

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**CLARISSA FROTA ALVES**

**RECURSO À INDETERMINAÇÃO PARA UMA  
APLICAÇÃO JUSTA DO DIREITO  
(ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE ESTUDO DE CASOS)**

FORTALEZA  
2006

**CLARISSA FROTA ALVES**

**RECURSO À INDETERMINAÇÃO PARA UMA  
APLICAÇÃO JUSTA DO DIREITO  
(ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE ESTUDO DE CASOS)**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rui Verlaine Oliveira  
Moreira

FORTALEZA  
2006

**CLARISSA FROTA ALVES**

**RECURSO À INDETERMINAÇÃO PARA UMA  
APLICAÇÃO JUSTA DO DIREITO  
(ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE ESTUDO DE CASOS)**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Aprovada com louvor em : 07/08/2006

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Rui Verlaine Oliveira Moreira(Orientador)  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Profª. Dra. Vera Lúcia Mendes de Oliveira  
Universidade Estadual do Ceará – UECE

---

Prof. Dr. Raimundo Hélio Leite  
Universidade Federal do Ceará – UFC

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Rui Verlaine Oliveira Moreira, pela sábia e paciente orientação.

Aos três juízes entrevistados, pelo interesse em colaborar com a presente pesquisa.

Aos amigos do mestrado, pela troca de experiências.

Aos meus pais, Edna Frota Alves e Francisco Ferreira Alves, pelo permanente apoio que sempre me fornecem.

A Fabrício Cardoso de Meneses, pelo amor e cumplicidade.

Aos meus irmãos, Carina Frota Alves e Leonardo Frota Alves, pelo companheirismo.

A todos que contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento e conclusão deste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho objetivou visualizar os instrumentos de que os juízes dispõem para uma aplicação justa do direito. Esse objetivo geral foi perseguido através dos seguintes objetivos específicos, que serviram de instrumentos para a consecução daquele: verificar a insuficiência de instrumentos de que se servem os juízes para uma aplicação justa do direito e analisar como os elementos da teoria da interpretação são utilizados, na prática dos juízes. Pretendemos dar à dissertação um enfoque mais prático e real da interpretação e aplicação do direito por parte dos juízes. Por isso, optamos pela técnica da entrevista estruturada e gravada. Assim, três juízes foram entrevistados, sendo feitas as mesmas perguntas a todos eles, perguntas essas que foram previamente estabelecidas e formuladas seguindo a mesma seqüência em todas as entrevistas. A partir das entrevistas realizadas, transcrevemos as respostas dadas pelos entrevistados e selecionamos os trechos mais expressivos das falas dos juízes. Em seguida, esses trechos foram reduzidos em contextos de unidades de sentido, ou seja, as expressões e frases mais importantes dos trechos das falas dos juízes foram selecionadas e organizadas em tais contextos para que fosse entendido o conteúdo essencial que os entrevistados quiseram ressaltar. Esses contextos de unidades de sentido foram agrupados em blocos para reflexão, os quais originaram os capítulos do desenvolvimento do presente trabalho: A Importância dos Conhecimentos Extrajurídicos, Fontes do Direito, Modalidades de Interpretação, Aplicação do Direito com Segurança, Aplicação do Direito com Insegurança. De posse dos dados coletados nas entrevistas, os mesmos foram confrontados com a bibliografia existente. Por fim, concluímos que os juízes recorrem ao indeterminado para uma aplicação justa do direito, uma vez que nenhum instrumento jurídico pode abraçar toda a realidade do Direito.

Palavras-chave: instrumentos, indeterminação, justiça.

## **ABSTRACT**

The purpose of this work is to visualize the available instruments which judges have so that they can be fair in applying sentences. The general objective was fulfilled through the following specific objectives: we verified the lack of instruments which judges have in order to apply the law fairly and we analyzed how the elements of the theory of interpretation are used in practice by judges. We intended to give to this dissertation a practical and real focus of interpretation and application of law by judges. That is why we chose the structured interview as a technique. So, three judges were interviewed and the same questions were made. The questions were previously organized and they followed the same order in all interviews. From the interviews, we wrote down the answers given by the judges and we selected the most expressive parts of the judges talk. After that, these parts were reduced to meaningful unit contexts that is the most important expressions and phrases from the interviews were selected and organized in such contexts so that the essential content could be easily understood. These meaningful unit contexts were organized in parts for reflection and they were the origin for the development chapters of this work: the importance of the extrajudicial knowledge, sources of law, ways of interpretation, application of law with security, application of law with in security. With the data collected through the interviews, we compared them with the bibliography already available. To sum up, we concluded that judges make use of something undetermined in order to apply the law fairly because there is no juridical instrument that can cover all the reality of law.

Key word: instrument, indetermination, justice.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1.1 Objetivos</b> .....	11
1.1.1 <i>Objetivo geral</i> .....	11
1.1.2 <i>Objetivos específicos</i> .....	11
<b>2 PERCURSO METODOLÓGICO</b> .....	13
<b>3 A IMPORTÂNCIA DOS CONHECIMENTOS EXTRAJURÍDICOS</b> .....	23
<b>4 FONTES DO DIREITO</b> .....	31
<b>4.1 O caso concreto como fonte material do Direito</b> .....	31
<b>4.2 Fontes tradicionais do Direito</b> .....	35
4.2.1 <i>Eqüidade</i> .....	37
4.2.2 <i>Costume</i> .....	40
4.2.3 <i>Jurisprudência</i> .....	43
4.2.4 <i>Princípios gerais do Direito</i> .....	44
<b>5 MODALIDADES DE INTERPRETAÇÃO</b> .....	49
<b>5.1 Escolas de interpretação</b> .....	49
<b>5.2 Métodos de interpretação</b> .....	54
5.2.1 <i>Métodos modernos</i> .....	59
<b>6 APLICAÇÃO DO DIREITO COM SEGURANÇA</b> .....	65
<b>6.1 Aplicação da lei ao caso concreto</b> .....	65
<b>6.2 A lei na hierarquia das fontes do Direito</b> .....	70
<b>6.3 O apego à certeza na interpretação do Direito</b> .....	72
<b>6.4 Súmula vinculante</b> .....	74
<b>7 APLICAÇÃO DO DIREITO COM INSEGURANÇA</b> .....	80
<b>7.1 O papel dos valores na interpretação jurídica</b> .....	80
<b>7.2 Subjetividade <i>versus</i> arbitrariedade</b> .....	83
<b>7.3 A lei como uma das possibilidades do Direito</b> .....	87
<b>7.4 A abertura hermenêutica</b> .....	94
<b>7.5 Atualização do Direito pelo juiz</b> .....	96
<b>7.6 Da vagueza inerente à linguagem da lei</b> .....	99
<b>7.7 A intuição na escolha pela melhor decisão</b> .....	106
<b>7.8 A pré-compreensão como a “bagagem” que o intérprete traz consigo</b> .....	109
<b>8 ANÁLISE INTERPRETATIVA</b> .....	113
<b>9 CONCLUSÃO</b> .....	118
<b>10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	121
<b>ANEXOS</b> .....	

126

**Anexo A**.....

127

**Anexo B**.....

129

**Anexo C**.....

131



## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo a visualização dos instrumentos de que os juízes dispõem para uma interpretação e aplicação justa do Direito. Inserimos em tal reflexão a discussão sobre a liberdade dos juízes, as fontes do Direito e a insuficiência de algumas dessas fontes.

A idéia central é tentar demonstrar como os juízes fundamentam suas decisões, ao se depararem com vagos conceitos contidos na lei. O objetivo geral será buscado mediante os objetivos específicos, que servirão de instrumentos para a consecução daquele. Dessa forma, verificaremos a insuficiência de algumas fontes do Direito e instrumentos jurídicos e visualizaremos como os elementos da Teoria da Interpretação apresentam-se, na prática dos juízes, a fim de se chegar ao justo.

Em nossa experiência como bolsista de iniciação científica, ainda na graduação do curso de Direito, pesquisávamos sobre os métodos de interpretação judicial. Assim, o presente texto decorreu de um estudo que já se havia iniciado anos antes, ainda na graduação.

Por isso, a escolha do tema surgiu do aprofundamento da pesquisa teórica no campo da Hermenêutica. Vimos, entretanto, a necessidade de obter uma visão prática do estudo, o que foi possível a partir da realização das entrevistas com juízes. Com isso, ora constatamos uma coincidência, ora vimos discordância entre a bibliografia estudada e a realidade dos magistrados.

Como o Direito é uma realidade indeterminada, tentaremos demonstrar que qualquer veículo que se destine a abraçar toda essa realidade não terá êxito em tal intento.

A importância do tema reside, sobretudo, na abordagem prática de assuntos da Hermenêutica Filosófica, o que foi obtido a partir das entrevistas. Outrossim, na valorização do elemento incerteza quando da interpretação jurídica. Ora, se as normas jurídicas aceitam vários sentidos, sentidos esses que jamais estarão todos determinados, tentaremos demonstrar que a natureza do Direito é de ser indeterminado, no sentido de estar em permanente construção. Assim, demonstraremos que o recurso ao indeterminado é uma realidade na prática judicial.

A ordem do desenvolvimento do trabalho é a seguinte: inicialmente, descreveremos o percurso metodológico percorrido. Em seguida, analisaremos a importância dos conhecimentos extrajurídicos na interpretação da norma. Depois, visualizaremos e discutiremos as fontes do Direito destacadas pelos juízes entrevistados. Consideraremos as modalidades de interpretação em curso, a partir da visão dos magistrados. Discorreremos acerca da forma de aplicação do Direito, com segurança. Por fim, avaliaremos os instrumentos jurídicos que, além de servirem para a interpretação e resolução do caso concreto, não tolhem a liberdade dos juízes, por favorecerem sua criatividade.

Pretendemos dar à dissertação um enfoque mais prático e também real da interpretação e aplicação do Direito por parte dos juízes. Por isso, optamos pela técnica da entrevista. Assim, três juízes foram entrevistados, sendo feitas as mesmas perguntas a todos eles.

Segundo Marconi, a dissertação pode ser expositiva ou argumentativa. No primeiro caso, existe uma reunião do material coletado de diferentes fontes. No segundo, além de tal reunião, existe também a interpretação das idéias expostas (2001, p.75). Nosso trabalho caracteriza-se como uma dissertação argumentativa, dado que não consiste na mera coleta bibliográfica, sendo também resultado de profunda reflexão e interpretação dos indicadores recolhidos e idéias expostas.

Dessa forma, pretendemos contribuir para o enriquecimento do estudo do tema da interpretação jurídica, a partir do enfoque dos instrumentos de que os juízes dispõem para uma aplicação justa do Direito, discutindo sobre a insuficiência da norma legal e analisando a utilização, na prática dos magistrados, de teorias, métodos e técnicas da Ciência da Interpretação.

Por acreditarmos em um Judiciário competente e apto a ser um instrumento de justiça e mudança social, defendemos a liberdade interpretativa dos juízes e, para isso, estudamos o recurso dos juízes ao que ainda não está determinado, a fim de que apliquem o justo.

As doutrinas brasileira e estrangeira já se ocuparam de temas relativos à liberdade do juiz, métodos de interpretação e fontes do Direito. O estudo sobre como os juízes concebem o indeterminado para chegar à justiça, no entanto, ainda é pouco desenvolvido. Ademais, a visão prática obtida a partir das entrevistas fornece ao trabalho certa originalidade.

## **1.1 Objetivos**

Vale destacar, nesse momento, os objetivos do presente trabalho, a seguir delineados.

### *1.1.1 Objetivo geral*

Visualizar instrumentos de que os juízes dispõem para uma aplicação justa do Direito.

### *1.1.2 Objetivos específicos*

- a) Verificar a insuficiência de instrumentos de que se servem os juízes para uma aplicação justa do Direito e
- b) detectar a utilização de elementos da Teoria da Interpretação na prática dos juízes.

## 2 PERCURSO METODOLÓGICO

No presente capítulo, descreveremos o caminho trilhado para a realização deste trabalho, apresentando os instrumentos metodológicos utilizados.

Para a realização deste texto, tendo em conta os objetivos a que se destinava, inicialmente, foram elaboradas perguntas a serem feitas aos juízes entrevistados. Tínhamos o fito de, a partir das entrevistas, coletarmos dados a serem analisados e confrontados com a bibliografia.

Utilizamos no presente trabalho duas técnicas: pesquisa bibliográfica e entrevistas. Para Marconi (2001, p.49), técnicas correspondem à parte prática da coleta de dados. Subdividem-se em documentação indireta e direta. Dessa forma, em nossa pesquisa, servimo-nos da pesquisa bibliográfica (documentação indireta) e de entrevistas (documentação direta).

Entrevista é uma técnica em que uma das partes busca dados e a outra é fonte de informações (GIL, 1999, p.117). No caso deste estudo, a fonte foram os juízes.

Optamos pela realização das entrevistas a fim de que o trabalho fosse enriquecido com os estudos de caso, uma vez que as respostas dos juízes delimitariam a extensão da pesquisa, entretanto, ao mesmo tempo, poderíamos aprofundar a pesquisa a partir dos dados citados pelos entrevistados.

As entrevistas realizadas caracterizaram-se como entrevistas estruturadas. Tal técnica consiste em uma relação fixa de perguntas cuja ordem e redação permanece constante para todos os entrevistados. Assim, as respostas obtidas são padronizadas (GIL, 1999, p.121).

Por isso, pudemos contrastar as respostas dadas pelos entrevistados, analisando-as e comparando-as entre si e com a literatura.

Richardson designa como dirigida a técnica da entrevista em que se parte de perguntas precisas, predeterminadas e numa ordem pré-fixada (1999, p.210).

Assim, a partir da entrevista estruturada ou dirigida, os dados foram organizados e interpretados. Foi estabelecida a ligação entre os resultados obtidos das entrevistas e as teorias procedentes da bibliografia selecionada.

A pesquisa realizada designa-se como um estudo de caso instrumental. Ensina Gil (2001, p.139):

Estudo de caso instrumental é aquele que é desenvolvido com o propósito de auxiliar no conhecimento ou redefinição de determinado problema. O pesquisador não tem interesse específico no caso, mas reconhece que pode ser útil para alcançar determinados objetivos.

Merriam, citado por Bogdan e Bilklen, explica que o estudo de caso consiste na observação de um contexto ou indivíduo (BOGDAN; BILKLEN, 1994, p.89). Em nossa pesquisa, a partir dos dados coletados nas entrevistas, observamos os perfis dos juízes entrevistados, como desempenham suas funções, como aplicam certas fontes do Direito, entre outras observações.

Foi o que ocorreu no presente estudo: não tínhamos interesse, especificamente, em estudar este ou aquele magistrado. Pretendíamos, isto sim, fazer uma pesquisa com predominância qualitativa, realizando os estudos de caso, a fim de melhor entender o

problema da interpretação e aplicação justa do Direito a partir de instrumentos abertos e não determinados.

Usamos, então, o método com abordagem qualitativa, o qual, segundo Fazenda (2003, p.7-9), representou nova forma de esquematizar o conhecimento, não mais por números e sim por substratos.

Dessa forma, três juízes foram tomados aleatoriamente, e, de posse das perguntas, marcamos os três encontros para a realização das entrevistas. As perguntas foram formuladas a fim de se obter esclarecimentos acerca do modo como os magistrados preenchem o conteúdo de conceitos vagos contidos na lei. Foram necessárias, também, perguntas acerca da aplicação de métodos de interpretação e questionamentos a respeito da utilização da lei como fonte do Direito.

As entrevistas ocorreram nos meses de maio a julho de 2005. Foi explicado o objetivo da entrevista aos entrevistados e esclarecido que lhes seria assegurado o anonimato.

Os magistrados pediram esclarecimentos atinentes a certas perguntas, forneceram exemplos do que ocorre na prática de suas funções e até tocaram em alguns pontos correlatos ao tema do nosso trabalho. As entrevistas foram gravadas e, em seguida, transcritas fielmente, conforme podemos ler nos anexos deste relatório de pesquisa.

Em síntese, o caminho foi percorrido em obediência às seguintes fases: primeiro, foram elaboradas as perguntas; depois, realizadas as entrevistas; em seguida, selecionados os trechos mais expressivos das entrevistas e destacados os contextos das unidades de sentido

das falas dos juízes; por fim, selecionamos a literatura referente aos temas destacados pelos magistrados.

As perguntas da entrevista, previamente estabelecidas, estão transcritas a seguir:

- 1) Como concretizar (aplicar) as expressões vagas contidas na lei?
- 2) Não seria uma exigência de justiça haver segurança quando da interpretação dos conceitos indeterminados? Tal segurança é possível diante do conceito de liberdade/criatividade do juiz?
- 3) O Sr (a) entende que haverá apenas uma solução possível quando da densificação do conceito indeterminado ou que várias soluções, em regra, são viáveis?
- 4) Como o subjetivismo pode adentrar a interpretação dos conceitos vagos sem significar arbitrariedade? É possível desvincular o subjetivismo do arbítrio?
- 5) Os métodos tradicionais (sistemático, teleológico, gramatical) são aplicados na prática de um juiz? O Sr (a) se dá conta dessa aplicação?
- 6) Como o Sr (a) concebe os métodos modernos, como o concretista (de Friedrich Müller, Konrad Hesse) e a tópica?
- 7) A súmula vinculante não amordaçará a interpretação judicial?
- 8) O Sr (a) já se deparou com algum caso em que não havia nenhuma lei regulando a matéria? No que o Sr (a) fundamentou a sua sentença?

A partir das respostas obtidas, retiramos os trechos mais importantes das falas transcritas, para servirem como unidades de análise. Adotamos o seguinte sistema de identificação das falas: a letra disposta dentro dos parênteses após cada trecho de fala transcrito representa os juízes entrevistados, quais sejam, os Juízes A, B ou C; o número, por



sua vez, significa o número da pergunta formulada. Exemplo: “O que fundamenta o preenchimento do conteúdo é o princípio informador do instituto [...]”. (Juiz B, 1), significa que o Juiz B respondeu essa frase à pergunta de número 1. Quando escrevemos a palavra “posterior” dentro dos parênteses, significa que houve a necessidade de um esclarecimento por parte do juiz, obtido posteriormente à entrevista.

A partir da obtenção dos trechos das falas, criamos cinco blocos de temas a refletir. Assim, retiramos dos trechos das falas mais importantes os contextos de unidades de sentido, a fim de que fossem melhor analisadas, sendo o norte para a pesquisa bibliográfica. Não adentramos temas que não foram citados pelos juízes entrevistados. Esses contextos de unidades de sentido são as partes mais relevantes retiradas das falas dos juízes para entender os conteúdos que os magistrados queriam expressar.

## **BLOCOS PARA REFLEXÃO (CONTEXTOS DE UNIDADES DE SENTIDO):**

### **BLOCO 1**

<p><b>CONHECIMENTOS EXTRAJURÍDICOS:</b> Conhecimentos de Sociologia, de História (Juiz A, 1); fatores que orbitam o direito que deve ser de conhecimento do intérprete (Juiz A, 1); o juiz tem que ter coragem de se encarar como um elemento integrador da sociedade (Juiz A, 8).</p>
--

## BLOCO 2

**FONTES DO DIREITO:** concretização das expressões vagas em cada situação concreta (Juiz B, 1); adaptar a largueza do conceito à prática (Juiz C, 1); senso de justiça do juiz, a equidade, o costume. É um pouco de cada coisa. Também o que está sendo julgado por outros juizes, por outros tribunais (Juiz C, 1); equidade na aplicação das fontes (Juiz B, 1); havia decisões que se fundamentavam exclusivamente em tal costume (Juiz C, 8); Também os princípios, apesar de nunca ter visto uma sentença fundamentada apenas nos princípios (Juiz C, 1); o que fundamenta o preenchimento do conteúdo é o princípio informador do instituto (Juiz B, 1)

## BLOCO 3

**MODALIDADES DE INTERPRETAÇÃO:** escolas de que são oriundos esses intérpretes (Juiz A, 2); o que o intérprete diz é o que é a lei. (Juiz A, 2); a atividade da magistratura é aplicar, interpretar a lei, e não fazer a lei (Juiz C, 4); me dou conta dessa aplicação, até porque os estudei para transmiti-los aos meus alunos (Juiz A, 5); métodos são aplicados empiricamente (Juiz C, 5); nunca me preocupei em seguir nenhuma regra de hermenêutica (Juiz C, 8); eu me valho de todos os métodos; não tenho um método específico (Juiz A, 6); eu acho isso, tecnicamente, “lindo”. Mas confesso que essa preocupação eu não vejo na prática (Juiz C, 6)

## BLOCO 4

**APLICAÇÃO DO DIREITO COM SEGURANÇA:** A atividade da magistratura é aplicar, interpretar a lei, e não fazer a lei (Juiz C, 4); A lei não é o que a lei diz, mas o que o intérprete diz. O que o intérprete diz é o que é a lei (Juiz A, 2); me preocupo em procurar a lei, e logo em seguida, caso não exista a lei, aplico a equidade. Talvez a analogia e os costumes (Juiz C, 8); acho perigoso até os conceitos vagos (Juiz C, 4); súmula vinculante como elemento norteador (Juiz A, 7); súmula vinculante tem pontos positivos e negativos (Juiz B, 7); não acho que a súmula vinculante vai amordaçar o juiz de primeiro grau (Juiz C, 7); a segurança está em manter a efetividade da norma e a sua atualidade (Juiz B, 2)

## BLOCO 5

**APLICAÇÃO DO DIREITO COM INSEGURANÇA:** o que fundamenta a minha escolha são os valores (Juiz A, 3); a justiça é um conceito relativo, subjetivo (Juiz A, 4); a justiça é um conceito racional. É uma obra da razão, e como obra da razão ela está contaminada de humanidade e por sua vez de subjetivismo (Juiz A, 8); já me deparei inclusive com um caso em que a lei previa o caso, mas não apliquei essa lei (Juiz A 8); a segurança está em manter a efetividade da norma e a sua atualidade (Juiz B, 2); haverá várias soluções para a interpretação dos conceitos vagos (juízes A, B e C, 3 ); quando me deparo com um caso difícil, eu nunca julgo no mesmo dia. Penso durante uns três a cinco dias e às vezes me acordo de madrugada para sentenciar. Às vezes a que eu fiz, não é a que eu entrego (Juiz C, 8); pré-conhecimento como bagagem (Juiz A, 1, posterior).

Tais blocos deram origem aos capítulos do desenvolvimento do trabalho.

Dessa feita, observamos que foi utilizado o método indutivo, dado que a pesquisa iniciou-se do concreto (entrevistas) e caminhou-se em direção ao geral, consubstanciado na pesquisa bibliográfica (HENRIQUES; MEDEIROS, 2003, p.50). Como sempre retornávamos da bibliografia pertinente ao tema para os estudos de caso, entretanto, também utilizamos o método dedutivo.

Aspectos do método fenomenológico também foram utilizados. Sobre esse método, ensina Husserl (1990, p.22), que “o método da crítica do conhecimento é o fenomenológico; a fenomenologia é a doutrina universal das essências, em que se integra a ciência da essência do conhecimento”. Assim, a regra principal desse método é ir às coisas em si mesmas, do fenômeno, à sua essência, “para aprender delas o que nos ensinam sobre si mesmas, ficando suspensa, provisoriamente, qualquer elaboração teórica sobre a realidade” (BARRETO; MOREIRA, 1997, p.32-33).

Petrelli auxilia-nos no entendimento desse método:

Tudo o que se oferece ao nosso conhecimento pode ser chamado de realidade fenomênica; mas o conhecimento intenciona também a realidade essencial: fenomenológico é todo procedimento metodológico que, partindo dos fenômenos, nos conduz ao conhecimento das essências. Das aparências às essências dos fatos, isso é Fenomenologia (PETRELLI, 2001, p.16).

O método fenomenológico tem três fases ou “graus de consideração fenomenológica” (HUSSERL, 1990, p.22-49), que representam o caminho para se atingir a essência pura das coisas. São eles: redução fenomenológica, redução eidética e redução transcendental. Não são fases estanques, mas sim aspectos de um mesmo método (BARGUIL; LEITE, 1997, p.90).

Durante o primeiro grau da consideração fenomenológica, deve haver uma suspensão de preconceitos, uma abstenção de juízos. Explica Husserl, que “ de início, não nos é permitido admitir conhecimento algum como conhecimento; de outro modo, não teríamos nenhuma meta possível ou, o que é a mesma coisa, uma meta com sentido” (1990, p.23). Assim, não se faz uso de conhecimentos anteriores que constituem o mundo (BARGUIL; LEITE, 1997, p.91).

Quando se constata que o singular encerra em si o aspecto essencial, “idêntico em todas as individualidades” (BARGUIL; LEITE, 1997, p.92), faz-se uma redução eidética. Volta-se, então, para o que é fenômeno, alcançando-se o universal no individual.

Como intentamos livrar-nos de pré-juízos durante a pesquisa, a fim de que esses conhecimentos prévios não contaminassem a realidade do estudo de caso, podemos acentuar que nos utilizamos do primeiro aspecto do método fenomenológico, qual seja, a redução fenomenológica. Outrossim, ao compararmos os estudos de caso, uns com os outros e esses com a literatura, realizamos a redução eidética, identificando o universal no unitário.

A pesquisa bibliográfica foi realizada a fim de identificar esse universal no individual. Assim, constituiu-se na próxima etapa da dissertação, logo após a coleta dos dados mediante as entrevistas e as reduções necessárias.

Tínhamos, então, um universo delimitado de temas a tratar, obtido das respostas dos magistrados. Dessa forma, as respostas obtidas nas entrevistas deram o norte para o que pesquisariamos na literatura.

Outros métodos utilizados foram o método histórico, por termos investigado escolas e teorias de interpretação do passado. Para Marconi e Lakatos (2003, p.107), o método histórico consiste em investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar sua influência na sociedade de hoje.

Também empregamos o método comparativo, por havermos comparado certas concepções pessoais dos juízes, contrastando-as as mesmas com a bibliografia estudada. Ensina Gil (1999, p.34) que “o método comparativo procede pela investigação de indivíduos, classes, fenômenos ou fatos, com vistas a ressaltar as diferenças e similaridades entre eles”.

A pluralidade metodológica aplicada é inerente a qualquer estudo científico. Explicam Feitosa e Barbosa (1997, p.153):

a abordagem do objeto científico deve ser feita através do uso sucessivo de diversos métodos. As relações entre a teoria e a experiência são de tal modo estreitas que nenhum método, seja experimental, seja racional, está seguro de manter seu valor.

Tal ocorre porquanto nenhum método é definitivo e perfeito. Explica Bachelard (1985, p.121):

Os conceitos e os métodos, tudo é função do domínio da experiência; todo o pensamento científico deve mudar ante uma experiência nova; um discurso sobre o método científico será sempre um discurso de circunstância, não descreverá uma constituição definitiva do espírito científico.

Assim, utilizamos uma diversidade de métodos, porquanto foi a realidade da experiência científica a solicitar essas novas e variadas metodologias.

### 3 A IMPORTÂNCIA DOS CONHECIMENTOS EXTRAJURÍDICOS

Neste seguimento, discorreremos acerca da importância dos conhecimentos extrajurídicos para bem interpretar a norma. A interpretação e, por sua vez, a Ciência Jurídica tornar-se-ão mais ricas se houver a preocupação de sempre conectar o Direito a outros conhecimentos.

A fala, a seguir, expressa a necessidade de se ter esses outros conhecimentos, além do direito:

[...] Não basta só um conhecimento do Direito; é necessário que se tenha um conhecimento de Sociologia, de História, para que se possa avaliar e aquilatar o sentido dessas normas na época em que elas foram elaboradas. É preciso que se tenha um conhecimento histórico e social da época em que a norma foi elaborada [...] (Juiz A, 1).

O magistrado A advertiu para a noção de que o juiz deve analisar os fatores extrajurídicos que existiam à época em que a norma foi elaborada. Assim, seria necessário que se tivesse um conhecimento não só do Direito, mas também de Sociologia e História, para bem interpretar a norma.

Vale refletir, nesse ponto, sobre o motivo pelo qual apenas o juiz A ter mencionado a necessidade de conhecimentos extrajurídicos na interpretação da norma. Nem o juiz B, nem o juiz C destacaram a importância da interdisciplinaridade na aplicação do Direito.

O momento de interpretação histórico leva em conta as idéias, sentimentos e interesses dominantes ao tempo da elaboração da lei. A lei representa uma realidade cultural situada na progressão do tempo. Uma lei nasce, obedecendo a determinadas aspirações da

sociedade ou da classe dominante da sociedade, traduzidas pelos que a elaboram, mas o seu significado é mutável (HERKENHOFF, 1999, p.21).

De fato, o direito é um objeto cultural, produto histórico da sociedade. Dessa forma, fatores históricos e sociais influenciaram o legislador quando da elaboração da norma e, por isso, devem ser analisados também pelo intérprete. O juiz deve ser um pensador social e estar atento a tais fatores que circundam o mundo jurídico, para que sua interpretação atualize a norma.

Sobre a necessidade de que sejam considerados os fatores históricos e sociais que existiam na época em que a norma foi elaborada, Herkenhoff (1999, p.19) anota que, ao lado da *ratio legis*, deve ser considerada a *occasio legis*, elemento histórico que fornece ao intérprete os aspectos sociais que influenciaram o legislador.

Ratificando o trecho da fala do juiz A, mencionado em parágrafo anterior, Herkenhoff ensina que o intérprete se deve abrir a outras ciências, revelando a importância da interdisciplinaridade:

O novo salto que penso deva ser dado, corajosamente, pelo aplicador do direito, sobretudo pelo juiz, impõe que este não se enclausure na sua ciência causadora de rigidez perceptiva, mas que se abra às outras ciências, à Economia, à Política, à Sociologia, Psicologia, e que se deixe tocar pela influência das correntes fenomenológica e existencialista, bem como das escolas sociológicas (1999, p.11).

De fato, as ciências sempre devem estabelecer comunicação com outros ramos disciplinares, pois cada área reflete apenas parte do todo do saber. Este todo do conhecimento, como totalmente unificado, é inatingível. Por isso, quanto mais conexão uma ciência faz com outras, mais rica se torna.



No mesmo sentido, Ivani Fazenda (2003, p.43) sustenta que a interdisciplinaridade engrandece o conhecimento:

A interdisciplinaridade leva todo especialista a reconhecer os limites de seu saber para acolher as contribuições das outras disciplinas. Assim sendo, uma ciência é complemento da outra, e a dissociação, a separação entre as ciências é substituída pela convergência a objetivos comuns.

Vemos, assim, que o juiz deve ter conhecimentos de outras áreas, conforme lembrou o Juiz A, quando acentuou que os magistrados devem ter conhecimentos de Sociologia e História. No mesmo sentido, Domingues Andrade lembra que,

ao julgar, portanto, o juiz utiliza e deve utilizar, conhecimentos extra-jurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio. Verdades naturais ou matemáticas, princípios psicológicos, regras de comércio ou da vida social, compõem um acervo inesgotável de noções do saber humano, de que o juiz todos os dias se serve no desenvolvimento da sua atividade.[...] (1987, p. 187).

Assim, o juiz que fica adstrito à Ciência Jurídica não poderá dar a melhor solução ao caso. É imprescindível que se abra às demais ciências, enriquecendo o seu conhecimento para ter uma visão mais verdadeira da realidade e resolva o caso concreto da melhor forma possível.

Assim como a norma eficaz considera os elementos sociais, políticos, econômicos dominantes para ter força normativa, conforme demonstrou Hesse em sua célebre *A Força Normativa da Constituição* (1991, p.20), a justa decisão judicial também deve considerar os elementos extrajurídicos em que está imerso o julgador. Hesse continua:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa.[...] A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (1991, p.22).

Nesse contexto, vale relembrar as diretrizes propostas pela Escola Realista americana, no que tange à necessidade de o juiz ser um observador social. Andrieu (2000, p.14) explica que essa escola tentou reformular o Direito, suas regras e métodos, de acordo com a observação mais acurada sobre a realidade social. Assim, o juiz seria também um sociólogo, pois deveria enfatizar o seu olhar no caso concreto, analisando todas as vertentes da realidade.

O juiz não é um mero e frio aplicador da norma. Quando interpreta o Direito, também deverá fazer a leitura da sociedade ao tempo em que a norma foi elaborada e, por outro lado, precisa decodificar a própria sociedade em que vive, a fim de lhe dar a solução mais condizente com sua realidade e, por via de consequência, estará atualizando a norma.

Gadamer explica que, na compreensão de um texto, estamos fundindo dois mundos de experiência: um onde o texto foi escrito e outro em que se situa o intérprete (SCHROTH, 2002, p. 384). Gadamer ressaltou, assim, a importância, conforme destacou o Juiz A, de compreender a história da norma, ou seja, o que acontecia ao tempo em que tal norma foi criada.

Em outro trecho, o Juiz A ratifica a necessidade de o intérprete atentar para os fatores que orbitam o Direito, dando o exemplo do conceito de “mulher honesta” que se tinha antigamente e do que se tem em nossos dias, evidenciando que o juiz deve atualizar a norma em sua interpretação, considerando os valores morais em voga no momento da decisão:

[...] Veja por exemplo o pré-conceito e o pré-juízo que se tinha de mulher honesta e o conceito que se tem hoje. A norma é a mesma, mas a interpretação dessa norma é distinta. São fatores que orbitam o direito e que deve ser de conhecimento do intérprete (Juiz A, 1).

A interpretação do conceito de “mulher honesta” evoluiu em decorrência da mudança de padrões de comportamento. A sociedade e seus valores transformam-se, e o Direito deve acompanhar tais mudanças, como bem observou Lloyd (1998, p. 262):

O direito, embora profundamente enraizado no complexo social geral e sua ideologia, desenvolve certos postulados fundamentais próprios, os quais tendem a fixar o padrão ou quadro de referência dentro do qual o direito se desenvolve. Esses postulados, entretanto, são fluidos e mudam à medida que a sociedade muda. [...] Uma lenta fermentação está, portanto, ocorrendo constantemente, da qual as normas jurídicas positivas derivam sua força vital e sua orientação futura.

Sobre a evolução do conceito de “mulher honesta”, constatamos que a mudança dos fatos e dos valores foi tamanha que o legislador teve que alterar a norma penal que dispunha sobre a posse sexual mediante fraude. A antiga redação do artigo 215 do Código Penal rezava que era crime: “Ter conjunção carnal com *mulher honesta*, mediante fraude [...] (Grifo nosso)”. A redação atual do artigo 215, alterada pela lei 11.106, de 28 de março de 2005, não menciona mais a necessidade da mulher “ser honesta”. Apenas dispõe ser crime ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude.

Gomes (2006, p.1) elucida o porquê da alteração legislativa:

Eliminação do requisito normativo cultural “mulher honesta”: esse requisito normativo cultural aparecia em vários dispositivos penais (antigo crime de raptó, antigo crime de posse sexual mediante fraude etc.). Somente a mulher “honestá” podia ser vítima desses crimes. Cuidava-se de tipo penal aberto, que exigia juízo valorativo do juiz. Dependíamos da cabeça de cada juiz para se descobrir o que era “mulher honesta”. [...] Fundamental, portanto, é a liberdade, não a honestidade. Andou bem o legislador em eliminar o conceito de mulher honesta do Código Penal. Isso ocorreu inclusive no art. 215 (posse sexual mediante fraude), que agora só menciona como sujeito passivo “mulher” (sem o qualificativo “honestá”).

O conceito de mulher honesta era vago, indeterminado, de complicada análise no caso concreto. Assim, o juiz necessitava analisar fatores extrajurídicos, como a moral, a sociedade em que vivia, e seu próprio patrimônio axiológico e sociocultural, para aferir se a vítima era ou não mulher honesta.

Ademais, a sociedade transformou-se e, juntamente com esta, a atitude da mulher e a forma como é vista também foram objeto de alteração. O que é aceitável e “honesto” para as mulheres de hoje não o era para as de outrora.

Então, dada a fluidez do conceito e, talvez, também, por motivo de segurança jurídica, foi eliminado tal termo do ordenamento jurídico brasileiro. A mulher, independentemente de ser ou não “honesto”, agora está protegida pela norma penal, a qual pune quem exerce posse sexual mediante fraude contra a mulher, simplesmente.

Cavaliere Filho (2002, p. 48) aborda a necessidade de evolução legislativa, a fim de acompanhar a sociedade a ser regrada:

[...] ao afirmarmos que a Sociologia Jurídica preocupa-se com a eficácia do direito, queremos enfatizar que constitui também objeto dessa disciplina saber se as normas jurídicas estão ou não adequadas às necessidades sociais. Quer dizer, primeiro a Sociologia Jurídica preocupa-se com os fatos sociais que repercutem na ordem jurídica, e com as relações que necessitam receber o disciplinamento do direito; uma vez elaborada, a norma disciplinadora empenha-se em saber se a referida atende ou não às necessidades sociais. Isso, [...], é da maior importância porque a norma, mesmo que no momento de sua elaboração esteja perfeitamente adequada à realidade social, com o correr do tempo pode se tornar ultrapassada, ineficaz, em razão da constante evolução social, tornando-se necessário reformulá-la.

O Juiz A, em outro ponto, criticou a aplicação mecânica da lei, dada a necessidade de o juiz ser um “elemento integrador da sociedade”, para que possamos chegar à justiça da decisão:

Já me deparei inclusive com um caso em que a lei previa o caso, mas não apliquei essa lei.[...] O juiz tem que ter coragem de se encarar como um elemento integrador da sociedade, como um indivíduo que está à serviço da sociedade, para dar a ela o que é bom, e não para dizer a ela o que é permitido ou proibido [...] (Juiz A, 8).

Dessa forma, o juiz deveria ter a noção de que tem uma função social. O magistrado não pode ficar restrito à lei, ao direito estatal formalista, se esse não levar à justiça. O juiz tem uma carga de valores, um patrimônio sociocultural e deve “se encarar”, conforme acentuou o Juiz A, como um “elemento integrador da sociedade”. Deve ter a lei como apenas uma das opções para o bem decidir, dado que fatores que circundam o Direito podem ser, em alguns casos, vias mais eficazes para se chegar à justa decisão.

Vale mencionar, aqui, mais uma vez, a abordagem do realismo jurídico dos Estados Unidos, o qual trouxe uma visão sociológica, reagindo aos excessos formalistas do positivismo jurídico. Sobre tal escola, Lloyd (1998, p. 266-267) ensina que o juiz, embora cercado por uma rede de regras, é livre para aplicar o Direito segundo seu arbítrio e ideologia. O pragmatismo ascendeu com Oliver Holmes, para quem a lei era uma simples técnica de predição das decisões dos tribunais. Os fatores psicológicos e sociológicos em muito influenciariam nas tomadas de decisão.

Domingues Andrade leciona:

[...] embora não se deva acreditar que a atividade judicial se reduz a uma simples operação lógica, porque na aplicação do direito entram ainda fatores psíquicos e apreciações de interesses, especialmente no determinar o

sentido da lei, e o juiz nunca deixa de ser uma personalidade que pensa e tem consciência e vontade, para se degradar num autômato de decisões (1987, p. 112).

O juiz não pode ser um frio aplicador da lei. Deve estar consciente da sua função na sociedade: dar a decisão mais justa e adequada, analisando os fatores que cercam o Direito.

Esses fatores que circundam o Direito engrandecem a visão do juiz, uma vez que, ao analisar os aspectos sociais, culturais e econômicos das partes, mais facilmente chegará à verdade do caso concreto e, por isso, encontrará a justiça para a lide.

Portanto, esse estudo dos fatores extrajurídicos é inevitável, pois o juiz não é uma máquina que só se reduz à aplicação da lei. Sua carga de conhecimentos jurídicos e não jurídicos influenciará na interpretação do caso e da norma a ser aplicada. O indeterminado dos conhecimentos extrajurídicos é, assim, um bom recurso para a aplicação justa do direito.

## 4 FONTES DO DIREITO

Os juízes entrevistados citaram diversas fontes do Direito como instrumentos para a decisão, quando encontravam conceitos vagos e, por isso, de interpretação difícil, na lei.

A seguir analisaremos as fontes do Direito citadas pelos magistrados, identificando suas falas.

### 4.1 O caso concreto como fonte material do Direito

O caso concreto é a fonte primeira, material do Direito, de acordo com os Juízes B e C, no que acordam com a literatura jurídica, a qual vê no fato o manancial de informações a serem consideradas com proficiência, a fim de ser resolvido satisfatoriamente o caso concreto.

Herkenhoff (2003, p.103) atenta para a necessidade da aplicação sociológico-política do Direito, para que haja uma aproximação maior entre o Direito e o fato social. Daí a importância da análise acurada do caso concreto e da história dos fatos, pois é o caso em tela que dará a orientação para a boa interpretação da norma a ser aplicada.

Os Juízes B e C, dessa forma, revelaram a necessidade de ser interpretada a lei à luz do caso concreto:

A concretização das expressões vagas contidas na lei, a fim de resguardar o Estado Democrático de Direito, deve ser feita pelo juiz em cada situação concreta [...] (Juiz B, 1).

Na minha atividade, eu procuro adaptar a largueza do conceito à prática. Por exemplo: moralidade. Pela palavra, vou atrás da moral. Tento transformar o vago em concreto. Esse é o primeiro passo. Em seguida, trago

esse conceito, que já está mais concreto, ao processo em que estou trabalhando [...] (Juiz C, 1).

Sabemos que o Direito nasce do caso concreto. Assim, deve ser um espelho da realidade, trazendo soluções para os casos que ocorrem. A realidade, entretanto, está em permanente movimento, e o Direito positivo é, por natureza, de formação mais lenta. Assim, vê-se que as leis nasceram dos fatos, mas a realidade fática, por ser mais rica, pode trazer nuances novas não previstas pelo legislador e, por isso, não solucionáveis pelas leis.

Os conceitos vagos ou abertos contidos na lei são uma tentativa do legislador de alcançar o maior número de casos possíveis de serem resolvidos por tal lei. Por isso, os juízes ressaltaram a necessidade de se atentar para o fato ocorrido, a fim de verificar se a lei, com seus termos vagos, adequa-se a esse caso.

Goyard-Fabre (2002, p.145) alerta para uma nova concepção do mundo jurídico, menos dependente da lógica do que da prática, cujo fundamento de juridicidade parece ter se deslocado da razão para a experiência, para o fato concreto. Ensina que a fisionomia do sistema jurídico oriunda do racionalismo jurídico francês já não pode ter a forma de uma ordem sistemática, devendo flexibilizar-se em decorrência de sua incessante relação com o contexto social.

Vê-se, pois, a importância de se atentar minuciosamente para o fato concreto em vez de se fixar cegamente no sistema rígido de regras e princípios que está disponível aos aplicadores do Direito. Goyard-Fabre ensina, assim, que o *fato* tende a se igualar ao *direito*.



Defendendo a mesma idéia ora esboçada, Bastos expressa que, para Konrad Hesse, o teor da norma só se completa no ato interpretativo, não havendo interpretação independente de problemas concretos (1999, p.155).

Corroborando as afirmações dos Juízes B e C, quanto à necessidade de aprofundar-se no caso concreto, Herkenhoff(1999, p.3) assinala que o juiz deve aplicar o Direito também sob uma perspectiva fenomenológica, descendo ao caso em tela, analisando o homem julgado, compreendendo seu mundo. O fato é a fonte primeira da melhor decisão judicial.

Quando o intérprete descende ao mundo do objeto a ser interpretado, ocorre uma fusão entre os mundos de compreensão. Da fusão desses horizontes sempre resultará em algo novo. Aí está a riqueza da interpretação (STRECK, 2003, p.212).

Vale sublinhar que as pressuposições ou preconceitos não devem amordaçar o intérprete, silenciando-o. O intérprete deve se abrir para o caso concreto, falando, mas também escutando o seu texto (REALE; ANTISERI, 2006, p.253).

Existe uma dificuldade imanente à função legislativa, que é a de criar leis abstratas retratando fatos concretos. A lei intenta reunir uma multiplicidade de casos usando uma linguagem abstrata, fluida. É evidente a dificuldade que existe em passar do concreto ao vago por meio de palavras. O legislador não pode conhecer a realidade por inteiro e, mesmo que a conheça em sua parcela, não pode, por vezes, representar a realidade adequadamente sob a forma de norma legal. Ao emitir leis abstratas, para Haft (2002, p. 318), necessariamente, o legislador distorce a realidade e pode até conduzir a um resultado oposto ao que pretendia com a lei.

Daí a necessidade do movimento da interpretação: passa-se do fato à norma e da norma ao fato, em um ir-e-vir hermenêutico.

Norma e fato são duas lógicas que se complementam. Essa forma de pensar foi descrita por Morin (2003, p.36) como princípio dialógico, que é um dos guias para o pensar complexo que concilia lógicas que se complementam e se excluem ao mesmo tempo. Assim, a dialógica entre norma e fato deve ser pensada ao mesmo tempo.

Interpretamos um texto normativo à luz de nosso pré-conhecimento. Da mesma forma, interpretamos o fato de acordo com nosso juízo prévio. Se uma interpretação nossa colide com a realidade do texto ou do fato, devemos substituí-la. Partimos sempre de uma pré-compreensão para chegar a uma compreensão mais aprimorada, em um movimento em círculo. A interpretação nunca está isenta de pressuposições, e a esse movimento do pensamento denominou-se círculo hermenêutico (HEIDEGGER, 1993, p.207).

Dessa forma, evidencia-se a necessidade imprescindível do estudo acurado tanto do caso concreto quanto da lei pelo juiz, uma vez que é este quem terá contato direto com o fato, que pode não estar previsto dentro de certa lei, a despeito dos termos genéricos que pode carregar. Por outro lado, diante de um conceito fluido contido na lei, o juiz pode adaptar essa lei e aplicá-la ao caso concreto, mediante a densificação do conceito indeterminado.

Se a lei não é apta a ser aplicada ao caso, o juiz poderá dar a melhor decisão, criando a norma do caso concreto. Essa parcela da realidade pode ter aspectos novos, imprevisíveis quando da criação da norma legal. Evidencia-se, com efeito, a criatividade do juiz diante da indeterminação da realidade.

Goyard-Fabre (2002, p.148) explica que a função do Judiciário está em evidência, dada a crise do princípio da legalidade, conforme vemos, de acordo com o trecho seguinte:

O “princípio da legalidade”, que na concepção constitucionalista do direito era uma das vigas mestras da normatividade jurídica, desaparece diante da preocupação, prática ou tática, de mergulhar as raízes do direito na vivência cotidiana. Decerto não se trata nem de substituir a racionalidade pela irracionalidade, nem de desencadear uma nova disputa, dessa vez entre os “modernos” e os contemporâneos; mas, em todos os níveis, o jurislador, sem ser contra a razão racional, desvia-se de suas vias dedutivas para priorizar uma estratégia *pragmática* em que não há lugar para a generalidade, a impessoalidade e o rigorismo.

Dessa feita, o juiz, descendo ao caso concreto e estando consciente de que a lei não tem mais o primado de outrora, poderá adaptá-la ao caso concreto, densificando seus termos vagos, ou até dela prescindindo, criando outra solução para o caso. O caso concreto é que vai sinalizar para que seja dada uma ou solução outra.

Por isso tratamos o caso concreto como fonte material e primeira do Direito: é o fato a primeira via que se deve considerar quando da tomada da decisão pelo juiz. O caso concreto é o instrumento primeiro que deve ser estudado, conducente à melhor decisão.

#### **4.2 Fontes tradicionais do Direito**

As fontes tradicionais do Direito são instrumentos de que se valem os juízes para a aplicação do Direito. Assim, quando deparam com um conceito vago, de interpretação difícil, podem valer-se desses vários instrumentos jurídicos para bem decidir o caso concreto.

Na lição de Reale (1994a, p.12), as fontes classificam-se de acordo com o poder do qual emanam. Assim, existem as leis, resultantes do poder estatal de legislar; os costumes, resultantes do poder social, do poder anônimo do povo; a jurisprudência, decorrente do Poder

Judiciário. Cita ainda a fonte negocial, entretanto, visualizar tal como fonte é uma posição isolada na doutrina.

Quando perguntado sobre como alcança o sentido de uma expressão vaga da lei, o Juiz C afirmou que usa várias fontes:

[...] Eu acho que o que fundamenta o preenchimento do conteúdo do conceito indeterminado é o senso de justiça do juiz, a equidade, o costume. É um pouco de cada coisa. Também o que está sendo julgado por outros juízes, por outros tribunais. Por exemplo: antes da regulamentação dos juro constitucionais. Quando eu trabalhava em vara cível, reuníamos dois, cinco colegas para discutir como estávamos decidindo sobre isso. Não necessariamente a jurisprudência escrita, mas também o debate com colegas ajuda na decisão [...] (Juiz C, 1).

O Juiz C respondeu que se utilizava de fontes tradicionais, como a equidade, o costume e a jurisprudência. O senso de justiça, também, levaria à melhor decisão. Revelou, ainda, que o interessante recurso ao debate entre os colegas juízes poderia auxiliá-lo na interpretação da norma.

Gurvitch, citado por Goyard-Fabre (2002, p.164) explica que as fontes tradicionais do Direito são simples procedimentos técnicos de constatação dos fatos normativos. Por isso, a fonte primeira do Direito é o fato normativo, que é o fato social, o que produz um “clarão de justiça”. O fato normativo é a fonte para as demais fontes tradicionais: a lei, o costume, o precedente. Daí por que, em relação a essas fontes secundárias, não seria possível estabelecer uma hierarquia entre elas.

Ao dizer que interpreta o Direito recorrendo a várias fontes, usando “um pouco de cada coisa”, o Juiz C demonstrou ter uma atitude livre, em não se prender a uma só fonte, dado que é o caso concreto que o vai conduzir.

Ao citar essas fontes do Direito, os juízes tentaram responder também à pergunta seguinte: de onde vem o Direito.

Bruhl (1997, p. 40) explica o conceito que a doutrina tradicional tem das fontes do Direito:

[...] A doutrina corrente sobre as fontes do direito não coloca claramente a questão da origem da norma jurídica, a qual não obstante é primordial; dirige seus esforços para as diferentes modalidades que elas revestem (lei, costume, jurisprudência, doutrina), dando assim a impressão de que tais modalidades são radicalmente diferentes umas das outras [...].

Assim, o que se chama de fontes tradicionais do Direito são, na verdade, modalidades de normas jurídicas; são instrumentos para se chegar à decisão judicial. O costume, a jurisprudência, a lei são formas de o Direito se expressar, não tendo o significado de fonte como manancial, origem do Direito.

#### *4.2.1 Eqüidade*

A eqüidade é citada por Aristóteles como a justiça do caso concreto. É a justiça ajustada à particularidade do fato. Reale explica que a essência da eqüidade é ser a justiça prudentemente aplicada ao caso. É a justiça adaptada à vida (1994b, p.123).

O Juiz B também citou a eqüidade como meio de decidir o caso concreto, porém, para tal magistrado, a eqüidade é um instrumento para aplicação das demais fontes. Vejamos:

A concretização das expressões vagas contidas na lei, a fim de resguardar o Estado Democrático de Direito, deve ser feita pelo juiz em cada situação concreta, mantendo a atualidade da norma e a eqüidade na aplicação das fontes (Juiz B, 1).

Vale lembrar a fala do Juiz C, citando a equidade como meio de preencher o conteúdo do conceito indeterminado:

[...]Eu acho que o que fundamenta o preenchimento do conteúdo do conceito indeterminado é o senso de justiça do juiz, a equidade, o costume. É um pouco de cada coisa [...] (Juiz C, 1).

A equidade, citada pelos Juízes B e C como instrumento para decidir o caso concreto, está também prevista no Código de Processo Civil, o qual, no entanto, apenas admite o uso da equidade quando expressamente autorizado pela lei, como vemos a seguir: “Art. 127 O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

O nosso Código demonstrou atitude legalista, fechada e retrógrada, ao restringir a possibilidade de uso da equidade somente aos casos previstos em lei. Enalteceu, assim, o positivismo legalista, restringindo a liberdade e a criatividade do intérprete, pois, em tese, o juiz só poderá decidir por equidade quando a lei assim permita.

Bobbio (1999, p.149) lembra que a equidade coincide com a criatividade do juiz, contudo, só é admitida amplamente nos sistemas jurídicos anglo-saxões, uma vez que nos sistemas continentais o juiz só poderá emitir seus juízos de equidade quando expressamente autorizado, conforme vimos no dispositivo anteriormente citado do nosso Código de Processo Civil.

Aristóteles, citado por Lloyd (1998, p. 148), já sublinhara a necessidade da equidade no sentido de corrigir os rigores da lei, temperando a justiça para cada caso concreto. O poder discricionário do juiz permite que ele se utilize da equidade, alcançando o justo na solução do caso que lhe foi apresentado.

Del Vecchio (1972, p.107) assinala que os romanos também já visualizavam a importância da equidade, dado que a aplicação mecânica degeneraria o Direito, de acordo com a máxima: *Summum ius, summa iniuria*.

Aristóteles concebe a equidade como um corretivo da generalidade da lei, dado que a lei não poderia se adequar a todos os casos. A equidade adaptaria a norma às diversas circunstâncias do fato (DEL VECCHIO, 1972, p.107).

O juiz não pode denegar justiça. Dessa forma, mesmo havendo silêncio ou obscuridade da lei, não será motivo para que o juiz não julgue o caso. Traz a Lei de Introdução ao Código Civil o seguinte dispositivo: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A citada Lei de Introdução, assim como o Código de Processo Civil, demonstrou sua ideologia formalista. Enalteceu a norma legal, ao trazer em primeiro lugar a analogia como alternativa de decisão quando a lei fosse omissa. Infelizmente, não trouxe a equidade como instrumento de decisão.

A despeito de tais restrições normativas, entendemos que os juízes podem julgar segundo a equidade, fazendo justiça para o caso concreto, conforme revelaram os Juízes B e C. As decisões judiciais também dão suporte para as alterações legislativas, de modo que a tendência é de que nossos códigos reconheçam expressamente a equidade como instrumento para a justa decisão, não condicionando o seu uso apenas aos casos previstos em lei. É o juiz quem tem melhores condições de decidir se usará a equidade, corrigindo a rigidez da lei.

Sobre o que seria a equidade, Lloyd (1998, p. 157) lembra que, numa acepção ampla, considera-se a equidade como uma espécie de justiça. A interpretação da lei deve, pois, ser feita com um espírito de equidade, atentando-se sempre para as particularidades do caso.

Bittar e Almeida, citando Perelman, ensinam que, para este último, a justiça pode ser alcançada no caso concreto, e ser justo é usar a equidade, tendo em vista a liberdade de convencimento do juiz. A justiça nasceria de uma constante luta entre a equidade que se pode inserir no caso concreto e a segurança do princípio da legalidade. Dessa tensão nasceria a justiça, dada caso a caso, mesmo que fora da lei (2001, p.399-400). Homenageia-se, com efeito, a liberdade do juiz, o qual pode simplesmente decidir segundo a equidade, a despeito de contrariar a lei.

#### *4.2.2 Costume*

O costume é uma fonte do Direito denominada pelos estudiosos como “fonte tradicional”. Consubstancia-se como um conjunto de atos que, de tão repetidos, se tornam norma para a sociedade.

Reale concebe o costume como uma rica fonte do Direito, a qual brota diretamente do seio da sociedade. Ora preenche as lacunas do ordenamento jurídico, ora abre-lhe novas perspectivas (1994a, p.68).

O costume não tem origem certa; surge de forma imprevista. Torna-se costume jurídico quando são atendidos dois requisitos: a repetição habitual de um comportamento



durante certo período e a consciência social da obrigatoriedade desse comportamento (REALE, 1994b, p.158).

Sobre o costume, em outro ponto, o Juiz C ilustrou a entrevista com um exemplo de aplicação judicial de uma norma costumeira:

[...] Por exemplo, aqui em (...), quando você comprava uma terra de praia, você não comprava os coqueiros pendentes à terra. Isso não estava escrito em lugar nenhum, mas era respeitado. Não sei se ainda preserva esse costume. Havia decisões que se fundamentavam exclusivamente em tal costume [...] (Juiz C, 8).

Rosa (2004, p.47) observa que “o costume reflete práticas que se revelaram socialmente úteis e aprovadas, ajustadas às demais formas de vida do grupo social e que, com o tempo, tendem à uniformidade e a adquirir autoridade própria”.

Outrossim, é oportuno destacar os ensinamentos de Lloyd (1998, p. 311), para quem o costume é obrigatório, independentemente da confirmação judicial. Dessa forma, o costume citado pelo Juiz C existente em certa cidade seria respeitado, a despeito de não estar escrito, não estar disposto em lei, e mesmo antes de decisões judiciais abraçarem tal costume. Tal menção ratifica a importância de fontes extra-estatais na aplicação do Direito. O Juiz C assinalou que certos juízes respeitavam o costume local e fundamentavam a sentença exclusivamente com essa fonte. Tentavam, por esse meio, alcançar a justiça.

Nesse contexto, vale trazer a observação de Andrieu (2000, p.26), para quem o costume representa o direito alternativo, evocando a própria essência do Direito. Expressa a consciência popular, estando conectado com as necessidades sociais, completando ou anulando a lei, em nome da tradição.

Sobre a concepção de supremacia do costume, cabe, aqui, trazer a doutrina de Savigny, ao encabeçar a Escola Histórica do Direito. Savigny condenou o Código Civil Francês de 1804 por considerar que houve o esvaziamento do Direito e ter-se privilegiado indevidamente a vontade do legislador. Chamou de artificiais as leis, por enclausurar o direito que, por definição, era vivo e ligado aos costumes do povo (GOYARD-FABRE, 2002, p. 179).

Na verdade, entendemos que não deve existir nem a supremacia do costume, tampouco a preeminência da lei, a despeito de vivermos em um sistema legalista. Ocorre que nosso sistema jurídico se encontra em constante decurso de flexibilização em nome da Justiça. A segurança jurídica cede em nome do justo.

Assim, apesar de o costume ser uma fonte contingencial, não escrita e, por isso, traz menos segurança do que a lei, é, indiscutivelmente, fonte do Direito. Sua função é complementar e esmiuçar as demais fontes. O Direito não é apenas um conjunto abstrato de regras estatais. O Direito nasce dos fatos e, como tais, por vezes, são tão particulares que não cabe ao Direito estatal retratá-los em leis.

Desse modo, observamos que o costume, em certos casos, é a melhor fonte do Direito que deve pautar a tomada de decisão do juiz. Sobrepujada com outros valores de outras fontes, a norma costumeira levou à melhor decisão. Na situação ora citada pelo Juiz C, se os juízes simplesmente desconsiderassem o costume local, provavelmente, não alcançariam a justiça da decisão. O costume orientou, pois, a escolha da melhor decisão em nome do justo.

### 4.2.3 *Jurisprudência*

A jurisprudência é denominada pelos estudiosos, da mesma forma que o costume e a lei, como “fonte tradicional”. Quando um conjunto de decisões judiciais segue uma mesma orientação, temos aí uma jurisprudência. Entendemos, no entanto, que uma só decisão judicial é, também, jurisprudência e, por isso, fonte do Direito.

Para Reale (1994a, p.69), a jurisprudência é o poder de explicitar normas jurídicas, que ora simplesmente aplica normas em curso, ora as cria, se há lacuna no ordenamento.

O Juiz C referiu-se, também, à jurisprudência como fonte do Direito. Não só o que está sendo decidido por outros juízes ou tribunais, como também o “debate entre colegas juízes” inspira os magistrados nas suas escolhas:

[...] Também o que está sendo julgado por outros juízes, por outros tribunais. Por exemplo: antes da regulamentação dos juro constitucionais. Quando eu trabalhava em vara cível, reuníamos dois, cinco colegas para discutir como estávamos decidindo sobre isso. Não necessariamente a jurisprudência escrita, mas também o debate com colegas ajuda na decisão [...] (Juiz C, 1).

Sobre a jurisprudência como instrumento para a escolha da melhor decisão, o Juiz A revelou a grande freqüência com que seus colegas se utilizam de decisões semelhantes:

Reconheço que meus colegas se baseiam muito mais na analogia, ou em casos semelhantes da jurisprudência; estão fazendo mais um trabalho de pesquisa analógica do que fazendo uma interpretação do caso concreto em si, diante da norma que prevê essa situação (Juiz A, 5).

Dizer que a jurisprudência é um dos instrumentos para bem interpretar a lei significa dizer que a jurisprudência faz o Direito positivo evoluir e, em última instância, levamos à conclusão segundo a qual o juiz cria Direito. Hassemer (2002, p.283) explica que o Direito codificado não pode prever todas as decisões judiciais e, por isso, o juiz cria o Direito. De fato, observa-se que o conteúdo da jurisprudência muda, sem, contudo, alterar-se uma só letra da lei.

Fikentscher, citado por Schroth, reconhece o precedente judicial como elemento imprescindível à formação do Direito, porquanto, a norma apenas fornece o modelo, mas os critérios da decisão são retirados da jurisprudência anterior (SCHROTH, 2002, p. 391).

Sobre o uso da jurisprudência como um importante e usual *topos*, Andrade exprime:

assim, a jurisprudência constante e pacífica dos tribunais não vincula, mas acaba se impondo de fato, apesar das regras estruturais do respeito à lei e da proibição da decisão *contra legem*. Neste caso, a jurisprudência pacífica torna-se um *topos* da argumentação jurídica (1992, p.129).

Vemos, assim, que a jurisprudência foi citada pelos entrevistados como importante via para chegar à melhor solução, o que já era praticamente unânime na melhor doutrina atual.

#### 4.2.4 Princípios gerais do Direito

Os princípios gerais do Direito, outro grupo de fontes tradicionais segundo os estudiosos, são espécies de normas mais gerais do que as normas com estrutura de regra.

Muitos deles são conceitos indeterminados, a exemplo da impessoalidade, da razoabilidade, da eficiência.

Para Bobbio, princípios são normas generalíssimas, advindos de generalizações de outras normas do ordenamento (1999, p.158). Em Alexy (2001, p.82-87), os princípios são também normas jurídicas, caracterizando-os como “mandados de otimização”. Os princípios são, para Alexy, normas a determinarem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diferentemente das normas-regra, que expressam que algo deve ou não ser feito.

Os magistrados entrevistados citaram os princípios gerais do Direito como fonte de decisão, em diferentes trechos, como resposta a perguntas diversas:

[...] Também os princípios, apesar de nunca ter visto uma sentença fundamentada apenas nos princípios. Até porque temos um direito positivo extenso. A produção legislativa do Brasil é uma das maiores do mundo. Ao menos implicitamente a lei irá carregar aquele princípio geral do direito (Juiz C, 1).

Foi na eleição de 2000. Não lembro bem do assunto, mas acho que julguei baseada nos princípios gerais do direito. Não tinha lei que tratasse do assunto, e eu usei os princípios gerais do direito [...] (Juiz C, 8).

[...] O que fundamenta o preenchimento do conteúdo é o princípio informador do instituto [...] (Juiz B, 1).

Os juízes B e C, ao serem perguntados sobre como aplicar as expressões vagas da lei, trouxeram os princípios gerais do Direito como meios de interpretar tal lei. Os princípios fundamentam a decisão e constituem um recurso para densificar o conceito vago, conforme suas opiniões.

O Juiz C, no entanto, demonstrou uma contradição, pois primeiro acentuou “nunca ter visto uma sentença fundamentada apenas nos princípios” e depois, quando perguntado

sobre como decidir quando não houvesse lei regulando a matéria, lembrou-se de que nas eleições de 2000 não havia lei que tratasse do assunto, daí ele havia julgado exclusivamente com base nos princípios gerais do Direito.

O Juiz C demonstrou o seu apego ao Direito positivo legalista, ao afirmar, na sua primeira resposta, nunca ter julgado exclusivamente com base nos princípios, dado que tínhamos um Direito positivo extenso. Depois, na última pergunta, esboçou uma abertura a outras fontes, afirmando que, a despeito de não haver lei, havia julgado conforme os princípios.

Ocorre é que os princípios tanto podem suprir a lei, quando essa lei não existe, quanto podem auxiliar na sua interpretação, quando contém termos imprecisos. Conforme explica Bastos (1999, p.80), os princípios gerais do Direito servem, a um só tempo, como objeto de interpretação e como diretriz para a interpretação, pautando a atividade do intérprete.

De acordo com a moderna doutrina, os princípios gerais do Direito são normas do tipo normas-princípio, tendo alto grau de abstração, por enunciarem valores. O princípio geral do Direito é aplicado ao caso concreto mediante um sopesamento com outros princípios, de modo a não excluir nenhum deles do sistema jurídico, se ocorrer de não prevalecer no caso concreto.

Lapidares são os ensinamentos de Bastos (1999, p,146) sobre os princípios gerais do Direito como origem e finalidade da interpretação, conforme citamos a seguir:

De fato, os princípios gerais de direito são verdadeiros valores, sendo princípios, vale lembrar, porque se concebem como origem, causa, gênese. Mas também possuem um aspecto teleológico, no sentido de que sua realização plena constitui a finalidade que o intérprete deve ter em mira. Portanto, há uma dicotomia origem/fim, que pode se expressar, por assim dizer, como sendo o fundamento teórico da Constituição e ao mesmo tempo o seu objetivo prático a ser devidamente efetivado pelos aplicadores do Direito.

Vivemos em um Estado de Direito sob o signo da constitucionalidade. Assim, o Direito exclusivamente por meio de regras (leis) deu lugar ao Direito por princípios.

Dessa forma, os princípios norteiam a interpretação e decisão do juiz, podendo ser a fonte do Direito a ser aplicada ao caso concreto.

Por isso, entende-se que o juiz pode aplicar os princípios, a despeito de haver lei prevendo o caso, como ressaltou o Juiz B:

Sim, já me deparei com vários casos em que a sentença sofreu fundamento principiológico, inclusive, em situações em que se entendeu que a norma era inconstitucional, inclusive, em matéria penal (Juiz B, 8).

Nem todos os princípios estão previstos no ordenamento. Assim, se um juiz julga baseado exclusivamente nos princípios gerais do Direito, que estão implícitos em nosso sistema jurídico, pode-se dizer que ele criou Direito novo.

Streck (2003, p.106) explica que os princípios gerais do Direito adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico. Servem, assim, como mais um *topos* hermenêutico.

Em Dworkin, citado por Goyard-Fabre, os princípios gerais do Direito têm boa aplicação aos *hard cases*, quando não há regra viável para o caso. As regras apenas ordenam e coagem, ao passo que os princípios indicam a orientação da política jurídica (2002, p. 216).

Para concluir essa breve análise sobre as fontes do Direito, podemos dizer que haverá, provavelmente, sempre mais de uma fonte a que o juiz possa recorrer a fim de fundamentar sua sentença. Assim, a liberdade da função jurisdicional é incontestada, como bem explica Andrade:

O juiz deve em cada caso achar a norma ou a combinação de normas que se aplica ao caso concreto; e se para este trabalho as alegações dos interessados lhe podem fornecer sugestões, o juiz não está vinculado por elas, uma vez que pode aplicar princípios de direito não invocados pelas partes e até mesmo princípios de direito que as partes concordemente excluírem (1987, p. 113).

A liberdade do juiz consiste exatamente na possibilidade de optar por uma ou por outra fonte do Direito, por uma ou por outra das interpretações realizadas pelas partes, mas poderá desvendar outro sentido essencialmente diferente e, talvez, até novo à norma. Nisso consiste a sua criatividade.



## 5 MODALIDADES DE INTERPRETAÇÃO

Neste capítulo, discorreremos acerca das modalidades de interpretação, a saber, acerca escolas de interpretação e a respeito dos métodos de interpretação. Constatamos que os magistrados entrevistados têm posicionamentos bem diversos acerca de como concebem a interpretação e a função do juiz.

### 5.1 Escolas de interpretação

As escolas de interpretação refletem correntes de pensamento de certa época. Cada escola reúne suas teorias, concepções e métodos de interpretação característicos, os quais influenciam os detentores dos poderes do Estado a pensarem desta ou daquela maneira.

O Juiz A ensinou que, a depender da escola que o magistrado segue, ele interpretará o Direito e conceberá a segurança jurídica de forma diversa:

Essa segurança vai ter que ser inserida em escolas de que são oriundos esses intérpretes. Um intérprete muito afeito ao positivismo, ao jusnaturalismo ou ao pós-positivismo. Eu me coloco na nova corrente dos pós-positivistas, de buscar na teoria dos valores o que seria, na minha concepção, o justo [...] (Juiz A, 2).

O Juiz A asseverou ser adepto do pós-positivismo, ou seja, disse ser oriundo da escola que entende a lei como apenas uma das possibilidades do Direito e exalta os princípios e valores, contrapondo-se às escolas formalistas positivistas, como a da Exegese, nascida com o Código Napoleônico do século XIX.

O contexto atual é caracterizado por um conjunto de idéias, agrupadas sob a rubrica de pós-positivismo. Surgiu da superação de dois modelos puros: o jusnaturalismo e o positivismo.

Ensina Barroso:

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações (2006, p.1).

Criticado por ser metafísico e anticientífico, o Direito Natural foi superado pelo positivismo jurídico, no final do século XIX. Tal corrente equiparava o Direito à lei e teve como um dos expoentes Hans Kelsen. Concebia a justiça como um tema alheio ao Direito. A Escola da Exegese, anteriormente destacada, foi expressão dessa corrente do pensamento, a qual exaltava a segurança jurídica como valor máximo.

O advento do Código Civil Napoleônico, em 1804, trouxe a ascensão da lei. Assim, o Positivismo obteve preeminência como corrente de pensamento. A Escola da Exegese difundiu a crença de que o Código Napoleônico era a projeção escrita do Direito Natural. Por isso, considerou a lei como a norma mais completa. A interpretação literal era suficiente, haja vista o princípio da separação dos poderes; dessa forma, ao juiz cabia tão-somente aplicar mecanicamente a lei, para não substituir a vontade do legislador à sua.

A industrialização e a alteração das relações sociais então vigentes contribuíram para o descompasso dos fatos em relação à lei, até então completa e perfeita. Isso motivou o surgimento de outras escolas, como a Escola Histórica (Savigny), na última parte do século XVIII, a Escola da Livre Investigação Científica do Direito (Gény), nas primeiras décadas do

século XX e as Escolas Sociológicas. Essas últimas exaltavam menos a segurança e mais a justiça.

Apesar das críticas, a Escola da Exegese lançou as bases da Ciência do Direito contemporâneo e sistematizou institutos jurídicos (REALE, 1994b, p.153).

O pós-positivismo, superação dos rigores positivistas, almeja transcender à legalidade estrita. Prescindindo da metafísica, busca o enaltecimento dos valores e da justiça na Ciência do Direito. A interpretação é influenciada pela teoria de justiça.

Essa corrente, ainda em formação, foi responsável por dar uma nova visão à Hermenêutica Jurídica. Concebe os princípios como normas jurídicas, rejeitando a noção de princípio como sendo isento de normatividade.

O Juiz C, por sua vez, em alguns trechos, como o transcrito na seqüência, deixou antever sua posição positivista e também legalista, afirmando que a atividade do juiz é meramente “aplicar a lei”, e não “fazer a lei”:

[...] A atividade da magistratura é aplicar, interpretar a lei, e não fazer a lei (Juiz C, 4).

A fala do Juiz C ora citada faz-nos lembrar da Escola da Exegese, a qual apregoava a separação absoluta dos poderes. O juiz era visto como mero aplicador da lei, não podendo interpretá-la senão gramaticalmente, para não substituir a vontade do legislador pela sua vontade (MAGALHÃES FILHO, 2001, p.50). A Escola da Exegese foi superada, em seguida, pela Escola Histórica.

Consciente da atitude que o juiz necessita tomar, como agente criativo e livre das amarras da lei, o Juiz A, contrapondo-se ao Juiz C, adverte para a noção de que quem “faz a lei” é o intérprete, senão vejamos:

[...] A lei é para um pós-positivista um só dos elementos em que ele irá aferir sua decisão. A lei não é o que a lei diz, mas o que o intérprete diz. O que o intérprete diz é o que é a lei (Juiz A, 2).

Dessa forma, o Juiz A asseverou que o juiz cria o Direito, já que para ele “o que o intérprete diz é o que é a lei”.

Assevera Bastos (1999, p.164) que toda interpretação importa criação do Direito. A interpretação sempre conta com a vontade humana, dado que há uma escolha do intérprete dentre uma das possibilidades interpretativas. Essa criatividade é eminentemente subjetiva, visto que cada um interpreta o Direito de acordo com seu horizonte de compreensão, influenciado, assim, por suas experiências mundanas.

Todas as nossas experiências formam o nosso horizonte de compreensão. O mundo da compreensão é determinado pela totalidade de pontos de vista, vivências e interesses. Coreth lembra-nos que a essa totalidade concreta do horizonte de compreensão, próprio exclusivamente de cada um, desde Husserl e Heidegger, chamamos “mundo de compreensão” (1973, p.76).

Sobre esse poder de criação dos juízes, Rigaux (2000, p.71) ensina que a criatividade da atividade judiciária é decorrente tanto da obscuridade, da imprecisão das leis, como da particularidade e difícil análise dos fatos concretos. Há grande margem de

apreciação em alguns casos: a fixação da pena entre um mínimo e um máximo, a determinação das perdas e danos, designação de quem fica com a guarda de uma criança etc.

Essa posição mais livre e criativa do juiz foi trazida pela Escola da Livre Investigação Científica do Direito e pela Escola do Direito Livre.

A Escola da Livre Pesquisa Científica do Direito surgiu em França, encabeçada por François Gény. Trouxe a idéia de insuficiência da lei, combateu o fetichismo legal e abalou o formalismo legalista decorrente do Código Civil Napoleônico, de 1804.

Para Gény, a lei não continha todo o Direito. A lei era tão-só uma das fontes do Direito. E se não houvesse fonte disponível, o próprio juiz criaria a norma para o caso concreto, realizando a livre investigação científica do Direito.

A “livre investigação” deveria ter limites, pois só seria cabível se as fontes formais fossem insuficientes, e não quando a norma fosse considerada injusta ou desastrosa sua atuação (HERKENHOFF, 1999, p. 50).

A Escola do Direito Livre também apregoava a liberdade do juiz. Tinha como idéia central a de que o Direito não era exclusivamente o Direito criado pelo Estado. O Direito livre era todo um conjunto de normas sociais concretas que governavam a sociedade. O dinamismo da vida deveria prevalecer sobre o rigor da regra. Lloyd (1998, p. 260) lembra que, para a Escola do Direito Livre, existe uma ordem interna que domina a vida em sociedade, sem, contudo, existirem normas estatais regendo certos assuntos. Por isso, deve o

juiz conhecer não só o Direito positivo, mas também a ordem normativa interna, necessitando realizar um estudo empírico do Direito vivo.

Essa Escola pretendeu liberar o juiz da obrigação de se ater à lei. A única obrigação do juiz era ater-se à sua consciência. A vontade do legislador seria uma abstração, que dificilmente corresponderia às exigências do caso. Daí por que o juiz poderia ser criativo, ou seja, adaptaria o Direito aos novos fatos (DEL VECCHIO, 1972, p.247).

Assim, vemos que o Juiz A assumiu uma posição progressista, tendo recebido influência das Escolas do Direito Livre e da Livre Pesquisa Científica do Direito, ao assinalar que “quem faz a lei é o juiz”, ao passo que o Juiz C encontra-se na contramão da Hermenêutica moderna, apregoando a separação absoluta dos poderes, dado que assegurou que “a atividade da magistratura é aplicar, e não fazer a lei.”

## **5.2 Métodos de interpretação**

Ao serem perguntados se aplicam, em suas práticas judiciais, os métodos tradicionais de interpretação, como os métodos sistemático, gramatical, lógico, histórico, os juízes deram respostas contrastantes:

Sim, são. Também me dou conta dessa aplicação, até porque os estudei para transmiti-los aos meus alunos. Mas reconheço que no meio jurídico, muitas vezes o juiz faz aquela operação exegética, mas sem se dar conta da existência doutrinária deles [...] (Juiz A, 5).

Os métodos tradicionais são aplicados pelo juiz, de forma que este se vale dos vários mecanismos de interpretação na hora de subsumir o caso concreto. Muito embora nem todo juiz se dê conta dessa aplicação, em tese deveria se dar, posto que todas as decisões judiciais são fundamentadas (Juiz B, 5).

Na prática, esses métodos são aplicados empiricamente. Eu nunca vi nenhum juiz aplicar esses métodos explicitamente, apenas empiricamente (Juiz C, 5).

Os três entrevistados concordaram no seguinte ponto: a grande parte dos juízes não se dá conta da aplicação desses métodos. Os Juízes A e B, no entanto, confessaram que utilizam esses métodos de forma consciente. O Juiz A afirmou que os aplica, porque já os estudou. O Juiz B lembrou que é na fundamentação da sentença que o juiz deve demonstrar a utilização de um ou de outro método. O Juiz C, por sua vez, confessou que não aplica esses métodos conscientemente. Garantiu que a aplicação é empírica. Em outro trecho, o Juiz C asseverou não se preocupar em observar “regras hermenêuticas”:

[...] Nunca me preocupei em seguir nenhuma regra de hermenêutica [...] (Juiz C, 8).

Bastos (1999, p.109) embasa a fala, citada há pouco, do Juiz C, ao anotar que os métodos não são imprescindíveis na interpretação, a despeito de muitas vezes serem aplicados conjuntamente. O Juiz C, ao relatar que nunca se preocupou em seguir nenhuma regra de interpretação, deixa entrever a sua desatenção na aplicação de um ou de outro método, quando da decisão de um caso. Andou bem em fazer tal afirmação, vez que o juiz pode interpretar a norma e o fato concreto sem precisar estar consciente do método que está sendo usado. Afinal, o método deve ser entendido como descrição do caminho percorrido na busca do sentido de algo. O método não pode ser prévio, pois só no fim do caminho é que o intérprete sabe por quais dificuldades passou e por quais soluções optou. Dessa feita, o método só existe *a posteriori*, daí a correta “despreocupação” do Juiz C.

O Juiz B também confirma essa explanação, dado que, para ele, “Muito embora nem todo juiz se dê conta dessa aplicação (dos métodos), em tese deveria se dar, posto que

todas as decisões judiciais são fundamentadas”. Ora, a fundamentação é a parte da sentença que traz as questões de fato e de direito que levaram o juiz a decidir naquele sentido. Assim, haveria tão-somente a demonstração, *no final do processo*, ou seja, na sentença, de quais métodos foram escolhidos.

Sobre uma nova noção de método, destacamos as lições de Morin (2003, p. 18-23), o qual critica a idéia de método como um conjunto de regras pré-fixadas de como fazer algo. Ensina Morin que, diante das incertezas e mudanças das situações constantes em nossa sociedade, ao método-programa deve ser acrescida a estratégia do sujeito pensante, criativo e que aprenda diante das circunstâncias. O sujeito pensante e estrategista não carrega as regras e diretrizes já prontas. Pelo contrário, na “viagem” do método, estabelece o procedimento adequado; no caminhar é que cria o método.

O Juiz C, dessa forma, ratifica o posicionamento de Morin, ao expressar que não se preocupa em seguir qualquer “regra hermenêutica”. Ora, em sendo o juiz um ser pensante, não precisa preocupar-se em seguir regras anteriormente formuladas. É no caminho da interpretação que decidirá como aplicará o Direito e de quais “regras de hermenêutica” se louvará.

Cabe lembrar, ainda, os ensinamentos tradicionais de Del Vecchio (1972, p.30) que enuncia o conceito clássico de método, como o caminho ou via trilhado pelo pensamento humano na descoberta da verdade. Lembra que também se dá o nome de método ao conjunto de regras a que o pensamento se deve sujeitar no processo cognoscitivo.



Nesse contexto, Hassemer (2002, p.295) anota não existir uma regra superior que determine a escolha de qual método deve ser usado pelo juiz. O julgador é livre na escolha das regras de interpretação: não há uma instrução que prescreva ao juiz, caso a caso, qual regra deve ser utilizada. Não quer dizer que ele não se valha de métodos de interpretação, mas sim que os utiliza de forma inconsciente e sem seguir uma ordem predeterminada. Assim, é livre para usar um ou o outro método, conforme ensina Hassemer, e apenas no término da interpretação é que o método se desvela.

O Juiz A, opondo-se ao Juiz C, afirmou que segue regras de interpretação, contudo, não elege um método como o seu preferido:

Eu me valho de todos os métodos; não tenho um método específico [...]  
(Juiz A, 6)

Para Herkenhoff (1999, p.14), os métodos de interpretação não restam aplicados dentro de uma ordem sistemática, mas sim numa síntese. Esse autor chama de momentos os métodos de interpretação, dado que o intérprete, provavelmente, passará por todos eles. O Juiz A parece compactuar com essa posição doutrinária, ao expressar que aplica todos os métodos e não tem um método específico. Assim, o Juiz A passaria por todos os momentos de interpretação, seguindo Herkenhoff.

A respeito dos métodos de interpretação, preleciona Hassemer (2002, p. 294) que esses foram concebidos para pautar a atividade do intérprete, vinculando sua atividade ao prescreverem a forma como lidar com a interpretação. Dessa maneira, o método gramatical vincularia o juiz à letra da lei; o método lógico faria o intérprete recorrer à vontade do legislador; o método sistêmico determinaria que, para obter da norma seu verdadeiro sentido, deveria interpretá-la considerando-se o ordenamento jurídico no qual aquela norma está inserida; e o método histórico faria o intérprete descer à história da lei.

Tais métodos tradicionais, em tese, fariam diminuir as possibilidades de escolha do intérprete e reforçariam sua vinculação à lei.

O Juiz A demonstrou inexistir uma ordem apriorística de utilização dos diversos métodos de interpretação, nem a supremacia de um método em detrimento de outro, uma vez que se vale de todos os métodos, por não ter um método específico.

Sobre essa liberdade na escolha do método, ensina Kelsen:

“Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito Positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” (2000, p.391).

Como a interpretação é um ato eminentemente subjetivo, o intérprete encontra limites de interpretação apenas nos valores sociais subjacentes à sua existência e nos valores jurídicos prevalecentes, não sendo lícita a fixação de regras fechadas de como bem interpretar.

Nesse contexto, Torres (2000, p.206-207) ressalta a validade da pluralidade metodológica:

Os métodos de interpretação, por conseguinte, devem ser estudados dentro de uma visão pluralista. Entre eles não existe hierarquia. Têm igual peso, variando a sua importância de acordo com o caso e com as valorações jurídicas na época da aplicação, como sempre reconheceu a doutrina não extremada, seja no Direito em geral, seja nos ramos especializados do Constitucional e do Tributário.

Vale trazer, nesse contexto, algumas críticas que se fazem a respeito dos métodos de interpretação, como vias para alcançar certos objetivos, protegidos sob a aparência de cientificidade.

Streck (2003, p.110) cita Bairos de Brum, para quem,

Apresentados como caminhos neutros que levam à verdade, nada mais são os métodos e teorias de interpretação jurídica que sendas que apontam aos valores. Constituem procedimentos partilhados por um setor social especializados na resolução de problemas concretos, mas implicam, também, a tomada de posições políticas, a ação e a reação frente o poder constituído.

Assim, as críticas que se fazem aos métodos é que, sob pretexto de serem instrumentos para a aplicação científica do Direito, transformam a interpretação jurídica em um “jogo de cartas marcadas, através da fungibilidade dos métodos”, como denomina Brum, citado por Streck (2003, p.110).

É certo que tais fins escusos podem ser alcançados; entretanto, o juiz deve ser consciente do seu compromisso com a Justiça. Exatamente em nome da Justiça é que não pode ficar preso a certas regras de interpretação, sob pena de ser mitigada sua liberdade.

### *5.2.1 Métodos modernos*

Os métodos modernos de interpretação constituem instrumentos próprios do pós-positivismo, os quais fornecem maior liberdade ao intérprete.

Ao serem perguntados sobre como concebem tais métodos modernos de interpretação, como o concretista, nossos entrevistados responderam:

Eu me valho de todos os métodos; não tenho um método específico [...] (Juiz A, 6).

Os métodos modernos, tais como, concretismo e a tópica, são ferramentas que, inter-relacionadas com as tradicionais, visam auxiliar na sua subsunção dos casos concretos e na busca do justo (Juiz B, 6).

Eu acho isso, tecnicamente, “lindo”. Mas confesso que essa preocupação eu não vejo na prática. E eu não só vejo os julgamentos do primeiro grau. Também assisto muito às sessões do Supremo. Talvez, em um futuro, poderá existir essa preocupação maior (Juiz C, 6).

Os Juízes A e B afirmaram usar os métodos concretistas, mas não desceram a detalhes, apesar de nossa insistência. O Juiz C, por sua vez, falou categoricamente que não vê esse uso na prática, expressando que são apenas “tecnicamente, lindos”.

Os métodos modernos, a exemplo dos concretistas, são específicos à interpretação das normas com estrutura aberta. Concretizar significa preencher o espaço normativo da norma. Daí a parcela de criação que é concedida ao intérprete quando da aplicação do método concretista, o qual se desenvolveu a partir das contribuições dos juristas alemães Friedrich Müller, Konrad Hesse e Peter Häberle.

Em Müller, há a diferenciação entre o programa e a área da norma. O teor literal da norma jurídica expressa o programa da norma que, por sua vez, indica os espaços de ação domináveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar. A área da norma corresponde à estrutura básica do segmento da realidade social que o programa da norma “escolheu para si” como a sua área de regulamentação (1995, p. 43).

Com o fim de concretizar a norma, Müller traça passos para que se chegue a esse objetivo: inicialmente, consideram-se os elementos lingüísticos (norma-programa) para chegar-se ao âmbito da norma, ou área desta (esfera extraída da realidade). Chega-se, então, da norma aplicável à norma decisória, como explica Bonavides (1999, p. 464-465).

O Juiz A garantiu que também se utiliza da interpretação concretista, por não ter um método específico de interpretação. Ainda, em outro ponto da entrevista, ao dizer que a lei é o que o intérprete diz (ao responder à pergunta número 2) revelou utilizar a metodologia concretista, que vê na letra da lei apenas o começo da atividade interpretativa. O intérprete se depararia com o programa da norma (parte física, literal), para depois construir seu sentido, conforme o método descrito por Müller.

Müller diferencia o texto da norma, conforme é explicado por Streck (2003, p.236):

É razoável afirmar, em conseqüência, que toda vez que um juiz “deixa de aplicar” um dispositivo naquilo que ele tem de “injusto” significa- aos olhos do respectivo *campo jurídico* – não cumpri-lo/não aplicá-lo enquanto produto de um dar sentido realizado pela hermenêutica. A partir disso, é possível dizer que deixam de existir julgamentos “de-acordo-com-a-lei” ou “em-desacordo-com-a-lei”, até porque o texto normativo – diz Müller –*não contém imediatamente a norma*; esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito.[...] Uma lei (uma vez apreendida enquanto realidade, é dizer, simbolicamente estruturada, nunca é “em-si-mesma”, nunca é “ela mesma”, porque somente se apresenta/aparece para nós mediante sua simbolização (pela linguagem) [...].

Dessa forma, para Müller, a norma é mais do que o seu texto. O texto é apenas a forma da lei. Os direitos que a norma encerra não estão já em sua estrutura lingüística.

Quanto ao método concretista de Konrad Hesse, podemos dizer que ele prioriza a criatividade do intérprete. Hesse parte da Hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer.

Para Hesse, a interpretação é operação valorativo-material. A criatividade, pois, é inerente ao ato de interpretar. A concretização da norma pressupõe que houve a compreensão desta. E a compreensão pressupõe a pré-compreensão.

A determinação do conteúdo e a aplicação da norma ao caso concreto correspondem a um processo único de concretização do Direito e, assim, para Hesse, “não existe interpretação constitucional desvinculada dos problemas concretos” (1991, p.42).

Em Hesse, o intérprete só compreende o conteúdo da norma de acordo com a concreta situação histórica na qual se encontra. A pré-compreensão condiciona a sua interpretação.

Streck (2003, p.264) explica que, para Hesse, o teor da norma somente se completa no ato interpretativo. O intérprete só capta o sentido da norma de acordo com a situação histórica em que este se encontra. A pré-compreensão permite contemplar a norma a partir de certas expectativas; entretanto, é necessário proteger-se contra o arbítrio das idéias e a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, a fim de dirigir o olhar “para as coisas mesmas”.

O jurista alemão Konrad Hesse entende que a interpretação constitucional se encontra condicionada à questão do método correto. O conteúdo da norma só se completaria com a sua interpretação. Por isso, apresenta-se como fundamental o problema e a pré-compreensão que leva ao seu completo entendimento. Para a pré-compreensão, no entanto, que corresponde ao início desse processo, é necessária uma sólida fundamentação teórico-constitucional.

A subsunção fato-norma, típica do positivismo formalista, foi substituída pela concretização, pois os conceitos de certeza e segurança jurídica, hoje, estão bem mais flexíveis do que em outras épocas.

Com os métodos concretistas, assinala-se uma possibilidade criativa do intérprete, relegando a um nível secundário os elementos lingüísticos da norma. Por isso, os termos vagos da norma são eficazmente densificados mediante o processo interpretativo concretista. Existe um juízo subjetivo na interpretação; o desvelar do sentido faz-se frouxamente.

Ocorre é que não podem existir critérios cerrados a orientar a interpretação, porquanto o juiz, como sujeito pensante, não ficará preso a critérios de como interpretar. Assim, os conceitos indeterminados podem ser interpretados a partir de um ponto de vista “pessoal” do juiz; ou melhor, o ponto de vista deve ser do homem médio, comum; deve ser um juízo razoável.

Não haveria algum outro critério ou método seguro, fixo, fechado? Não poderemos prever qual a decisão a ser tomada pelos juízes?

Acontece que, depois das experiências do século XX, não se pode mais pensar num saber constituído sobre a certeza, ou seja, a incerteza deve ser encarada como um valor ínsito a todas as ciências. É preciso, pois, que estejamos preparados para a incerteza, e é essa atitude que os paradigmas emergentes, como os métodos concretistas, nos convidam a tomar. A ciência também cresce com as incertezas.

Por isso, a nova Hermenêutica não determina diretrizes fechadas para a interpretação da norma a ser aplicada. O melhor método é aquele que não é pré-fixado, não precede a experiência, e sim da própria experiência é que deve emergir o método (MORIN, 2003, p.17-32).

A interpretação concretista e a tópica fazem parte desses paradigmas emergentes e, atualmente, estão em evidência pelo motivo segundo o qual nossos tempos requerem que sejamos capazes de estar em meio à riqueza da vida. Daí a necessidade de encararmos o risco, a incerteza, pois a realidade é essa: aberta e caótica.

A análise subjetiva do intérprete é inseparável da interpretação que ele faz, de forma que apenas critérios abertos podem “pautar” essa atividade, sob pena de distorcer a função judicial.

Defendemos, dessa forma, a posição de que não poderá haver a fixação de métodos fechados e apriorísticos na atividade interpretativa, porquanto a solução mais justa é aquela que deve ser encontrada para cada caso concreto. Os métodos concretistas sinalizam para a criatividade e liberdade do intérprete; por isso, são os mais plausíveis de serem usados, em nosso tempo.



## **6 APLICAÇÃO DO DIREITO COM SEGURANÇA**

Neste capítulo, demonstraremos a posição legalista de um dos juízes entrevistados, bem como analisaremos a súmula vinculante e as respostas dos entrevistados acerca de tal instituto. Examinaremos, dessa feita, o que é aplicar o Direito, almejando a segurança.

Alguns juízes de nosso sistema jurídico ainda demonstram um apego exacerbado à lei. Sucede que a lei é necessária, porém, insuficiente. Chegamos a tal conclusão se considerarmos toda a evolução das Escolas de Interpretação que existiram. Nenhum instrumento jurídico pode ser capaz de abraçar todo o Direito, nem sempre ser aplicado da mesma forma.

A súmula vinculante, introduzida recentemente em nosso sistema jurídico, parece ser um retrocesso, se considerarmos todos os avanços que a Teoria da Interpretação e do Direito já alcançaram.

A aplicação, com segurança, do Direito ainda é uma aspiração de muitos juízes de nosso tempo. A súmula vinculante foi uma nova tentativa de fazer com que um instrumento jurídico desse a certeza e a segurança que estavam abaladas com as novas escolas e métodos de interpretação.

### **6.1 Aplicação da lei ao caso concreto**

O Magistrado C externou sua preocupação com a segurança jurídica e revelou sua forte vinculação à lei, no trecho a seguir, já comentado anteriormente:

[...] A segurança é necessária. É sempre buscada, mas nem sempre atingida, haja vista a questão da interpretação que cada um tem. A atividade da magistratura é aplicar, interpretar a lei, e não fazer a lei (Juiz C, 4).

Nesse trecho, o Entrevistado C negou a criação judicial do Direito, ao assegurar que o juiz apenas interpreta a lei, não a criando. Deixou transparecer, porém, que a interpretação é um ato subjetivo, dado que cada um interpretaria ao seu modo: sinalizou, nesse ponto, uma parcela de subjetividade na interpretação da lei.

A posição do Juiz C, ao relatar que o magistrado deve tão-só aplicar a lei, reflete a ideologia da subsunção. Tal ideologia formou o juiz mero aplicador mecânico de textos legais. A norma jurídica legal preveria todos os fatos e vincularia a decisão do juiz em qualquer hipótese. O formalismo positivista, contudo, que barrava a liberdade do juiz foi superado pela concepção segundo a qual o juiz cria o Direito, sendo-lhe permitido fugir da lei em certos casos em que isso lhe pareça necessário.

Vemos, entretanto, que o Juiz C mostrou-se contrário a essa nova corrente hermenêutica que apregoa que a decisão do juiz deve ser tomada segundo sua sensibilidade jurídica, a despeito de fazer a lei para o caso concreto. Demonstrou o seu apego ao formalismo extremo, que tem raízes na Escola da Exegese e no positivismo jurídico. Abraça o princípio da tripartição dos poderes, ao acentuar que o “juiz não faz a lei”.

Aristóteles considerava o juiz como a justiça viva. O juiz passou a ter sua importância minimizada com Montesquieu, para quem o mesmo não seria mais do que a boca que falava a lei (BASTOS, 1999, p. 89).

Bonavides explica que o prestígio do princípio da tripartição dos poderes na doutrina do liberalismo adveio da crença segundo a qual a separação dos poderes asseguraria as liberdades individuais, se comparado com o poder das antigas realezas absolutistas (1995, p.142). Bonavides ensina, porém, que, em termos absolutos, a tripartição dos poderes paralisa o poder estatal. Assim, tal princípio deve ser flexibilizado e visto mais como uma técnica de distribuição de funções (1995, p.146).

Ao explicar que o juiz somente “interpreta a lei”, o Juiz C trouxe à baila, outrossim, a questão dos limites da interpretação. Se ele escolhe a lei como sua fonte de aplicação do Direito, estará, ao menos em parte, amarrado a tal norma. Isso ocorre, conforme elucidada Hassemer (2002, p. 284), porque a lei pode conter palavras vagas (auréola do conceito), mas existe um núcleo do conceito que é “duro”, inequívoco, que tem um sentido do qual não se pode fugir. Assim, o juiz preenche o conteúdo da parte vaga, fluida, porosa, do conceito; entretanto, deverá interpretar literalmente a parte da lei que não necessita de uma densificação maior.

Assim, vemos que o juiz, de fato, em relação à parte “dura” da lei, somente a interpreta, não recorrendo à criatividade.

Nesse contexto, vale trazer a lembrança de Fazenda (2003, p.13) sobre Plotino (205-270) e Bergson (1859-1941), pensadores que consideravam a linguagem inadequada à apreensão da verdade. Só se apreenderia a verdade, segundo tais filósofos, a partir de uma união sem palavras com a realidade.

Mais adiante, Fazenda (2003, p. 31) observa que a ambigüidade é inerente à linguagem. Por outro lado, é tal ambigüidade que dá à linguagem a possibilidade de reflexão e liberdade.

Assim, essa imprecisão da linguagem é responsável pela abertura de possibilidades interpretativas, conforme relatou o Juiz C, ao dizer que “cada um tem sua interpretação”. Nesse contexto, elucidativos são os ensinamentos de Bastos (1999, p.28):

Isso 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 como 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 infindável de situações, faz-se necessário recorrer a um alto nível de generalidade e abstração, o que acarreta, inevitavelmente, a imprecisão terminológica.

Del Vecchio (1972, p.106) adverte sobre a riqueza de possibilidades de interpretação advindas de uma mesma norma. Isso ocorre porque, ao ser elaborada uma norma, é impossível prever todas as aplicações que desta se fará. No mesmo sentido, o Juiz C ressaltou a riqueza de possibilidades de interpretação de uma mesma lei, mitigando assim a segurança jurídica, ao expressar que a interpretação dessa norma pode ser diferente, a depender do intérprete.

Bastos (1999, p.28) explica adiante que, para explicitar o conteúdo da norma, consideram-se vários critérios, como o sistema em que se insere a norma, a vontade do legislador, a vontade da lei, a evolução social dos conceitos, dentre outros.

Dessa forma, observamos que até a mera subsunção da lei ao caso concreto concede liberdade de interpretação aos juízes, pois, em sendo a imprecisão característica imanente da maior parte das palavras, o texto da lei será interpretado e aplicado de forma flexível, considerando os critérios enunciados há pouco por Celso Ribeiro Bastos.

Se as leis fossem elaboradas utilizando-se termos fechados e rígidos, provavelmente não serviriam para regular o número infindável de situações que poderiam surgir. Tornar-se-iam, pois, facilmente, “letra morta”.

Assim, o Juiz C, ao afirmar que a atividade da magistratura é “aplicar a lei, e não fazer a lei” quis prestigiar a segurança que a lei poderia lhe fornecer ao servir como fundamento único da sua decisão. A insegurança, porém, é inseparável da interpretação, pois a interpretação é um ato subjetivo. Além disso, dessa mera subsunção da lei ao caso, podem advir imensas possibilidades interpretativas de uma mesma norma.

Por outro lado, alguns juízes se mostram, ainda, estritamente apegados à lei, talvez por uma questão de economia na argumentação. Proceder à mera subsunção da norma legal ao fato proporciona aos juízes menor esforço argumentativo, a despeito das amplas possibilidades interpretativas que de uma lei podem surgir. Quando simplesmente aplicam a lei ao caso, a fundamentação da decisão requer menor cuidado, já que, com amparo no sistema normativo estatal, pressupõe-se que está sendo justo e que sua decisão é legítima.

Opondo-se ao Juiz C, o Juiz A designou-se como um pós-positivista e sustentou a criação da “lei” pelo próprio juiz:

[...] Eu me coloco na nova corrente dos pós-positivistas, de buscar na teoria dos valores o que seria, na minha concepção, o justo [...] A lei não é o que a lei diz, mas o que o intérprete diz. O que o intérprete diz é o que é a lei (Juiz A, 2).

De acordo com Haft (2002, p.316), a lei não contém todo o Direito, assinalando a efetiva criação judicial do Direito, corroborada pelo Juiz A:

O dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente a lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. [...] Na medida em que na sua aplicação está ínsito um elemento criativo (e, em princípio, é sempre este o caso), a correção da decisão jurídica só pode ser ganha através da argumentação e do consenso entre os interessados [...].

Vemos, pois, que os Magistrados A e C demonstraram perfis bem distintos. Enquanto o Juiz A privilegia a criatividade do intérprete, estando em consonância com a moderna doutrina hermenêutica, o Juiz C exalta a lei, homenageando a segurança jurídica.

## **6.2 A lei na hierarquia das fontes do Direito**

No trecho a seguir, o Juiz C demonstrou que, para ele, a lei continua na hierarquia das fontes do Direito, ao assinalar que primeiro “procura a lei”. Caso não exista lei, recorre à equidade, analogia e costumes, apesar de entender que é difícil fundamentar a sentença apenas no costume:

[...] Me preocupo em procurar a lei, e logo em seguida, caso não exista a lei, aplico a equidade. Talvez a analogia e costumes, mesmo sendo complicado fundamentar a sentença apenas no costume [...] (Juiz C, 8).

Evidenciou, dessa feita, mais uma vez, sua posição legalista, ainda comum nos magistrados da atualidade. Muitos privilegiam a segurança, ao entender ser correta e mais justa a simples subsunção da norma ao fato.

Hassemer (2002, p. 290) lembra-nos dos dois objetivos da vinculação do juiz à lei:

[...] por um lado, a vinculação dos juízes permite um prognóstico mais exacto do resultado da decisão, na medida em que o interessado pode antever melhor o comportamento do juiz; por outro lado, o efeito social esperado das normas jurídicas aumenta: quanto maior a precisão com que puderem ser previstas as conseqüências dos comportamentos, maior será, em regra, a eficácia com que estas determinarão a escolha de alternativas do agente. [...] Um sistema jurídico codificado reforçará essa vinculação e fará da lei elemento da vinculação do juiz.

Hassemer (2002, p.281-282) relata, ainda, que a vinculação principal do juiz, desde a virada do século passado, é com a codificação. Chama de ingênuo, todavia, a aceção da lei como fonte única do Direito. Esse mesmo autor defende, entretanto, a idéia de que ainda existe o postulado da vinculação à lei, pois, mesmo quando o juiz cria o Direito, subsiste o imperativo constitucional segundo o qual o Direito deve ser criado em conformidade com as instituições legais (IDEM, 2002, p.299).

O primado da lei, concepção defendida por muitos de nossos operadores do Direito, é característica do nosso sistema jurídico, de tradição romanista, como bem ensina Reale:

[...] é indispensável desde logo acrescentar que não há razões de ordem lógica para se proclamar o primado desta ou daquela forma de produção de normas ou modelos jurídicos. A prevalência desta ou daquela fonte depende exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas, pois não há uniformidade entre os diversos países e nas diversas épocas quanto às formas de elaboração do direito. Cabe, nesse sentido, distinguir dois tipos de ordenamento jurídico, o da *tradição romanística* (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*). A primeira caracteriza-se pelo primado do processo legislativo, com atribuição de valor secundário às demais fontes do direito. A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social* (1994b, p.141).

Na realidade, não podemos dizer que um sistema é melhor do que o outro, porquanto são expressões de culturas diferentes. Vale observar, outrossim, que os dois sistemas exercem mútua influência atualmente.

O Juiz C não admitiu que a lei era a fonte única do Direito, porém demonstrou existir, para ele, a primazia da lei como fonte. É importante, contudo, que o juiz não se apegue simplesmente à lei, só porque existe tal lei. É necessário analisar se a lei, ao ser aplicada ao caso, levará à justiça da decisão.

Dallari (2002, p.82) adverte para a noção de que o apego exacerbado às formalidades legais, sem preocupação com a justiça, é uma herança do positivismo jurídico do século XIX, que, por sua vez, recebeu influência deturpada de um preceito enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, que dizia “um governo de leis é melhor que um governo de homens”.

Assim, visualizamos a idéia de que o compromisso primeiro do juiz deve ser com a justiça da decisão. A lei, por abarcar só parte do Direito, pode não levar à justiça do caso concreto, daí o problema da afirmação categórica do Juiz C em eleger a lei como fonte primeira.

### **6.3 O apego à certeza na interpretação do Direito**

Alguns juízes, a despeito de a atual corrente de pensamento jusfilosófico endossar a liberdade e criatividade do juiz, temem a incerteza que pode advir dessa atitude. A incerteza,



para alguns, é desvalorizada e rechaçada. Por isso, prendem-se firmemente à lei, concebendo a aplicação de tal norma como a melhor forma de decidir questões difíceis.

O Juiz C, no discurso seguinte, demonstrou preocupar-se com a incerteza que advém da interpretação dos conceitos vagos da lei, enunciando, ainda, que o juiz nunca se considera arbitrário:

[...] Quando você está aplicando o direito, você nunca acha que está sendo arbitrário. Por isso, acho a polêmica do direito alternativo muito perigosa, porque o senso de justiça de cada um é de cada um. Acho perigoso até os conceitos vagos; imagina se eu fosse adequá-los à seara do direito alternativo [...] (Juiz C, 4).

Contrapondo-se ao Juiz C, Perelman, citado por Bittar e Almeida, exprime que os conceitos vagos podem ser instrumentos úteis e não “perigosos”, como entendeu o Juiz C:

Perelman está consciente de que as ficções, as presunções, as palavras vagas, as expressões indeterminadas... são todos expedientes que somente facilitam a penetração da argumentação e a abertura da liberdade do juiz para decidir em confronto com situações causuísticas. Também está consciente Perelman do fato de que a lei não prevê todas as hipóteses das possíveis ocorrências futuras (2001, p.405).

Perelman ensinou, como anteriormente transcrevemos, que a lei é insuficiente, por não prever todos os fatos que podem ocorrer, dada a riqueza da realidade. Os conceitos vagos são uma forma de melhor aproveitar a lei, uma vez que aumentarão as suas possibilidades interpretativas.

Dessa feita, o Juiz C, criticando a presença dos conceitos vagos da lei, esqueceu-se de que os termos vagos são inerentes à linguagem. Quem deve desenvolver a interpretação deles é o próprio juiz.

Censurando o apego exacerbado à certeza, vale trazer as elucidações de Dallari, para quem:

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida, a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo nos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça (2002, p.82).

O juiz deve apegar-se, primeiramente, à justiça. Não pode se prender à lei só por ser lei. O apego à certeza não pode ser um fim em si mesmo.

A despeito de o Juiz C haver revelado que cada um tem seu senso de justiça, cabe ressaltar que o senso de justiça do juiz não pode ser arbitrário: precisa ser pautado nos princípios constitucionais, correspondendo ao senso do que é justo para o homem médio, que é o que as partes esperam quando litigam no Judiciário.

#### **6.4 Súmula vinculante**

A súmula vinculante foi introduzida com a Emenda n. 45, de 2004, que prevê, em seu art. 103-A, *caput*, a possibilidade de uma súmula ter eficácia vinculante sobre decisões futuras, dispondo que: “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Ao ser perguntado se a súmula vinculante não amordaçaria a interpretação judicial, o Juiz A respondeu:

Eu acredito na súmula vinculante como um elemento norteador. Mas na forma como é proposta, como critério de obrigatoriedade a ser seguido pelo magistrado, para se aplicar a súmula vinculante eu não vejo a necessidade de um juiz. Criar-se-ia uma figura, não sei se um árbitro, um “aplicador de súmula”, um examinador (Juiz A, 7).

Vê-se, pois, que o Juiz A discorda do advento da súmula com efeito vinculante, pois com tal instituto a figura do magistrado tornar-se-ia desnecessária, porquanto a súmula não concede espaço algum para interpretação ou criação judicial do Direito.

A súmula é como um resumo de todos os casos parecidos decididos daquela mesma maneira, exposta por meio de uma simples proposição.

Com isso, uma súmula passa a ter verdadeiro efeito vinculante, e não mais somente consultivo, como antes da citada Emenda Constitucional. Intenta-se assegurar o princípio da segurança jurídica, evitando que situações iguais produzam decisões distintas.

O Juiz B explicou com proficiência o tema das súmulas vinculantes, destacando seus aspectos positivos e negativos:

A súmula vinculante tem pontos positivos e negativos. Positivos: a) evita a procrastinação recursal; b) barateia a justiça; c) garante o mesmo acesso a ricos e pobres (pobres não têm como recorrer aos tribunais superiores); d) evita que questões similares sejam decididas de forma distinta. Negativos: a) impede a modernização de pontos não consolidados; b) implica em arbítrio por parte dos tribunais superiores, notadamente de natureza política; c) impõe um controle vertical; d) enrijece a interpretação (Juiz B, 7).

O principal argumento contra as súmulas vinculantes é que violariam o princípio da livre convicção e da independência do juiz, por “enrijecer a interpretação”, conforme mencionou o Juiz B. Explicando melhor essa principal crítica, Freitas anota:

A principal crítica, ou melhor, desvantagem que muitos afirmam que a aplicação da súmula traria é o “engessamento” do poder que o magistrado possui hodiernamente de julgar conforme seu convencimento as causas a

ele submetidas. O maior temor que parece rondar a temática da súmula vinculante parece ser o perigo de a mesma retirar a necessária liberdade para julgar inerente à função do magistrado. Seria então mecanismo autoritário a restringir significativamente o direito-dever de os julgadores apreciarem cada causa com independência e conforme suas convicções jurídicas. [...] Da adoção do efeito vinculante das súmulas resultaria decisões submissas e atreladas aos Tribunais Superiores, cujos integrantes são nomeados pelo Presidente da República (2004, p.194).

Os ministros dos tribunais superiores passaram a ser, além de juízes, também um pouco de legisladores. Assim, o Direito passará a ser mais estático e inflexível, dado que os juízes de primeira instância deverão aplicar “cegamente” as súmulas, considerando sua previsão constitucional.

Todo o movimento a favor da liberdade do juiz e mitigação da lei parece abalado, tendo em conta a introdução das súmulas vinculantes. Não bastasse a preeminência ainda existente da lei, os juízes ainda se verão amordaçados pela súmula vinculante.

Acerca das vantagens das súmulas vinculantes, os Juízes B e C elogiaram tal instituto, como vemos a seguir:

Apesar de muita gente ser contra, não acho que a súmula vinculante vai amordaçar o juiz de primeiro grau. Acho que vai ajudar a desafogar o que temos de processo encalhado. Acho que ela não virá para tratar de temas díspares, como processo penal, ou as questões abertas do processo civil. Acho que virá para resolver problemas fechados, como questões de ordem administrativa, de ordem fiscal, tributária. Não virá para tratar de assuntos, por exemplo, como a inelegibilidade [...] (Juiz C, 7).

A súmula vinculante tem pontos positivos e negativos. Positivos: a) evita a procrastinação recursal; b) barateia a justiça; c) garante o mesmo acesso a ricos e pobres (pobres não têm como recorrer aos tribunais superiores); d) evita que questões similares sejam decididas de forma distinta [...] (Juiz B, 7).

A súmula vinculante, ao “evitar a procrastinação recursal”, como lembrou o Juiz B, como um dos seus pontos positivos, “desafogando o Judiciário”, como asseverou o Juiz C, implicará, na verdade, a redução da litigiosidade, pois impede que sejam interpostos recursos

previstos em lei. Assim, a discussão em juízo se estreita, pois, se couber a aplicação da súmula em certo caso, as partes não poderão continuar a litigar no Judiciário.

Quanto à vantagem de “evitar que questões similares sejam decididas de forma distinta”, o Juiz B demonstrou uma contradição, pois, em um ponto anterior da sua entrevista, destacou o seguinte:

[...] A segurança está em manter a efetividade da norma e a sua atualidade, ainda que corra o risco de situações iguais gozarem de tratamentos diferentes [...] (Juiz B, 2) (Grifo nosso).

Evidenciou, neste trecho, que se preocupa mais em manter a atualidade da norma, interpretando o Direito de forma diferente, mesmo que as situações sejam iguais.

Ora, o juiz pode atualizar a lei mediante a interpretação, mas, como atualizará a súmula vinculante? Em tese, a aplicação mais mecânica, mais fria, será ao aplicar a súmula, pois nosso ordenamento jurídico afirma expressamente que a súmula dos tribunais superiores é vinculante, entretanto, não está escrito em lugar algum que o juiz está preso firmemente à lei.

É certo que a Lei de Introdução ao Código Civil, a qual data de 1942, reza, em seu artigo 4º que, em sendo omissa a lei, o juiz julgará de acordo com a analogia, costume e princípios gerais do Direito. Todos sabemos, entretanto, que os juízes podem aplicar o costume ou os princípios, a despeito de haver lei clara para o caso. Com a súmula vinculante, o juiz encontra-se bem mais enlaçado, não podendo fugir de seus ditames.

Então, será gritante o engessamento do Judiciário, a partir das novas súmulas vinculantes. Antes de ser introduzida formalmente no ordenamento jurídico brasileiro, havia críticas que entendiam que as súmulas vinculantes eram inconciliáveis com nosso sistema jurídico, senão vejamos:

Incompatível com o ordenamento jurídico, porque petrifica, cristaliza decisões, eliminando exatamente a válvula respiratória de nosso sistema, que é a liberdade de questionamento da lei e da possibilidade de revisão da jurisprudência com vistas aos novos valores vigentes na sociedade [...] traria a enorme desvantagem de engessar o direito existente, privando-o da flexibilidade que as decisões de juízes de instâncias inferiores produzem muitas vezes aperfeiçoando o direito e contribuindo para a reformulação da jurisprudência dos Tribunais Superiores (MANCUSO, 2001, p.357).

Contrapondo-se aos Juízes A e B, o Juiz C só visualizou as vantagens advindas com a súmula vinculante, ilustrando, com um exemplo, a defesa que faz de tal instituto:

[...] Por exemplo, a questão do pagamento dos agricultores, que recebiam menos de um salário mínimo. Para receber o salário mínimo foi preciso o Brasil inteiro ajuizar milhões de ações para que a Justiça Federal desse um mínimo de dignidade, que aliás, eu nem sei se esse salário é digno, aos agricultores. Acho que a súmula vinculante será útil principalmente nas ações em que a União, Estados-Membro são parte. Nesses casos há muitos recursos de decisões idênticas. Não é para questões individuais, questões pequenas. Eram tantos os processos, que os procuradores não davam conta e o governo Fernando Henrique determinou que fosse pago administrativamente aos agricultores. Se naquela época já existisse a súmula vinculante a questão seria resolvida mais facilmente (Juiz C, 7).

A despeito da vantagem ora enunciada, entendemos que, como o Direito deve ser dinâmico, as decisões mais atualizadas são das sentenças dos juízes de 1º grau, pois esses estão em contato direto e permanente com os jurisdicionados. A súmula vinculante pode tornar a solução da lide mais rápida, evitando a protelação da solução, mas engessa a evolução do Direito, lesando a sociedade.

Nesse contexto, importante faz-se lembrar a sábia preleção de Maximiliano, no sentido de não concordar com a adoção de um instrumento jurídico abstrato que possa amordaçar a interpretação judicial:

Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio de interpretação. Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades.

A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida (1993, p.60).

O juiz deve ser livre para julgar, estar preso apenas às suas convicções e aos princípios jurídicos mais gerais. Não pode ficar asfixiado, subordinado inteiramente ao texto da lei e muito menos a um enunciado sumular.

## **7 APLICAÇÃO DO DIREITO COM INSEGURANÇA**

No presente capítulo, analisaremos os fatores, citados pelos juízes entrevistados, que concedem liberdade e criatividade ao intérprete. Enunciaremos, outrossim, as modernas concepções hermenêuticas de alguns dos juízes entrevistados.

### **7.1 O papel dos valores na interpretação jurídica**

Com o pós-positivismo, o debate acerca dos valores ganhou força no âmbito da ciência jurídica. A Teoria Pura do Direito proposta por Kelsen, que concebia os valores como um tema extrajurídico foi repensada; atualmente, entende-se que o valor é um dos elementos que compõe o Direito.

No trecho a seguir, o Juiz A revelou a importante função dos valores, responsáveis pela fundamentação da sua decisão

[...] E diante de mais de uma interpretação viável o que fundamenta a minha escolha são os valores [...] (Juiz A, 3).

O Juiz A asseverou que a sua bagagem de valores norteará a sua decisão, no sentido de optar por uma ou por outra possibilidade interpretativa.

O juiz, como qualquer pessoa, tem uma bagagem de valores da qual não se pode desvencilhar. Essa carga valorativa influenciará todas as suas atitudes, logo, a sua sentença será um retrato da sua perspectiva axiológica, como bem explica Herkenhoff: “A perspectiva axiológica afirma que o juiz é portador de valores de que impregna suas sentenças. Há de ser



o varão digno que julgue o povo com retidão e veja sempre a Justiça a serviço do homem” (1999, p.2).

Nesse sentido, Loewenstein, citado em Rosa, destaca que:

A ideologia é um sistema coerente de idéias e de crenças, explicando a atitude do homem em relação à sociedade e conduzindo a adoção de um modo de comportamento que reflete essas idéias e essas crenças e que a elas se conformam (2004, p. 49).

Schutz denomina essa carga de crenças, valores e vivências de estoque de experiência (MOREIRA; ALVES; FARIAS, 2001, p.193). Wagner elucida a natureza dessa carga ou estoque de experiências:

tanto o conteúdo como a seqüência dessas experiências são exclusivos dele. O indivíduo se encontra (em qualquer momento) numa ‘situação biográfica determinada’. Assim, subjetivamente, duas pessoas jamais poderiam vivenciar a mesma situação da mesma forma (1979, p.17).

Sobre o papel dos valores na decisão judicial, Haft (2002, p.320) explica que uma palavra vaga, como, por exemplo “razoável”, nunca terá sentido unívoco. Por conseqüência, para ser interpretada uma lei que contenha tal termo, será necessária uma decisão a respeito dos valores, ponderando-se os critérios da decisão. Dessa forma, o juiz decide em nome desse ou daquele valor, homenageando o valor que lhe parece ser o mais justo naquele caso em análise.

Rocha (2002, p.116) sustenta que a atividade hermenêutica é necessariamente valorativa, porquanto o juiz não é mero aplicador mecânico dos textos normativos. Recorre, então, às opções de valor ao fixar o sentido da norma, o que amplia as possibilidades interpretativas e, ao mesmo tempo, tais valores servem como um guia que pauta as possibilidades interpretativas. O juiz deve ser fiel às suas convicções e aplicar o Direito de

acordo com essas convicções. Esse mesmo autor sinaliza que o modo de interpretar é consequência do patrimônio cultural e da visão de mundo do intérprete.

Pergunta-se se a nova Hermenêutica, com o enaltecimento dos valores e a mitigação da lei, não proporcionaria um excesso de subjetivismo às decisões judiciais; porém, para que a decisão judicial tenha legitimidade, o juiz deve se pautar não por valorações simplesmente pessoais, senão por critérios socialmente aceitos. E são justamente esses valores que limitarão a atividade do magistrado.

Bonavides (1999, p.420) lembra-nos de que também devem ser considerados os valores que serviram de base quando da produção normativa: “O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la”. Assim, não só os valores que o intérprete tem como cidadão devem influenciar na decisão, mas também devem ser considerados os valores que influenciaram o legislador quando da elaboração da norma.

Podemos, pois, concluir que a função dos valores é tipicamente limitativa. Eis a dupla função dos valores: tanto limita a atividade do legislador, pois somente as normas correspondentes aos valores mais relevantes da sociedade serão postas; por outro lado, o juiz, com seus valores existenciais, terá limitada sua atividade interpretativa; ou melhor, ao menos o bom juiz, ético, justo e também responsável fará valer os valores reinantes em sua sociedade, em detrimento de valores pessoais, o que o levaria inevitavelmente ao arbítrio.

## 7.2 Subjetividade *versus* arbitrariedade

Indagados sobre a possibilidade de aplicar o Direito de forma subjetiva sem ser arbitrário, os juízes responderam:

A justiça é um conceito relativo, subjetivo. Quando se resolve o caso concreto se aplica o senso de justiça, por isso a decisão pode ser subjetiva sem ser arbitrária (Juiz A, 4).

[...] Porém, como já mencionado, muito embora deva desvincular o subjetivismo do arbítrio, o controle só pode ser feito por meio de grau recursal. Entre o arbítrio do juiz e o arbítrio do legislador tem-se preferido o primeiro (Juiz B, 4).

Acho que é uma coisa muito estreita. Quando você está aplicando o direito, você nunca acha que está sendo arbitrário [...] (Juiz C, 4).

O Juiz A afirmou que o senso de justiça é subjetivo, relativo, cada um tem o seu. Assim, a decisão pode ser subjetiva sem ser arbitrária, pois a justiça é um conceito subjetivo. O Juiz B revelou que o magistrado pode aplicar a sua justiça, devendo, porém, desvincular o subjetivismo do arbítrio. Mesmo quando arbitrário, parece ter maior amparo do que o legislador. O Juiz C, por sua vez, demonstrou que existe uma linha tênue separando o subjetivismo da arbitrariedade. Ao julgar segundo seu entendimento do que é justo, todavia, o juiz nunca se sente arbitrário, injusto.

O Juiz A, ao relatar que a Justiça é um conceito relativo, subjetivo, ratificou Santo Tomás de Aquino e Aristóteles, pois para eles a visão do justo é relativa. Assim, cada pessoa tem seu senso do justo (GOYARD-FABRE, 2002, p.209).

Os sofistas também entendiam a justiça como um conceito relativo. Como para eles a lei era o mesmo que o justo, e a lei era mutável, por ser modificada ou substituída por outra lei posterior, o justo também era mutável (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p.56).

De fato, não podemos dizer que haja um conceito de justiça que seja perene, imutável e eterno. A justiça reflete o que é bom para um certo povo, e o que é bom para um certo povo também muda com o tempo. Ademais, a noção do justo pode mudar de pessoa para pessoa inseridas em uma mesma sociedade. Não podemos dizer, porém, como já o fizeram os sofistas, que a lei traz todo o justo. A lei pode trazer apenas parte do justo e até trazer injustiça, a depender do caso concreto.

Podemos dizer, assim, que o senso de justiça é um conceito sociocultural. Rosa (2004, p. 50) destaca que as sociedades humanas elaboram seus parâmetros de justiça de acordo com seu tempo. Por isso, o conceito de justiça é considerado relativo no tempo e no espaço. O juiz é, dessa forma, influenciado pela sociedade e pela carga de valores que essa sociedade nele imprimiu.

Wagner (1979, p.311) explica o conceito dessa carga de valores e de conhecimento enunciado por Schutz:

Para uma pessoa na vida cotidiana, o conhecimento é o que ela achar que seja o caso. Essencialmente, diz respeito aos assuntos práticos e, freqüentemente, consiste em receitas para todos os tipos de conduta e atividade. [...] O que uma pessoa sabe, *in toto*, é o seu estoque de conhecimento. Como um todo, esse estoque é incoerente, inconsistente e só parcialmente claro. Serve aos seus propósitos adequadamente na medida em que suas receitas produzem resultados satisfatórios na ação e seus princípios explicações satisfatórias [...].

Assim, também por ser um conceito relativo, a justiça é subjetiva, dado que cada um interpreta o mundo ao seu modo, e existem outros fatores sociais, psicológicos, econômicos que interferem em tal carga de valores (estoque de conhecimento), fazendo com que dois juízes, por vezes, decidam de forma diferente um mesmo caso.

Por isso o Juiz C afirmou que nunca acha que está sendo arbitrário. Se julga de forma coerente com sua concepção (que é subjetiva!) do que é justo, de fato, o juiz não se sente arbitrário, injusto.

Sobre a influência do subjetivismo nas decisões, assevera Rosa (2004, p. 53):

Nada tem de negativo o reconhecer-se que as decisões dos tribunais, a que se atribui imparcialidade, impessoalidade e busca pura e simples do justo, sejam manifestações da ideologia que prevalece no meio social, da visão de mundo que condicionou a toda a sociedade, o seu sistema de idéias, crenças, valores e sentimentos. Trata-se de mera constatação de algo elementar no conhecimento sociológico, o fato de que todos os membros de um grupo social, grande ou pequeno, simples ou complexo, são condicionados pelos modos de pensar, agir e sentir dominantes no mencionado meio.

Vale lembrar que a obrigatoriedade disposta pelo Código de Processo Civil para que os juízes sejam imparciais não coincide com neutralidade judicial. Ora, o juiz deve posicionar-se a favor de uma ou de outra parte, uma vez que deverá julgar o caso concreto. Deve, porém, ser imparcial, não estabelecendo preferências prévias em relação a qualquer das partes. A neutralidade é que é uma característica impossível de ser constatada na prática judicial, dado que o juiz tem seu sistema de valores, seu senso de justiça, que repercutirá na sua decisão. O juiz será arbitrário se for parcial. Não será arbitrário por não ser neutro.

Bastos (1999, p.33) explica a impossibilidade de o juiz ser neutro, corroborando a explanação procedida há instantes:

O intérprete nunca será absolutamente neutro. Aquele vazio a que se referiu acima é preenchido em grande parte com preconceitos, valores e visões pessoais do aplicador da lei. O Direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete.

Em outro ponto, o Juiz A ratificou o subjetivismo do senso de justiça:

[...] A justiça é um conceito racional. É uma obra da razão, e como obra da razão ela está contaminada de humanidade e, por sua vez, de subjetivismo (Juiz A, 8).

A justiça, advinda da razão humana, é uma construção cultural de uma sociedade. Por isso está contaminada de subjetividade. O juiz, membro dessa sociedade, busca o sentido da justiça mais verdadeiro para aquela sociedade.

Lloyd (1998, p. 146), de maneira semelhante, disserta sobre a subjetividade do conceito de justiça:

[...] quando considerarmos que justiça pouco mais é do que a idéia de ordem racional e coerência e, portanto, funciona mais como um princípio normativo do que substantivo. (Isto não pretende denegrir o processo de justiça, o qual, como veremos, é de importância na realização da justiça legal). Que valores desejamos afirmar não é uma questão de necessidade lógica, mas de escolha. Isso não subentende, é claro, que a nossa escolha é absolutamente livre, uma vez que, em primeiro lugar, ela será profundamente condicionada por nossa história e tradições, assim como pelo nosso meio social e econômico. Além disso, parece não haver razão pela qual uma escolha de valores, tal como outras escolhas, não seja capaz de se justificar por argumentos racionais [...].

No passado, a justiça não era vista como um conceito subjetivo, conforme anotou o Juiz A. Aristóteles igualava a idéia de justiça à lei. Afirmava que ser justo era cumprir a lei. Por outro lado, cumprir a lei era cumprir todas as virtudes (GALLUPO, 2001, p.60).

Hodiernamente, deixar de aplicar a lei não significa necessariamente ser arbitrário. Houve um momento da história em que se perguntou se não seria viável a interpretação dos juízes mais de acordo com a equidade do que com os textos da lei. Magnaud, presidente do Tribunal de Château-Thierry, prolator de decisões imbuídas de grande justiça e humanidade, ficou conhecido como “o bom juiz”. Muitas vezes, afastava-se dos textos da lei sob pretexto de chegar à justiça (BRUHL, 1997, p.75-76).

É dessa subjetividade, em nome da justiça, que é lícito aos juízes se utilizarem. Não se quer com isso o desaparecimento das leis, pois o sistema da tripartição dos poderes tem bases sólidas e convincentes.

### **7.3 A lei como uma das possibilidades do Direito**

Diferentemente de Aristóteles, para quem o homem justo é o que age segundo a lei (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p.91), o Juiz A afirmou que o seu senso de justiça já o levou a não aplicar a lei, por entender que a pura aplicação da norma legal ao caso levaria a uma injustiça, conforme relatou a seguir:

Já me deparei inclusive com um caso em que a lei previa o caso, mas não apliquei essa lei. O atual Código Civil proíbe a adoção de crianças por casal separado. Vamos supor que você, casada, tem três filhinhos. Um de cinco, um de oito e um de dez anos. Por algum infortúnio você se separou do seu marido, mas continuaram com uma boa amizade. Aí você chegou num determinado ponto em que teve vontade de ter uma meninazinha, por já ter três “marmanjos”. Decidiu adotar uma menina, Laís, de três anos. Todos os fins de semana, o seu ex-marido pega seus filhos para passar o fim de semana com ele. E a menina fica com saudade dos irmãos. E seu marido pergunta se você se incomodaria dele também levar a meninazinha pra passar o final de semana com ele. E ele passa a levar costumeiramente também a Laís. Ela vendo os irmãos chamando aquele indivíduo de papai, como você acha que aquela criança vai chamá-lo? E o pai diz que também quer adotar a menina. Vocês recorrem ao judiciário e o juiz vinculado a uma escola positivista, aliás, não precisa nem ser positivista, basta abrir o código e encontrar o dispositivo que proíbe a adoção por pais separados. Sem maior esforço ele indefere. Aí eu pergunto: isso é justo? Será que dentro de todo o nosso sistema axiológico, dentro dos interesses daquela menina, será que se o legislador do Código Civil estivesse vendo esta cena ele teria colocado esta norma? Então, é a questão do subjetivismo em relação à justiça[...] Se o juiz, neste caso, se apega só à lei, ele deixa de cumprir uma das suas funções que é a função socializadora, a função de promover a justiça para, simplesmente, enunciar o que qualquer leigo pode concluir. “Dura lex sed lex”, na minha opinião, morreu com os imperadores romanos [...] (Juiz A, 8).

A lei a que o Juiz A se referiu é o Código Civil de 2002 (lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), que no artigo 1.622 dispõe:

“Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável. Parágrafo único. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e **desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal**” (Grifo nosso).

De fato, se o Juiz A tivesse uma posição formalista, positivista estrita, denegaria o pedido, dado que os pais de “Laís” já estavam divorciados quando ajuizaram o pedido de adoção. O “estágio de convivência” da menina com os pais iniciou-se depois do divórcio deles.

O antigo Código Civil de 1916, mais retrógrado ainda, previa em seu artigo 370: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher”. O atual Código Civil já admite adoção por casais divorciados ou separados judicialmente, porém, dificulta a adoção ao exigir que a convivência familiar tenha iniciado quando da constância da sociedade conjugal.

Ora, o juiz deve ser um observador da sociedade e não mero aplicador estrito da lei, pois vemos que cresce espantosamente o número dos divórcios. É visível a transformação das famílias. Segundo o IBGE, o número de divórcios, em todo o Brasil, passou de 94.896 em 1993, para 138.520 em 2003. E em 2005, mais de 130 mil divórcios ocorreram no País.

O Juiz A entendeu por bem flexibilizar a lei, provendo a justiça, ao dispensar a exigência da convivência anterior da criança com os pais ainda casados. Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, como a boa amizade do ex-casal, a vontade do pai em também adotar a criança, a necessidade de esta ter um pai, gozando dos direitos hereditários



tal qual os outros irmãos, foram determinantes para que o juiz decidisse nesse sentido. Vale repetir o trecho da fala do Juiz A, que, demonstrando seu compromisso com a justiça, explicou:

[...] Se o juiz, neste caso, se apegar só à lei, ele deixa de cumprir uma das suas funções que é a função socializadora, a função de promover a justiça, para, simplesmente, enunciar o que qualquer leigo pode concluir (Juiz A, 8).

O Juiz A demonstrou que a lei é só uma das fontes do Direito. Se o caso demonstrar que a aplicação fiel da lei ao caso levará à injustiça, é lícito ao juiz fugir do aparato legal e julgar de acordo com outras fontes. No caso em tela, julgou segundo seu senso de justiça, dado que, ao seu ver, se tivesse aplicado friamente a lei, estaria sendo arbitrário.

Bastos (1999, p.165) admite que os juízes não passariam de meros fantoches manipulados pela lei se apenas ficassem adstritos à fria aplicação mecânica da norma ao fato. Concorda, pois, com o argumento de que a lei é só uma das possibilidades do Direito, pois retrata apenas parte do mundo jurídico.

Ainda é comum ouvir-se um juiz dizer que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido a perfeição, e não assume a responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência, esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei (DALLARI, 2002, p.82).

Afinal, como ensina Hauriou, citado por Goyard-Fabre (2002, p.161), o normativismo da lei escrita não explica a natureza do Direito. A lei não é o todo do Direito: “[...] é apenas um dos fatores de um dos equilíbrios do direito” (IDEM, 2002, p.161). Por isso, no mesmo sentido, Herkenhoff (2003, p.97-98) explica que os juízes, advogados,

promotores, não devem ser servos da lei. Devem, sim, ser servos do Direito. Herkenhoff traz, ainda, a lição de Tristão de Athayde, para quem se o juiz deixa de aplicar o rigor literal da lei, em razão das circunstâncias fáticas, não está ofendendo a lei. Está, sim, cumprindo a lei com equidade.

Assim, vemos que o compromisso primeiro do juiz deve ser com a justiça, e não com a lei em si, como ocorria em épocas pretéritas, sob influência das escolas de hermenêutica formalistas. O juiz é livre, mas a sua liberdade é comprometida com a justiça.

O que fez o Juiz A sentir-se livre para decidir em desfavor da lei foi sua “consciência jurídica”. Para Del Vecchio (1972, p.333), na maior parte dos casos, o Direito positivo é conforme com a nossa consciência, contudo essa correspondência pode faltar, e é então que se manifesta a “inesgotabilidade da consciência jurídica própria do homem”.

Nesse sentido, Herkenhoff (2003, p.99) lembra-nos de que entre o culto da lei e o culto do Direito, deve prevalecer este último. Por isso, o juiz pode julgar, a despeito de lei em outro sentido.

Adverte Lloyd (1998, p. 149-154) que a justiça é uma concepção muito mais ampla do que a de lei; a justiça independe da estrutura formal de um sistema jurídico, ou seja, a despeito de o senso comum tratar a lei como sinônimo de justiça, há casos em que se comete uma injustiça legal (como o caso relatado pelo Juiz A), visando a alcançar uma justiça substancial.

Rigaux (2000, p.185) explica que, desde Jean Bodin, já se reconhecia aos juízes o poder de “dobrar a lei”. O juiz seria muitas vezes coagido a fazer obra criadora, tanto porque toda norma precisa ser interpretada, quanto porque nenhuma codificação poderia prever a diversidade de situações da vida. Assim, o julgador estaria mais apto do que o legislador a observar as alterações da sociedade e a particularidade dos fatos.

Uma das formas de solucionar problemas hermenêuticos que tem a lei como simples possibilidade do Direito é a tópica.

A tópica tem a natureza de método de interpretação. Por meio desta, investigam-se premissas e volta-se, sobretudo, para o problema, a fim de solucioná-lo.

Otte, Alexy e Horn, citados por Bonavides (1999, p.454), concebem a tópica como uma teoria da argumentação jurídica voltada para o caso concreto e que considera a compreensão prévia do problema.

A tópica é uma forma de solucionar problemas que permite ao juiz aplicar ou não a lei, dependendo do caso concreto. Usando a tópica, o juiz examina o problema que lhe é dado; angaria critérios de soluções; daí, diante das várias argumentações que lhes são dadas, escolhe uma delas, solucionando o problema. A lei é, assim, um dos vários *topoi* que pode ou não ser escolhido para solucionar o caso concreto.

Bem ensina Bonavides (1999, p. 159):

Reduzidos a meros *topoi*, a norma e o sistema já não têm na hermenêutica das Constituições aquele primado que a metodologia clássica e interpretativa de Savigny lhes conferia. São tão-somente pontos de vista com que o intérprete, argumentando, busca a solução do problema. Os *topoi*

aferidos e cotejados têm ingresso na hermenêutica constitucional, que fica assim mais ampla e mais aberta, diríamos até mais maleável e acessível à utilização de elementos concretos e valorativos. É o decisionismo no caso concreto, visto por todos os ângulos possíveis, ao contrário do dedutivismo lógico dos normativistas.

O juiz elegerá os *topoi*, a partir dos pontos de vista retóricos, e resolverá caso a caso, considerando as suas particularidades. Neste ponto está a discricionariedade do intérprete. A tópica enaltece, assim, a liberdade do juiz, permitindo que este escolha por não realizar o dedutivismo lógico, conforme enunciado por Bonavides, que seria apenas a fria aplicação mecânica da lei.

Canotilho (1993, p. 1137) também nos fornece elucidativas explicações acerca do modo de pensar tópico:

O método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: 1) *carácter práctico* da interpretação constitucional, dado que, como toda interpretação, procura resolver os problemas concretos; 2) *carácter aberto e fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; 3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução substantiva a partir do mesmo. (...) Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *topoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema.

A tópica, como “técnica do pensamento problemático”, oferece indicações de como resolver um problema específico. Os lugares-comuns são oferecidos e, a partir do exercício comunicacional, esses lugares-comuns (aceitos de forma consensual) serão superados (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 391).

Assim, aplicando o modo de pensar tópico, decidimos no caso concreto qual opção tomamos como a correta, a partir dos pontos de vista que nos são dados, a saber, a lei

que tem referência àquele caso, os elementos extrajurídicos, o próprio sistema jurídico, o senso do justo etc.

A tópica é um procedimento de busca de premissas que não termina nunca, pois o conjunto de topos é provisório. Os tópicos só permitem alcançar soluções curtas. Como o Direito é um sistema aberto, não é possível traçar soluções permanentes (ATIENZA, 2002, p.62). Ademais, as respostas não estão pré-fixadas.

Pergunta-se se o modo tópico de resolver as questões não proporciona excesso de subjetivismo às decisões judiciais; ou seja, se a aplicação da tópica não faria da sentença simplesmente um ato volitivo. Para que a decisão judicial tenha legitimidade, porém, o juiz deve se pautar não por valorações simplesmente pessoais, senão por critérios socialmente aceitos.

Essa discussão sobre a lei como apenas uma das possibilidades do Direito envereda em outro ponto a ser discutido: o do valor segurança diante do valor justiça. Bastos (1999, p.31) explica que a segurança não pode ser o primado último do Direito. Acima da segurança deve vir a justiça. A própria segurança busca a realização da justiça, mas o Direito seguro não é necessariamente justo.

O que ocorreu no caso em tela, há pouco transcrito, foi que o Juiz A não aplicou a lei, que abraça o valor segurança, a fim de realizar outro valor que lhe deve ser superior, qual seja, o da justiça.

O juiz contemporâneo tem uma liberdade bem maior se contrapusermos a realidade atual à de outras épocas. Vale lembrar a escola formalista-positivista, contemporânea à Revolução Francesa, a Escola da Exegese, que cerceava a atividade do intérprete. Isso ocorria, pois “o liberal-individualismo cingia-se, ideologicamente, ao texto da lei, do qual o juiz deveria ser um frio e automático aplicador; isto se fazia em nome das garantias dos direitos individuais e também do princípio da separação dos poderes [...]” (ANDRADE , 1992, p. 142). Por isso, Montesquieu concebia o juiz como um ente inanimado, que apenas pronunciava as palavras da lei.

#### **7.4 A abertura hermenêutica**

É inegável a influência das partes na tomada da decisão pelo juiz. Bastos (1999, p.75) não nos permite olvidar esse fato. Lembra-nos de que as partes, pelos meios admitidos em Direito, intentam influenciar na decisão do juiz, pois o objetivo tanto do autor quanto do réu é vencer a lide e, para tal, influenciarão o juiz da forma que mais lhes beneficiará, trazendo fatos, interpretações e fontes do direito que lhes auxiliem nesse mister.

Gallupo (2001, p.63) trata as partes do processo como autores da sentença tanto quanto o juiz, como vemos a seguir *in verbis*:

[...] É interessante que a teoria do processo como procedimento de Elio Fazzalari indica na mesma direção. Quando esse processualista define o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, não concebendo portanto o juiz como único responsável pelo provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido tão *autores* da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação [...].

Nesse contexto, imprescindível é enunciar a Teoria da Abertura da Interpretação, proposta por Peter Häberle, que dispõe que cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituirão forças produtivas de interpretação, atuando ao menos como pré-intérpretes.

Como a lei não tem mais o primado de outrora, é inevitável garantir que forças sociais influenciarão o juiz na sua tomada de decisão. Além das partes do processo, a opinião pública, os grupos de interesse e demais forças sociais atuam silenciosamente de modo a influenciar o juiz na escolha da decisão mais justa.

No caso descrito no item anterior, em que o juiz deixou de aplicar a lei para conceder o pedido de adoção pelo casal divorciado, houve a influência de fatores não estatais que auxiliaram no estabelecimento da visão do que seria mais justo para o Juiz A.

Häberle (1997, p.22-23) considera participantes do processo de interpretação, além dos órgãos do Estado, a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: a imprensa, o rádio, a televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais.

Häberle ensina que não pode existir a fixação prévia de quem interpreta o Direito, como vemos a seguir:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (1997, p.13).

Assim, todos seríamos legítimos intérpretes, e os juízes teriam de acolher, mesmo que de forma inconsciente, a interpretação que o povo faz do Direito.

A reflexão de Häberle desdobra-se por meio dos seguintes pontos principais: o alargamento do círculo de intérpretes e o conceito de interpretação como um processo aberto.

Para Lima, “o método da Constituição Aberta só desperta interesse especulativo, para se auscultar o que pensa o povo, cujo entendimento auxiliará na solução de casos difíceis” (2001, p.324).

É inegável a influência dos fatores sociais na decisão do juiz. Todos somos intérpretes do Direito: sendo parte ou não do processo, emitimos nossas opiniões, e essas nossas opiniões são um *topos* de interpretação que pode ser escolhido pelo juiz.

Kelsen (2000, p.387), outrossim, vislumbra a noção de que a interpretação pode ser realizada por qualquer cidadão, como vemos a seguir:

Mas também os indivíduos, que têm – não de aplicar, mas – de observar o Direito, observando ou praticando a conduta que evita a sanção, precisam de compreender e, portanto, de *determinar o sentido das normas jurídicas* que por eles hão de ser observadas (Grifo nosso).

## **7.5 Atualização do Direito pelo juiz**

A interpretação é uma das formas mais eficazes de atualização do Direito. Dessa forma, mesmo sem a alteração por parte do Legislativo, o juiz pode atualizar a norma que está ao seu dispor. Aplicando a norma de acordo com sua realidade, estará modernizando o Direito.



O Juiz B revela a necessidade de a lei ser aplicada conforme a realidade do seu tempo, mesmo que para isso surjam julgamentos diferentes para casos iguais:

[...] A segurança está em manter a efetividade da norma e a sua atualidade, ainda que corra o risco de situações iguais gozarem de tratamentos diferentes [...] (Juiz B, 2).

Constata-se, portanto, que para esse juiz, a segurança não é primordial na interpretação do Direito, visto que é mais importante manter atualizada a norma e buscar o justo. Mesmo situações iguais, se ocorrerem em épocas diferentes, podem ser tratadas de forma diferente, porquanto a interpretação da norma deve mudar de acordo com o tempo em que é feita.

Sobre a necessidade de manter a atualidade da norma, Portanova (2000, p.97-130) ilustra sua obra com uma apelação cível (20.191), da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Antes de me cingir, bitoladamente, ao texto da lei, procuro saber se ele é justo e se resolve o caso concreto. Não posso me manietar a um código que tem mais de 60 anos, e que não acompanhou a ciência, que não acompanhou as mutações de ordem material e moral. O juiz deve julgar com os olhos no seu tempo, pois só assim poderá atingir o justo.

O juiz não pode simplesmente aplicar a lei de forma mecânica. Deve utilizar-se de criatividade e inteligência, a fim de que a norma seja aplicada de forma atualizada.

Bastos (1999, p.90) também confirma a necessidade de atualização do Direito, ao lado da procura pela estabilidade, senão vejamos:

De fato, embora seja inevitável a aparente *contradictio in termis*, pode-se dizer que o direito define-se tanto pela busca incessante da certeza, traduzida por sua estabilidade, quanto pela procura incessante da sua legitimidade dinâmica, que se traduz numa mutabilidade que acompanhe a evolução histórica operada no seio da sociedade.

É mediante a interpretação que se atualiza o Direito, obtendo-se a desejada estabilidade jurídica. Maximiliano (1993, p.122) lembra que a longa validade do Direito Romano e, até mesmo, da Lei das Doze Tábuas, deve atribuir-se à interpretação, que desenvolvia e ampliava o Direito escrito, embora deixando intocável a letra da lei.

Manter a atualidade da norma importa, por vezes, modificar a interpretação que costumeiramente se lhe dava. Por isso, o jurista, ante a norma,

[...] à luz de um valor ou de uma ideologia, a compreenderá ou a interpretará, dando-lhe um sentido já estabelecido, como ocorre nas épocas de estabilidade social, ou um sentido novo, como acontece nas épocas de transição (GUSMÃO, 1978, p.136).

Ainda no século XIX, como fica bem claro sobretudo pela evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, houve o reconhecimento de que não é possível julgar com justiça aplicando a lei em seu estrito sentido literal, ignorando a mudança do sentido das palavras, das circunstâncias sociais, dos costumes e da própria escala de valores do povo, influenciados por novas condições de vida e de convivência. Assim é que, partindo da interpretação exclusivamente literal das leis, no momento de sua aprovação, os juízes da Suprema Corte americana reconheceram a necessidade de levar em conta a atualização do sentido das palavras (DALLARI, 2002, p.98).

Concluimos, pois, pela imprescindibilidade da aplicação atualizada da norma, em nome da própria estabilidade do ordenamento jurídico. A interpretação literal da norma, a

despeito de abraçar a segurança abstrata do Direito, não viabiliza a atualização do Direito e pode comprometer, por outro lado, a própria segurança do sistema. Se só a interpretação gramatical fosse permitida, o legislador teria que elaborar cada vez mais normas, pois a letra da lei desatualiza-se com enorme rapidez, haja vista a evolução frenética dos fatos. É a interpretação atualizada da norma que concede a sua permanência no ordenamento jurídico.

Assim, a segurança advinda da aplicação literal da norma deve ceder em nome da atualização do Direito por intermédio de uma interpretação mais subjetiva, a despeito de, abstratamente, trazer maior insegurança.

#### **7.6 Da vagueza inerente à linguagem da lei**

Os conceitos vagos ou indeterminados fazem parte de nossa linguagem. Da passagem do pensamento às palavras, muito se perde; daí a utilidade dos conceitos vagos. As normas, decorrentes da linguagem, também carregam termos indeterminados. As normas que trazem os conceitos mais abertos são passíveis de receber maior amplitude de sentido.

Na linguagem filosófica contemporânea, indeterminação é usada como não-delimitação do significado, ou seja, vagueza, imprecisão. Em Abbagnano (1970, p.525), indeterminação significa ausência de determinação causal. O indeterminismo é um “termo introduzido na linguagem filosófica, na segunda metade do século XVIII, para designar a doutrina que nega o determinismo dos motivos, isto é, a determinação da vontade humana por parte dos próprios motivos” (ABBAGNANO, 1970, p.525).

Em 1927, Werner Heisenberg (1901-1976) apresentou um conjunto de fórmulas, a que se deu o nome de princípio da incerteza ou da indeterminação (MORA, 1990, p.1645).

Em outro trabalho, constatamos como a noção de indeterminação permeou outras ciências:

O termo indeterminismo pode significar teoria filosófica ou postulado da física moderna. A teoria do indeterminismo na física afirma que o princípio da causalidade não é sempre válido para todas as leis que regulam os fenômenos da natureza. Assim, tal lei seria estatística ou provável. A nova mecânica quântica, com Heisenberg e ondulatória, com L. de Broglie introduziram a probabilidade em suas descrições científicas. Esses trouxeram a incerteza às Ciências Naturais (ALVES, 2005, p.41).

Indeterminismo é, assim, toda doutrina segundo a qual os acontecimentos não estão determinados; nada aconteceria necessariamente (MORA, 1990, P.1654).

A Ciência Jurídica, com relativo atraso, assimilou a idéia de indeterminação. Durante a vigência do positivismo, o Direito tinha como paradigma o modelo da causalidade, formal e fechado das Ciências Naturais. Após a introdução do princípio da indeterminação nas Ciências da Natureza, em que a probabilidade passou a ter mais valor que a certeza, a Ciência Jurídica aderiu à concepção do indeterminismo. Assim, com o pós-positivismo, a lei não tem mais o primado de outrora, os métodos fechados de interpretação apresentam-se duramente criticados, da interpretação de um termo vago podem advir diversas soluções, dentre outras mudanças de mentalidade. Não se pode mais entender a indeterminação como dúvida ou desconfiança. Era natural que o Direito acompanhasse as demais ciências no que tange a essa concepção, até por uma necessidade de crescimento da Ciência Jurídica.

A indeterminação é uma noção inerente à realidade. Não podemos fechar os avanços de uma ciência em concepções rígidas.

Os conceitos vagos, expressão desse indeterminismo, foram vistos como uma forma de regular mais frouxamente a conduta humana. Por não descer aos pormenores, poderiam abraçar diversos atos humanos a serem regulados, permitindo, assim, diversas interpretações.

Além de conseguirem abarcar várias condutas, sempre sobra certa margem de liberdade quando de sua aplicação. Seu sentido só é desvendável mediante a interpretação e, pelo fato de ser “indeterminado”, há maiores possibilidades criativas ao intérprete ao determinar a extensão desse conceito (ALVES, 2005, p.41).

Quando perguntados sobre a existência de várias soluções possíveis na interpretação dos termos vagos da lei, os entrevistados responderam no mesmo sentido:

Haverá, logicamente, várias. Se são conceitos vagos, indeterminados, têm um alto grau de subjetivismo. O que é correto para mim pode não ser para você (Juiz A, 3).

Muitas vezes, várias soluções são viáveis, já que o preceito indeterminado não implica só em uma questão espacial, porém, também temporal (Juiz B, 3).

No meu entender sempre há várias soluções para os conceitos vagos; penso que grande maioria dos magistrados age assim (Juiz C, 3).

Os Juízes A, B e C concordaram sobre a idéia de sempre resultar em mais de uma solução possível a interpretação dos conceitos vagos. Tais menções revelam a consciência dos juízes a respeito da riqueza de linguagem e, outrossim, da discricionariedade que possuem ao interpretar e aplicar o Direito.

Ao formular a pergunta em questão, levamos em consideração o fato de que os conceitos indeterminados contidos na lei são os que, possivelmente, geram maiores possibilidades interpretativas, e, assim, deles decorre maior liberdade ao intérprete. Não quer dizer, porém, que os conceitos determinados, apesar de serem assim denominados, sejam totalmente claros e que seja desnecessária sua interpretação. O velho brocardo “Se a lei for clara, não se faz necessário interpretá-la”, é deficiente, porquanto, para se chegar à conclusão de que o conceito (que está na norma) é claro, tem-se, necessariamente, que se passar pela interpretação.

Conceitos indeterminados são assim chamados por não terem sentido preciso, objetivo, determinado. São aqueles com alto grau de vagueza. Fala-se, pois, em boa-fé, bem comum, idoneidade, aptidão, ordem, segurança pública, interesse público, notório saber, moralidade, razoabilidade, dentre outros.

Existe uma doutrina desses conceitos, a qual surgiu na Áustria, no século XIX, com a questão de saber se os conceitos com alto grau de indeterminação seriam ou não passíveis de controle pelos tribunais (ALVES, 2005, p.42). A questão situava-se, ainda, apenas no âmbito do Direito Administrativo, referente à atuação do administrador diante desses conceitos imprecisos contidos na lei.

O conceito indeterminado gera a flexibilização da interpretação e aplicação do Direito. De fato, como lembra Sousa,

O legislador do Estado de Direito Democrático não pode, não quer e, por vezes, não deve regulamentar através de normas gerais e abstratas a actividade pública até ao mais ínfimo pormenor. Por outro lado, em maior ou menor medida, mais ou menos deliberadamente, o legislador recorre cada vez mais, na sua técnica legislativa de previsão das situações a regulamentar, a conceitos de interpretação difícil e aplicação ainda mais complexa [...] (1994, p. 17).

Para Moraes, os conceitos indeterminados surgiram associados à idéia de controle ilimitado de sua interpretação e aplicação (1999, p.65). Teorias surgiram a fim de explicar esses conceitos: a) Teoria da multivalência - segundo tal sistema a aplicação dos conceitos indeterminados levaria a várias soluções possíveis; b) Teoria da univocidade - a aplicação desses conceitos conduziria somente a uma solução possível.

É da doutrina alemã a identificação de três zonas no conceito indeterminado: há uma zona em que a situação fática existe com certeza na previsão do conceito, e outra zona de certeza negativa, em que a situação não é certa de ser prevista no conceito. Por fim, existe a zona de penumbra, em que não se sabe se a situação se enquadra ou não naquele conceito, e onde há uma escolha, uma criação, uma densificação através da valoração que resulta em diversas soluções possíveis (MORAES, 1999, p.58).

Haft (2002, p.310) lembra que havia a plena convicção, nas primeiras décadas do século XX, de que se chegaria a uma linguagem unívoca, ou seja, que a linguagem da lei só levaria a única solução possível. Essa concepção, todavia, parece ultrapassada.

Bittar e Almeida (2001, p.481) acentuam que as expressões abertas, como boa-fé, ordem pública, mulher honesta etc. representam a opção pela imprecisão feita pelo legislador com o objetivo de adaptar o texto normativo a momentos sociais e a particularidades do caso concreto.

Hart (1961, p.140) assinala que a vagueza da linguagem permite a discricionariedade. Acrescenta que aplicar uma regra constitui na realidade uma escolha.

A textura aberta do Direito significa que há áreas de conduta em que muito deve ser deixado para ser desenvolvido pelos juízes, os quais determinam o equilíbrio entre interesses conflitantes do caso. Dada a riqueza da realidade, e considerando que o Direito deve se adequar à riqueza do caso, é inevitável a diversidade de opções interpretativas que devem ser oriundas da vaguidade dos conceitos.

Hart (1961, p.141) lembra que “os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade”.

Rigaux evoca que os *hard cases* (“casos difíceis”) jamais poderão ser regulados perfeitamente pelas leis, dado que a particularidade da situação cria obstáculos à apreensão deles pelas regras de Direito (2000, p.58). Os conceitos vagos contidos na lei são um *topos* de interpretação para a resolução desses “casos difíceis”. Se as leis só contivessem termos fechados e unívocos, não se prestariam à aplicação a esses casos.

Haft (2002, p.314), em outro ponto, destaca a plurivocidade da linguagem do Direito, como constatado a seguir:

A linguagem do direito não se pode libertar da imensa riqueza da realidade. Ela permanece refém da linguagem corrente. Tem de retratar aquela riqueza ilimitada com meios limitados e qualificá-la através de valorações(realidades adicionais “de tipo mais elevado”). Esta descoberta exclui a univocidade; a linguagem – e, como tal, também a linguagem do direito – tem de ser equívoca/plurívoca.

Nesse ponto, vale recordar Dworkin, o qual denominou um juiz superdotado de conhecimentos e experiências de juiz Hércules. Hércules aceita o Direito como integridade e



tem capacidade e paciência sobre-humanas (DWORKIN, 1999, p.287). Tal juiz, em discordância relativamente às respostas dos juízes entrevistados, obteria única decisão possível ao caso concreto. O juiz só declararia o Direito sob pena de violar o princípio da separação de poderes. Hércules não optaria entre duas ou mais soluções, dado que, como o sistema jurídico era coerente, a interpretação só levaria a uma decisão possível. Essa decisão única, correta, perfeita, assim o era tendo em vista que o sentimento do juiz Hércules correspondia à convicção popular (LIMA, 2001, p. 180-181).

Discordando de Dworkin, Hart explica que, da aplicação do Direito, sempre resulta uma escolha. Regra que implicasse em uma só possibilidade interpretativa seria adequada apenas a uma jurisprudência mecânica, e tal sistema não é bem aceito atualmente:

Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha [...] Isso seria adequado a uma jurisprudência mecânica (1961, p.141).

Streck (2003, p.172) elucida a disputa entre Hart e Dworkin sobre a liberdade do juiz. Para Hart, o Direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz, daí resultarem sempre várias soluções possíveis quando da interpretação. Dworkin, por sua vez, entende que o Direito sempre proporciona boa resposta, já que o juiz teria apenas que escrever a continuidade de uma história. Este último defende, assim, o argumento de que o juiz tenha uma atitude mais presa e pouco criativa.

É a criatividade judicial a responsável pela criação das várias opções interpretativas dos conceitos indeterminados da lei. Vale trazer, nesse ponto, as explicações de Haft (2002, p. 322), sobre a criatividade imanente à atividade interpretativa:

Toda a aplicação do direito – não só a integração de lacunas, mas também a subsunção “normal” – comporta um elemento criativo. [...]. Sendo certo que os precedentes e a dogmática o podem auxiliar, não é menos verdade que também eles carecem de legitimação. Em última análise, é inevitável que uma parte da decisão tenha um caráter estritamente pessoal, o que, conforme a pré-compreensão de cada um, tanto pode ser considerado actividade criativa, como arbitrariedade. Em qualquer caso, esse elemento está presente, não só nas lacunas legais e nas dúvidas de interpretação, mas também na aplicação normal, a problemática do direito. Cada decisão acrescenta uma nova informação à lei: que esta vale ou não vale para o novo caso.

Vale contrapor, nesse ponto, o voluntarismo permitido ao juiz na Escola de Direito Livre do voluntarismo permitido por Kelsen. Enquanto no Direito Livre o juiz teria um voluntarismo amorfo, deixando tudo entregue à vontade do juiz (BASTOS, 1999, p.164), o voluntarismo de Kelsen estaria preso a certos ditames.

Para este último, a norma é um esquema dentro do qual estão várias possibilidades interpretativas. O procedimento interpretativo não autêntico (ato meramente cognoscitivo, realizado pela Ciência do Direito e pelas pessoas em geral) fornece as várias soluções possíveis. Todas essas soluções decorrentes do processo encaixam-se em uma moldura, e uma delas será escolhida pelo aplicador do Direito, que é responsável pela interpretação autêntica. Kelsen explica que essa escolha é feita, por um ato de vontade, pelo juiz (2000, p.391). Assim, o juiz está preso a essa moldura de interpretações traçadas, sobretudo, pela doutrina, estando livre para escolher qualquer das opções só depois de traçado esse quadro de interpretações.

O significado do conceito indeterminado não está todo na lei. O juiz desvela o seu sentido na resolução do caso concreto, fixando diversas interpretações possíveis e escolhendo uma delas. Assim, é o caso que lhe fornece elementos para fixar o alcance de tal termo vago.

## **7.7 A intuição na escolha pela melhor decisão**

A intuição interfere na nossa compreensão das coisas. Ensina Coreth que só podemos compreender algo sob um amplo campo prévio de experiências e intuições, que se amalgamaram em uma totalidade de sentido da qual se deduz o sentido da coisa analisada (1973, p.71).

Para Carnelutti, citado por Herkenhoff (2003, p.99), o juiz pode alcançar a intuição da justiça, a partir da análise do homem vivo, que não é o homem abstrato do legislador, e chegar, assim, à justiça concreta.

O Juiz C, no trecho seguinte, revelou que existe um papel relevante exercido pela intuição na escolha pela melhor decisão a ser tomada:

[...] Quando me deparo com um caso difícil, eu nunca julgo no mesmo dia. Penso durante uns três a cinco dias e às vezes me acordo de madrugada para sentenciar. Às vezes a que eu fiz, não é a que eu entrego. Quero ter segurança naquilo que decido. E a minha segurança, muitas vezes corresponde ao querer de cada cidadão (Juiz C, 8).

Ao declarar que, às vezes, acorda de madrugada para sentenciar, e que já ocorreu de não entregar a sentença que já havia feito, substituindo-a por outra, destacou que a intuição do que é mais justo determina a escolha por uma ou por outra decisão.

Goyard-Fabre (2002, p.151), ao enunciar as diretrizes da Escola do Direito Livre, explicou que a intuição era, para essa escola, um elemento para bem aplicar o Direito, flexibilizando a rigidez da norma jurídica. De acordo com essa escola,

Os dados da intuição devem fecundar as exigências da razão. Chegou-se a falar de uma “filosofia intuicionista do direito” que flexibilizaria a regra de direito em contato com o fato e lhe daria um pouco desse frescor que, *mutatis mutandis*, o direito inglês sabe tirar, lembravam eles, do *common law* e da *equity*.

Todos somos influenciados pela intuição na escolha do que quer que seja. Assim, o juiz, na escolha da melhor solução a ser dada, também decide intuitivamente tão-só pelo fato de ser humano como qualquer outra pessoa.

Rigaux critica a forma de trabalho de certos juízes, baseados mais na intuição do que é mais justo, do que presos a fontes mais rígidas e seguras:

Entretanto, a idéia às vezes avançada de que a intuição do juiz basta para tudo, tanto para escolher a regra aplicável como para avaliar os fatos e adaptar-lhes o dispositivo, deve ser resolutamente combatida. Sob sua variante mais perversa, essa doutrina apresenta a motivação do julgamento como um raciocínio fictício que lançaria um véu de legalidade sobre uma decisão cuja única fonte seria a consciência, o senso da justiça ou a equidade do magistrado. Não é impossível que certos juízes trabalhem dessa maneira, mas não é papel da doutrina encorajá-los ou aprová-los [...] (RIGAUX, 2000, p.72).

Rawls (2002, p.36-37) explica que o intuicionismo é uma doutrina segundo a qual há uma série de princípios básicos que devemos pesar e comparar, perguntando-nos qual o equilíbrio é o mais justo. Não haveria nenhum critério de prioridade para avaliar esses princípios. Atingimos esse equilíbrio pela intuição, pelo que achamos que traz mais justiça. As regras de prioridades são triviais e não ajudam na tomada da decisão.

Sucedem que, em sendo o juiz livre para julgar da forma mais justa, pode trocar de decisão quantas vezes achar necessário. O importante é que tenha segurança de que aquela é a melhor decisão, mesmo que apenas a sua intuição o convença de que aquela é a mais justa. Tendo segurança naquilo que decide, conforme advertiu o Juiz C, pode ser que a sua segurança “corresponda ao querer de cada cidadão”.

## 7.8 A pré-compreensão como a “bagagem” que o intérprete traz consigo

Em outro ponto, o Juiz A assegurou que, para interpretar as expressões vagas da lei, é preciso que se tenha um “pré-conhecimento”. Em uma explicação posterior sobre o que era esse “pré-conhecimento”, verificamos que quis se referir à bagagem de conhecimentos que o intérprete traz consigo, como a doutrina jurídica que aprendeu na Faculdade. Eis o trecho da entrevista:

Eu acho que para concretizar essas expressões, antes é preciso que você tenha um pré-conhecimento, um pré-conceito, um pré-juízo, ou seja, um juízo pré-existente seu em relação ao contexto dessas expressões em determinadas normas e onde essas normas estão inseridas [...] (Juiz A, 1).

O pré-conhecimento ao qual me referi é a bagagem que você já tem. É o conhecimento que você já tem. É tudo o que eu já vi na Faculdade, nas minhas experiências anteriores. É aquele conhecimento não unificado, diferentemente da filosofia, que é o conhecimento totalmente unificado (Juiz A, 1, posterior).

O Juiz A expressou que tudo o que já viu, já experimentou, já estudou, compõe a sua pré-compreensão. Pré-conhecimento é, para tal magistrado, a “bagagem que você já tem”.

Giddens explica o conceito de bagagem cultural:

Em qualquer encontro face a face o ator traz para a relação uma bagagem de conhecimentos em mão, ou conhecimentos de senso comum, nos termos dos quais tipifica o outro e é capaz de calcular a provável reação dele às suas ações e de com ele sustentar uma comunicação. A bagagem de conhecimentos de um ator é tida como adequada até situações futuras; é uma totalidade de auto-evidências que se alteram de situação para situação, postas em relevo num determinado momento através de um fundo de indeterminação (1993, p.44).

De fato, o intérprete não é uma tábula rasa, pois tem sua pré-compreensão, que é a sua memória cultural, sua “bagagem”. Todos os seus atos recebem influência desse conjunto de conhecimentos prévios. Daí por que a interpretação é particular para cada um: como cada pessoa tem sua carga de experiências que lhe é própria, particular, terá uma visão de mundo

diferente; por isso, poderá interpretar algo de forma bem diversa, se compararmos essa interpretação com a de outra pessoa.

Heidegger, citado por Magalhães Filho, explica que cada um tem um mundo de compreensão. *In verbis* :

Heidegger ensinava que a pré-compreensão é condicionada por nosso horizonte, que seria a dimensão externa ou o limite de nosso mundo antropológico ou existencial, distinto do mundo cosmológico ou da natureza. O horizonte seria a totalidade de conexões com o objeto a ser compreendido, totalidade pré-apreendida e pré-compreendida (2001, p.41).

Assim, nosso horizonte de compreensão resulta da totalidade de ligações com o objeto a ser interpretado: quanto mais experiências temos com aquele objeto, melhor chegaremos ao seu sentido, na compreensão do filósofo germânico.

Sobre as perspectivas prévias que dominam o intérprete, culminando na elaboração de um projeto prévio, ensina Gadamer:

[...]Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido (GADAMER, 1997, p.402).

As pressuposições são inseparáveis da compreensão. O intérprete sempre projeta um sentido que supõe que o objeto a ser interpretado detenha. Heidegger também assevera que é impossível a interpretação isenta de suposições prévias:

[...] A interpretação sempre se funda numa *visão prévia* que “recorta” o que foi assumido na posição prévia, segundo uma possibilidade determinada de interpretação. O compreendido, estabelecido numa posição prévia e encarado numa visão previdente torna-se conceito através da interpretação. [...] A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições [...] (1993, p.206-207).

Nossa pré-compreensão é inseparável de nossa razão. Os nossos juízos prévios compõem nossa bagagem cultural, tendo sido constituída desde o momento em que nascemos. Toda interpretação é, pois, condicionada por essa pré-compreensão.

No mesmo sentido, Schutz, citado por Moreira, Alves e Farias (2001, p.193), explica que a interpretação do mundo em que vivemos é dependente do estoque de experiências que cada um tem. O estoque é formado por experiências anteriores do indivíduo. É o conhecimento acumulado, que influencia cada ação humana.

Assim, vemos que a noção de estoque de experiências de Schutz assemelha-se à idéia de pré-compreensão de Gadamer e Heidegger: é o conjunto de experiências, estudos, aprendizados que se acumula com o tempo. Cada pessoa tem a sua “bagagem de conhecimento”.

Gadamer, todavia, adverte sobre o perigo de opiniões prévias arbitrárias, que não levam à verdade do texto:

[...] A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validez (1997, p.403).

Preconceito no sentido de juízo sem fundamento era um entendimento típico do espírito racionalista (GADAMER, 1997, p.408). Gadamer redefine o entendimento de “pré-conceito”, concebendo-o como nosso pré-conhecimento, o que subjaz à experiência (REALE; ANTISERI, 2006, p.260).

A pré-compreensão marca o início do círculo hermenêutico, que é o “movimento do compreender”, formulado a partir da sua primeira interpretação do texto (condicionada pelo seu pré-juízo). O intérprete põe a primeira interpretação ao crivo do texto, que pode necessitar de uma nova interpretação. Se essa segunda interpretação for inadequada, propõe-se a terceira, e assim por diante, ao infinito (REALE; ANTISERI, 2006, p.249). Forma-se, então, o círculo hermenêutico.

Por isso, cada interpretação é passível de uma nova interpretação. Assim, vemos que as possibilidades interpretativas são infindáveis. O labor hermenêutico parece ser eterno. Cada horizonte de compreensão determina uma interpretação diferente. Por outro lado, o horizonte de compreensão de um mesmo intérprete tende a se estender, a se engrandecer, resultado das experiências que o intérprete adquire. Assim, o círculo hermenêutico tende ao infinito.



## 8 ANÁLISE INTERPRETATIVA

Após a coleta de dados das entrevistas e a análise à luz da literatura, faz-se possível apresentar algumas reflexões.

Vimos que os conhecimentos extrajurídicos devem ser considerados pelos magistrados, como lembrado pelo Juiz A. De fato, a Ciência Jurídica não pode se fechar como ciência. Assim, aspectos sociais, históricos, valorativos influenciam na decisão judicial; por isso, adquirem importância dentro do estudo da interpretação dos juízes. O conjunto de normas positivamente criadas não é suficiente para solucionar todos os casos; daí por que o juiz deve se inspirar no indeterminado dos conhecimentos extrajurídicos. O Direito não pode pretender determinar todos os instrumentos de que se valem os juízes para o julgamento dos casos. A fundamentação possível para uma sentença encontra-se difusa na teia de saberes que o juiz tem ou pode procurar quando se depara com um caso difícil.

A respeito de como ocorre a interpretação das expressões vagas contidas na lei, vimos que os Juízes B e C deram respostas coincidentes: revelaram que é no caso concreto que desvelam o sentido do conceito indeterminado. A interpretação do conceito vago deve ser feita, pois, considerando as peculiaridades do caso concreto. É irrelevante a interpretação desvinculada de problemas concretos. Assim, o caso concreto é que fornece o parâmetro da interpretação: delimita quais os instrumentos a que os magistrados podem recorrer a fim de solucionar o caso.

O senso de justiça, a equidade, os princípios gerais do direito revelaram-se fontes que, a despeito de serem conceituadas pelos positivistas como fontes “inseguras”, são utilizadas na prática dos juízes. A lei não pode regular todos os casos que, inesperadamente, surgem. Dada a riqueza da realidade, nunca haverá um instituto jurídico capaz de sempre fornecer segurança e, ao mesmo tempo, justiça ao operador do Direito. A incerteza gerada pelas fontes abertas do Direito, a exemplo do senso de justiça, a equidade e os princípios, deve ser encarada como um valor, pois mediante instrumentos como esses se pode corrigir o rigor da lei e, por outro lado, levar em conta a particularidade e riqueza do caso concreto.

Quanto ao binômio justiça *versus* segurança, o Juiz A explicou que a segurança é um conceito relativo, pois, a depender da escola interpretativa a qual o juiz se filia, a segurança terá um valor diferente. Para um pós-positivista, por exemplo, a lei é só um dos elementos para a interpretação. A lei é, para este magistrado, o que o juiz diz. Mostrou, dessa feita, que a criatividade é inerente ao ato de interpretar. O Juiz C concordou com os demais no sentido de que a segurança jurídica não tenha que ser buscada a qualquer custo. Asseverou que em termos gerais o princípio da justiça deve vir antes da segurança jurídica. Logo, porém, revelou sua faceta conservadora e também legalista: “A atividade da magistratura é aplicar, interpretar a lei, e não fazer a lei”.

O pós-positivismo trouxe o enaltecimento dos princípios, a valorização da justiça como temática jurídica e a criatividade judicial. Assim, o recurso a fontes indeterminadas é uma realidade no atual sistema jurídico. Os juízes de hoje não são sancionados pelo fato de não aplicarem uma lei ao caso por não considerarem tal aplicação justa. A atitude do Juiz C, assinalada anteriormente, segundo a qual a atividade da magistratura é aplicar a lei, pode ser

considerada retrógrada: só para Montesquieu e a Escola da Exegese é que o juiz era visto como mero aplicador frio de textos legais.

Todos concordaram a respeito da noção segundo a qual sempre resulta em mais de uma solução possível a interpretação dos conceitos vagos, pois, conforme ensinou o Juiz A: “Se são conceitos *vagos, indeterminados*, tem um alto grau de subjetivismo.” Assim, o subjetivismo, o senso de justiça e outros elementos que nunca poderão ser determinados é que originam a melhor decisão ao caso. E, como da interpretação dos conceitos vagos sempre resultará mais de uma solução possível, segundo os juízes e a melhor literatura, o que faz o aplicador do Direito escolher entre uma ou a outra solução é o seu senso de justiça, instrumento indeterminado, por definição.

Todos afirmaram que aplicam os métodos tradicionais, mas, por motivos diferentes: o Juiz A explicou que aplica tais métodos porque os estudou em outras atividades que exerce; o Juiz B disse que os aplicava, e ao fundamentar a decisão revela o uso de tais métodos; o Juiz C disse que a aplicação desses métodos é empírica; entretanto, os Juízes A e C concordam que muitos juízes não se apercebem da aplicação de tais métodos, no que acordam com a literatura moderna. De fato, o método não pode mais ser concebido como um conjunto de regras previamente determinadas que orienta o intérprete. De acordo com esse entendimento, o Juiz A revelou uma ausência de hierarquia e a impossibilidade de se antever o método a ser usado, conforme o excerto: “Eu me valho de todos os métodos; não tenho um método específico”.

Os juízes não precisam se dar conta de que estão usando este ou aquele método, pois só no final do caminho é que o método se desvela. A interpretação é uma experiência

criativa e inusitada; assim, não se pode pautar tal atividade com métodos e regras fechadas, como o são os métodos tradicionais. Por isso, os métodos concretistas podem ser concebidos como novo paradigma metodológico: concedem ampla liberdade ao intérprete e vêem a criatividade como inerente ao ato da interpretação.

Quanto à análise da súmula vinculante, vimos que o Juiz A teve posição oposta à do Juiz C. O Juiz A entende que com a súmula vinculante não haverá mais sequer a necessidade de um juiz, e o Juiz C só viu aspectos positivos na súmula vinculante, no sentido de desafogar o Judiciário. Concordamos, porém, com o Juiz A, pois um só instrumento jurídico nunca poderá prever todas as situações que poderão surgir, não podendo ser aplicado sempre da mesma forma, como é o que se propõe com a súmula vinculante. Com tal instituto, o juiz de primeiro grau terá sua interpretação amordaçada: não poderá flexibilizar a aplicação da súmula vinculante de acordo com o caso, como poderia fazer com a lei. Nesse sentido, a súmula vinculante representa um retrocesso para a Teoria da Interpretação e do Direito, pois intenta prender uma realidade dinâmica e viva, como o Direito, em um só instrumento de aplicação jurídica.

Sobre a necessidade de sempre existir uma lei a regular o caso, os Juízes A e B mostraram-se menos legalistas: consideraram que a lei é apenas um dos elementos usados para aplicar o Direito. Se preciso for, decidem até contra a lei ou mesmo desconsiderando-a. Lembremos algumas passagens: “Já me deparei inclusive com um caso em que a lei previa o caso, mas não apliquei essa lei. A justiça é um conceito racional (...) Se o juiz, neste caso, se apega só à lei, ele deixa de cumprir uma das suas funções, que é a função socializadora, a função de promover a justiça, para, simplesmente, enunciar o que qualquer leigo pode concluir” (Juiz A). “Sim, já me deparei com vários casos em que a sentença sofreu

fundamento principiológico, inclusive, em situações em que se entendeu que a norma era inconstitucional, inclusive, em matéria penal”(Juiz B).

Quisemos comprovar com o presente trabalho que nenhuma fonte ou instrumento do Direito é completo e suficiente, porquanto ao juiz é inerente a característica de ser um ente criativo, que deve corrigir a rigidez das fontes do Direito para chegar ao justo.

A partir da análise das respostas dadas, concluímos que o perfil do Juiz C é a feição de um magistrado que se encontra em transição: intenta livrar-se das amarras da lei e da influência do positivismo formalista em nome de uma atitude mais criativa na interpretação. Os Juízes A e B mostraram um perfil semelhante: atentos à insuficiência da lei, críticos da súmula vinculante e conscientes de que a criatividade é inerente ao ato de interpretar.

## 9 CONCLUSÃO

Após a apresentação das reflexões no capítulo referente à análise interpretativa, faz-se possível exibir algumas conclusões.

Constatamos que o operador do Direito não pode ficar adstrito à sua ciência, assim, os conhecimentos extrajurídicos devem ser considerados quando da resolução do caso concreto pelo juiz. Não basta um conhecimento só da Ciência Jurídica, mas também vale conhecer outras áreas, a exemplo de Sociologia e História, com o que acorda o Juiz A. O magistrado não pode ser um frio aplicador mecânico do Direito. Quando interpreta o Direito, além de interpretar a sociedade ao tempo em que a norma foi elaborada, precisa interpretar a própria sociedade em que vive, a fim de lhe dar a solução mais condizente com sua realidade. Assim, também estará atualizando a norma.

As fontes do Direito citadas pelos entrevistados como instrumentos para a decisão quando encontravam conceitos vagos foram o costume, a equidade, a jurisprudência e os princípios gerais do Direito. Assim, vemos que os intérpretes estão se desligando um pouco mais da lei como fonte primeira do Direito. Ademais, vale asseverar que fontes mais fluidas e indeterminadas, como a equidade, o senso de justiça e os princípios, foram vistos como importantes instrumentos para chegar ao justo. Nenhum instituto jurídico pode abraçar toda a realidade; daí que o recurso ao indeterminado é algo do qual não se pode fugir.

Além das fontes do Direito há pouco citadas, vimos que o caso concreto deve ser, na realidade, o primeiro elemento a ser analisado quando da interpretação de conceitos vagos do Direito. De fato, aí estaria a fonte primeira do Direito e da decisão do juiz.

Quanto à lei, por ela não abraçar toda a realidade jurídica, não pode mais ser concebida como a fonte única do Direito. Essa concepção, própria da Escola da Exegese, foi superada pelas escolas vindouras de interpretação, como a Escola Histórica e a Escola do Direito Livre. Assim, hoje, entende-se que o juiz pode dar a norma para o caso concreto: “o juiz é quem faz a lei”, conforme mencionou o Juiz A. A criatividade judicial é lícita, e, como consequência, podemos asseverar que o juiz cria Direito. A jurisprudência faz o Direito evoluir, dado que o modifica, a despeito de, por vezes, não mudar uma só letra da lei.

Da mesma forma que a lei, a súmula vinculante, cuja introdução foi operada recentemente, intenta fechar em seu instituto uma realidade que é, por definição, volúvel, mutável, em constante transformação, que é o Direito. A jurisprudência deveria ser livre para fazer o direito evoluir, não devendo ficar prisioneira de enunciados fixados pelos tribunais superiores. A súmula vinculante engessa a interpretação e não permite a evolução natural do Direito.

Os métodos de interpretação modernos concedem maior liberdade ao intérprete; por isso, a concepção segundo a qual o juiz se vale de certas regras e métodos de interpretação previamente estabelecidos encontra-se em parte superada. É no caminho da resolução do problema concreto que o intérprete escolhe e cria as próprias regras. É em nome da justiça que as modernas concepções da teoria da interpretação se formulam.

Vemos, dessa forma, que a incerteza e a indeterminação restam inseparáveis da realidade judicial: a realidade sempre pede mais, por isso só recursos que nunca serão delimitados é que podem fornecer a melhor solução ao caso concreto.



## 10 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ALVES, Clarissa Frota. **A Interpretação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados**. Revista Cearense Independente do Ministério Público, Fortaleza: ABC Editora, ano VII, n. 25, abr. 2005.
- ANDRADE, José Cristiano de. **O Problema dos Métodos da Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- ANDRANDE, Manuel A. Domingues. **Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis**. 3.ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987.
- ANDRIEU, Louis Assier. **O Direito nas Sociedades Modernas**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.
- BACHELARD, Gaston. **O Novo Espírito Científico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- BARGUIL, Paulo Meireles; LEITE, Raquel Crosara Maia. Voltemos às Próprias Coisas: O Convite da Fenomenologia. In: BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira (Org). **Imaginado Erros**. Fortaleza: Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997.
- BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira. Ciência: o Erro Necessário. In: BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira (Org). **Imaginado Erros**. Fortaleza: Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil** . Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/43852,1,2006>>. Acesso em: mar. 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BOGDAN, Robert C; BILKLEN, Sari Knopp. **Investigação Qualitativa em Educação: uma Introdução à Teoria e aos Métodos.** Portugal: Porto Editora, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 8.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

BRUHL, Henri Lévy. **Sociologia do Direito.** Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Sociologia Jurídica (Você conhece?).** 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica.** Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU-Editora Pedagógica e Universitária de São Paulo, 1973.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito.** Trad. António José Brandão. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, v. II, 1972.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZENDA, Ivani. **Interdisciplinaridade: Qual o Sentido?** São Paulo: Paulus, 2003.

FEITOSA, Maria da Conceição Alves; BARBOSA, Maria José. Verdade e Multiplicidade de Métodos em Bachelard. In: BARRETO, José Anchieta Esmeraldo; MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira.(Org.). **Imaginado Erros.** Fortaleza: Casa de José de Alencar Programa Editorial, 1997.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **A Aplicação Restrita da Súmula Vinculante em Prol da Efetividade do Direito.** Revista de Processo – 116. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 29, jul/ago 2004.

GADAMER, Hans – Georg. **Verdade e Método.** Trad. Flávio Paulo Meurer e Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLUPO, Marcelo. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza.(Org.) **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GIDDENS, Anthony. **Novas Regras do Método Sociológico.** 2.ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Reforma Penal dos Crimes Sexuais**. Disponível em: <<http://www.pc.ms.gov.br/noticias/artigos/index.htm?id=4>>. Acesso em: fev. 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HAFT, Fritjof. Direito e Linguagem. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, H.(Org.) **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.

HASSEMER, Winfried. Sistema Jurídico e Codificação: A Vinculação do Juiz à Lei. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, H.(Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 4. ed. Petrópolis: Vozes, Parte I, 1993.

HENRIQUES, A; MEDEIROS, JB. **Monografia no Curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

HERKENHOFF, João Batista. **Como Aplicar o Direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. **Para Gostar de Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUSSERL, Edmund. **A Idéia da Fenomenologia**. Lisboa: Edições 70, 1990.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em: mar. 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma Hermenêutica Reabilitadora do Homem como <<Ser-Moralmente-Melhor>>**. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

LLOYD, Dennis. **A Idéia de Lei**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica: para o Curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofia**. Vol.II. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; ALVES, Maria Dalva Santos; FARIAS, Maria do Carmo A. Duarte de. A Fenomenologia das Relações Sociais e a Teoria Humanista. In: MOREIRA, Rui Verlaine Oliveira; BARRETO, José Anchieta Esmeraldo (Org.). **A Outra Margem**. Fortaleza: Casa de José de Alencar, 2001.

MORIN, Edgar. **Educar na Era Planetária. O Pensamento Complexo como Método de Aprendizagem pelo Erro e Incerteza Humana**. Brasília: Cortez-Unesco, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, Linguagem e Violência – Elementos de uma Teoria Constitucional**. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1995.

PETRELLI, Rodolfo. **Fenomenologia - Teoria, Método e Prática**. Goiânia: Editora da UCG, 2001.

PORTANOVA, Rui. **Motivações Ideológicas da Sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almir Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Fontes e Modelos do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994a.

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994b.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, v.6, 2006.

RICHARDSON, Roberto J. **Pesquisa Social: Métodos e Técnicas**. São Paulo: Atlas, 1999.

- RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Hermenêutica Constitucional e Judiciário**. Jurisdição Constitucional no Mundo Globalizado. Revista Ibero-Americana de Direito Constitucional Econômico. Ano 1. Fortaleza: Gráfica do Banco do Nordeste, ano 1, abr. 2002.
- ROSA, F.A. de Miranda. **Sociologia do Direito. O Fenômeno Jurídico como Fato Social**. 17. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.
- SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica Filosófica e Jurídica. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, H.(Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- SOUSA, António Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- WAGNER, H. R.(Org.) **Fenomenologia e Relações Sociais**. Textos escolhidos de Alfred Schutz. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1979.

## **ANEXOS**

## **ANEXO A Transcrição da entrevista com o juiz A**

### **1) Como concretizar (aplicar) as expressões vagas contidas na lei?**

Eu acho que para concretizar essas expressões, antes é preciso que você tenha um pré-conhecimento, um pré-conceito, um pré-juízo, ou seja, um juízo pré-existente seu em relação ao contexto dessas expressões em determinadas normas e onde essas normas estão inseridas. Não basta só um conhecimento do direito; é necessário que se tenha um conhecimento de sociologia, de história, para que se possa avaliar e aquilatar o sentido dessas normas na época em que elas foram elaboradas. É preciso que se tenha um conhecimento histórico e social da época em que a norma foi elaborada. Veja por exemplo o pré-conceito e o pré-juízo que se tinha de mulher honesta e o conceito que se tem hoje. A norma é a mesma, mas a interpretação dessa norma é distinta. São fatores que orbitam o direito e que deve ser de conhecimento do intérprete.

### **2) Não seria uma exigência de justiça haver segurança quando da interpretação dos conceitos indeterminados? Tal segurança é possível diante do conceito liberdade/criatividade do juiz?**

Essa segurança vai ter que ser inserida em escolas de que são oriundos esses intérpretes. Um intérprete muito afeito ao positivismo, ao jusnaturalismo ou ao pós-positivismo. Eu me coloco na nova corrente dos pós-positivistas, de buscar na teoria dos valores o que seria, na minha concepção, o justo. Na teoria da justiça do John Rawls, onde ele trata da justiça distributiva, onde ele vê uma nova roupagem ao contratualismo de Locke e Rousseau e até do Kant, ele aloca no consenso social geral, ele transfere, em qual seria a decisão da maioria para determinado caso. Ele retira do intérprete uma opinião subjetiva. Ele quer buscar quase que nos requisitos da moral kantiana, na auto-determinação, o que é que pode ser justo e o que não pode ser justo. Eu já me retiro um pouco desse aspecto, quando eu digo: essa decisão seria justa na visão da maioria? Eu me retraio um pouco nesse sentido e me adequo mais à teoria dos valores. A segurança é dada ao fundamentar a decisão em uma das três escolas onde há um embasamento para que se obtenha a justificativa da decisão. A liberdade do intérprete ligado ao positivismo é bem mais restrita que as demais, pois tem um apego maior a lei e não se deixa fugir dela. Um pós-positivista teria ao seu dispor uma gama de regras e princípios e teorias axiológicas de que pode dispor. A lei é para um pós-positivista um só dos elementos em que ele irá aferir sua decisão. A lei não é o que a lei diz, mas o que o intérprete diz. O que o intérprete diz é o que é a lei.

### **3) O Sr(a) entende que haverá apenas uma solução possível quando da densificação do conceito indeterminado ou que várias soluções, em regra, são viáveis?**

Haverá, logicamente, várias. Se são conceitos vagos, indeterminados, tem um alto grau de subjetivismo. O que é correto para mim pode não ser para você. E diante de mais de uma interpretação viável o que fundamenta a minha escolha são os valores. Eu faria uma comparação com o choque de princípios. É preciso escolher a solução que acarrete o melhor sanar e o menor danar. Não quem receberia a melhor solução, mas quem teria o menor prejuízo.

### **4) Como o subjetivismo pode adentrar na interpretação dos conceitos vagos sem significar arbitrariedade? É possível desvincular o subjetivismo do arbítrio?**

A justiça é um conceito relativo, subjetivo. Quando se resolve o caso concreto se aplica o senso de justiça, por isso a decisão pode ser subjetiva sem ser arbitrária.

**5) Os métodos tradicionais(sistemático, teleológico, gramatical) são aplicados na prática de um juiz? O Sr(a) se dá conta dessa aplicação?**

Sim, são. Também me dou conta dessa aplicação, até porque os estudei para transmiti-los aos meus alunos. Mas reconheço que no meio jurídico, muitas vezes o juiz faz aquela operação exegética, mas sem se dar conta da existência doutrinária deles. Reconheço que meus colegas se baseiam muito mais na analogia, ou em casos semelhantes da jurisprudência; estão fazendo mais um trabalho de pesquisa analógica do que fazendo uma interpretação do caso concreto em si, diante da norma que prevê essa situação.

**6) Como o Sr(a) concebe os métodos modernos, como o concretista( de Friedrich Müller, Konrad Hesse) e a tópica?**

Eu me valho de todos os métodos; não tenho um método específico. Na minha área, que é infância e juventude, se torna bem fácil, para mim, diante do que estatui o artigo 227 da Constituição Federal: a prioridade absoluta. Isso já leva quase que a um tendencionismo. Sempre que houver um direito afeito à criança ou adolescente, aquela criança ou adolescente terá sempre reconhecido esse direito frente o Estado. É como se houvesse uma pré-determinação. Mas nem sempre isso ocorre porque em muitos dos casos que me são apresentados, há um abuso por parte, não da criança ou adolescente, mas por parte de quem lhes representa. Isso tem que levar-nos a uma interpretação de uma vasta gama de dispositivos que existem nessa área. Por exemplo, pais de determinados jovens deixam de pagar o colégio por alegar que a Constituição assegura ensino gratuito. Sim, mas assegura o ensino gratuito em escolas mantidas pelo governo e não posso estender essa norma às instituições privadas. Aí eu recorro à legislação infraconstitucional que dispõe como se dá a educação gratuita e a não gratuita. Embora haja, por parte dos leigos, uma visão de que a justiça da infância e juventude seja tendenciosa, assim como há a mesma visão na justiça do trabalho, para que se possa fazer um trabalho sem despertar esse tipo de sentimento é preciso que na sua fundamentação você mostre toda a interpretação, sobretudo na legislação infraconstitucional, que é muito vasta.

**7)A súmula vinculante não amordaçará a interpretação judicial?**

Eu acredito na súmula vinculante como um elemento norteador. Mas na forma como é proposta, como critério de obrigatoriedade a ser seguido pelo magistrado, para se aplicar a súmula vinculante eu não vejo a necessidade de um juiz. Criar-se-ia uma figura, não sei se um árbitro, um “aplicador de súmula”, um examinador.

**8) O Sr(a) já se deparou com algum caso em que não havia nenhuma lei regulando a matéria? No que o Sr(a) fundamentou a sua sentença?**

Já me deparei inclusive com um caso em que a lei previa o caso, mas não apliquei essa lei. O atual Código Civil proíbe a adoção de crianças por casal separado. Vamos supor que você, casada, tem três filhinhos. Um de cinco, um de oito e um de dez anos. Por algum infortúnio você se separou do seu marido, mas continuaram com uma boa amizade. Aí você chegou num determinado ponto em que teve vontade de ter uma meninazinha, por já ter três “marmanjos”.



Decidiu adotar uma menina, Laís, de três anos. Todos os fins de semana, o seu ex-marido pega seus filhos para passar o fim de semana com ele. E a menina fica com saudade dos irmãos. E seu marido pergunta se você se incomodaria dele também levar a meninazinha pra passar o final de semana com ele. E ele passa a levar costumeiramente também a Laís. Ela vendo os irmãos chamando aquele indivíduo de papai, como você acha que aquela criança vai chamá-lo? E o pai diz que também quer adotar a menina. Vocês recorrem ao judiciário e o juiz vinculado a uma escola positivista, aliás, não precisa nem ser positivista, basta abrir o código e encontrar o dispositivo que proíbe a adoção por pais separados. Sem maior esforço ele indefere. Aí eu pergunto: isso é justo? Será que dentro de todo o nosso sistema axiológico, dentro dos interesses daquela menina, será que se o legislador do Código Civil estivesse vendo esta cena ele teria colocado esta norma? Então, é a questão do subjetivismo em relação à justiça. A justiça é um conceito racional. É uma obra da razão, e como obra da razão ela está contaminada de humanidade e, por sua vez, de subjetivismo. Se o juiz, neste caso, se apega só à lei, ele deixa de cumprir uma das suas funções que é a função socializadora, a função de promover a justiça para, simplesmente, enunciar o que qualquer leigo pode concluir. “Dura lex sed lex”, na minha opinião morreu com os imperadores romanos. O juiz tem que ter coragem de se encarar como um elemento integrador da sociedade, como um indivíduo que está à serviço da sociedade, para dar a ela o que é bom, e não para dizer a ela o que é permitido ou proibido. Isso qualquer estudante de menor fôlego pode folhear códigos e inferir o que bem entender. Clever, um doutrinador moderno diz que o juiz deve colocar as mãos na lama jurídica. Na lama onde tudo está descrito. Onde estão todos os componentes históricos. Lá você encontra o direito fossilizado, remanescente, antigo, moderno, contemporâneo, de forma que você tenha uma visão social global e complexa, histórica. Chega desse juiz mero intérprete fidedigno da lei e daquela lei pura a que o Kelsen ou a que muitos atribuem ao Kelsen, totalmente desvinculada, do que é realmente o direito.

\* Esclarecimento da pergunta n.1 obtido por telefone:

O pré-conhecimento ao qual me referi é a bagagem que você já tem. É o conhecimento que você já tem. É tudo o que eu já vi na faculdade, nas minhas experiências anteriores. É aquele conhecimento não unificado, diferentemente da filosofia, que é o conhecimento totalmente unificado.(juiz A, 1, posterior)

## **ANEXO B Transcrição da entrevista com o juiz B**

### **1) Como concretizar (aplicar) as expressões vagas contidas na lei?**

A concretização das expressões vagas contidas na lei, a fim de resguardar o Estado Democrático de Direito, deve ser feita pelo juiz em cada situação concreta, mantendo a atualidade da norma e a equidade na aplicação das fontes. O que fundamenta o preenchimento do conteúdo é o princípio informador do instituto, conforme bem preleciona Karl Larenz.

### **2) Não seria uma exigência de justiça haver segurança quando da interpretação dos conceitos indeterminados? Tal segurança é possível diante do conceito liberdade/criatividade do juiz?**

A segurança jurídica não está na uniformidade, até porque situações diferentes merecem incidência distinta na aplicação judicial. A segurança está em manter a efetividade da norma e a sua atualidade, ainda que corra o risco de situações iguais gozarem de tratamentos

diferentes. A uniformização só pode ser feita por instância superior. A credibilidade e a liberdade do juiz só pode ser restrita no controle recursal.

**3)O Sr(a) entende que haverá apenas uma solução possível quando da densificação do conceito indeterminado ou que várias soluções, em regra, são viáveis?**

Muitas vezes, várias soluções são viáveis, já que o preceito indeterminado não implica só em uma questão espacial, porém, também temporal.

**4)Como o subjetivismo pode adentrar na interpretação dos conceitos vagos sem significar arbitrariedade? É possível desvincular o subjetivismo do arbítrio?**

Se o fundamento para preenchimento do conceito indeterminado é principiológico e se o princípio sofre variabilidade no espaço e no tempo, o subjetivismo pode significar arbitrariedade. Porém, como já mencionado, muito embora deva desvincular o subjetivismo do arbítrio, o controle só pode ser feito por meio de grau recursal. Entre o arbítrio do juiz e o arbítrio do legislador tem-se preferido o primeiro.

**5) Os métodos tradicionais(sistemático, teleológico, gramatical) são aplicados na prática de um juiz? O Sr(a) se dá conta dessa aplicação?**

Os métodos tradicionais são aplicados pelo juiz, de forma que este se vale dos vários mecanismos de interpretação na hora de subsumir o caso concreto. Muito embora nem todo juiz se dê conta dessa aplicação, em tese deveria se dar, posto que todas as decisões judiciais são fundamentadas.

**6) Como o Sr(a) concebe os métodos modernos, como o concretista( de Friedrich Müller, Konrad Hesse) e a tópica?**

Os métodos modernos, tais como, concretismo e a tópica, são ferramentas que, inter-relacionadas com as tradicionais, visam auxiliar na sua subsunção dos casos concretos e na busca do justo.

**7)A súmula vinculante não amordaçará a interpretação judicial?**

A súmula vinculante tem pontos positivos e negativos. Positivos: a) evita a procrastinação recursal; b) barateia a justiça; c) garante o mesmo acesso a ricos e pobres (pobres não têm como recorrer aos tribunais superiores); d) evita que questões similares sejam decididas de forma distinta. Negativos: a) impede a modernização de pontos não consolidados; b) implica em arbítrio por parte dos tribunais superiores, notadamente de natureza política; c) impõe um controle vertical; d) enrijece a interpretação.

**8) O Sr(a) já se deparou com algum caso em que não havia nenhuma lei regulando a matéria? No que o Sr(a) fundamentou a sua sentença?**

Sim, já me deparei com vários casos em que a sentença sofreu fundamento principiológico, inclusive, em situações em que se entendeu que a norma era inconstitucional, inclusive, em matéria penal.

## **ANEXO C Transcrição da entrevista com o juiz C**

### **1) Como concretizar (aplicar) as expressões vagas contidas na lei?**

Na minha atividade, eu procuro adaptar a largueza do conceito à prática. Por exemplo: moralidade. Pela palavra, vou atrás da moral. Tento transformar o vago em concreto. Esse é o primeiro passo. Em seguida, trago esse conceito, que já está mais concreto, ao processo em que estou trabalhando. Eu acho que o que fundamenta o preenchimento do conteúdo do conceito indeterminado é o senso de justiça do juiz, a equidade, o costume. É um pouco de cada coisa. Também o que está sendo julgado por outros juizes, por outros tribunais. Por exemplo: antes da regulamentação dos juro constitucionais. Quando eu trabalhava em vara cível, reuníamos dois, cinco colegas para discutir como estávamos decidindo sobre isso. Não necessariamente a jurisprudência escrita, mas também o debate com colegas ajuda na decisão. Também os princípios, apesar de nunca ter visto uma sentença fundamentada apenas nos princípios. Até porque temos um direito positivo extenso. A produção legislativa do Brasil é uma das maiores do mundo. Ao menos implicitamente a lei irá carregar aquele princípio geral do direito.

### **2) Não seria uma exigência de justiça haver segurança quando da interpretação dos conceitos indeterminados? Tal segurança é possível diante do conceito liberdade/criatividade do juiz?**

Acredito que um dos elementos norteadores do direito é a segurança jurídica. Por outro lado, é muito difícil usar a segurança jurídica em tudo. Em termos gerais, então, o princípio da justiça deve vir antes da segurança jurídica. A maioria dos juizes que conheço tem o senso de justiça mais aguçado, cada um tendo o seu, que o da segurança jurídica. A segurança jurídica é objeto de preocupação maior em segundo grau, nos tribunais.

### **3) O Sr(a) entende que haverá apenas uma solução possível quando da densificação do conceito indeterminado ou que várias soluções, em regra, são viáveis?**

No meu entender sempre há várias soluções para os conceitos vagos; penso que grande maioria dos magistrados age assim.

### **4) Como o subjetivismo pode adentrar na interpretação dos conceitos vagos sem significar arbitrariedade? É possível desvincular o subjetivismo do arbítrio?**

Acho que é uma coisa muito estreita. Quando você está aplicando o direito, você nunca acha que está sendo arbitrário. Por isso, acho a polêmica do direito alternativo muito perigosa, porque o senso de justiça de cada um é de cada um. Acho perigoso até os conceitos vagos; imagina se eu fosse adequá-los à seara do direito alternativo. Esse subjetivismo me parece que é muito mais preocupante no direito público. No direito privado os conceitos são mais estreitos. E a segurança jurídica no direito privado, me parece que é mais palpável. A boa-fé, por exemplo, por mais que seja um conceito vago, está dentro do contrato, e o contrato é algo palpável, limitador. A segurança é necessária. É sempre buscada, mas nem sempre atingida, haja vista a questão da interpretação que cada um tem. A atividade da magistratura é aplicar, interpretar a lei, e não fazer a lei.

**5) Os métodos tradicionais(sistemático, teleológico, gramatical) são aplicados na prática de um juiz? O Sr(a) se dá conta dessa aplicação?**

Na prática, esses métodos são aplicados empiricamente. Eu nunca vi nenhum juiz aplicar esses métodos explicitamente, apenas empiricamente.

**6) Como o Sr(a) concebe os métodos modernos, como o concretista( de Friedrich Müller, Konrad Hesse) e a tópica?**

Eu acho isso, tecnicamente, lindo. Mas confesso que essa preocupação eu não vejo na prática. E eu não só vejo os julgamentos do primeiro grau. Também assisto muito às sessões do Supremo. Talvez, em um futuro poderá existir essa preocupação maior.

**7)A súmula vinculante não amordaçará a interpretação judicial?**

Apesar de muita gente ser contra, não acho que a súmula vinculante vai amordaçar o juiz de primeiro grau. Acho que vai ajudar a desafogar o que temos de processo encalhado. Acho que ela não virá para tratar de temas díspares, como processo penal, ou as questões abertas do processo civil. Acho que virá para resolver problemas fechados, como questões de ordem administrativa, de ordem fiscal, tributária. Não virá para tratar de assuntos, por exemplo, como a inelegibilidade. Por exemplo, a questão do pagamento dos agricultores, que recebiam menos de um salário mínimo. Para receber o salário mínimo foi preciso o Brasil inteiro ajuizar milhões de ações para que a Justiça Federal desse um mínimo de dignidade, que aliás, eu nem sei se esse salário é digno, aos agricultores. Acho que a súmula vinculante será útil principalmente nas ações em que a União, Estados-Membro são parte. Nesses casos, há muitos recursos de decisões idênticas. Não é para questões individuais, questões pequenas. Eram tantos os processos, que os procuradores não davam conta e o governo Fernando Henrique determinou que fosse pago administrativamente aos agricultores. Se naquela época já existisse a súmula vinculante a questão seria resolvida mais facilmente.

**8) O Sr(a) já se deparou com algum caso em que não havia nenhuma lei regulando a matéria? No que o Sr(a) fundamentou a sua sentença?**

Foi na eleição de 2000. Não lembro bem do assunto, mas acho que julguei baseada nos princípios gerais do direito. Não tinha lei que tratasse do assunto, e eu usei os princípios gerais do direito. As pessoas(partes, advogados) às vezes me perguntam como vou julgar processo tal. E eu respondo “não sei”, porque não faço um juízo antecipado, eu só sei como vou julgar quando estou na minha casa, leio todo o processo, para saber como vou julgar. Nunca me preocupei em seguir nenhuma regra de hermenêutica. Me preocupo em procurar a lei, e logo em seguida, caso não exista a lei, aplico a equidade. Talvez a analogia e os costumes, mesmo sendo complicado fundamentar a sentença apenas no costume. Por exemplo, aqui em (...), quando você comprava uma terra de praia você não comprava os coqueiros pendentes à terra. Isso não estava escrito em lugar nenhum, mas era respeitado. Não sei se ainda preserva esse costume. Havia decisões que se fundamentavam exclusivamente em tal costume. Então, resumindo, é o senso de justiça que fundamenta a aplicação do conceito vago. Quando me deparo com um caso difícil, eu nunca julgo no mesmo dia. Penso durante uns três a cinco dias e às vezes me acordo de madrugada para sentenciar. Às vezes a que eu fiz, não é a que eu entrego. Quero ter segurança naquilo que decido. E a minha segurança, muitas vezes, corresponde ao querer de cada cidadão.

