses”, desenvolvida na Alemanha, que se orientava por estabelecer que o intérprete deveria alcançar, em sua leitura da lei, os interesses da sociedade, do mesmo modo como as doutrinas da “livre pesquisa científica” e “movimento do direito livre” pautavam-se pelo “[...] sentido da lei na vida, nas necessidades e nos interesses práticos”.¹⁰

Desenvolvem-se, nesses idos, as primeiras noções do método teleológico como a busca do fim do direito, do método axiológico como a ênfase aos valores que se encontram no direito ou gravitam em torno dele, do método sociológico que defende a consideração de aspectos sociais junto à ciência jurídica.

Enquanto a “jurisprudência dos conceitos” limita o juiz à subsunção lógica dos fatos aos conceitos jurídicos, e concebe o ordenamento como um sistema fechado e enfatiza a lógica, a “jurisprudência dos interesses” prima pela indagação da vida e de sua valoração. O direito é visto como uma “tutela de interesses”.

Como lembra Maria Helena Diniz,¹¹ Ihering era severo crítico do “pandectismo” e da “jurisprudência conceitual”, pois ele recusava o puro emprego do método dedutivo-silogístico para a interpretação do direito e propunha, em destaque, o aspecto finalístico das normas jurídicas, isto é, a ciência jurídica deve proceder à interpretação de acordo com os fins desejados pelas normas.

⁸ *Interpretação jurídica*, p. 39.

⁹ *Interpretação jurídica*, p. 39.

¹⁰ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, p. 266.

¹¹ *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 61.

Luis Recaséns Siches¹² reprovava veementemente as teorias que sustentam a interpretação jurídica sob o modelo da *lógica formal* – a qual denomina *lógica racional* – nos moldes empregados junto às ciências naturais. Com uma doutrina visionária e decerto ainda atual, recusa o que denomina “concepção mecânica”: a sentença judicial ou uma resolução administrativa como fruto de um silogismo no qual há uma premissa maior representada por uma norma geral (a lei), uma premissa menor que são os fatos relevantes e qualificados juridicamente, e a conclusão como a consequente decisão. Ao inverso, afirma que a constatação dos fatos e a apreciação da norma são “momentos inseparáveis e essencialmente ligados de modo recíproco”, o que leva a concluir que estes momentos estão reciprocamente relacionados com a “antecipação mental da decisão”, pois esta representação prévia serve tanto para a constatação e qualificação dos fatos como para a definição da norma aplicável.¹³ Há uma “função mental complexa” que entretece a dimensão fática com a dimensão normativa que se apresenta sob uma “[...] espécie de textura orgânica incindível”.¹⁴ Mas retornaremos a Luis Recaséns Siches, para acolhermos a sua proposta inquestionavelmente hodierna, mais adiante.

No eixo deste conflito, percebemos que a polarização destas correntes impulsiona-se, do lado das doutrinas que sublinham a necessidade de alijar qualquer componente *psíquico* do intérprete (“escola da exegese”, “pandectismo”, “jurisprudência dos conceitos” etc.), pela preocupação de o direito ser modificado ao sabor das convicções pessoais dos juízes e juristas, tornando a lei em verdadeira letra morta, e do lado das demais escolas (“jurisprudência dos interesses”, “doutrina utilitarista do direito”, “jurisprudência sociológica norte-americana” etc.), em razão da constatação das injustiças perpetradas sob a pretensão de despir-se o intérprete de qualquer valoração axiológica do caso em conflito.

É nesse contexto que Hans Kelsen formula, com fundamento no positivismo, a *teoria pura do direito*. O mestre de Viena sustentou que o cientista do direito deve ocupar-se da norma jurídica com exclusividade, o que implica rechaçar outros saberes que não se filiam à produção da norma jurídica, como a filosofia, a sociologia etc. Para a teoria pura do direito a norma jurídica é editada por uma autoridade e tem caráter *prescritivo*, o que difere, portanto, da *proposição jurídica* que é emitida pela doutrina e apresenta uma natureza *descritiva*.

¹² *Introducción al estudio del derecho*, p. 195.

¹³ *Introducción al estudio del derecho*, p. 198.

¹⁴ *Introducción al estudio del derecho*, p. 200.

A norma jurídica, para Kelsen, é uma *prescrição jurídica* que resulta tanto de um *ato de conhecimento* quanto de um ato de vontade da autoridade competente, isto é, do legislador, ao editar a lei em conformidade (formal) com a Constituição, do administrador, ao emitir atos a concretizar as leis, e do juiz, ao proferir a sentença que tem por fundamento de validade a lei à qual se refere. Já a *proposição jurídica*, como produção do cientista do direito, é mero ato de *conhecimento* porque se limita a *descrever* a norma jurídica. Por conseguinte, a norma jurídica é válida ou inválida, mas nunca verdadeira ou falsa, pois este último juízo se relaciona às proposições jurídicas, à descrição do direito, e não à sua prescrição.

A preocupação de Kelsen com a pureza metodológica da ciência jurídica conduz sua teoria a preocupar-se com a norma jurídica como o *fundamento de validade* que atribui certa competência a determinada autoridade para, nesta relação hierárquica e escalonada, piramidal, emitir outra norma jurídica. O direito, nesta concepção, é mesmo um sistema *dinâmico*, mas sob a perspectiva exclusivamente *formal* na medida em que as normas apenas se limitam a atribuir competências. Pouco importa, portanto, qual o seu conteúdo para a teoria pura do direito.

Assim, para Kelsen há duas espécies de interpretação: a *autêntica*, realizada por órgão competente para aplicar a norma jurídica (é a interpretação que o Legislativo faz da Constituição ao produzir as leis, a que o Executivo promove ao baixar decretos regulamentares, a que o Judiciário realiza ao decidir), e a *não autêntica*, realizada pela ciência do direito e outros sujeitos da sociedade, como os que estabelecem, entre si, um contrato de locação, por exemplo.

Como a preocupação da teoria pura do direito é a relação formal de atribuição de competências, por normas relacionadas entre si em um sistema piramidal, no qual o fundamento de validade de cada norma jurídica é a que se encontra acima de si, tudo até culminar à ponta da pirâmide, junto à norma hipotética fundamental, então a indeterminação do *conteúdo* da norma é natural. De tal sorte, a norma jurídica, para a teoria pura do direito, é compreendida, no que se refere à sua interpretação, como uma *moldura* na qual são possíveis diversos significados. A interpretação não-autêntica, meramente *cognoscitiva*, estabelece, em princípio, os *limites da moldura*, mas é na aplicação da norma, na chamada interpretação autêntica, que ao *conhecimento* é acrescido, no momento da escolha de um desses significados possíveis, um *ato de vontade* da autoridade competente. Não há, pois, uma única interpretação, mas tantas quantas se encontram circundadas pela moldura.

A teoria pura do direito, ao aderir obsessivamente ao método silogístico formal, atinge o extremo de admitir até mesmo a possibilidade de o intérprete autêntico atribuir um significado sequer encontrado na moldura desenvolvida pela ciência do direito. As razões que levam a autoridade competente a decidir por tal ou qual sentido são estranhas à ciência do direito. Porquanto, embora cause estranheza essa situação, sua ocorrência torna-se possível uma vez que, em última análise, para Kelsen o direito é o que o intérprete autêntico diz que deve ser. Relembramos que a relação entre as normas jurídicas não é de veracidade, mas de validade, e por um prisma formal de atribuição de competências, isto é, sem qualquer importância sobre qual é o seu conteúdo. O que importa é se *quem* edita determinada norma possui, com fundamento em norma jurídica superior, competência para tanto – é a relação *dinâmica* do sistema –; o que se decide (ato de vontade), isto é, se a autoridade competente observa as decisões possíveis dentro da *moldura*, de acordo com as formulações meramente *descritivas* do cientista do direito, ou se extrapola este quadro e opta por uma solução não acolhida como possível, é irrelevante. No fim, o direito é o que a autoridade afirma ser.

A esse entendimento, no entanto, valem as objeções de Luis Recaséns Siches¹⁵ de que o direito não contém proposições lógicas sujeitas a um juízo de verdade ou falsidade, pois não se transita no âmbito das ciências naturais, logo, a lógica empregada não pode ser a que é aplicada à observação da natureza. Como bem afirma, “[...] a interpretação de um texto e a interpretação dos fatos não são nem devem ser independentes: o texto é interpretado em vista da projeção dos fatos; assim como os fatos são analisados em vista de sua relação com as normas”.¹⁶

1.2. As lacunas e as antinomias

Se o direito deve ser interpretado e aplicado com absoluta abstração da expressão psicológica do intérprete, se o direito deve ser operado com frialdade, como se as convicções, os ânimos do seu operador fossem mesmo completamente apartados deste procedimento, se deve ser a lógica formal a metodologia bastante à subsunção dos fatos litigiosos à ordem jurídica, então o *sistema* normativo deve consequentemente se erigir de modo hermético.

Esta é realmente a decorrência do modelo dogmático, referido anteriormente, isto é, a preocupação pertinaz de superar qualquer possível contradição, qualquer claro junto ao ordenamento jurídico.

¹⁵ *Introducción al estudio del derecho*, p. 211 e ss.

¹⁶ *Introducción al estudio del derecho*, p. 214.

Pois o processo dedutivo-formal de interpretação jurídica compromete-se – em realidade, derrui-se –, se o cientista do direito se depara com uma antinomia ou com uma lacuna. Os adeptos da “escola da exegese” e de outras correntes similares, como também do positivismo da teoria pura do direito, sustentam então, com afínco, o dogma da completude; empenham-se a sustentar, e dedicam-se sobremaneira às técnicas que amparam esta posição, que o direito é *completo*, que não há conflito entre as regras que não possa ser resolvido, que não há situação fática sem a correspondente hipótese normativa.

Essa preocupação é mesmo compreensível enquanto se concebe a interpretação jurídica sob a operação formalista segundo a qual a premissa maior é a norma, a premissa menor são os fatos, e como se tudo se emparelhasse e conduzisse-se hermética e conclusivamente à decisão que é apenas *descoberta* como o resultado desta equação. Decerto, para as doutrinas que assim admitem a interpretação jurídica, qualquer conflito de dispositivos, qualquer ausência de regra, rompe com todo o sistema. O ordenamento jurídico é então idealizado como um sistema necessariamente fechado. Portanto, é preciso combater as *antinomias* e as *lacunas* do direito. Considere-se, em exemplo, a doutrina propugnada pela teoria pura do direito: se as normas cadenciam-se de modo escalonado, se partem de uma norma hipotética fundamental e descendem, em sequência, uma da outra, com a escora de fundamentação na competência atribuída pela norma precedente, se é assim que se identifica a *validade* da norma jurídica, isto é, por uma lógica dedutiva comum às ciências exatas, então não é possível, sob pena de derribar todo o *sistema*, admitir alguma lacuna ou contradição em sua formulação.

Norberto Bobbio, ao declaradamente acolher a teoria de Kelsen da construção escalonada do ordenamento jurídico, empenha-se no estudo sobre as normas incompatíveis e as antinomias.

Após discorrer sobre os critérios de solução das antinomias (cronológico, hierárquico e o da especialidade), e ainda sobre a possibilidade de um conflito entre os critérios (antinomia de segundo grau), Bobbio enfrenta a circunstância de constatar-se a insuficiência dos critérios, isto é, defrontar-se o intérprete com normas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais – insuficientes, portanto, os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.

Neste conflito, diz Norberto Bobbio que a solução “[...] é confiada à liberdade do intérprete [...]”, o que é possível

[...] quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos juristas por uma longa e consolidada tradição e não se limitando a aplicar uma só regra. Digamos então de uma maneira mais geral que, no caso de conflito entre duas normas, para o qual não valha nem o critério cronológico, nem o hierárquico, nem o da especialidade, o intérprete, seja ele o juiz ou o jurista, tem à sua frente três possibilidades: 1) eliminar uma; 2) eliminar as duas; 3) conservar as duas.¹⁷

Portanto, Norberto Bobbio chega mesmo a admitir que a coerência, apesar de ser uma exigência, não chega a ser necessária no sentido de que é preciso a absoluta exclusão das antinomias como condição insuperável para o reconhecimento de um ordenamento jurídico. Aceita o autor que um ordenamento tolere normas incompatíveis sem se desmoronar. Mas já a *completude*, para ele, é realmente uma condição necessária para o funcionamento do sistema – defende o renomado jurista italiano, enfim, o dogma da completude porque, sob o influxo da teoria pura do direito, o sistema jurídico é realmente um sistema *fechado*.

Também Savigny, segundo Rodolfo Luis Vigo,¹⁸ acredita que o sistema jurídico, com o uso da *analogia*, apresenta todas as respostas jurídicas. E mesmo Kelsen, em coerência com a sua proposta de um sistema que se desenvolve por um silogismo dedutivo-formal, insiste, como também lembra Vigo, que no direito não há lacunas – no máximo, há lacunas axiológicas, mas estas não interessam ao cientista do direito. Mas esta preocupação com a completude do sistema jurídico esteve presente muito antes de Kelsen, como ensina José de Oliveira Ascensão¹⁹ ao esclarecer que a integração das lacunas foi tema que suscitou discussões clássicas das diversas escolas do direito que se formaram ao longo da história, como a “escola dos conceitos” que defendia que o sistema traz, em si, a totalidade das soluções jurídicas e que por sistemas lógicos o jurista poderia encontrar sempre uma solução.

Nesta senda, Maria Helena Diniz²⁰ defende que o sistema jurídico não é fechado. A autora recusa o “dogma da plenitude hermética do

¹⁷ *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 100.

¹⁸ *Interpretação jurídica*, p. 52-53.

¹⁹ *O direito*, p. 461.

²⁰ *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 436 e ss.

ordenamento jurídico” sob o princípio de que “tudo que não está proibido, está permitido”, logo, não haveria lacuna. Diz ela que tal enunciado não é uma norma jurídico-positiva, mas um enunciado lógico; mas como o sistema jurídico, para a autora, é *aberto*, então, o direito deve ser considerado sob uma ótica dinâmica. O sistema, para a autora, é, sim, lacunoso, e são três as espécies de lacunas: normativa, ontológica (há norma, mas não corresponde aos fatos sociais) e axiológica (ausência de norma justa que conduz a uma solução satisfatória). A jurisdição integra as normas, mas permanecem as lacunas, pois o juiz cria a norma jurídica individual que vale para o caso concreto, o que não dissolve a lacuna – enfim, o direito não é completo, embora seja *completável*.

Luis Recaséns Siches²¹ formula uma proposta que nos auxilia a romper o mito da completude. É a percepção do autor de que as normas que denomina “individualizadas” – porque aplicadas ao caso concreto, seja pelas partes, seja pelo juiz – são tão normas quantos as normas “gerais” – previstas abstratamente no ordenamento jurídico. Ou até mais, como afirma o autor, pois as normas “individualizadas” são normas “perfeitas” ou “completas” na medida em que são a atuação *concreta* das normas gerais, atuam sobre relações concretas da vida.

Se assim o é, a preocupação com a completude do direito deixa de conter o valor tão encarecido pelas ciências apegadas ao positivismo clássico, pois a relevância do tema reside na solução do caso concreto. As lacunas e antinomias realmente existem – na *estática* do direito. Mas se dispensarmos a compreensão do direito como uma simples atividade *descritiva*, se aceitarmos que a hermenêutica sob a estrutura de modelos lógicos formais, de dedução ou de indução, é insuficiente, se acolhermos as doutrinas que admitem o que não é mesmo possível aceitar de outra forma, isto é, que a *vontade*, que a *escolha* do intérprete são naturais e integrantes da aplicação do direito, e, portanto, a ordem jurídica é um sistema *aberto* e axiológico, então as lacunas e as antinomias, apesar de subsistirem, não comportam mais a mesma dimensão de importância.

2. Sistema aberto: a tópica, a lógica do razoável e a nova retórica

A partir da segunda metade do século XX, a teoria geral do direito, no que se refere à hermenêutica jurídica, passa a convergir para a percepção do equívoco da concepção da interpretação jurídica como um procedimento lógico-formal desprovido de qualquer expressão

²¹ *Introducción al estudio del derecho*, p. 213.

volitiva do intérprete, como se não fosse devida a ponderação dos valores em conflito, como se o sopesar e a integração dos fatos e dos valores acolhidos como conteúdo das normas jurídicas não fossem relevantes, e como se não houvesse, nesta outra forma de interpretação jurídica que abandona o silogismo formal, a presença do *gênio* do intérprete a influenciar e a compor a interpretação jurídica.

A relação entre as normas jurídicas, em uma estrutura lógico-formal, não ocorre por um discurso *apofântico*, remetido à veracidade ou falsidade de sua formulação, mas, sim, por um conectivo *deôntico*, o “deve ser”. De tal sorte, o raciocínio empreendido relaciona-se com a validade; a concatenação das prescrições normativas não ocorre pelo fenômeno da causalidade, mas por imputação.

A *concepção raciovitalista do direito*, referida por Maria Helena Diniz,²² representada inicialmente por Ortega y Gasset, e depois por Luis Recaséns Siches, segundo os quais a *racionalidade* é a própria vida humana, é a razão vital, e a ciência do direito deve compreender a norma jurídica ponderando sua historicidade, relacionando-a com as circunstâncias e ainda de acordo com as perspectivas formuladas. Por isso, a lógica a ser empregada para a solução dos problemas não é rigorosamente racional, mas *razoável*.

Neste sentido, Eros Roberto Grau sustenta a interpretação como uma “prudência”, como um “saber prático”, uma “[...] razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto”, pois, para o autor citado, a lógica jurídica é a escolha de uma entre várias possibilidades igualmente corretas; portanto, “a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação”.²³ Para Eros Roberto Grau, o que em realidade se interpreta são os textos normativos, e é da interpretação destes textos que resultam as normas. De tal forma, texto e norma não se coincidem. A norma é o resultado da interpretação do texto normativo. Ou, de outro modo, “A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”.²⁴ Por conseguinte, também para ele a interpretação apresenta um “caráter constitutivo”, e não apenas declaratório.²⁵

Ainda semelhante é a doutrina de Humberto Ávila para quem a interpretação não é um ato de pura descrição de um significado previamente apresentado, mas é um ato de decisão que constrói a significação e os sentidos do texto.

²² *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 92 e ss.

²³ *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 40.

²⁴ *Interpretação/Aplicação do direito*, primeira parte, III.

²⁵ *Interpretação/Aplicação do direito*, primeira parte, XIII.

De acordo com Rodolfo Luis Vigo,²⁷ foi mesmo a partir de 1950 que a obsessão de Savigny por sistematizar o direito sob o plano formal sofreu um forte abalo com a tópica de Theodor Viehweg, que expõe duas formas de pensar o direito, o modo sistemático, e o modo aporético ou problemático; no primeiro, com o prestígio ao sistema, no segundo, o privilégio é conferido à solução do problema. A tópica, nas palavras de José de Oliveira Ascensão, representa-se então como a formulação de “[...] um repertório de pontos de vista que darão a solução de casos concretos”.²⁸

É da integração da teoria tópica com o *método sistemático* que Juarez Freitas²⁹ expõe sua concepção sobre a interpretação jurídica. Propõe o jurista a natureza *tópico-sistemática dos princípios* que compõem a ordem jurídica. O conceito de sistema jurídico, para ele, traduz-se então como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função, ao evitar ou superar antinomias (em sentido amplo), é a de realizar os objetivos do Estado Democrático de Direito. A interpretação sistemática deve, pois, considerar a *abertura* do sistema, isto é, a ausência de completude do conhecimento científico e a modificabilidade da ordem jurídica.

Mas foi realmente Theodor Viehweg, como há pouco dissemos, quem reacendeu a importância da tópica e principiou as discussões que se seguiram, e seguem até hoje, quanto à sua relação com o direito.

Para Viehweg,³⁰ a lógica formal não basta, por si só, para explicar o pensamento jurídico, e o autor lembra que Recaséns Siches também propõe o “âmbito do racional” em substituição ao da lógica formal. Viehweg afirma concordar também com Perelman quando este diz que todo raciocínio jurídico consiste em argumentação e demonstração.

Enquanto a estrutura da lógica formal determina a estrutura da demonstração, o que ocorre por um sistema dedutivo, mostra-se insuficiente para determinar a estrutura da argumentação, que apenas pode realizar-se por um sistema tópico, é neste âmbito da argumentação, segundo Viehweg,³¹ que se constitui a parte mais importante do pensamento jurídico – o que, a propósito, é por isso que o sistema tópico é conectado com a retórica.

²⁶ *Teoria dos princípios*, p. 23.

²⁷ *Interpretação jurídica*, p. 51 e ss.

²⁸ *O direito*, p. 468.

²⁹ *A interpretação sistemática do direito*, p. 58-61.

³⁰ *Tópica y filosofía del derecho*, p. 68.

³¹ *Tópica y filosofía del derecho*, p. 70.

A tópica, explica o próprio Viehweg,³² é orientada aos problemas. Oferecem-se, para solucionar os problemas, uma “combinação de pontos de vista (*topoi*)” que são discutidos, e o agrupamento dos *topoi* em relação aos problemas torna-se o sistema básico do direito. Mas o sistema tópico está em permanente movimento, por isso, trata-se de um sistema *aberto* porque as discussões estão permanentemente sujeitas aos novos pontos de vista, e não a um argumento final ou definitivo. É por isso que não se usa, na tópica, um método de argumentação que procede dedutivamente, mas, sim, *dialogicamente*, pois sua *ultima ratio* é o *discurso razoável*.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.³³ esclarece que os pontos de vista, os chamados *loci*, *topoi*, lugares-comuns, constituem pontos de partida de diversas séries argumentativas em que a razoabilidade das opiniões fortalece-se. É por se compor destas séries argumentativas que o pensamento tópico não pressupõe nem almeja ser uma totalidade fechada. O problema apresentado é considerado como um “dado” que orienta a argumentação e resultará em uma entre tantas soluções possíveis. Pela tópica buscam-se, para resolver um problema, as premissas adequadas, e para esta busca vale-se o intérprete dos lugares-comuns – é a *tópica de primeiro grau*. Em razão da insegurança deste procedimento, elaboram-se inventários mais ou menos organizados de lugares-comuns segundo certos critérios que delimitam a área argumentativa (por exemplo, *topoi* gramaticais, ou lógicos, ou históricos etc.) – é a *tópica de segundo grau*. Mas uma dedução sistemática dos *topoi* é impossível, pois mais importante do que concluir é formular as premissas.

De inestimável contribuição à ciência do direito é ainda a proposta da interpretação jurídica orientada pela *lógica do razoável*, de Luis Recaséns Siches. Diz ele que só a norma jurídica “individualizada” – que para o jurista representa a aplicação ao caso concreto da norma geral – representa a norma perfeita e completa, contém uma “plenitude de sentido”, pois é a articulação da norma geral com a realidade da vida – que, como ele mesmo diz, “[...] é sempre concreta e particular”.³⁴

E o intérprete deve, ao converter a norma “geral” em “individual”, atuar de modo a promover a “mais justa” individualização da prescrição³⁵. É, então, a interpretação por *equidade* que norteia o intérprete, uma interpretação *lógica*, mas que não se apoia no modelo silogístico-

³² *Tópica y filosofía del derecho*, p. 127.

³³ *Introdução ao estudo do direito*, p. 329.

³⁴ *Introducción al estudio del derecho*, p. 208.

³⁵ *Introducción al estudio del derecho*, p. 216.

-dedutivo, pois há uma valoração do conteúdo da norma, pois se deve aferir qual foi a *razão* que inspirou o legislador. É o que denomina – em substituição à palavra equidade – *lógica do humano*, ou – como veio a ser mais conhecida – *lógica do razoável*.

Exemplifica o autor³⁶ o célebre caso da proibição que constava, em uma estação de trem, de que os passageiros ingressassem com cachorros, e que certa feita um camponês insistia adentrar com um urso, pois a proibição não o mencionava. Se sob a perspectiva da lógica tradicional a conduta do empregado que vedasse a entrada do urso fosse reprovável, o mesmo não se poderia dizer se a análise fosse feita sobre as *razões* que inspiraram a vedação – sob a *lógica do razoável*.

A proposta do autor é sensivelmente relevante não apenas em casos nos quais a norma “geral” provoca, ao senso comum, algum sentimento de “injustiça”. Mas, como ele mesmo diz, quando a norma “geral” apresenta-se “satisfatoriamente justa”, mas a aplicação do silogismo formal conduziria, no caso concreto, à realização de uma norma “individual” notoriamente “injusta”. Esta situação pode ocorrer, diz o jurista, quando aparece um caso inesperado, excepcional, o que acontece quando a realidade do caso não se amolda ao propósito que inspirou a norma aplicável. Com isso, chama o autor atenção para a realidade das relações humanas, que é muito mais rica do que qualquer previsão legislativa.

Em tal situação, deve o juiz guiar-se por “critérios de validade material”, isto é, aferir o *conteúdo* da norma, o que exige que se *anticipem mentalmente os efeitos* que se produziriam com a aplicação da norma, e se tais efeitos não encontram concordância com o propósito da norma, então esta norma não é pertinente ao caso. Insiste o autor que o juiz não se põe acima da lei, mas simplesmente deve predominar o *âmbito material de validade* da norma de acordo com o sentido da lei. Como adverte, “[...] o sentido das palavras da lei atualiza-se não só no ‘contexto das frases’, mas também e sobretudo no ‘contexto da situação real a que a frase refere-se’ [...]”.³⁷ É o que denomina *interpretação não por antecedentes, mas, sim, pela valoração dos efeitos*, isto é, não de uma suposta valoração do juiz, mas de uma valoração dos efeitos conforme o fim da lei em pauta – o que representa, em última análise, um dos imperativos da *prudência*, o que inclusive inspirou os romanos a chamarem de *jurisprudentes* aos jurisconsultos.

³⁶ *Introducción al estudio del derecho*, p. 217 e ss.

³⁷ *Introducción al estudio del derecho*, p. 238.

A ênfase dada pela *lógica do razoável* à finalidade (propósito) da lei é constante. Como acentua o seu autor, “[...] a linguagem não consiste em uma série de palavras, mas sim em uma série de sentidos expressados simbolicamente [...]”.³⁸ A ótica desta doutrina centra-se sob a noção de equidade que não é medida excepcional, mas é um dos recursos práticos mais importantes, e a que o autor prefere denominar *lógica do razoável* para enfatizar a sua aplicação aos problemas práticos do ser humano. A equidade, então, é o método – e não um método – para a individualização da norma geral ao caso concreto, é o único método para a solução satisfatória da situação em análise, assim se entendendo – como situação satisfatória – sob um ponto de vista estimativo, de valoração do conteúdo das normas, do que o ordenamento jurídico elegeu e considera como sentido de justiça.

Em síntese ao seu pensamento, a *lógica do razoável* pode ser resumida sob as seguintes características: a) está condicionada pelo mundo que opera, isto é, pelo direito e de acordo com a realidade social e histórica que o influencia e para a qual atua; b) está impregnada de valores, critérios axiológicos – o que é o principal fator que a diferencia da *lógica racional* (denominação dada pelo autor à lógica formal); c) estas valorações são concretas: referem-se a uma situação humana real; d) as valorações são a base para a determinação das finalidades (ou objetivos) das normas; e) a formulação das finalidades apoia-se nas valorações e condiciona-se pelas possibilidades da realidade humana concreta; f) por consequência, a lógica do razoável é regida em *razões de congruência* ou *adequação*: entre a realidade social e os valores, entre os valores e os fins, entre os fins e a realidade social concreta, entre os fins e os meios, entre os fins e os meios quanto à correção ética destes meios, e entre os fins e os meios quanto à eficácia destes meios; g) por último, orienta-se a lógica do razoável pelas experiências históricas (social) e da vida humana (individual), o passado e o presente.

Nota-se, inexoravelmente, a importância da *argumentação* para a construção do pensamento jurídico. A importância da *argumentação* se reproduz na doutrina de Manuel Atienza ao acolher a ideia de que há três campos em que ocorrem as *argumentações jurídicas*: na produção ou estabelecimento de normas jurídicas (fase legislativa), na aplicação de normas jurídicas (juízes, órgãos administrativos e simples particulares) e na dogmática jurídica (que se ocupa de casos abstratos, como os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual deles deve

³⁸ *Introducción al estudio del derecho*, p. 240.

prevalecer etc.).³⁹ Com muita propriedade, Atienza assevera que dizer que o juiz adotou tal decisão por sua crença religiosa é dar uma *razão explicativa*, mas dizer que adotou certa interpretação para tal artigo é uma *razão justificadora*, e o que os órgãos judiciais precisam não é dar explicações de suas decisões, mas justificá-las, e é a *teoria do padrão da argumentação jurídica* que cuida da justificação dos argumentos, tanto com pretensões descritivas quanto prescritivas. A lógica dedutiva, encarrega Atienza, apenas oferece critérios *formais* de correção.

Finalmente, ainda em rebate às doutrinas da interpretação jurídica como operações meramente descritivas, encontramos a *nova retórica* de Chaïm Perelman para quem a busca da justiça, da aceitabilidade social da decisão, conduz a conciliar estas finalidades às técnicas do raciocínio jurídico, o que denota a “[...] insuficiência, no direito, de um raciocínio puramente formal que se contentaria em controlar a correção das inferências, sem fazer um juízo sobre o valor da conclusão”⁴⁰ – assim, para Perelman⁴¹ o raciocínio jurídico deixa de ser uma simples dedução silogística cuja conclusão impõe-se mesmo que não se paute por qualquer razoabilidade. A tarefa do juiz é encontrar uma solução que considere, ao mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o direito. Portanto, a interpretação da lei deve considerar se a solução concreta a ser acolhida é mesmo aceitável.

Nas palavras do próprio jurista:

Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica.⁴²

A evolução da *retórica* é explanada por Chaïm Perelman. Elaborada em épocas remotas, séculos antes de Cristo, dedicaram-se ao seu estudo, entre outros, Aristóteles, Cícero e Quintiliano. A retórica representou o coroamento da educação greco-romana, mas posteriormente

³⁹ *As razões do direito*, p. 18-19.

⁴⁰ *Lógica jurídica*, p. 13.

⁴¹ *Lógica jurídica*, p. 114-115.

⁴² *Lógica jurídica*, p. 117.

se degenerou, ao longo do século XVI, quando então foi diminuída como o estudo das figuras de estilo, chegando mesmo a desaparecer, pouco depois, dos programas de ensino. Segundo Olivier Reboul,⁴³ acredita-se que a retórica surgiu na Sicília grega nos idos de 465 a.C., e sua origem foi “judiciária”, pois numa época em que não havia advogados os cidadãos que reclamavam seus direitos recorriam a uma coletânea de “preceitos práticos”, que apresentavam exemplos de discursos para recorrer-se à Justiça. Daí que o sentido corrente que passou a ter a palavra *retórica* foi mesmo em tom pejorativo, como observa Reboul.⁴⁴

A retórica era concebida por Aristóteles como a arte de procurar, em qualquer situação, os meios disponíveis de persuasão – mas, para Perelman, o objeto da retórica é o estudo das técnicas discursivas que visam provocar ou aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento; a retórica objetiva persuadir por meio do discurso, o que pode ter intensidades variáveis uma vez que não se versa sobre verdades, mas valores, isto é, o que distingue a retórica da lógica formal e demais ciências positivas é que a retórica “[...] diz respeito mais à adesão do que à verdade”.⁴⁵

Por este prisma, há mesmo, como anota o autor, marcante distinção entre o discurso sobre o real e o discurso sobre os valores, pois o que se opõe ao verdadeiro é o falso, e assim o é para todo mundo, sem qualquer possibilidade de “escolha”, mas o que se opõe a um valor é outro valor, e os valores sujeitam-se a hierarquias diferentes, por pessoas diversas ou até mesmo por uma mesma pessoa a depender do momento no curso de sua vida.

Chaïm Perelman⁴⁶ propõe a *nova retórica* como “[...] o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas”. Pois o direito deve atender a uma dupla exigência: “[...] uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável”⁴⁷ – destarte, a lógica judiciária centra-se não na ideia de verdade, mas na de adesão do auditório.

Entende-se que Perelman não refuta a possibilidade de que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas o que ele quer esclarecer é que tal forma não garante, em absoluto, o

⁴³ *Introdução à retórica*, p. 2 e ss.

⁴⁴ *Introdução à retórica*, p. 13 da introdução.

⁴⁵ *Lógica jurídica*, p. 143.

⁴⁶ *Lógica jurídica*, p. 154.

⁴⁷ *Lógica jurídica*, p. 238.

valor da conclusão. Se a conclusão é “socialmente inaceitável” significa, para Perelman, que as premissas foram aceitas levemente.

Se o papel da lógica formal é o de “[...] tornar a conclusão solidária com as premissas [...]”, o papel da lógica jurídica, por sua vez, é o de “[...] demonstrar a aceitabilidade das premissas”, o que é o resultado da confrontação das provas, argumentos e valores que se apresentam no conflito concreto e que devem ser equacionados pelo julgador ao definir a sua decisão e motivar o seu julgamento – a *lógica jurídica* é então bem distinta da lógica formal, pois a lógica jurídica é *argumentação*.

Com essa vasta e consistente teorização, propõe Perelman a *lógica do preferível*, é dizer, o uso da *retórica* como técnica de persuasão na qual o objeto não é verdadeiro, mas opinável.

A preocupação da retórica não é a verdade, mas a *adesão do auditório* ao qual o orador dirige-se, o que faz por perceber que uma das distinções entre a retórica e a lógica formal é que para a primeira a opinião que o auditório tem do orador é sem dúvida fundamental, pois contribui para a adesão ao seu discurso. Já na lógica formal a argumentação é *coerciva* porque se desenvolve sob um sistema de deduções unívocas e invariáveis.

Por isso, a noção de contradição, da lógica, deve ser substituída, em retórica, por incompatibilidade.

A lógica dedica-se à *demonstração*, e a argumentação à *adesão* à tese apresentada, logo, a argumentação desenvolve-se conforme o auditório porque a este o orador deve adaptar-se.

Para encerrar, e da melhor maneira para compreender - nas palavras do próprio Perelman:

As razões que fundamentam as nossas decisões consistem, o mais das vezes, em opiniões que consideramos as mais prováveis, sendo, aliás, a probabilidade nessa matéria raramente suscetível de determinação quantitativa. Tais opiniões são elaboradas graças a raciocínios que não se prendem nem à evidência nem a uma lógica analítica, mas a presunções cujo exame depende de uma teoria da argumentação.⁴⁸

⁴⁸ *Lógica jurídica*, p. 356-357.

Referências bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito - introdução e teoria geral - uma perspectiva luso-brasileira*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito - teorias da argumentação jurídica*. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação - a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

